

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Marit Piirisaar

**HANKIJA PIIRID ETTEVÕTJALT SELGITUSTE VÕI SELGITAMIST
VÕIMALDAVATE DOKUMENTIDE NÕUDMISEL KUI KAALUTLUSÕIGUSE
KASUTAMISEL RIIGIHANKE MENETLUSES**

Magistritöö

Juhendaja
dr.iur Mari Ann Simovart

Tallinn
2020

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. VÖRDNE KOHTLEMINE JA LÄBIPAISTVUS SELGITUSTE VÕI SELGITAMIST VÕIMALDAVATE DOKUMENTIDE NÕUDMISEL	11
1.1. Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtted	11
1.2. Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimine	17
1.2.1. Euroopa Kohtu kohtupraktikast tulenevad nõuded võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse tagamiseks.....	17
1.2.2. Dokumentide mittedokumentide muudatused	19
1.2.3. Dokumentide ebaoluliste aspektidega seotud muudatused ja dokumentide oluliste aspektide muutmine vormiliselt.....	21
1.3. Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete rikkumine	28
2. PROPORTSIONAALSUS SELGITUSTE VÕI SELGITAMIST VÕIMALDAVATE DOKUMENTIDE NÕUDMISEL	34
2.1. Proportsionaalsuse põhimõte	34
2.2. Proportsionaalne kaalutusotsus.....	38
2.3. Ebaproportsionaalne kaalutusotsus.....	42
3. HANKIJA KOHUSTUSED ETTEVÕTJALT SELGITUSTE VÕI SELGITAMIST VÕIMALDAVATE DOKUMENTIDE NÕUDMISEL KUI KAALUTLUSÕIGUSE KASUTAMISEL	49
3.1. Hankija kohustus järgida kaalutusreegleid	49
3.2. Kaalutusõiguses kasutamise reeglid	54
3.3. Kaalutusõiguse piiramine hankija enda poolt.....	60
KOKKUVÕTE	66
ABSTRACT	72
LÜHENDID	77
KASUTATUD KIRJANDUS	78
KASUTATUD ÕIGUSAKTID	80
KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA	81
MUUD ALLIKAD	85
Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks	86

SISSEJUHATUS

Euroopa Komisjoni poolt 17.04.2014 vastu võetud ning 18.04.2016 jõustunud riigihanke-direktiivide¹ harmoniseerimine Eesti õigusruumi leidis aset 01.09.2017, mil jõustus riigihanke-direktiive üle võttev RHS. Mitmete teiste muudatuste seas pakub juurdlemist klassikalise riigihankedirektiivi (direktiiv 2014/24/EL) artikkel 56 lg 3 ja võrgustikusektori riigihanke-direktiivi (direktiiv 2014/25/EL) artikkel 76 lg 4 ning nendel põhinev RHS § 46 lg 4, mis reguleerivad hankija õigust ettevõtjalt² selgituste või selgitusi võimaldavate dokumentide küsimiseks.³ Põhjus tuleneb regulatsioonide avara tõlgendamisruum. Kuigi selgituste küsimisega seonduvad ka RHS § 98 lg 4, § 104 lg 7 ning § 114 lg 2, mis reguleerivad selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel hankija õigusi ja kohustusi kvalifitseerimise, hankepassi ja pakkumuse vastavust puudutavas, ei reguleeri needki põhjalikumalt selgituste küsimist.

Vaatamata teatavatele sõnastuslikele täiendustele ei ole kehtivas direktiivis 2014/24/EL võrreldes eelmise klassikalise riigihankedirektiivi (direktiiv 2004/18/EÜ)⁴ ja võrgustikusektori direktiivi (direktiiv 2004/17/EÜ)⁵ ning üha lisanduvale kohtupraktikale Euroopa riigihanke-õiguses määratletud, millised selgitused ja muudatused on ettevõtja poolt tähtaegselt esitatud dokumentides pärast dokumentides esitamise tähtpäeva lubatud.⁶ Direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 kohaselt võib hankija, juhul kui ettevõtja esitatav teave või dokumendid on või tunduvad olevat mittetäielikud või vigased või kui konkreetsed dokumendid on puudu, nõuda asjaomaselt ettevõtjalt vastava teabe või dokumentide esitamist, lisamist, selgitamist või

¹ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta - ELT L 94, 65-242; Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta - ELT L 94, lk 1-64; Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankedid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ - ELT L 94, 243-374.

² Magistritöös kasutatakse ühist nimetajat „ettevõtja“ kõikide isikute kohta, kes on või soovivad olla riigihankes osalised nn pakkumuse esitaja poolelt. See tähendab, et termin hõlmab nii äriühinguid, filiaale, ühistuid jt isikuid, olenemata sellest, kas nad on juriidilised isikud kõikides aspektides, lisaks füüsilisi isikuid.

³ Kui võrd direktiivide 2014/24/EL ja 2014/25/EL nimetatud sätete regulatsioonid on oma sõnastuses identsed, viidatakse töös läbivalt direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-le 3 kui avaliku sektori hankijatele kohalduvale regulatsioonile, vältimaks ohtraid viiteid mõlema riigihankedirektiivi sätetele. Magistritöös esitatav analüüs ja järeldused kehtivad aga regulatsiooni identsusest tulenevalt nii avaliku sektori kui ka võrgustikusektori hankijate suhtes.

⁴ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EL, 31. märts 2004. a, ehitustööde, riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta - ELT L 134, lk 114-240.

⁵ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused - EÜT L 134, 30.4.2004, p.1.

⁶ Garcia-Andrade, X. C. Why Manova is not Slovensko: a new balance between equal treatment of tenderers and competition? Public Procurement Law Review. 2015, 4, lk 109.

täiendamist sobiva tähtaja jooksul tingimisel, et selline nõue esitatakse täielikus kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttega. Sellise õiguse kasutamise täiendavaks eelduseks on vastavasisuliste piirangute puudumine hankija riigisisises õiguses.

Võib öelda, et direktiivi 2014/24/EL artikli 56 lg 3 lisamise vajadus tuleneb suuresti EK kohtupraktikast, milles hankija õigust, küsida ettevõtjalt riigihanke menetluses tähtaegselt esitatud andmete või dokumentide parandamist, on mitmel juhul vaagitud.⁷ Direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 lisamise eesmärk oli tuua formaalsesse riigihanke menetlusse paindlikkust ning seda olukordades, kus ettevõtjad ei esita riigihanke menetluses kõiki nõutud dokumente või kui teave esitatud dokumentides on puudulik või ekslik.⁸ Vaatamata märgitud täiendusele direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-s 3 võrreldes direktiiv 2004/18/EÜ artiklis 51 sätestatuga, ei anna artikkel 56 lg 3 sõnastus siiski vastust küsimusele, millistes olukordades tuleb hankijal võimaldada ettevõtjal tähtaegselt esitatud andmete või dokumentide parandamist. Hankija selgitusnõude esitamist piirab direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-st 3 ning direktiivi 2014/24/EL artikkel 18 lg-st 1 ning direktiivi 2014/25/EL⁹ artikkel 36 lg-st 1 tulenev kohustus järgida võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid ning direktiivi 2014/24/EL artikkel 18 lg-st tulenev proportsionaalsuse põhimõtte järgimise kohustus.

Ka nimekate valdkonna esindajate seas on väljendatud, et tegemist on keeruka küsimusega riigihankeõiguses, sest puudub selgus, millist liiki muudatusi on lubatud ettevõtjal pärast dokumentide esitamise tähtpäeva neis teha.¹⁰ Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on võrdse kohtlemise ning läbipaistvuse põhimõtetega vastuolus mistahes läbirääkimised riigihanke menetluses¹¹ hankija ja ettevõtjate vahel ning seetõttu on üldreegliks, et dokumentide või andmete ebatäpsust või mittevastavust ei ole lubatud ettevõtjal selgitustega pärast dokumentide esitamise tähtpäeva teha. Riigihanke regulatsiooniga ei ole aga vastuolus, kui dokumentidega seonduvaid andmeid parandatakse või täiendatakse olukorras, kus ilmselgelt on vajalik vaid täpsustada või parandada ilmsed tehnilised vead, seda tingimisel, et sellega ei kaasne uue

⁷ EKo C-336/12, *Manova*; EKo C-599/10, *Slovensko jt*; EKo C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA*.

⁸ Hamer, C. R. in Steinicke, M., Vesterdorf, P.L. EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. 2018. C.H. Beck. Hart. Nomos, lk 606.

⁹ Arvestades, et direktiivi 2014/25/EL artikkel 36 lg 1 sõnastus on identne direktiivi 2014/24/EL artikkel 18 lg-ga 1, viidatakse edaspidi teksti hõlpsama järgimise huvides nimetatud sätete puhul direktiivi 2014/24/EL artikkel 18 lg-le 1. Magistritöös esitatav analüüs ja järeldused kehtivad aga regulatsiooni identsusest tulenevalt nii avaliku sektori kui ka võrgustikusektori hankijate suhtes.

¹⁰ Arrowsmith, S. Future Prospects for the European Community's Regime on Public Procurement, en Gordian Knots in European Public Procurement Law. Series of Publications by the Academy of European Law in Trier, 1997, 24, lk 93.

¹¹ Riigihanke menetlused, milles on läbirääkimised keelatud.

pakkumuse esitamist.¹² Ettevõtjatel tuleb eeldada küll hoolsust, ent ülemäärast formalismi tuleb vältida konkurentsi avatuse ja võistlevuse eesmärgil. Dokumentide täiendamise võimalust tuleb seega pidada küll võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse järgimise kohustusest erandlikuks, ent mitte lubamatuks ning võtmeküsimuseks osutub seega – kuhu tõmmata piir ettevõtja esitatud dokumentides esinevate puuduste kõrvaldamise lubamisel.¹³

Direktiivi 2014/24/EL ja RHS-i regulatsioon näol ei ole otsesõnu sätestatud ka seda, kas hankijatel on selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel kaalutusõigus, ning juhul, kui see nii on, millistel juhtudel hankija seda võib, või isegi peab rakendama, ning millised on sellise kaalutusõiguse kasutamise mõjud riigihanke üldpõhimõtete järgimise kohustusele. Hankija olukorda ei kergenda ka RHS § 46 lg 4, mis põhineb direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-1 3, ning mille esimese lause kohaselt esitab ettevõtja hankijale selgitused või selgitamist võimaldavad dokumendid kõrvaldamise aluste puudumise, heastamise või kvalifikatsiooni tõendamiseks esitatud andmete või pakkumuses esitatud andmete kohta kolme tööpäeva jooksul hankija sellekohase nõude saamisest arvates. Niisamuti, nagu eelpool märgitud, ei too selgust ka selgituste küsimise regulatsiooniga seotud sätted RHS § 98 lg 4, § 104 lg 8 ning § 114 lg 2. Järelikult ei selgu ka RHS-st, millistes olukordades on hankijal lubatud ettevõtjalt selgitusi küsida ning neid oma otsuste tegemisel arvesse võtta. Arvestades võimalikke erinevaid puudusi, mis ettevõtte poolt dokumentide esitamisega kaasneda võivad, on sellise regulatsiooni olemasolu vajalik, olles riigihanke menetluses konkurentsi soodustav. Seetõttu võib pidada selgituste küsimist võimaldava regulatsiooni kehtima jäämist riigihankeõiguses ka edaspidi, vähemalt teatud ulatuses, sest normi liialt täpne sisustamine võib põhjustada liigset enesepiiramist, mis omakorda võib kaasa tuua teatud eluliste juhtumite väljajäämise diskretsiooninormi soovitud kohaldamisalast.¹⁴

Lisaks eeltoodule on RHS-i regulatsioon tõstatanud küsimuse, kas RHS § 46 lg-ga 4 on soovitud piirata direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-s 3 sätestatud ettevõtjate õigusi esitada selgitusi või selgitamist võimaldavaid dokumente pärast dokumentide esitamise tähtpäeva. Eesti kohtu- ja vaidlustuspraktikas on leitud ka seda, et RHS § 46 lg 4 tõlgendamine koosmõjus direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-ga 3 ning RHS eelnõu juurde kuuluva seletuskirjaga, viib järeldusini, et hankija õigust selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel

¹² EKo C-599/10, *Slovensko jt*, p 38; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA*, p 45.

¹³ EK C-387/14, *Esaprojekt Sp. z o.o.*, kohtujurist M. Bobek ettepanek, p-d 25-27.

¹⁴ K. Künnapas. Maksukohustuse preventiivne tagamine enne maksukohustuse tuvastamist: ettevaatuspõhimõte maksumenetluses. Doktoritöö. Tartu Ülikool 2016, lk 59.

on soovitud RHS § 46 lg-ga 4 piirata.¹⁵ Liikmesriikidel on iseenesest õigus direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-s 3 alusel selles sätestatud ettevõtjate õigusi piirata. Kuivõrd direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 võimaldab hankijatele formaalses menetluses täiendavat paindlikkust, eeldab Euroopa Komisjon siiski, et enamik EL liikmesriike kõnealust sätet rakendavad.¹⁶ RHS-i ei ole direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-t 3 sellises sõnastuses üle võetud, ent samas puudub RHS-s ja selle eelnõu juurde kuuluvas seletuskirjas sõnaselge teave, et RHS § 46 lg-ga 4 on soovitud artikkel 56 lg-s 3 sätestatud piirata. Sellest tulenevalt, on eestikeelses õiguskirjanduses leitud, et juhindudes direktiivikonformsest tõlgendamisest, ei peaks RHS § 46 lg-s 4 sätestatud ettevõtja õigust, võrreldes EL õiguses sisalduvaga, piirama.¹⁷

Kuivõrd ettevõtjalt selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide küsimise vajadus ja õigus tuleb hankijal langetada, võib ettevõtjaga suhtlemisel esineda vajadus õiguspärase otsuse langetamiseks juhinduda ka kaalutusõigusele seatud raamidest. Seejuures tuleb arvestada, et kuigi riigihangete korraldamist ja vaidlustuste lahendamist RHS-i alusel ei loeta haldusmenetluseks HMS-i tähenduses (RHS § 2 lg 2), on riigihankeasjadele haldusõiguse üldteoreetilised lähtekohad siiski riigihanke menetlusele ülekantavad.¹⁸ Seetõttu leiavad magistritöös käsitlemist ka legitiimse kaalutusõiguse kasutamise põhimõtted. Kaalutusõiguse kasutamine EL õigusega reguleeritud küsimustes sõltub siiski vähem liikmesriigi kaalutusõiguse reeglitest ning rohkem sellest, mida EK kaalutusõigust puudutavas edasi arendab ja kohaldab.¹⁹ Nii peab hankija kaalutusõiguse kasutamisel juhinduma lisaks riigisisestele kaalutusõiguse reeglitele EK kohtupraktikas esitatud seisukohtadest.

Praktikas on võimalikud olukorrad, kus hankija tõlgendab RHS § 46 lg-t 4 üksnes õigusena, mitte kohustusena ning langetab ettevõtja esitatud dokumentide täiendamist keelava otsuse väiksemagi puuduse korral, jättes ettevõtja kõrvaldamata või kvalifitseerimata, pakkumuse vastavaks tunnistamiseta või heastamise rakendamata. See omakorda võib aga takistada riigihankeõiguses ühe olulisima põhimõtte, milleks on konkurentsi soodustamine, sest hankija liigse formalismi tulemusel väheneb riigihankel konkureerivate pakkumuste arv. Probleemile lisab kaalu tõsiasi, et märgitud küsimused puudutavad erinevaid riigihanke menetluse etappe - pakkujate kõrvaldamine ja kvalifitseerimine, heastamine ning pakkumuste vastavuse

¹⁵ VAKO 82-18/193810, p-d 18-20; VAKO 83-18/194060, p-d 17-19; TrtHKo 3-18-977, p 13; Minumets, D. RHS Komm, § 46, kommentaar 28, lk 315.

¹⁶ Hamer, C. R. in M. Steinicke, P.L. Vesterdorf. *Op cit.*, lk 605.

¹⁷ Minumts, D. RHS Komm, § 46, kommentaar 29, lk 316.

¹⁸ RKHKo 3-3-1-5-06, p 15; RKHKo 3-3-1-24-13, p 15.

¹⁹ S. Bogojevič, X. Groussot, J. Hettne. *Discretion in EU Public Procurement Law. The Age of Discretion: Understanding the Scope and Limits of Discretion In EU Public Procurement Law.* Oxford: Hart. 2019, lk 3-4.

hindamine. Seetõttu on hankija võimalused eksimiseks ning sellest tingituna ka eksimise tagajärjed laialdase mõjuga. Hankija kaalutusõiguse kasutamise juures on seega kohane käsitleda kaalutusõiguse kasutamise kohustust ja reegleid.²⁰

Võttes arvesse eeltoodud uurimisprobleemi ja selle aktuaalsust, on magistritöö eesmärk välja selgitada, kuidas tuleb hankijal ettevõtjalt selgitusi või selgitamist võimaldavaid dokumente nõuda, arvestades seejuures võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ning proportsionaalsuse põhimõtete järgimise kohustust. Magistritöö eesmärgist tulenevalt on püstitatud järgnev uurimisküsimus: millistel juhtudel on hankijal õigus küsida ettevõtjalt tähtaegselt esitatud teabe või dokumentide kohta selgitusi või selgitamist võimaldavaid dokumente ning nendega arvestada, nii et see oleks kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega ning proportsionaalne.

Direktiivi 2014/24/EL art 18 lg 1 alusel tuleb selgitusi või selgitamist võimaldavaid dokumente nõuda kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega, mistõttu otsitakse uurimisküsimustele vastuseid nimetatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtete järgimise kohustust arvestades. Kuivõrd hankija poolt selgituste või selgitusi võimaldavate dokumentide nõudmine ettevõtjalt tõstatab küsimuse, kas see otsus on hankija kaalutusõigus ning juhul, kui see nii on, siis kuidas seda hankijal rakendada tuleb, on vältimatu arvestada uurimisküsimistele vastamisel ka proportsionaalsuse põhimõttega. Samas lasub proportsionaalsuse järgimise kohustus hankijal ka tulenevalt direktiivi 2014/24/EL artikkel 18 lg-st 1 ja RHS § 3 p-st 1. Lisaks on EK otsesõnu rõhutanud, et kui liikmesriigid rakendavad võimalust küsida pakkujatelt või taotlejatelt esitatud tõendite või dokumentide täiendamist või selgitamist, peavad nad tagama, et ei kahjustaks sellega riigihankedirektiividega taotletavaid eesmärke, selgituste küsimise sätte seaduslikku mõju ega muid asjakohaseid norme ning riigihanke üldpõhimõtteid, eelkõige võrdset kohtlemist, läbipaistvust ja proportsionaalsust.²¹

Juhindudes direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-s 3 ning artikkel 18 lg-s 1 sätestatust, on kolm põhimõtet, millega kohustatakse hankijat EL riigihankeõiguses selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel eelkõige arvestama. Need on võrdne kohtlemine, läbipaistvus ning proportsionaalsus. Direktiivi 2014/24/EL artikkel 18 lg 1 kohaselt tuleb hankijal kohelda ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutseda läbipaistvalt ja proportsionaalselt ning riigihanke kavandamisel ei tohi lähtuda eesmärgist jätta see direktiivi

²⁰ RKHK 3-3-1-52-02, p 11; RKHK 3-3-1-49-02, p 11.

²¹ EKo C-523/16, C-536/16, *MA.T.I.SUD SpA*, p 48; EKo C-410/14, *Falk Pharma GmbH*, p 34.

kohaldamisalast välja või konkurentsi kunstlikult piirata. Konkurentsi peetakse direktiivi 2014/24/EL artikkel 18 lg 1 alusel kunstlikult piiratuks, kui riigihanget kavandatakse teatavaid ettevõtjaid sobimatul viisil soodustada või ebasoodsamasse olukorda panna. Eeltoodust lähtuvalt käsitletakse magistritöös hankija otsuse langetamist selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmiseks just nimetatud põhimõtete valguses. Kuigi direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 ning artikkel 18 lg 1 ei sätesta hankijale otsesõnu kohustust selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel järgida konkurentsi soodustamist, saavutatakse see tasakaaluka ning õiguspärase võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ning proportsionaalsuse printsiibi rakendamise tulemusel. Selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide küsimine pärast dokumentide esitamise tähtpäeva loob iseenesest võimaluse konkurentsi soodustamiseks näiteks seeläbi, et ettevõtjat, kes on usaldusväärne ja võimekas, ei jäeta riigihane menetlusest kõrvale iga väikese vea tõttu, mis tähtaegselt esitatud dokumentides esineb,

Arvestades uurimisküsimuse olemust, on magistritöö jaotatud kolmeks peatükiks, millest esimeses analüüsitakse, millistes olukordades on hankijal õigus küsida ettevõtjalt selgitusi või selgitamist võimaldavaid dokumente nii, et see oleks kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega. Läbipaistvuse põhimõtte on EK tuletanud võrdse kohtlemise põhimõttest ning seda peetakse võrdse kohtlemise "paariliseks", mille eesmärk on tagada eelkõige, et puuduks oht, et hankija mõnda ettevõtjat soosib või tegutseks omavoliliselt.²² Sellest lähtuvalt käsitletakse selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimise kohustusest kaasnevat ühes peatükis. Teine peatükk sisaldab proportsionaalsuse põhimõtte järgimisest tingitud nõudeid ning sellega kaasnevaid kohutusi ja võimalusi. Kolmandas ehk viimases peatükis analüüsitakse hankija kaalutusõigusest tulenevaid kohutusi ettevõtjalt selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel ning kaalutusõiguse piiramist hankija enda poolt.

Uurimismeetod uurimisküsimustele vastamiseks on sünteetiline ehk induktiivne ja kvalitatiivne. Magistritöö teoreetiline osa põhineb Michael Steinicke ja Peter L. Vesterdorfi, Mari Ann Simovarti ning Mart Parindi jt valdkonna esindajate koostatud raamatutel ning aktuaalsetel riigihanke ja kaalutusõigust käsitletavatel teadusartiklidel.²³ Kandvat rolli omab magistritöös EK ja Eesti kohtute ning VAKO praktika ning seda eelkõige selgituste või selgitamist

²² EKO C-496/99, *Succhi di Frutta SpA*, p-d 109-111.

²³ Garcia-Andrade, X. C. *Op cit*, lk 4; Simovart, M. A., Parrest., N. Põhimõttest *lex specialis derogat legi generali* riigihankeõiguse näitel. *Juridica*. 2018/IV, lk 225; Minumets, D. Ettevõtjate seisundit kirjeldavate dokumentide kohta selgituste nõudmine riigihankemenetluses. *Juridica I/2016*, lk 28 jt.

võimaldavate dokumentide nõudmisel võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtete järgimist puudutavas analüüsis.

Arvestades, et suur osa senisest EL kohtupraktikast ettevõtjatelt selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmise kohta põhineb direktiividel 2004/18/EÜ ja 2004/17/EÜ, milles ei sisaldunud sõnaselget teabe või dokumentide lisamise või täiendamise klauslit nagu see on direktiivi 2014/24/EL regulatsioonis, on selliste otsuste langetamisel lähtunud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest. Viimaste peamiseks funktsiooniks ongi normide tõlgendamise²⁴ kõrval suunata hankijat kaalutusotsuste tegemisel²⁵ ning täita lünki õigusaktides.²⁶ Sellest tulenevalt on direktiivide 2004/18/EÜ ja 2004/17/EÜ kehtivuse ajal langetatud EL kohtute otsused aktuaalsed ka kehtivas õigusruumis. Õigemini on direktiivide 2004/18/EÜ ja 2004/17/EÜ kehtivusajal kujunenud kohtupraktika suuresti aluseks direktiivi 2014/24/EL art 56 lg 3 regulatsioonile.²⁷

Ettevõtjatelt selgituste küsimine on varasemalt olnud vähemalt kahel korral magistritöodes uurimisobjektiks. 2012. aastal kaitstud magistritöö²⁸ põhineb direktiivi 2004/18/EÜ ning kuni 31.08.2017 kehtinud RHS-i²⁹ regulatsioonil ning sisaldab analüüsi üksnes avatud ja piiratud hankemenetluste ning võistleva dialoogi osas. 2016. aastal kaitstud magistritöös käsitletakse küll pakkumuses esinevate vigade parandamist direktiivi 2014/24/EL valguses, ent seda vaid riigihankemenetlustes ning piiratud kohtulahendite mahuga.³⁰

Võttes arvesse direktiivi 2014/24/EL muudatusi võrreldes direktiivide 2004/18/EÜ ja 2004/17/EÜ regulatsiooniga, kehtivas RHS-s sätestatud ning lisandunud märkimisväärset EK ja Eesti kohtute kohtupraktikat ning VAKO seisukohti, väärrib teema käsitlemist direktiivi 2014/24/EL ning kehtiva RHS-i alusel põhjalikumalt. Erinevalt seni kirjutatud töödest

²⁴ EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA*, p 50; Kuusmann, T. RHS Komm, § 3, p 6, lk 48.

²⁵ EKo C-131/16, *Archus sp. z.o.o.*, p 32; EKo C-14/17, *VAR Srl ja Azienda Trasporti Milanesi SpA*, p 34.

²⁶ EKo C-396/14, *MT Højgaard A/S*, p-d 35-36.

²⁷ Hamer, C. R. in Steinicke, M., Vesterdorf, P.L. *Op cit*, lk 606-611.

²⁸ Taube, K. Pakkumuse muutmine riigihankemenetluses pärast pakkumuste esitamise tähtaega. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2012. Magistritöö eesmärk oli tuvastada piirangud, mis pakkumuste muutmisele kehtivad ning nende piirangute sisu.

²⁹ Riigihangete seadus (RT I 2007, 15, 76).

³⁰ Kaasik, A. Pakkumuses tehtud vigade parandamine riigihankemenetluses. Tartu. 2016. Kaasiku magistritöö eesmärk seisnes pakkuja esitatud kvalifikatsiooni tõendavate dokumentide ja pakkumuse lubatud muutmise tingimuste ja ulatuse tuvastamises ning hankija kaalutusõiguse ulatuse väljaselgitamisel. Arvestades magistritöö mahtu ning selles püstitatud uurimisküsimuste arvukust, on näiteks hankija diskretsiooni selgituste ja selgitamist võimaldavate dokumentide küsimisel puudutatud vaid põgusalt. Lisaks on magistritöö kirjutatud enne kehtiva RHS-i vastuvõtmist ja jõustumist, mistõttu ei sisaldu töös esitatud järeldused ühtki riigisisest kohtu ega VAKO lahendit uue RHS regulatsiooni valguses.

käsitletakse magistritöös ettevõtjalt selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmist kui hankija kaalutusõiguse teostamist kolme riigihanke korraldamise üldpõhimõtete, so võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse järgimise seisukohast. Ühtlasi on ei ole magistritöös uurimisküsimust piiratud konkreetsete riigihanke menetluse liikidega, vaid see hõlmab riigihanke menetlust üldiselt.

Magistritöö autor tänab juhendajat dr. iur Mari Ann Simovart'i konstruktiivsete nõuannete ja sisukate soovitude eest.

Magistritööd iseloomustavad märksõnad: riigihanked, võrdne kohtlemine, läbipaistvus, proportsionaalsus, kaalutusõigus.

1. VÖRDNE KOHTLEMINE JA LÄBIPAISTVUS SELGITUSTE VÕI SELGITAMIST VÕIMALDAVATE DOKUMENTIDE NÕUDMISEL

1.1. Vördse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtted

Vördse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimise kohustus selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide küsimiseks tuleneb RHS §-st 3, mida tuleb järgida iga riigihanke korraldamisel. Direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 sätestab samuti sõnaselgelt tingimuse, et selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel tuleb see esitada kooskõlas vördse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega. Ka direktiivi 2014/24/EL artikkel 18 lg 1 rõhutab hankija kohustust kohelda ettevõtjaid riigihanke menetluse läbiviimisel võrdselt ja tegutseda läbipaistvalt. Mõistmaks, kuidas vördse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel sisustada, on vajalik avada detailsemalt nimetatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtete olemus. Arvestades vördse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiipide omavahelist vastastikku mõju ettevõtjalt selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel, käsitletakse nimetatud põhimõtteid ühes peatükis. Seda, kuidas kasutada mõlemat põhimõtet riigihankedirektiivides sätestatud reeglite tõlgendamiseks, ilmestab mitmekülselt EK kohtupraktika.³¹

Isikute vördse kohtlemise kohustus tuleneb ühelt poolt riigisisese õigusena PS-st.³² Teiselt poolt on EK tuletanud vördse kohtlemise põhimõtte – nagu ka läbipaistvuse ja konkurentsi tagamise põhimõtted – Euroopa Liidu toimimise lepingus sätestatud kaupade, teenuste, isikute ja kapitali vaba liikumise ning asutamisvabaduse sätetest.³³ Riigihankeõiguses on isikute vördse kohtlemise põhimõtte aluseks teenuste vaba liikumise ning avatud ja ausa konkurentsi tagamise kohustus kõikides liikmesriikides. Nii on vördse kohtlemise eesmärk soodustada riigihankes osalevate ettevõtjate vahelise terve ja tegeliku konkurentsi arengut.³⁴ Vähemalt osaliselt sellest ajendatult on EK rõhutanud, et vördse kohtlemise põhimõtte järgimise tagamine on EL riigihankeid reguleerivate õigusnormide tähelepanu keskmes ettevõtjate hüvanguks ja kohustuseks hankijatele.³⁵

³¹ Arrowsmith, S. *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*. Third Edition. Sweet & Maxwell. 2014, lk 622.

³² Ernits, M. PS Komm, § 12, kommentaarid 6, 12.

³³ Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. 26. oktoober 2012. Euroopa Liidu Teataja C 326/01.

³⁴ EKo C-496/99, *Succhi di Frutta SpA*, p 110; EKo C-538/13, *eVigilo Ltd*, p 33; EKo C-19/00, *SIAC Construction*, p 34; EKo C-470/99, *Universale-Bau jt*, p 93.

³⁵ *MT Hojgaard A/S v Banedanmark (C-396/14)*. Before the Court of Justice. C.M.L.R. 2016, lk 11.

EK on märkinud, et võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine ei ole eesmärk omaette, vaid seda tuleb tõlgendada eesmärgist lähtuvalt.³⁶ Konkurentsi soodustamist, mis on üks riigihankeõiguse aluspõhimõtte, on võimalik saavutada vaid juhul, kui riigihanke menetluses saavad ettevõtjad osaleda võrdsetel alustel, ilma igasuguse diskrimineerimiseta.³⁷ *Storebaelt* kaasuses, milles analüüsiti isikute võrdset kohtlemist esmakordselt iseseisva põhimõttena riigihanke menetluses, peeti võrdse kohtlemise põhimõtte peamiseks eesmärgiks tagada pakkujate vaheline konkurents.³⁸ Järelikult teenib ettevõtjate võrdne kohtlemine riigihanke menetluses ka konkurentsi soodustamise eesmärki.

Võrdne kohtlemine riigihanke menetluses tähendab eelkõige, et pakkujatel on võrdsed võimalused nii pakkumuste ettevalmistamisel kui ka pakkumuste hindamisel.³⁹ Hankija peab seega võrdse kohtlemise põhimõtte järgimiseks tagama kõigile huvitatud ettevõtjatele võrdsed võimalused riigihankes osalemiseks, et neile oles teada menetluse nõuded ning kõigile huvitatud ettevõtjatele peavad kehtima samad tingimused.⁴⁰ Kuivõrd võrdne kohtlemine peab olema tagatud kogu riigihanke menetluse jooksul, laieneb hankija kohustus ettevõtjaid võrdselt kohelda ka pärast pakkumuste või taotluste esitamise tähtpäeva, seega selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel. Võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise kohustus selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel on hankijale piirava iseloomuga, ent ausa ja õiglase riigihanke menetluse tagamiseks vältimatu.

Võrdse kohtlemise tagamiseks tuleb isikuid käsitada samasugustes olukordades ühte moodi.⁴¹ EK on sedastanud, et võrdne kohtlemine riigihangetes tähendab ettevõtjate ühetaolist ja objektiivset kohtlemist.⁴² Teisisõnu ei tohi võrdväärsetes olukordades kohelda isikuid ebavõrdselt ning erinevates olukordades ei tohi kohelda samal viisil, välja arvatud, kui selline kohtlemine on objektiivselt põhjendatav.⁴³ Samas tähendab võrdse kohtlemise põhimõtte

³⁶ MT Hojgaard A/S v Banedanmark (C-396/14). *Op cit.*, lk 11; EKo C-336/12, *Manova*, p-d 28-29.

³⁷ EK C-21/03, C-34/03, *Fabricom SA v Belgian State*, kohtujuristi P. Léger ettepanek; EK C-213/07, *Michaniki*, kohtujuristi M. Poiares Maduro ettepanek.

³⁸ EKo C-243/89, *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark*, p 33; Steinicke, M., Vesterdorf, P.L. *Op cit.*, lk 294.

³⁹ EKo C-213/14, *Michaniki*, p 45; EKo C-396/14, *MT Hojgaard ja Züblin*, p 37; EKo C-19/00, *SIAC Construction*, p 34; EKo C-448/01, *EVN ja Wienstrom*, p 47.

⁴⁰ EKo C-87/94, *Komisjon vs Belgia*, p 54; EKo C-470/99, *Universale-Bau jt*, p 93; EKo C-538/13, *eVigilo Ltd*, p 33; EKo C-19/00, *SIAC Construction*, p 34; EKo C-171/15, *Connexion Taxi Services*, p 40; MT Hojgaard A/S v Banedanmark (C-396/14). *Op cit.*, lk 3.

⁴¹ Lõhmus, U. Rahvusvahelise õiguse üldtunnustatud põhimõtted Eesti õigussüsteemi osana. *Juridica* 1999/9, lk 430.

⁴² EKo C-448/01, *EVN ja Wienstrom*, p-d 47-48.

⁴³ Arrowsmith. (viide 31), lk 614; Arrowsmith, S., Priess, H. - J., Friton, P. Self-cleaning as a defence to exclusion for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law? *Public Procurement Law Review*. 2009, 6, lk 275; de Mars, S. The limits of general principles: a procurement case study. *European Law Review*. 2013,

kohustust tagada ka läbipaistvus, mis omakorda võimaldab kontrollida võrdse kohtlemise põhimõtte järgimist.⁴⁴ Läbipaistvuse põhimõtte seega toetab võrdse kohtlemise põhimõtte eesmärgi taotlemist.⁴⁵ Võrdse kohtlemise põhimõttega sarnaselt viidatakse ka läbipaistvuse põhimõttele koos teiste direktiivi sätetega nende täiendamiseks.⁴⁶ Nii ei kohaldu läbipaistvuse põhimõtte üksnes olukordades, kus puuduvad sõnaselged reeglid, vaid seda kombineeritakse läbipaistvuse saavutamiseks riigihanke menetluses koos teiste reeglitega.⁴⁷ Kuigi läbipaistvuse põhimõtte on riigihankeõiguses käsitletav iseseisva põhimõttena, on see, nagu eelpool märgitud, tihedalt seotud võrdse kohtlemise põhimõttega.⁴⁸ Seetõttu käsitletakse ka kohtupraktikas nimetatud põhimõtteid enamjaolt koos.

Kuigi läbipaistvuse põhimõtte esmane sõnaselge regulatsioon sisaldus alles direktiivis 2004/18/EÜ, oli läbipaistvuse põhimõtte üks riigihankeõiguse põhiprintsiipe juba enne seda, olles kaudselt aluseks varasematele riigihankedirektiivide sätetele.⁴⁹ Läbipaistvuse põhimõtte seab piirangud hankija diskretsiooni kasutamisele, sest hankijale volitatud kaalutusõigus ei tähenda piiramatut otsustusvabadust.⁵⁰ Läbipaistvuse põhimõtte ulatust ei ole riigihankeõiguses täpsemalt määratletud, ent kohtupraktikat aluseks võttes on järeldatud järgnevat. Esiteks, selleks, et kõikidel turuosalistel oleks võimalus konkurentsias osaleda, peab olema tagatud riigihanke avaldamine, et ettevõtjad saaksid tuvastada riigihanke olemasolu. Teiseks, hankija on kohustatud tagama avatuse ja läbipaistvuse riigihanke korraldamisel, mis eeldab, et kõik hankija otsused on kontrollitavad ja riigihanke menetluse läbiviimine oleks ettevõtjatele selge.⁵¹ Ühelt poolt peab hankija läbipaistvuse põhimõttega arvestama selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel vastavasisulise otsuse langetamisel. Teisalt tuleb hankijal läbipaistvuse põhimõtte järgimiseks lähtuda riigihanke alusdokumentides seatud piirangutest (vt põhjalikumalt peatükk 3.3.).

Christopher H. Bovis peab läbipaistvuse põhimõtet riigihankeõiguses koguni üheks olulisimaks põhimõtteks, mis teenib kahte peamist eesmärki. Esiteks nõuab läbipaistvuse printsiip EL

38(3), lk 319; Krugner, M. The Principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions. Public Procurement Law Review. 2003, 5, lk 186; MT Hojgaard A/S v Bandedanmark (C-396/14) *Op cit.*, lk 11.

⁴⁴ EKo C- 92/00, *HI*, p 45, EKo C-470/99, *Universale-Bau jt*, p 91; Arrowsmith (viide 31), lk 264; EKo C-324/98, *Telaustria*, p-d 60-62.

⁴⁵ Arrowsmith. (viide 31), lk 622.

⁴⁶ Steinicke, M. in Steinicke, M., Vesterdorf, *Op cit.*, lk 320.

⁴⁷ EKo C-532/06, *Lianakis*; EKo C-470/99, *Universale-Bau jt*; EKo C-331/04, *ATI EAC Srl*; Steinicke, M. in Steinicke, M., Vesterdorf, P.L *Op cit.*, lk 320.

⁴⁸ EKo C-324/98, *Telaustria*; EKo C-92/00, *HI*.

⁴⁹ Steinicke, M. in Steinicke, M., Vesterdorf, P.L *Op cit.*, lk 319.

⁵⁰ Arrowsmith. (viide 31), lk 626.

⁵¹ Steinicke, M. in Steinicke, M., Vesterdorf, P.L *Op cit.*, lk 319-320.

liikmesriikidelt avatust riigihangete korraldamisel, mis välistab võimaliku diskrimineerimise,⁵² aga ka ebavõrdse kohtlemise.⁵³ Teiseks aitab see luua põhimõtted parimateks praktikateks, mis on kasulikud nii hankijatele kui ka ettevõtjatele.⁵⁴ Läbipaistvuse põhimõtte järgimisega kaasnev avatud konkurents omab riigihanke menetluses kesksel tähendust ka järelevalve funktsiooni täitmisel korruptsiooniga võitlemiseks.⁵⁵ Nimetatud põhimõtte omab seega mitmekülgset funktsiooni, inkorporeerides muuhulgas mitmeid olulisi menetlusnõudeid.⁵⁶

Läbipaistvuse põhimõtte, mida on EK nimetanud ka „võrdse kohtlemise paariliseks“, eesmärk on tagada eelkõige, et puuduks oht, et hankija eelistaks soosikuid või tegutseks omavoliliselt. See tähendab, et kõik hanke menetluse tingimused ja menetluse kord peavad olema riigihanke dokumentides sõnastatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt,⁵⁷ võimaldades ühelt poolt kõigil piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikel pakkujatel mõista nende täpset ulatust ja nendest ühtemoodi aru saada ning teiselt poolt kontrollida hankijal, kas pakkujate esitatud pakkumused vastavad tegelikult riigihanke tingimustele.⁵⁸ Ka läbipaistvuse põhimõtte järgimine omab seega mõju konkurentsi avatusele. Riigihanke teabe avaldamine võimaldab soodustada konkurentsi tekkimist seeläbi, et teabe avaldamise tulemusel on riigihankest huvitatud ettevõtjatel võimalus pakkumuse või taotluse esitamiseks vajalikku teavet saada ning selle tulemusel riigihankel osaleda.

Läbipaistvuse põhimõtte järgimine on seotud ka hankija enda poolt kaalutusõiguse piiramisega. Juhul kui hankija näeb riigihankes ette konkreetsed tingimused, on ta kohustatud neist juhinduma.⁵⁹ Näiteks olukorras, kus hankija on sätestanud riigihanke alusdokumentides konkreetse teabe või dokumendi puudumisel ettevõtja riigihankest kõrvaldamise, on ta kohustatud seda tingimust järgima, kuivõrd ettevõtja esitatud dokumentides ei saa parandada ega täiendada puudusi, mis peavad riigihanke alusdokumentide kohaselt kaasa tooma tema

⁵² Bovis. C. H. EU Public Procurement Law. Elgar European Law. 2012, lk 250.

⁵³ Steinicke, M. in Steinicke, M., Vesterdorf, P.L *Op cit.*, lk 319.

⁵⁴ Bovis. C. H. *Op cit.*, lk 250.

⁵⁵ I. Giorgieva, Using Transparency Against Corruption in Public Procurement. Springer 2017, lk 13; C. E. de Quesada. Competition and transparency in public procurement markets. Public Procurement Law Review. 2014, 5, lk 235.

⁵⁶ Bogojevič, S, Groussot, X., Hettne, J. *Op cit.*, lk 100.

⁵⁷ EKo C-496/99, *Succhi di Frutta*, p-d 109-111; EKo C-171/15, *Connexion Taxi Services*, p 40; Arrowsmith (viide 31), lk 623.

⁵⁸ EKo C-387/14, *Esaprojekt Sp.z.o.o.*, p 36; EKo C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, p 61; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p 44; EKo C-496/99, *Succhi di Frutta*, p-d 108–111.

⁵⁹ EKo C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions*; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda*; Steinicke, M. in Steinicke, M., Vesterdorf, P.L *Op cit.*, lk 325.

menetlusest kõrvaldamise.⁶⁰ Nii on sedastatud kohtuasjas *Connexion Taxi Services*, et hankija ei saa proportsionaalsuse põhimõttele tuginedes enda seatud tingimusi eirata.⁶¹ Ka Michael Steinicke märgib, et hankija ei saa asuda pärast dokumentide esitamise tähtpäeva enam kaalutlema, kas tema enda poolt ettenähtud tingimus on proportsionaalne või mitte. Kui ta on riigihanke alusdokumentides kehtestanud iseendale kohustusliku ning sõnaselge tingimuse, tuleb seda järgida.⁶² Näiteks juhul, kui hankija seab riigihanke alusdokumentides tingimuse, mille kohaselt kõik ettevõtjad, kellel valikuline kõrvaldamise alus (direktiivi 2014/24/EL artikkel 57 lg 4 ja RHS § 95 lg 4) esineb, riigihanke menetlusest kõrvaldatakse, tuleb sellise tingimuse esinemisel need ettevõtted ka riigihanke menetlusest kõrvaldada.

Riigihanke alusdokumentides ette nähtud tingimusest kõrvalekaldumine ei seaks ohtu üksnes läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtete järgimist, vaid ka avatuse konkurentsile. Sellisel juhul on piiratud riigihankes osaleda nendel ettevõtjatel, kes esialgsete tingimuste tõttu riigihankes osaleda ei soovinud, kuid oleks seda teinud, kui oleks teadnud, et hankija esialgsetest tingimustest menetluses kõrvale kaldub. Isegi kui hankija kehtestatud tingimuse tagajärjeks on ettevõtja riigihankelt kõrvale jätmise ebaolulise tingimuse alusel, oli see teave kõikidele huvitatud isikutele riigihankel osalemise otsustamise hetkel teada, mis omakorda võimaldas neil sellega arvestada.⁶³ Sellistel juhtudel on järgitud nii võrdse kohtlemise kui ka läbipaistvuse põhimõtet. Michael Steinicke on pidanud eeltoodu põhjal võimalikuks, et läbipaistvuse põhimõte võib omada seega riigihanke menetluses enam tähtsust kui proportsionaalsuse põhimõte.⁶⁴ Võttes arvesse, et läbipaistvuse põhimõtte järgimisest võib sõltuda võrdse kohtlemise ja konkurentsi soodustamise tagamine riigihanke menetluses, võib sellist järeldust teatud juhtudel möönda. Seda eriti olukorras, kus hankija on piiranud riigihanke alusdokumentides ise enda kaalutusõigust (vt põhjalikumalt alapeatükk 3.3).

EK on asunud seisukohale, et iga riigihanke korraldamist reguleerivad läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtted nõuavad, et menetluse põhitingimused, mis puudutavad riigihankes osalemist, peavad olema enne selgelt määratletud ja avalikustatud, et ettevõtjatele oleksid menetluse nõuded täpselt teada ning nad oleksid kindlad selles, et samad nõuded kehtivad

⁶⁰ EKo C-199/15, *Ciclat Soc.coop*, p-d, 29-30; EKo C-336/12, *Manova*, p-d 39-40; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p 46.

⁶¹ EKo C-171/15, *Connexion Taxi Services*, p-d 37-44.

⁶² Steinicke, M. in Steinicke, M., Vesterdorf, P.L *Op cit.*, lk 325; EKo C-171/15, *Connexion Taxi Services*, p-d 37-44; EKo C-27/15, *Pippo Pizzo*, p 39; EKo C-336/12, *Manova*, p 40; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p-d 42-43; EKo C-496/99, *Succhi di Frutta SpA*, p 115.

⁶³ Steinicke, M. in Steinicke, M., Vesterdorf, P.L *Op cit.*, lk 325-326.

⁶⁴ Steinicke, M. in Steinicke, M., Vesterdorf, P.L *Op cit.*, lk 325.

kõikidele konkurentidele.⁶⁵ Hankija peab olema riigihanke alusdokumentides määratud tingimustega seotud seega riigihanke menetluses lõpuni ning ei saa neist kaalutusotsuste teostamisel kõrvale kalduda, sest põhjustaks sellega ettevõtjate ebavõrdse kohtlemise ning läbipaistvuse põhimõtte rikkumise. Siiski ei tähenda see, et ettevõtjal oleks keelatud igasugune tähtaegselt esitatud dokumendi või teabe parandamine. Näiteks juhul, kui hankija ei ole riigihanke alusdokumentides selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide küsimist piiranud, võib selgituste küsimine olla kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega, sõltuvalt kaasuse asjaoludest. Teisisõnu tuleb hankijal otsuse langetamisel eristada olukordi, kus selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide küsimisele on seatud piirangud riigihanke alusdokumentides nendest olukordadest, kus riigihanke alusdokumentides selgituste küsimisele piiranguid seatud ei ole.

EK kohtupraktika alusel on hankijal talle antud kaalutusõiguse teostamisel kohustus kohelda ettevõtjaid võrdselt ja lojaalselt nii, et riigihanke menetluse lõppedes ja selle tulemust arvestades ei näiks, et üht või mitut selgitusnõude saanud ettevõtjat on aluseltult koheldud teistest soodsamalt või ebasoodsamalt. Selleks tuleb selgituse nõue saata ühtmoodi kõigile ettevõtjatele, kes on samas olukorras, välja arvatud juhul, kui esineb objektiivselt kontrollitav põhjus, mis õigustab erinevat kohtlemist.⁶⁶ Hankija peab seega tagama kõigile samas olukorras olevatele ettevõtjatele ühetaolise võimaluse dokumentides esineva puuduse kõrvaldamiseks, sest kui selline võimalus antakse põhjendamatult üksnes teatud ettevõtjatele, on see vastuolus nii võrdse kohtlemise kui ka läbipaistvuse põhimõtetega.⁶⁷ Millistel juhtudel pärast dokumentide esitamise tähtpäeva on hankijal lubatud ettevõtjalt selgitusi või selgitamist võimaldavaid dokumente nõuda nii, et see oleks kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega ning millistel juhtudel nimetatud üldpõhimõtete rikkumine esineb, käsitletakse põhjalikumalt järgnevas alapeatükis (vastavalt 1.2. ja 1.3).

⁶⁵ EKo C-27/15, *Pippo Pizzo*, p 37.

⁶⁶ EKo C-599/10, *Slovensko jt*, p 41 ja 43.

⁶⁷ EÜKo T-211/02, *Tideland Signal*, p 38; EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p 80; RKHKo 3-3-1-24-13, p 18.

1.2. Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimine

1.2.1. Euroopa Kohtu kohtupraktikast tulenevad nõuded võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse tagamiseks

Arvestades, et selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel riigihanke-direktiividest ega ka RHS-st konkreetsemaid suuniseid, peale võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimise kohustuse ei sisaldu, tuleb vastavasisuline otsus vastu võtta hankijatel endal, arvestades lahendatava juhtumi asjaolusid ning kohtute praktikat. Seejuures võivad hankijatele kaalutusotsuse tegemisel abiks olla EK kohtupraktika kaudu kujunenud nõuded, mida võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte järgimise tagamiseks selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel arvestada.

Esiteks võib selgitusi nõuda üksnes pärast kõikide pakkumuste läbivaatamist⁶⁸ ning selgitamise nõue tuleb saata ühemoodi kõigile ettevõtjatele, kes on samas olukorras.⁶⁹ Siinkohal tuleb sõna „pakkumused“ tõlgendada laiendavalt ehk „ettevõtja esitatud dokumendid“. Seda põhjusel, et selgituste nõudmise regulatsioon kohaldub ka sellistele riigihanke menetluse liikidele, kus enne pakkumust esitavad ettevõtjad hankija nõutud tähtpäevaks taotluse koos hankepassiga ning üksnes pärast ettevõtja kvalifikatsiooni kontrollimist esitavad kvalifitseerimise tingimustele vastavad ettevõtjad pakkumused. Sellisteks riigihanke menetluse liikideks on piiratud hankemenetlus (RHS § 53), võistlev dialoog (RHS § 63), konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus (RHS § 67) ja innovatsioonipartnerlus (RHS § 57 lg 1).

Hankija peab selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmiseks olema seega riigihanke vastavas etapis läbi vaadanud ettevõtja esitatud kõik dokumendid. Eelnevalt loetletud niinimetatud kaheetapilistes menetlustes on hankija võimalik kontrollida dokumente, mis tuleb esitada vastavas etapis. Näiteks piiratud hankemenetluses peab hankija olema selgituste küsimiseks läbi vaadanud riigihankes nõutud kvalifikatsiooni olemasolu kinnitavad dokumendid, sest pakkumus kui ettevõtja pakutav lahendus, mida riigihanke tehnilises spetsifikatsioonis nõutakse, esitatakse alles pärast ettevõtjate kvalifitseerimist. Seetõttu ei saa hankijalt nõuda ka pakkumusega seotud dokumentide läbivaatamist selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide küsimiseks. Näiteks *Manova* ja *Slovensko* kohtuasjades oli mõlemal juhul tegemist piiratud hankemenetlustega. Kui *Slovensko* kohtuasjas seisnes põhiküsimus selles, kuidas peab hankija tuvastama põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse ehk

⁶⁸ EKo C-599/10, *Slovensko jt*, p 42; EKo C- 285/99 ja C-286/99, *Impresa Lombardini*, p-d 51-53; EKo C-336/12, *Manova*, p-d 34-37; Hamer, C. R. in Steinicke, M., Vesterdorf, P.L. *Op cit*, lk 611-612.

⁶⁹ EKo C- 599/10 *Slovensko jt*, p-d 42 ja 43; EKo C-336/12, *Manova*, p 34.

küsimus puudutas pakkumust, siis *Manova* lahendis keskenduti eelotsuse küsimisel sellele, kas majandusaasta aruande esitamine pärast taotluste esitamise tähtpäeva on võrdse kohtlemise põhimõttega vastuolus. *Manova* kohtuasjas seisnes küsimus seega puuduse kõrvaldamises seoses ettevõtja kvalifikatsiooniga, mitte pakkumusega.

Selgituste nõudmine üksnes pärast kõikide ettevõtjate poolt esitatud dokumentide läbivaatamist peab tagama, et kõik ettevõtjad, kelle dokumentides esineb sama liiki puudus, saavad võimaluse puuduse kõrvaldamiseks ning on seega võrdselt koheldud. Ühesugune võimalus tuleb anda ettevõtjatele, kes on jätnud samad või sarnased andmed esitamata. RHS kommentaaride kohaselt ei peaks sarnases olukorras olemist hindama mitte puuduse sisulist sarnasust aluseks võttes, vaid lähtudes selgitusnõude esitamisega põhjustatava riive mõjust võrdse kohtlemise põhimõttele, sest kui puudused on olemuselt erinevad, ent mõlema vea puhul on selgitusnõude esitamiseks vajalikud eeldused täidetud, tuleks pidada neid samaväärseteks.⁷⁰ Erinev kohtlemine on õigustatud juhul, kui ettevõtjate dokumentides esinevate puuduste suurus, olulisus või arv erinevad oluliselt. Selgituse nõuet ei pea seega saatma kõikidele ettevõtjatele juhul, kui esineb objektiivselt kontrollitav põhjus, mis õigustab ettevõtjate erinevat kohtlemist, seda eriti juhul, kui pakkumus tuleb muid asjaolusid arvesse võttes nagunii tagasi lükata.⁷¹ Hankija ei pea kohtlema hoolsuskohustust oluliselt rikkunud ettevõtjat ühetaoliselt sellise ettevõtjaga, kelle tähtjaks esitatud dokumentides esineb vaid väike ja ebaoluline puudus.⁷²

Teiseks peavad selgitusnõudes sisalduma kõik need asjaolud, mis on tähtaegselt esitatud dokumentides ebatäpsed või selgitamist vajavad⁷³ Lisaks peab hankija selgitusnõue hõlmama kõiki selle adressaadiks oleva ettevõtja dokumentides esinevaid puudusi ja ebatäpsusi.⁷⁴

Kolmandaks ei tohi hankija võimaldada ettevõtjal selgituse andmisega täienduse esitamist, mis on oma olemuselt uue pakkumuse esitamine.⁷⁵ See oleks ilmselgelt vastuolus võrdse kohtlemise printsiibiga, aga ka läbipaistvuse põhimõttega, sest sellise selgituse või selgitamist võimaldava dokumendi esitaja saab võimaluse muuta oma pakkumust olukorras, kus ta on teadlik teiste ettevõtjate pakkumuses esitatud ja hankija poolt hinnatavatest näitajatest. Kokkuvõtvalt on

⁷⁰ Minumets, D. RHS Komm, § 46, kommentaar 49, lk 323.

⁷¹ EKo C-599/10 *Slovensko jt*, p 43.

⁷² Minumets, D. RHS Komm, § 46, p 49, lk 323.

⁷³ Hamer, C. R. in Steinicke, M., Vesterdorf, P.L. *Op cit.*, lk 611; EKo C-599/10, *Slovensko jt*, p 44; EKo C-336/12, *Manova*, p 35.

⁷⁴ EK C-599/10, *Slovensko jt*, p 44.

⁷⁵ Hamer, C. R. in Steinicke, M., Vesterdorf, P.L. *Op cit.*, lk 611, p 29; EKo C- 599/10 *Slovensko jt*, p 40; EKo C-336/12, *Manova*, p 36.

hankijal sellise kaalutusotsuse vastuvõtmisel kohustus kohelda ettevõtjaid võrdselt ja lojaalselt, nii et riigihanke menetluse lõppedes ei näiks, et mõnda ettevõtjat, kes sai hankijalt selgituse nõude, koheldi alusetult teistest soodsamalt või ebasoodsamalt.⁷⁶

Nimetatud nõuded ei võimalda hankijale aga ammendavat lahendust igas selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmise kaudu lahendamist vajavas olukorras. Nii ei ole näiteks loetletud nõuete põhjal selge, kuidas eristada dokumentide parandamist uue pakkumuse esitamisest. See tähendab, et lisaks eeltoodud EK kohtupraktikas kujunenud nõuetele on vajalik võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse tagamiseks selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel võtta appi EK, aga ka riigisisene kohtupraktika laiemalt.

1.2.2. Dokumentide mittedokumentide muudatused

Direktiivi 2014/24/EL art 56 lg 3 ega RHS § 46 lg 4 ei anna põhjust eriliseks diskussiooniks, kas ettevõtjatel on lubatud parandada tähtaegselt esitatud dokumentides formaalseid puudusi. Osaliselt on sellele küsimusele vastamisel abiks RHS § 114 lg 2 teine lause, mille kohaselt võib hankija tunnustada pakkumus vastavaks, kui selles ei esine sisulisi kõrvalekaldeid riigihanke alusdokumentides nimetatud tingimustest. Kuivõrd RHS § 114 lg 2 reguleerib pakkumuste vastavaks tunnustamist, ei kehti see olukorras, kus selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmise üle tuleb otsustada ettevõtja kvalitatiivsete näitajate osas. Samas võimaldab EK kohtupraktika järeldada, et pärast dokumentide esitamise tähtpäeva on lubatud selgitused või selgitamist võimaldavad dokumendid ka ettevõtja kvalifikatsiooniga seotud dokumendid, kui sellega ei kaasne dokumentide sisulist muutmist.⁷⁷

Slovensko kohtulahendi kohaselt ei ole võrdse kohtlemise ega läbipaistvuse põhimõttega vastuolus, kui erandjuhul korrigeeritakse pakkumusega seonduvaid andmeid, eriti juhul, kui vajalikud on vaid täpsustused või parandada ilmsed tehnilised vead. Siiski ei tohi selle muudatusega toimuda uue pakkumuse esitamist.⁷⁸ *Manova* kohtuasjas käsitleti võimalike puuduste parandamist avaramalt ning selle kohaselt ei ole võrdse kohtlemise ega läbipaistvuse põhimõttega vastuolus, kui pakkumusega seonduvaid andmeid parandatakse või täiendatakse ning seda eriti siis, kui ilmselgelt on vaja üksnes täpsustust või parandada ilmsed tehnilised

⁷⁶ EKo C-599/10 *Slovensko jt*, p 41; EKo C-336/12, *Manova*, p 37.

⁷⁷ EKo C-599/10, *Slovensko jt*, p 40; EKo C-131/16, *Archus sp. z.o.o.*, p 36; EKo C-387/14, *Esaprojekt*, p 38; EKo C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, p 63.

⁷⁸ EKo C-599/10, *Slovensko jt*, p 40.

vead.⁷⁹ Kui *Slovensko* lahendis pidas EK võimalikuks üksnes erandjuhtudel pakkumusega seonduvate andmete korrigeerimist, võib *Manova* lahendi järgi pakkumusega seonduvaid andmeid lisaks parandamisele ka täiendada. Pakkumusega seotud andmete täiendamine võib olla lubatud, kui andmete hilisem esitamine ei too ettevõtjale kaasa mistahes sisulist eelist.⁸⁰ Järelikult lubab EK kohtupraktika, nagu ka riigihankedirektiivid, erandjuhul pakkumuse täiendamist ehk dokumentide või teabe lisamist tähtaegselt esitatud dokumentide kohta, tingimusel, et see ei too kaasa tähtaegselt esitatud dokumentide või teabe sisulist muutmist ega muudatust tegevale ettevõtjale eelist võrreldes teiste ettevõtjatega. Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtet ei rikuta seega juhul, kui selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide kaudu on võimalik parandada mittesisulisi puudusi. Samas ei täpsusta riigihankedirektiivid ega RHS, millised ettevõtja esitatud dokumentide parandusi tuleb lugeda sisulisteks ning milliseid mittesisulisteks.

EK kohtupraktika pinnalt on üldjoontes järeldatud, et dokumentide vormilise ehk mittesisulise muutmisega on tegemist juhul, kui selgitustega esitatavad andmed on seotud dokumentide ebaoluliste aspektidega või oluliste tingimustega üksnes vormiliselt.⁸¹ Teisisõnu on selgituste nõudmisega võimalik kõrvaldada tähtaegselt esitatud dokumentides selliseid puuduseid, mis on seotud dokumentide ebaoluliste aspektidega või oluliste tingimustega üksnes vormiliselt.

Erialakirjanduses on peetud võimalikuks, et EK paindlikum seisukoht *Manova* lahendis, mis on erandiks ettevõtja poolt tähtaegselt esitatud dokumentides sisulise muutmise keelust, oli tingitud asjaolust, et see puudutas mitte pakkumust, vaid ettevõtjate kvalitatiivse valiku aluseks olevat dokumenti.⁸² Kuigi EK kohtupraktikas selles osas seisukoht puudub, võib teatud juhtudel osutada põhjendatuks, et selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide kaudu on võimalik kõrvaldada tähtaegselt esitatud dokumentides esinevat puudust just ettevõtjate kvalitatiivse valiku aluseks olevas dokumendis, mitte niivõrd pakkumuse sisulisi tingimusi puudutavas dokumendis. Osad ettevõtja kvalifikatsiooni kirjeldavad dokumendid võivad olla avaldatud või ettevõtjal olemas juba enne dokumentide esitamise tähtpäeva, nagu seda oli *Manova* lahendis märgitud majandusaasta aruanne, mis tuleb ettevõtjal esitada sõltumata konkreetse riigihanke menetluses osalemisest. Seevastu pakkumuse sisulise vastavuse kontrollimiseks nõutud dokumendid on pigem seotud konkreetse riigihanke esemega, mistõttu

⁷⁹ EKO C-336/12, *Manova*, p 32.

⁸⁰ Arrowsmith. (viide 31), lk 695; Hamer, C. R. in M. Steinicke, P. Vesterdorf. *Op cit.*, 2018, lk 609.

⁸¹ Minumets, D. RHS Komm, § 46, kommentaar 31, lk 317; EÜKo T-211/02, *Tideland Signal*, p-d 36-37; Taube, K. *Op cit.*, lk 10, 21, 71.

⁸² García-Andrade, X. C. *Op cit.*, lk 109; Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 41, lk 321.

tuleb need hankijal koostada konkreetsetes riigihankes osalemiseks ning juhul, kui selline dokument jääb esialgselt tähtaegselt esitamata, võib olla üsna keeruline, kui mitte võimatu, selgitusnõude esitamise kaudu objektiivselt kontrollida, et see on varasem dokumentide esitamise tähtpäevast.

Vaatamata sellele, et kohtute praktika pinnalt on üldjoontes võimalik järeldada, et dokumentide vormilise ehk mittesisulise muutmisega on tegemist juhul, kui selgitustega esitatavad andmed on seotud dokumentide ebaoluliste aspektidega või oluliste tingimustega üksnes vormiliselt, ei ole selge, millal on tegu oluliste tingimuste vormilise puudusega. Samas võib praktikas esile kerkida ka küsimus, millal on selgitustega esitatavad andmed seotud dokumentide ebaoluliste aspektidega. Nii on pakkumuse allkirjaõigust omava isiku kohta esindusõigust kinnitava volikirja puudumist peetud dokumentide ebaoluliseks aspektiks,⁸³ ent mitte igas olukorras. Nimelt on VAKO leidnud, et volikirja esitamata jätmise olukorras, kus isikul oli volitus esindamiseks tegelikult olemas, on vormiline puudus, mida on võimalik selgituste kaudu kõrvaldada, ent volikirja esitamata jätmise on sisuline puudus juhul, kui ühispakkumuse on allkirjastanud üks ühispakkuja ilma teise ühispakkuja volituseta.⁸⁴ Eeltoodust tulenevalt on vajalik lähemalt uurida, mida on kohtute ja VAKO praktikas peetud selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide kaudu kõrvaldatavaks ehk mittesisuliseks puuduseks.

1.2.3. Dokumentide ebaoluliste aspektidega seotud muudatused ja dokumentide oluliste aspektide muutmine vormiliselt

Vastavalt alapeatükis 1.2.2. käsitletule on võimalik selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmise kaudu kõrvaldada tähtaegselt esitatud dokumentides mittesisulisi puudusi. Mittesisuliste puudustega on tegemist juhul, selgitustega esitatavad andmed on seotud dokumentide ebaoluliste aspektidega või oluliste aspektidega üksnes vormiliselt. Järelikult on mittesisuliste puuduste kõrvaldamise lubatavuse tuvastamiseks vajalik välja selgitada, mida tuleb lugeda dokumentide ebaolulisteks aspektideks ning olulisteks tingimusteks üksnes vormiliselt.

Eestikeelses õiguskirjanduses on peetud dokumentide ebaoluliseks aspektiks andmeid ja dokumente, mille esitamise nõue on pelgalt formaalne kohustus ja mille esitamata jätmise ettevõtja kvalitatiivse valiku, pakkumuste vastavuse kontrollimise ega pakkumuste hindamise

⁸³ TlnHKo 3-18-1736, p 20.

⁸⁴ VAKO 142-19/212047, p-d 15-17.

tulemusel sisuliselt ei mõjuta. Need on eelkõige andmed, mis kinnitavad hankija otsuste aluseks olevate andmete õigsust ning ei muuda nõutud tähtpäevaks esitatud dokumente sisuliselt.⁸⁵ Eesti vaidlustus- ja kohtupraktika alusel on sellised andmed näiteks ettevõtja poolt esitatud võõrkeelsete dokumentide tõlked,⁸⁶ esindusõigust kinnitav volikiri pakkumuse allkirjaõigust omava isiku kohta,⁸⁷ tellija kinnitused ettevõtja esitatud referentslepingute nimekirjas sisalduvate tööde nõuetekohasest täitmisest.⁸⁸

Dokumentide ebaoluliseks aspektiks saab pidada dokumentide esitamise ja vormistamisega seotud tingimusi, mida hankija peab vajalikuks riigihanke menetluse sujuvamaks toimimiseks.⁸⁹ Sellisteks tingimusteks on näiteks numeratsiooni järgimine,⁹⁰ dokumentide märgistamine,⁹¹ erinevad allkirjastamise nõuded,⁹² dokumentide originaali esitamise kohustus jne.⁹³ Dokumentide ebaolulisteks andmeteks tuleb RHS kommentaaride kohaselt lugeda tingimusi, mis ei oma hankija poolt riigihankes vastuvõetavate otsuste tegemisel kesket tähendust ning seejuures tuleb vastava hinnangu andmisel arvestada riigihanke eseme keerukuse ja ettevõtja esitatavate andmete mahuga. Mida mahukam ja keerukam on hankelepingu ese, seda rohkem mitteolulisi detaile dokumendid sisaldavad.⁹⁴

Keeruka riigihanke eseme ja riigihanke suure mahu tõttu pidas RKHK vormilisteks puudusteks seda, kui osad andmed pakkumuses ei olnud loogilised, üheselt ja veenvalt kontrollitavad, pakkumuses ei järgitud nõutavat numeratsiooni ning mõningad andmed puudusid. Sellised puudused olid RKHK hinnangul käsitletavad vormiliste eksimustena pakkumuse koostamisel, mitte aga sisuliste kõrvalekalletena hanketeate ja riigihanke alusdokumentide tingimusest.⁹⁵ RKHK põhistas oma seisukohta sellega, et erandjuhul on pakkujal võimalik korrigeerida pakkumusega seonduvaid andmeid, eriti siis, kui ilmselgelt on vaja vaid täpsustust või parandada ilmsed tehnilised vead, nii et selle muudatusega ei kaasneks tegelikult uue pakkumuse esitamist. Järelikult pidas RKHK kirjeldatud juhtumi puhul, arvestades ettevõtja poolt esitatavate dokumentide ja andmete mahtu, kõikide teiste loetletud pakkumuses esinenud

⁸⁵ Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 35, lk 319.

⁸⁶ VAKO 166-11/125619, p 9.2.

⁸⁷ TlnHKO 3-18-1736, p 20.

⁸⁸ TlnRnKo 3-16-386, p 18.

⁸⁹ Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 35, lk 318-319.

⁹⁰ RKHKm 3-3-1-44-13, p 21.4.

⁹¹ VAKO 53-11/121691, p-d 9.2 ja 9.3.

⁹² VAKO 145-19/210602, p-d 16-18.

⁹³ Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 35, lk 318-319.

⁹⁴ Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 35, lk 318-319.

⁹⁵ RKHKm 3-3-1-44-13, p 21.

puuduste seas ka mõningate andmete puudumist vormiliseks, sest need ei omanud riigihankes vastuvõetavate otsuste tegemisel keskset tähendust.

Ka pakkumuses avaliku liiniveo korraldamiseks kasutatavate busside uste arvu korrigeerimist pidas TlnRnK vormistusliku puudusena võimalikuks, sest riigihankes nõuti ettevõtjalt mahukate dokumentide esitamist, mistõttu ei saanud pakkujalt nõutavat hoolsuskohustust pidada sedavõrd kõrgeks, et mistahes vigade esinemise korral tuleks pakkumus jätta kõrvale kui mittevastav.⁹⁶ Vaatamata sellele, et riigihankes osaleda soovivald ettevõtjalt on kohane nõuda kõrgendatud hoolsust, ei ole eriti mahukate andmete ja nõutavate dokumentide suure hulga puhul võimalik inimlikke eksimusi täielikult välistada ning iga niisugune viga ei tähenda, et pakkuja oleks tehingupartnerina ebausaldusväärne.⁹⁷

Dokumentide ebaolulisi aspekte puudutavatele selgitustele lisaks on dokumendi mittesisulise muutmisenä käsitletavat olukorrad, kus selgitustega muudetakse dokumentide olulisi aspekte vormiliselt.⁹⁸ Dokumentide oluliste aspektide vormiline muutmine eeldab seega, et oluliste aspektide muutmine ei ole sisuline. Ettevõtja esitatud dokumentide olulisteks aspektideks on peetud eelkõige andmeid, mis on aluseks hankija otsuste tegemisele.⁹⁹ Eelkõige on sellisteks aspektideks pakkumuse hindamisel tähendust omavad võistlevad elemendid¹⁰⁰ nagu pakkumuse maksumus, pakkumuse kvaliteeti kirjeldavad omadused ning andmed, mille alusel kontrollib hankija pakkumuse sisulist vastavust¹⁰¹ (nt hankelepingu eseme tehnilised omadused).¹⁰²

Dokumentide oluliste aspektide muutmist vormiliselt lubab EK kohtupraktika, mille kohaselt ei ole kategooriliselt keelatud dokumentidega seonduvate andmete parandamine või täiendamine, eriti juhul, kui ilmselgelt on vajalik vaid täpsustus või parandada ilmsed tehnilised vead.¹⁰³ RHS § 117 lg 2 sätestab samuti pakkumuse olulise tingimuse vormilise muutmise võimaluse, kuivõrd pakkumuse maksumus on pakkumuse oluline tingimus.¹⁰⁴ RHS § 117 lg 2 kohaselt lubatakse selgituste nõudmise kaudu parandada pakkumuse maksumuses esinevat

⁹⁶ TlnRnKo 3-16-1219, p-d 16-18.

⁹⁷ RKHKo 3-3-1-24-13, p 17.

⁹⁸ Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 37, lk 319.

⁹⁹ Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 33, lk 317-318.

¹⁰⁰ S. Arrowsmith. Law of Public and utilities procurement. Second Edition. London: Sweet & Maxwell, 2005, lk 541.

¹⁰¹ EKo nr C-599/10, *Slovensko*, p-d 37.

¹⁰² Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 33, lk 317.

¹⁰³ EK C-387/14, *Esaprojekt*, p 38; C-599/10, *Slovensko* jt, p 40.

¹⁰⁴ Arrowsmith, S. (viide 100), lk 541; Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 37, lk 319.

arvutusviga. Sellisel juhul parandab hankija arvutusvea ja teatab sellest pakkujale kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis, millele on pakkuja kohustatud vastama samas vormis kahe tööpäeva jooksul teate saamisest, kas ta nõustub arvutusvea parandamisega. Juhul, kui pakkuja hankija edastatud arvutusvea parandamisega ei nõustu, on hankijal kohustus pakkumus tagasi lükata.

Pakkumuse olulise tingimuse vormilise muutmisega on tegemist, kui pakkumuse sisu on objektiivselt tuvastatav selles esitatud andmete või muude asjaolude alusel ehk pakkumuse tegelik sisu, puudusele vaatamata, on ilmne.¹⁰⁵ *Antwerpse Bouwwerken* kohtulahendi kohaselt on pakkumuse mittesisuliseks puuduseks viga pakkumuse maksumuse aluseks olevas hinnakalkulatsioonis, kui üks ühikhind oli esitamata. Sellisel juhul ei saa hankija pakkumust tagasi lükata, kui arvutusviga saab lihtsal viisil selgitada ja puuduoleva hinna saab lihtsalt ja üheselt tuletada teisest pakkumuses märgitud hinnast.¹⁰⁶

Eesti vaidlustuspraktikas on peetud dokumentide olulise tingimuse vormiliseks muutmiseks pakkumuse maksumuse vormi esitamata jätmist, kui maksumuse koostamise tabelist on maksumus üheselt tuvastatav¹⁰⁷ ning pakkumuse maksumuse korrigeerimist olukorras, kus viga seisnes pakutud hinnale lisanduva käibemaksu arvestamises.¹⁰⁸ Eesti kohtupraktikas on selliseks puuduseks peetud näiteks tähtaegselt esitatud ettevõtja kvalifikatsiooni tõendava dokumendi mittekehtivust, kui nõutud kvalifikatsiooni tõendab samaaegselt muu dokument. TlnRnK hinnangul ei saanud kvalifitseerimiseks tarviliku vahendi vahetamine menetluse kestel anda ettevõtjale teiste ettevõtjate ees eelist, mistõttu ei esine ka ebavõrdset kohtlemist. Ühtlasi on hankijal õigus kontrollida ettevõtja kvalifikatsiooni, sh hinnata vahetatud dokumente kogu riigihanke menetluse vältel.¹⁰⁹

Ilmse veaga, mida sai selgitamisega parandada, oli tegemist kohtuasjas *Tideland Signal*, kus pakkuja esitas pärast läbirääkimisi oma lõpliku pakkumuse, milles oli uuendamata pakkumuse jõusoleku tähtaeg. Samas sisaldas pakkumus ettevõtja kinnitust, et pakkumus on jõus vastavalt nõutule 90 päeva, ning et ettevõtja võtab kõik hanketingimused pakkumuse esitamisega üle,

¹⁰⁵ EÜKo T-211/02, *Tideland Signal*, p-d 36-37, 43; EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p 57; RKHKo 3-3-1-24-13, p 17; VAKO 177-18/194960, p 18.

¹⁰⁶ EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p 60; Petersen, Z., Tolkachova, D. The dividing line between admissible clarification and inadmissible modifications of the terms of tender: *Antwerpse Bouwwerken NV v Comission*. P.P.L.R. 2010, 5, lk 187.

¹⁰⁷ VAKO 5-12/128251, p-d 13–16.

¹⁰⁸ VAKO 3-11/120937, p-d 10-13.

¹⁰⁹ TlnRnKo 3-09-265, p 8.

mistõttu pidas kohus sellise puuduse ilmseks ebaselguseks, mida saab selgituste esitamisega hõlpsalt kõrvaldada.¹¹⁰ Ka Eesti vaidlustuspraktikas on pakkumuse jõusoleku tähtajaga seonduvaid lahendeid, kus ettevõtja esitatud dokumentides esinevaid puudusi on peetud mittesisuliseks puuduseks. Näiteks luges VAKO pakkumuse ilmseks ebaselguseks, mida saab selgituste esitamisega hõlpsalt kõrvalda, ettevõtja poolt esitamata jäetud pakkumuse jõusoleku kinnituse, kuid riigihanke alusdokumentide ja seaduse alusel oli teada pakkumuse jõusoleku vähemalt kuuekuuline jõusolek.¹¹¹ Ilmse veaga on tegemist ka juhul, kui pakkumuses esitatud aastaarvudes, kuupäevades, nimetustes jms esinevad üksikud numברי- või tähevead selliselt, et pakkumuses esitatud teiste andmete pinnalt on ilmne, mis peaksid olema õiged andmed.¹¹² Märgitud olukordi iseloomustab asjaolu, et ettevõtja on tähtaegselt esitanud sisuliselt vastava pakkumuse ning hilisema selgitusega ta üksnes kinnitab oma algset tahet.¹¹³ Analoogselt pakkumusega on selline järeldus kohaldatav teistele riigihanke menetluses esitatavatele dokumentidele, näiteks ettevõtja kvalifikatsiooni puudutavatele dokumentidele.

Kõrvalekaldumine üldreeglist, milleks on keeld muuta ettevõtja poolt tähtaegselt esitatud dokumente sisuliselt, on lubatud üksnes erandjuhtudel, kui seda õigustavad objektiivsed erandlikud asjaolud.¹¹⁴ Selline olukord võib esineda ka juhul, kui ettevõtjal jäid dokumendid või andmed esitamata hankijast tuleneva või mõne muu erandliku asjaolu tõttu, mida ettevõtja ei saanud ette näha ega mõistlikult vältida.¹¹⁵ Erandlikuks asjaoluks on peetud ka olukorda, kus dokumentide esineva vea tingis hankija koostatud riigihanke alusdokumentide ebaselgus või vastuolulisus kui hankijast tingitud asjaolu.¹¹⁶ Nii nentis EK kohtuasjas *Lavorgna*, et kui riigihanke alusdokumentides ette nähtud tingimused ei võimalda ettevõtjatel oma hinnapakumuses teatud andmeid välja tuua, ei ole võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttega vastuolus, kui ettevõtjale antakse võimalus selgituste esitamisega selline puudus kõrvaldada.¹¹⁷ *Lavorgna* kohtuasjast on juhitud RKHK, leides, et olukorras, kus hankija ei ole riigihanke alusdokumentides koolitusplaanile sisu- ega vorminõudeid ette näinud, tuleb tõlgendada nõuet selliselt, et koolitusplaan pidi kätkeva endas teavet, mille esitamise kohustus pidi olema arusaadav keskmisele vastavas valdkonnas tegutsevatele ettevõtjale. Seetõttu ei saa

¹¹⁰ EÜKo T-211/02, *Tideland Signal*, p-d 36 ja 41.

¹¹¹ VAKO 177-18/194960, p 21.

¹¹² Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 39, lk 320.

¹¹³ Taube, K. *Op cit.*, lk 50.

¹¹⁴ EKo C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom SA*, p 27; EKo C-434/02, *Arnold André*, p 68; EKo C-210/03, *Swedish Match*, p 70.

¹¹⁵ Arrowsmith, S. *The Law of Public and Utilities Procurement*. Second Edition. London: Sweet and Maxwell. 2008. lk 498.

¹¹⁶ EKo C-309/18, *Lavorgna*, p 32; TlnRnKo 13-16-370, p 21.

¹¹⁷ EKo C-309/18, *Lavorgna*, p 32; Smith, S. Supplementing, clarifying or completing tender documents after submission – permissibility of national rules limiting this opportunity (*Lavorgna*). P.P.L.R. 2019, 5, lk 196-197.

nõuda, et hankija ei tohi võimaldada tähtaegselt esitatud koolitusplaani andmeid täpsustada, kui need oleks olnud ebapiisavad.¹¹⁸ Järelikult on võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttega kooskõlas, kui tähtaegselt esitatud dokumente muudetakse sisuliselt erandjuhul, kui ettevõtjal jäid dokumendid või andmed esitamata hankijast tulenevalt või muu erandliku asjaolu tõttu, mida ettevõtja ei saanud ette näha ega mõistlikult vältida. Sellised erandkorrad on näiteks, kui riigihanke alusdokumentides ette nähtud tingimused ei võimaldanud ettevõtjatel puudolevaid andmeid tähtaegselt esitatavates dokumentidesse lisada või riigihanke alusdokumentides ette nähtud tingimused vastavate andmete esitamiseks on ebamäärased ja mitmeti tõlgendatavad.

Erandlikult pidas EK lubatavaks riigihanke alusdokumentides nõutud ettevõtja kvalifikatsiooni tõendava majandusaasta aruande esitamist pärast dokumentide esitamise tähtpäeva tingimusel, et lisatavate andmete osas on objektiivselt võimalik kontrollida, et need on varasemad kui dokumentide esitamise tähtpäev.¹¹⁹ RHS § 46 kommentaaride autori arvates tuleb hankijal *Manova* lahendiga loodud erandile tuginemiseks lisaks andmete varasemale olemasolule tuvastada ka see, et lisatavad andmed või dokumendid olid ettevõtjal olemas või temale hõlpsalt kättesaadavad enne dokumentide esitamise tähtpäeva. Sellisel juhul on tagatud, et dokument või andmed ei jäänud ettevõtjal esitamata tahtlikult, näiteks lisaaja võitmiseks, vaid tõepoolest inimliku hooletuse tõttu,¹²⁰ sest võrdse kohtlemise põhimõtet võib rikkuda üksnes see, kui selgitusnõude esitamise tõttu saab ettevõtja lisaega riigihanke alusdokumentides nõutud dokumendi hankimiseks või koostamiseks.¹²¹ Sellise lähenemisega võib nõustuda. Isegi kui lisatavate andmete või dokumentide olemasolu enne nende esitamise tähtpäeva on objektiivselt kontrollitav, võib dokumentide tähtaegne esitamata jätmine olla tingitud mõnest muust põhjusest, kui inimlik hooletus, kui ei ole selge, kas puudu olevad andmed või dokumendid on ettevõtja valduses või talle hõlpsalt kättesaadavad.

Küsimusele, kas hankija võib nõuda selgitustega puuduste kõrvaldamist hankepassis, direktiivi 2014/24/EL art 56 lg 3 ega RHS § 46 lg 4 vastust ei anna. Eestikeelses õiguskirjanduses on leitud, et eelise andmist ei teki, kui hankija nõuab ettevõtjalt pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva hankepassis esitatud ebaõigete andmete parandamist, kuivõrd hankepass on olemuselt formaalne dokument, mis sisuliselt ettevõtja kvalitatiivse valiku kriteeriumidele vastavust ei tõenda.¹²² Senises kohtupraktikas hankepassi parandamist puudutavaid lahendeid

¹¹⁸ RKHKo 3-19-1464, p 17.

¹¹⁹ EKo C-336/12, *Manova*, p 42.

¹²⁰ Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 40, lk 320.

¹²¹ Arrowsmith, S. (viide 115), lk 497.

¹²² Minumets, D. *Op cit.*, lk 25.

magistritöö autorile teadaolevalt ei ole, mistõttu märgitud seisukoha osas puudub kinnitus kohtupraktikast. RHS § 104 lg 6 alusel teeb hankija esialgse otsuse pakkujate või taotlejate kõrvaldamise, kvalifitseerimise või kvalifitseerimata jätmise kohta hankepassi, st üksnes ettevõtja esitatud kinnituste põhjal ning kõrvaldamise aluste puudumist ning kvalifitseerimise tingimustele vastavust kontrollib hankija sisuliselt üksnes edukal pakkujal, vajadusel selleks vajalikke tõendeid või dokumente küsides. Ühelt poolt võib pärast dokumentide esitamise tähtpäeva hankepassis esinevate puuduste kõrvaldamise lubamist pidada ettevõtjate võrdse kohtlemise rikkumiseks, sest hankepassi parandamisega antakse ettevõtjale võimalus tähtaegselt esitatud hankepassi muuta. Teisest küljest võib argumenteerida, et hankepass sisaldab üksnes ettevõtja kinnitusi kvalitatiivse valiku kriteeriumidele vastavuse kohta ja mitte kvalitatiivse valiku kriteeriumidele vastavust tõendavaid dokumente endid, mistõttu ei saa tekkida formaalses kinnituses esineva puuduse parandamise võimaldamisega eelise andmist, kui seda lubatakse kõikidel samas olukorras olevatele ettevõtjatele.

Võttes arvesse hankepassi olemust ehk selles esitatavaid formaalseid kinnitusi ning juhindudes EK kohtupraktikast, mille kohaselt on erandjuhul kõrvaldatavaks puuduseks dokumentide või andmete esitamata jätmine, kui nende osas saab objektiivselt kontrollida, et need on varasemad dokumentide esitamise tähtpäevast, võib hankepassis esineva viga olla selgituste andmise kaudu kõrvaldatav. Lisaks võib hankepassis esineva vea parandamist toetada RKHK praktika. Näiteks on RKHK sedastanud, et hankija ei pea pakkujale andma võimalust puuduste kõrvaldamiseks juhul, kui pakkujal on dokumendid või andmed jätnud esitamata teadlikult, puuduste kõrvaldamise võimalus tuleb aga anda siis, kui nõutud dokumendid või andmed on esitamata, ebaselged või ebapiisavad või kui on ilmne, et pakkujal on teinud dokumentide vormistamisel inimliku vea.¹²³ Lisaks on RKHK leidnud, et puudusega, mida on võimalik selgituste küsimise kaudu kõrvaldada ja mis ei riku võrdse kohtlemise põhimõtet, on tegemist juhul, kui ettevõtja jättis esitamata kinnituse selle kohta, et ta vastab HKTS § 12 lg 2 p-dele 1, 3 ja 5. Väärrib täpsustamist, et kinnituse andmine seisnes riigihangete registris süsteemis „jah“ või „ei“ valiku märkimises ehk puudolev kinnitus oli üksnes formaalne, mille vastavust ei saanud hankija sisuliselt ehk muul viisil peale kinnituse enda kaudu kontrollida. RKHK asus seisukohale, et kuna ettevõtja oli pakkumuse esitanud, pidi olema hankijale selge, et ta soovis pakkumuses kinnitada ka enda vastavust HKTS § 12 lg 2 p-dele 1, 3 ja 5 ning et ebatäpsus tekkis tahtmatult.¹²⁴ Samas tuleb märkida, et hankepassis esineva vea kõrvaldamise lubatavus võib

¹²³ RKHKo 3-3-1-24-13, p 22.

¹²⁴ RKHKo 3-19-1501, p-d 17-18.

sõltuda suuresti vea iseloomust. Näiteks ei ole võrreldav hankepassis esitatud ühe kinnituse kohta linnukese puudumine kogu hankepassi esitamata jätmisega.

Kokkuvõtvalt on võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega koosõlas selgitusnõudega kõrvaldada tähtaegselt esitatud dokumentides mittesisulisi puudusi. Mittesisuliste puudustega on tegemist juhul, selgitustega esitatavad andmed on seotud dokumentide ebaoluliste aspektidega või oluliste tingimustega üksnes vormiliselt. Millistel juhtudel on selgitustega esitatavad andmed seotud dokumentide ebaoluliste aspektidega või oluliste tingimustega üksnes vormiliselt, tuleb tuvastada igal konkreetsel üksikjuhtumil esinemisel ehk teisisõnu tuleb nende asjaolude väljaselgitamiseks hinnata faktilisi asjaolusid kaasuspõhiselt. Lähtudes eeltoodust, muudatused, mis ei ole hõlmatud dokumentide vähem oluliste aspektide või oluliste aspektide vormilise poolega, ei ole tulenevalt võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte järgimise kohustusest riigihanke menetluses selgituste esitamisega üldprintsipiis lubatud. Üksnes erandlikel juhtudel on selgituste esitamisega lubatud muuta tähtaegselt esitatud dokumente ka sisuliselt. Seda olukorras, kui esitatavate andmete või dokumentide puhul saab objektiivselt kontrollida, et need on varasemad kui dokumentide esitamise tähtpäev. Märgitud erandlikeks olukordadeks on kohtupraktikas ja õiguskirjanduses peetud ka objektiivseid erandlikke asjaolusid nagu hankijast tulenev või mõni muu erandlik põhjus, mida ettevõtja ei saanud ette näha ega mõistlikult vältida, näiteks hankija koostatud riigihanke alusdokumentide ebaselgus või vastuolulisus. Tähtaegselt esitatud dokumentides mittelubatud muudatuste olukordi käsitletakse järgnevas alapeatükis.

1.3. Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete rikkumine

Võrdse kohtlemise ja sellest tulenevalt ka läbipaistvuse põhimõttega on selgelt vastuolus, kui hankemenetluses, kus läbirääkimised on keelatud, need hankija ja ettevõtja vahel toimuvad.¹²⁵ Selline keeld kehtib näiteks avatud ja piiratud hankemenetlustes (RHS § 52 lg 4 ja § 56 lg 2), kus võib esineda oht, et selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmine kujuneb hankija ja ettevõtja vahel läbirääkimisteks.

Keeld muuta hankija või ettevõtja algatusel tähtaegselt esitatud dokumente sisuliselt pärast nende esitamise tähtpäeva, v.a peatükis 1.2. käsitletud erandid, kehtib kõikides riigihanke menetlustes. Ühelt poolt ei tohi selgituste nõudmisega kõrvaldada puudust, mis seisneb riigihanke alusdokumentides nõutud dokumendi või andmete esitamata jätmises.¹²⁶ Niisamuti

¹²⁵ EKo C-599/10, *Slovensko*, p-d 36; EKo C-336/12, *Manova*, p 31.

¹²⁶ EKo C-131/16, *Archus sp. z.o.o jt*, p 33; EKo C-336/12, *Manova*, p 40.

ei tohi hankija nõuda selgitusi ettevõtjalt, kelle pakkumusi ta peab ebatäpseks või hankedokumentides esitatud tehnilisele kirjeldusele mittevastavaks.¹²⁷ Hankija peab seega selgituse nõudmisel tagama, et nõude esitamisel ja sellega arvestamisel ei kaasneks ettevõtja poolt sisuliselt uue pakkumuse esitamist.

Kohtuasjas *Partner Apelski Dariusz* esitas Poola riiklik apellatsioonikoda EK-le küsimuse, kas võrdse kohtlemise põhimõttega on vastuolus, kui hankija pärast pakkumuste avamist võtab vastu ettevõtja taotluse arvestada tema pakkumust üksnes hankelepingu teatud osade kohta.¹²⁸ Ettevõtja esitas hankijale pärast pakkumuste avamist selgituse, millises tähtsuse järjekorras tuleb tema poolt esialgselt kõigis kaheksas riigihanke osas esitatud pakkumust arvesse võtta, nii et kõigile kaheksale osale seatud kvalifitseerimise tingimuste täitmata jätmine ei tooks kaasa kogu pakkumuse tagasilükkamist. EK võttis selles küsimuses seisukoha, et selline avaldus, millega ettevõtja annab pärast pakkumuste avamist teada riigihanke osade tähtsusjärjestuse, mille kohaselt tema pakkumust hinnata tuleks, ei ole pelgalt ühekordne täpsustus või ilmsete tehniliste vigade parandus, vaid sisuline muudatus, mis sarnaneb pigem uue pakkumuse esitamisele. Selline võimalus pakkumuse täiendamiseks rikuks ettevõtjate võrdse kohtlemise ning sellest tulenevalt ka läbipaistvuse põhimõtet.¹²⁹ Nimetatud kohtulahendis ei olnud seega selgituste esitamise näol tegemist tähtaegselt esitatud dokumentide oluliste tingimuste vormiliste muudatustega, vaid sisulise muudatusega, mis ei ole üldreeglina lubatav.

Tähelepanuväärne on kohtuasjas *Partner Apelski Dariusz* see, et kuigi hankija küsis ettevõtjalt tähtaegselt esitatud dokumentide kohta selgitusi, lükkas ta selle ettevõtja pakkumuse pärast nõutud selgituste saamist siiski tagasi. EK leidis, et võrdse kohtlemise põhimõttega on vastuolus, kui pärast dokumentide esitamise tähtpäeva võtab hankija vastu ettevõtja selgituse, millega viimane soovib muuta algselt kõigis kaheksas riigihanke osas esitatud pakkumuse arvesse võtmise tähtsusjärjekorda, et kõigi kaheksa osa suhtes sätestatud kvalifitseerimise nõuete mittetäitmine ei tooks kaasa kogu pakkumuse tagasilükkamist.¹³⁰ Järelikult pidas EK võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega vastuolus olevaks hankija poolt mittelubatava muudatuse vastuvõtmist kui selle arvestamist hankija otsuse tegemisel riigihanke menetluses, mitte aga hankija otsust kõnealust selgitust ettevõtjalt küsida. Pelgalt hankija poolt selgituse või selgitamist võimaldava dokumendi küsimine, kui selgitusest endast peaks selguma, et sellega

¹²⁷ EKO C-336/12, *Manova*, p 31; EKO C-599/10, *Slovensko jt*, p-d 36 ja 37; EKO C-387/14, *Esaprojekt Sp. z.o.o.*, p 37.

¹²⁸ EKO C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, p 59.

¹²⁹ EKO C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, p-d 68-69; EKO C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p 43.

¹³⁰ EKO C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, p 70.

soovitakse dokumente sisuliselt muuta, võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega vastuolus ei ole, sest võimalik, et selgituste küsimise otsustamise hetkel ei ole hankijal tingimata täielikku selgust, millises ulatuses soovib ettevõtja tähtaegselt esitatud dokumentides esinevat viga parandada.

Kohtulahendis *Esaprojekt* sedastas EK, et võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttega on vastuolus, kui hankija arvestab pärast dokumentide esitamise tähtpäeva ettevõtja selgitusega tugineda teise ettevõtja kogemusele ning sellist teavet ei sisaldunud tema tähtaegselt esitatud dokumentides.¹³¹ EK hinnangul ei olnud kirjeldatud juhul tegemist pelga selgitusega või ilmsete tehniliste vigade parandusega varasema kohtupraktika tähenduses, vaid esialgse pakkumuse sisulise ja märkimisväärse muudatusega, mis sarnanes pigem uue pakkumuse esitamisega.¹³² Nimetatud kohtuasjas väärrib esiletoomist kohtujuristi Michal Bobek'i seisukoht, mille kohaselt kolmandale isikule tuginemine ei ole pelk vormiline selgitus, vaid dokumentide oluline muutmine, sest muudetakse hankelepingu täitjaid või vähemalt sellesse oma kogemusega panustavaid isikuid. Tegemist on sisulise muudatusega, mis mõjutab riigihanke menetluse korraldamise olulisi elemente ehk ettevõtja isikut, kes võib riigihankes edukaks osutada.¹³³ Ettepaneku kujundamisel viitas kohtujurist analoogsele olukorrale kohtuasjaga *Cartiera dell'Adda*, milles tähtaegselt esitatud dokumentides tehnikadirektoriks nimetatud isiku muutmist peeti olulisemaks kui pelgalt vormiliseks veaks ning seetõttu osutus see piisavaks põhjuseks, et pakkumus tagasi lükata. Selliste muudatuste lubamine mõjutaks ilmselgetl konkurentsi, sest ettevõtja otsus tugineda omaenda kogemusele või tugineda kolmanda isiku kogemusele, tuleb teha enne dokumentide esitamise tähtpäeva ning selle otsuse tegemisel teadaoleva info alusel. Kuivõrd pärast dokumentide esitamist on üldjuhul teada teave riigihanke menetluses osalevate konkurentide arvu või isikute kohta või ka turulangus, võib see julgustada ettevõtjat kaasama oma edukaks osutumiseks suurema kogemusega partnerit.¹³⁴ Võimaldades ettevõtjale pärast dokumentide esitamise tähtpäeva selgituste esitamisega täiendada dokumente kolmandale isikule tuginemisega, mida tähtaegselt esitatud dokumentides ei sisaldunud, annaks see selliste dokumentide esitajale eelise, mis oleks ilmselgelt vastuolus võrdse kohtlemise põhimõtte ja sellest tulenevalt ka läbipaistvuse põhimõttega.

¹³¹ EKo C-387/14, *Esaprojekt Sp. z.o.o.*, p 45; McGowan, D. Questions of relevant experience, supplementing tenders and serious misrepresentation: Case C-387/14, *Esaprojekt Sp. zoo v Wojewodstwo Lodzike*. P. P. L. R. 2017, 176-177.

¹³² EKo C-387/14, *Esaprojekt Sp. z.o.o.*, p-d 40-42; EK C-223/16, *Casertana Costruzioni Srl*, kohtujuristi N. Wahl ettepanek, p 47; McGowan, D. *Op cit.*, lk 176-177.

¹³³ EK C-387/14, *Esaprojekt Sp. z.o.o.*, kohtujurist M. Bobek ettepanek, p 30.

¹³⁴ EK C-387/14, *Esaprojekt Sp. z.o.o.*, kohtujurist M. Bobek ettepanek, p 31.

RHS-i tõlgendamisel on leitud, et hankepassi tähtaegse esitamata jätmise korral on ilmselt tegemist olukorraga, kus hankija kaalutusõigus ettevõtja kõrvaldamise osas on kahanenud nullini. Seetõttu tuleb ettevõtja kõrvaldada, sest § 95 lg-s 4 sätestatud kõrvaldamise aluste puhul on suures osas kõrvaldamise aluste puudumise tõendiks ettevõtja enda kinnitus. Olukorras, kus hankepassis on andmed puudulikud ning hankijal on võimalus kaalutleda, kas jätta ettevõtja kõrvaldamata ning kasutada RHS § 104 lg 7 sätestatud võimalust kontrollida ettevõtja kõrvaldamise aluseid ning kvalifitseerimist sisuliselt, ei näe säte siiski ette, et ettevõtja võiks andmeid, mis tuli esitada hankepassis, esitada pärast dokumentide esitamise tähtpäeva. Eeltoodule lisaks märgitakse, et kinnituse puudumisel ei ole hankijal võimalik mitte mingite andmete põhjal vastavasisulist otsust teha, nagu see on ka mõnede kvalifitseerimise tingimuse puhul.¹³⁵ Sellise tõlgenduse kohaselt on hankijal keelatud hankepassi tähtaegse esitamata jätmise korral nõuda selgitustega ettevõtjalt dokumente kõrvaldamise aluste puudumise ja kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kohta. Siinkohal tuleb märkida, et ka RHS § 104 lg 7 kohaldamisel on hankijale antud kaalutusruum, mida tuleb teostada kooskõlas kaalutusreeglitega nagu RHS § 46 lg-t 4, mille kohta põhjalikumalt alapeatükis 3.2 ning üksnes kaalutusnormi grammatiline tõlgendamine ei taga kaalutusreeglite järgimist.

Viidates *Archus* kohtuasjale, on järeldatud ka seda, et ettevõtjalt selgituste nõudmisega ei ole lubatav hankepassis puuduvaid kinnitusi pärast dokumentide esitamise tähtpäeva esitada.¹³⁶ Kohtuasjas *Archus* kujundas EK seisukoha kokkuvõtvalt olukorras, kus vaidluse esemeks oli pakkumuse sisu muutmise lubatavus. Pakkumuses pidi sisalduma muuhulgas mikrofilmi näidis ning viimast soovis pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva ära vahetada ettevõtja, kelle pakkumus lükati tagasi.¹³⁷ Antud juhtum on tähelepanuväärne, et riigihanke alusdokumentides nägi hankija ette, et mikrofilmi näidise kvaliteeti hinnatakse kriteeriumi „rahuldav või mitterahuldav“ kohaselt ning kui näidis osutub mitterahuldavaks, lükatakse pakkumus tagasi. Järelikult tuli kõnealust kaasust hinnata esiteks olukorras, kus küsimuseks oli pakkumuses esitatud näidise muutmise lubatavus ehk teisisõnu esitatud pakkumuse sisuline muutmine. Teiseks omas kirjeldatud olukorras tähtsust hankija riigihanke alusdokumentides kehtestatud tingimus, lükata pakkumus tagasi, kui mikrofilmi näidis osutub mitterahuldavaks. Märgitud kohtuotsus ja seal esinevad asjaolud ei peaks seega viima tingimata järelduseni, et ettevõtjal on kategooriliselt keelatud esitada selgituste nõudmisel pärast dokumentide esitamise tähtpäeva hankepassis esitamata jäetud andmeid.

¹³⁵Korduma kippuvad küsimused. Rahandusministeerium. Arvutivõrgus kättesaadav: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/faq_files/kkk_17.12.2019.pdf (18.01.2020)

¹³⁶ Korduma kippuvad küsimused. Rahandusministeerium. *Op cit.*

¹³⁷ EKo C-131/16, *Archus*, p-d 35-36.

Archus kohtuasjas oli pakkumuse muutmise näol tegemist sisulise muudatusega, sest ettevõtja soovis pärast pakkumuste hindamist muuta tähtaegselt esitatud pakkumuses sisalduvat näidist. Sellise muudatuse lubamisel oleks ettevõtja saanud õiguse sisuliselt esitada uus pakkumus, mis on aga senise kohtupraktika kohaselt lubamatu¹³⁸ ning oleks vastuolus ka RHS § 114 lg-s 2 sätestatud hankija õigusega, tunnistada pakkumus vastavaks, kui selles ei esine sisulisi kõrvalekaldeid riigihanke alusdokumentides nimetatud tingimustest. Lisaks peab hankija ettevõtjate võrdse kohtlemise tagamiseks rangelt kinni pidama enda poolt riigihanke menetluses kehtestatud tingimustest.¹³⁹ Nii oli enda kehtestatud imperatiivseid reegleid kohustatud järgima hankija ka kohtuasjas *Archus* ning mikrofilmi näidise muutmise lubamine oleks sellisel juhul rikkunud võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid. Sama seisukohta kinnitas EK kohtuasjas *Cartiera dell'Adda*, kus riigihanke alusdokumentides oli sõnaselgelt ja kategooriliselt ette nähtud pakkuja kõrvaldamine konkreetsete dokumentide esitamata jätmisel.¹⁴⁰

Eesti kohtupraktikas on leitud, et olukorras, kus pakkumuses esinevad vastuolulised andmed pakkumuse maksumuse kohta ning selles esitatud andmete põhjal ei ole võimalik üheselt tuvastada, kas pakkuja tegi vea käibemaksuga esitatud liinakilomeetri hinnas või käibemaksuta arvestatud liinakilomeetri hinnas, oleks sellise vea kõrvaldamine võinud tähendada pakkumuse sisulist muutmist ning sellest tulenevalt majanduslikult soodsamaks pakkumuseks osutumist. Seetõttu luges kohus sellise ebaselguse pakkumuse sisuliseks puuduseks, mida selgituste küsimise kaudu kõrvaldada ei saa.¹⁴¹

Sisuliseks puuduseks, mida selgitustega kõrvaldada ei ole lubatud, on pidanud VAKO ka volikirja esitamata jätmist juhul, kui ühispakkumuse on allkirjastanud üks ühispakkuja ilma teise ühispakkuja volitusega.¹⁴² Niisamuti on VAKO lugenud sisuliseks veaks, mis selgitustega kõrvaldatav ei ole, hankelepingu esemeks olevate seadmete vabas vormis paigaldusjooniste puudumist pakkumusest, sest sellise puuduse kõrvaldamisega kaasneks eelise andmine ettevõtjale, kelle pakkumuses need nõutud koosseisus esitamata olid.¹⁴³ Ka dokumentides hankelepingut täitmiseks nimetatud objektijuhi isiku asendamist isikuga, kes oli tähtaegselt esitatud dokumentide kohaselt hoopiski projektijuht, on VAKO pidanud sisuliseks puuduseks,

¹³⁸ EKo C-599/10, *Slovensko*, p 36-40; RKHKo 3-3-1-44-13, p 21.4; RKHKo 3-3-1-24-13, p 20.

¹³⁹ EKo C-336/12, *Manova*, p-d 40, 42; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p-d 42, 50.

¹⁴⁰ EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p 45.

¹⁴¹ TrtRK 3-17-1731, p 23-28.

¹⁴² VAKO 142-19/212047, p-d 15-17.

¹⁴³ VAKO 185-19/211743, p 10.

mida võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest tulenevalt ei ole selgitustega lubatud kõrvaldada.¹⁴⁴

Üksnes erandlikel juhtudel on kohtupraktikas ja õiguskirjanduses leitud, et ettevõtja poolt tähtaegselt esitatud dokumentides on sisuliste puuduste kõrvaldamine lubatav. Üldreegliks võib pidada siiski ettevõtja poolt tähtaegselt esitatud dokumentides sisuliste muudatuse keeldu. Eeltoodud näidete põhjal on sisulisteks mittelubatavateks muudatusteks dokumentidega seotud oluliste aspektide sisulised muudatused. Olulisteks aspektideks võib alapeatükis 1.2.3. käsitletu kohaselt pidada eelkõige andmeid, mis on aluseks hankija otsuste tegemisele, see tähendab, et need mõjutavad ettevõtjate kvalitatiivset valikut, pakkumuste vastavuse kontrollimist, pakkumuste hindamise tulemusi sisuliselt. Pakkumuse puhul on sellisteks andmeteks eelkõige hindamisel tähendust omavad võistlevad elemendid nagu pakkumuse maksumus ja kvaliteeti väljendavad omadused ning andmed, mille alusel hankija kontrollib pakkumuste vastavust.

¹⁴⁴ VAKO 145-19/210602, p-d 25-29.

2. PROPORTSIONAALSUS SELGITUSTE VÕI SELGITAMIST VÕIMALDAVATE DOKUMENTIDE NÕUDMISEL

2.1. Proportsionaalsuse põhimõte

Kuigi direktiivi 2014/24/EL art 56 lg 3 sätestab otsesõnu selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel tingimuse, et selline nõue esitatakse täielikus kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega, ei tähenda see, et proportsionaalsuse põhimõtet arvestama ei peaks. Lisaks võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimisele lasub hankijal riigihanke korraldamisel proportsionaalsuse põhimõtte järgimise kohustus. Hankija kohustus tegutseda riigihanke korraldamisel proportsionaalselt tuleneb direktiivi 2014/24/EL art 18 lg-st 1. Proportsionaalsuse põhimõte on riigihanke korraldamise üldpõhimõte, aga ka EL esmase õiguse põhimõtte¹⁴⁵ ning samuti Eesti avaliku õiguse oluline printsiip,¹⁴⁶ mida tuleb arvestada riigihanke korraldamisel läbivalt.¹⁴⁷

Ettevõtjalt dokumentide küsimise üle otsustamisel ei ole välistatud olukorrad, kus võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtted võivad põrkuda proportsionaalsuse põhimõttega. Seda eelkõige juhul, kui hankija on riigihanke alusdokumentides ettevõtja andmete või dokumentide selgitamise võimalust ise piiranud. Riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid tuleb aga kohaldada vastastikusel mõjus, üht või teist põhimõtet esiplaanile seadmata.¹⁴⁸ Kui kaalukuselt tähtsamaks peetud põhimõte tõrjub kõrvale selle, mis on konkreetsel juhul vähem oluline, ei tähenda, et viimane lakkaks olemast, vaid see üksnes annab täielikult või osaliselt koha kaalult tähtsamale põhimõttele.¹⁴⁹ Ka proportsionaalsuse põhimõtet on selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel seega vajalik järgida ja arvesse võtta. Põhimõtete kollisioonis peab püüdma igaüht neist järgida niivõrd, kui võrd on ehk teisisõnu tuleb otsida ideaalset, so optimaalset kompromissi.¹⁵⁰ Järelikult ei saa selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel juhinduda üksnes võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest, vaid hankijal kaalutus peab olema hõlmatud ka proportsionaalsuse põhimõtte sisustamisega.

¹⁴⁵ EKo C-376/08, *Serratori Srl*, p 33; EKo C-210/03, *Swedish Match*, p 47.

¹⁴⁶ RKHKo 3-3-1-5-06, p 16.

¹⁴⁷ EKo C-171/15, *Connexion Taxi Services*, p 32; Kuusmann, T. RHS Komm, § 3 kommentaar 36, lk 58.

¹⁴⁸ TlnRnKo 3-14-51156, p 16.

¹⁴⁹ A. Aarnio. Õiguse tõlgendamise teooria. Õigusteabe AS Juura. 1996, lk 69.

¹⁵⁰ A. Aarnio. *Op cit.*, lk 69.

Proportsionaalsuse põhimõtte kasvavat tähtsust riigihanke menetluses on soovinud Euroopa Komisjon rõhutada selle põhimõtte lisamisel direktiivi 2014/24/EL teksti (art 18).¹⁵¹ Üksnes direktiivi 2004/18/EÜ preambulis mainituna oli proportsionaalsuse põhimõtte siiski osa direktiivi õiguslikust taustast, osaliselt tänu proportsionaalsuse põhimõtte üldisest staatusest EL õiguses, osalt aga põhimõtte väljapaistvast positsioonist tulenevalt, mis põhineb mitmel riigihankedirektiivide sätel.¹⁵²

Proportsionaalsuse põhimõtte kohaselt ei tohi riigihankereeglite kohaldamisel minna kaugemale sellest, mis on reeglitega taotletud eesmärkide ja riigihanke korraldamise üldpõhimõtete järgimiseks mõistlikult vajalik.¹⁵³ Proportsionaalsuse põhimõttega tuleb arvestada olukordades, kus isikule tekitatakse ebameeldiv tagajärg, millega piiratakse isiku õigust või kahjustatakse tema põhjendatud huve.¹⁵⁴ Selleks tuleb hinnata kasutatava meetme kohasust, vajalikkust ning mõõdukust. Sobiv on abinõu, mis soodustab eesmärgi saavutamist ning ilmselgelt on ebaoproportsionaalne meede, mis ühelgi juhul ei soodusta eesmärgi saavutamist.¹⁵⁵ Meetme vajalikkuse hindamisel tuleb lähtuda põhimõttest, et kui eesmärki on võimalik saavutada leebema vahendiga, tuleb seda rakendada meetme asemele, mis tooks kaasa koormavamad tagajärjed. Mõõdukuse üle otsustamisel tuleb kaaluda ühelt poolt isikule tekitatava kahju või muu koormavat tagajärge ning teiselt poolt piirangu eesmärgi olulisust ehk meetmega saavutatava eesmärgi positiivset tulemust.¹⁵⁶ Kui kõigil kolmel tasandil on vastus jaatav, on meede lubatav ning kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega. Järelikult eeldab proportsionaalsuse põhimõtte järgimine, et hankija uurib ja hindab riigihankega seotud faktilisi asjaolusid, selgitamaks välja, milline toimimisviis on konkreetses olukorras riigihanke üldpõhimõtete järgimiseks sobiv, vajalik ja mõõdupärane.

Hankija peab arvestama proportsionaalsuse põhimõttega lisaks riigihanke alusdokumentides omapoolsete tingimuste ja piirangute seadmisel ka nende rakendamisel.¹⁵⁷ Nii tuleb hankijal ühelt poolt tagada, et riigihanke alusdokumentides ette nähtu kategoorilised tingimused ettevõtja riigihankest kõrvale jätmiseks, lubamata ettevõtjal selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentidega tähtaegsel esitatud dokumentides esinevat puudust kõrvaldada,

¹⁵¹ Arrowsmith, S. (viide 31), lk 631.

¹⁵² Steinicke, M. in Steinicke, M., Vesterdorf, P. *Op cit.*, lk 326.

¹⁵³ EKo C-46/15, *Ambisig*, p-d 40–41; EKo C-76/16, *Ingsteel*, p 33.

¹⁵⁴ Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu Ülikooli Kirjastus. Tallinn 2004, lk 286.

¹⁵⁵ Ernits, M. PS Komm, § 11, kommentaar 12; Simovart, M. A. Application of the principle of proportionality: the case of penalty clauses in Estonian public contracts. Reprint from *Procurement Law Journal*. 2016, no 3, lk 217.

¹⁵⁶ Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. *Op cit.*, lk 287.

¹⁵⁷ Kuusmann, T. RHS Komm. § 3 kommentaar 38, lk 58.

oleksid proportsionaalsed. Teisest küljest peab hankija tagama, et selliste tingimuste kehtestamisel riigihanke alusdokumentides tuleb ettevõtja kõrvaldamisel lähtuda proportsionaalsuse põhimõttest.

EL riigihankealased õigusnormid on kehtestatud ühtse turu väljakujundamiseks, et tagada kaupade, teenuste, tööjõu ja kapitali vaba liikumine ning kõrvaldada selleks konkurentsipiirangud. Seetõttu on EL huvides tagada, et riigihanke menetlustes osaleksid võimalikult palju ettevõtjaid ning proportsionaalsuse põhimõtte roll on sellise eesmärgi saavutamist toetada.¹⁵⁸ Proportsionaalsuse põhimõtte olulisus seisneb direktiivide tasakaalustatud tõlgendamises, piirates sellega hankijate ja pakkujate menetluskoormust, vähendades hankijate menetluskulusid ning välistades muude hankija poolt ebavajalike piirangute kehtestamist.¹⁵⁹ Olles EL õiguse aluspõhimõte, tuleb proportsionaalsuse põhimõttega arvestada EK seisukohast lähtuvalt nii EL õiguse kui ka EL õigusaktidele tugineva riigisisese õiguse rakendamisel.¹⁶⁰ Nimetatud põhimõte on seega sobiv hindamaks riiklike õigusaktide kooskõla EL riigihanke eeskirjadega.¹⁶¹

Proportsionaalsuse põhimõte tuleneb kaalutusõiguse nõuetekohase teostamise tingimusena riigisiselt ka PS-st, mille kohaselt võib õiguste ja vabaduste piiranguid kehtestada ainult siis, kui need on demokraatlikus ühiskonnas vajalikud (PS § 11 teine lause). Proportsionaalsus on Eesti õiguskorras olulisel kohal nii seadusandja kui ka haldusorganite tegevuse materiaalse õiguspärasuse kontrollimisel.¹⁶² Eesti õiguses tunnustatud proportsionaalsuse põhimõte on võrreldav vastava EL õiguses tunnustatud põhimõttega ning kõik Eesti õiguses märgitud proportsionaalsuse elemendid, milleks on kohasus, vajalikkus ja mõõdukus, esinevad ka EL õiguses.¹⁶³ Seda, et EK rakendab neidsamu proportsionaalsuse elemente oma praktikas, reservatsioonideta aga kinnitada ei saa, sest EL õigusesse võetud Saksa õiguse eeskujuga ei tähenda igakülgset identsust proportsionaalsuse põhimõtte kohaldamisel. EL õiguses on proportsionaalsuse põhimõtte rakendamine võrdlemisi keeruline ning ei ole alati järjepidev, sest seda rakendatakse väga erinevas kontekstis ning erinevatel tasanditel.¹⁶⁴ Teisisõnu sõltub proportsionaalsuse põhimõtte kasutamine EL õiguses suuresti konkreetsetest asjaoludest,

¹⁵⁸ EKo C-144/17, *Lloyd's of London*, p-d 33-34; EKo C-538/07, *Assitur*, p-d 25-26; EKo C-376/08, *Serratori Srl*, p 40; EKo C-425/14, *Impresa Edilux*, p 36.

¹⁵⁹ Arrowsmith, S. (viide 31), lk 628-629.

¹⁶⁰ Triipan, M. Proportsionaalsuse printsiip riigi- ja haldusõiguses. *Juridica* 2001/V, lk 312.

¹⁶¹ Simovart, M. A. (viide 155), lk 217.

¹⁶² Triipan, M. Proportsionaalsuse põhimõte Euroopa Liidu õiguses. *Juridica* III/2006, lk 151.

¹⁶³ Triipan, M. (viide 162), lk 158.

¹⁶⁴ Sauter, W. Proportionality in EU Law: A Balancing Act? TILEC Discussion Paper No. 2013-003. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2208467> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2208467> 2013, lk 466.

mistõttu on hankija ülesandeks uurida ja hinnata faktilisi asjaolusid,¹⁶⁵ sest rakendatav kontrolliskeem võib neist tulenevalt varieeruda.¹⁶⁶ EK võib seega rakendada proportsionaalsuse põhimõtet tervikuna, st kõigil kolmel tasandil või üksnes üht proportsionaalsuse komponenti, mis on konkreetsetes kaasuses asjakohane. Selline ebaühtlane lähenemine võib esineda nii EL õiguses laiemalt kui ka riigihankeõiguses.¹⁶⁷

Proportsionaalsuse põhimõtte EL õiguses on suuresti seotud diskretsioon kohaldamisega,¹⁶⁸ sest diskretsiooni olemust ei ole võimalik avada ilma, et selle juures ei käsitleta proportsionaalsuse põhimõtet kui õiguse üldpõhimõtet, mille ülesanne on piirata võimu meelevaldset kasutamist.¹⁶⁹ Proportsionaalsus põhimõtet võib vaadata kui raamistikku, mis võimaldab otsuste tegemisel kindlaks teha, kas ja mil määral saab õigusi piirata avalikust huvist ajendatud riikliku sekkumisega.¹⁷⁰ Proportsionaalsuse põhimõtet peetakse seetõttu ka diskretsiooni kasutamise kontrollimehhanismiks EL riigihankeõiguses, aga ka EL õiguses laiemalt.¹⁷¹

Proportsionaalsuse põhimõtte järgimisel esineb ka teatavaid piiranguid nagu peatüki alguses märgitud, mis on enamjaolt põhjustatud teiste riigihanke üldpõhimõtete eesmärkidega põrkumisest, eelkõige võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttega. Hankija ei ole seega proportsionaalsuse põhimõtet arvesse võttes kohustatud ettevõtjalt selgitusi küsima, kui ettevõtja esitatud andmed on ebamäärased või kui pakkumus ei vasta riigihankes määratletud tehnilisele spetsifikatsioonile.¹⁷² Sellises olukorras oleks dokumentides esineva puuduse parandamise võimaldamine selgituste esitamisega eaproportsionaalne. Kui hankija arvestab sellisel juhul ettevõtja selgitustega, võib see viia ebavõrdse kohtlemiseni ja läbipaistvuse põhimõtete rikkumiseni.¹⁷³ Proportsionaalsuse põhimõttega arvestamine on piiratud võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimise kohustustest tulenevalt ka juhul, kui hankija on kehtestanud riigihanke alusdokumentides konkreetsete andmete või dokumentide tähtaegsel esitamata jätmisel kategoorilises vormis negatiivse tagajärje.¹⁷⁴ Tagamaks võrdne kohtlemine ja läbipaistvus, peab hankija riigihankes enda seatud tingimusi järgima ning sellisel juhul

¹⁶⁵ EKo C-144/17, *Lloyd's of London*, p 38; EKo C-538/07, *Assitur*, p 32.

¹⁶⁶ Triipan, M. (viide 162), lk 158.

¹⁶⁷ Steinicke, M. in Steinicke, M., P. Vesterdorf. *Op cit.*, lk 326.

¹⁶⁸ Bogojevič, S., Groussot, X., Hettne, J. *Op cit.*, lk 5.

¹⁶⁹ Tridimas, T. *The General Principles of EU Law* (OUP 2009).

¹⁷⁰ Sauter, W. *Op cit.*, lk 440.

¹⁷¹ Bogojevič, S., Groussot, X., Hettne, J. *Op cit.*, lk 267.

¹⁷² EKo C-599/10, *Slovensko*, p-d 37-38.

¹⁷³ Steinicke, M. in Steinicke, M., P. Vesterdorf. *Op cit.*, lk 327.

¹⁷⁴ EKo C-171/15, *Connexion Taxi Services*, p-d 37-44; EKo C-27/15, *Pippo Pizzo*, p 39; EKo C-336/12, *Manova*, p 40; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA*, p-d 42-43; EKo C-496/99, *Succhi di Frutta SpA*, p 115; Steinicke, M. in Steinicke, M., P. Vesterdorf. *Op cit.*, lk 327-328.

prevaleeruvad võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte proportsionaalsuse ees, ent ka siin esineb erandlikke olukordi, millest põhjalikumalt järgnevas alapeatükis.

2.2. Proportsionaalne kaalutusotsus

Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetele lisaks tuleb hankijal ettevõtjatelt selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel arvestada ka proportsionaalsuse põhimõttega. Seda kinnitavad nii EL Kohtud kui ka Eesti kohtu- ja vaidlustuspraktika.¹⁷⁵ Kuigi direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 annab hankijale kaalutusõiguse otsustamiseks, kas ta soovib võimaldada pakkujal selgitusi anda, on võimalik, et piiratud juhtudel on hankija koguni kohustatud ettevõtjalt selgitusi nõudma ning nendega arvestama. Selline järeldus põhineb hea halduse ja proportsionaalsuse põhimõttel.¹⁷⁶ Proportsionaalsuse põhimõtte paneb hankijale, kes puutub kokku ebaselge pakkumusega, mille puhul pakkumuse sisu kohta selgituste küsimine võimaldaks tagada õiguskindluse samal viisil nagu pakkumuse kohene tagasilükkamine, pigem kohustuse küsida selgitusi, selle asemel, et pakkumus selgitust küsimata tagasi lükata.¹⁷⁷ Järelikult nõuab proportsionaalsuse põhimõtte hankijalt kaalutlemist, kas ja millises ulatuses lubada ettevõtjal tähtaegselt esitatud dokumentides esinevat puudust selgitustega kõrvalda. Hankija ei saa seega pelgalt võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetele tuginedes õigustada selgituste mitte küsimist ning proportsionaalsuse põhimõttega arvestamata jätmist, kui selgitustega esitatavad andmed on seotud dokumentide ebaoluliste aspektidega või oluliste tingimustega üksnes vormiliselt.

Kohtuasja *Lavorgna* kohaselt ei ole õiguskindluse ja proportsionaalsuse põhimõtetega vastuolus, kui ettevõtjale antakse võimalus esitada selgitustega tööjõukulude maksumus olukorras, kus riigihanke alusdokumentide vormistus ja tingimused ei võimaldanud hinnapakumuses esitada tööjõukulude maksumust eraldi välja tuua.¹⁷⁸ EK-lt eelotsust taotlenud EL liikmesriigi õigusnormide kohaselt oli hinnapakumuses tööjõukulude eraldi välja toomata jätmise pakkumuse tagasilükkamise aluseks, ilma, et hankijal lasuks kohustus selle kohta selgitust küsida ning võimaldada märgitud puudust parandada pärast dokumentide esitamise tähtpäeva. Teisisõnu välistas EK eelotsust taotlenud EL liikmesriik riigisisese regulatsiooniga selgituste kaudu pakkumuste parandamise juhul, kui pakkumuse maksumuses

¹⁷⁵ EÜKo T-211/02, *Tideland Signal*, p 43; EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p 57; RKHko 3-3-1-24-13, p 17; VAKO 177-18/194960, p 18.

¹⁷⁶ Minumets, D. RHS Komm, § 46, p 47, lk 323.

¹⁷⁷ EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p 57; EKo T-211/02, *Tideland Signal*, p 43.

¹⁷⁸ EKo C-309/18, *Lavorgna Srl*, p-d 31-32; EKo C-27/15, *Pippo Pizzo*, p 51.

on eraldi esitamata tööjõukulud. Samas puudus riigihanke alusdokumentides tööjõukulude eraldi esitamise kohustus. EK hinnangul oli informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikul ettevõtjal võimalik liikmesriigi regulatsiooniga hankemenetluse ajal tutvuda, isegi kui riigihanke alusdokumentides tööjõukulude eraldi esitamise nõue puudus, kuivõrd hanketeate järgi kohaldas hankija riigihanke alusdokumentides täpsustamata küsimustes liikmesriigi riigihangete seaduse norme.¹⁷⁹ Määravaks sai EK seisukoha kujundamisel aga asjaolu, et hankija poolt kehtestatud pakkumuse maksumuse vorm, mida ettevõtjad olid kohustatud pakkumuse esitamisel kasutama, ei võimaldanud eraldi tööjõukulude esitamist. Ühtlasi keelasid riigihanke alusdokumendid ettevõtjatel selliste dokumentide, mida hankija riigihanke alusdokumentides konkreetselt ei nõudnud, esitamise.¹⁸⁰ Ettevõtjatel ei olnud sega võimalik riigihanke menetluses ettenähtud nõudeid järgida. Ühelt poolt ei olnud võimalik tuua hinnapakumuse vormil tööjõukulude maksumust eraldi välja, teisest küljest oli lubamatu esitada dokumente, mida hankija riigihanke alusdokumentides ei nõudnud. Järelikult, olukorras, kus ettevõtjal puudub andmete või dokumentide esitamise võimalus riigihanke alusdokumentide ebaselguse ja vastuolulisuse tõttu, ei ole õiguskindluse ja proportsionaalsuse põhimõtetega vastuolus, kui hankija võimaldab ettevõtjal selle esitada selgitustega pärast dokumentide esitamise tähtpäeva.

Pippo Pizzo lahendis märkis EK, et hankija võib anda ettevõtjatele tähtaja dokumentides esineva puuduse kõrvaldamiseks, kui riigihankes nõutud tingimuse täitmata jätmine pidi riigihanke alusdokumendi kohaselt kaasa tooma hankemenetlusest kõrvaldamise, ent seda nõuet on võimalik tuvastada üksnes liikmesriigi õiguse ja riigihanke alusdokumentide tõlgendamisel ning asjaomaste asutuste või kohtute poolt liikmesriigi õiguse ja riigihanke alusdokumendis esinevate lünkade täitmise kaudu. Sellisel juhul ei ole proportsionaalsuse põhimõttega vastuolus, kui anda ettevõtjale võimalus puuduse kõrvaldamiseks.¹⁸¹ Märgitud kohtuasjas kõrvaldas hankija ettevõtjad, kes ei olnud teinud riigihangete järelevalve ametile liikmesriigi seaduses määratud tähtpäevaks nõutud makset. Riigihanke alusdokumentides ei olnud otsesõnu ette nähtud sellist kohustuslikku makset konkreetsele asutusele, see oli ette nähtud liikmesriigi õiguses ehitustööde lepingute ja mitte teenuse lepingute täitmise korral. Vaidlusaluse riigihanke lepingu ese oli aga laevade laevaheitmete ja lastijäätmete käitlemisteenus. EK rõhutas otsuse põhjendamisel erisust kohtulahendiga *Cartiera dell'Adda*. Viimases leidis EK, et hankija ei või lubada selliste puuduste mistahes viisil kõrvaldamist, mis

¹⁷⁹ EKO C-309/18, *Lavorgna Srl*, p-d 25-27.

¹⁸⁰ EKO C-309/18, *Lavorgna Srl*, p 29.

¹⁸¹ EKO C-27/15, *Pippo Pizzo*, p-d 50-51.

riigihanke alusdokumentides ettenähtu kohaselt peavad sõnaselgelt ja konkreetselt kaasa tooma menetlusest kõrvaldamise.¹⁸² Järelikult on hankijal proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt lubatud võimaldada ettevõtjal kõrvaldada tähtaegselt esitatud dokumentides esinev puudus juhul, kui riigihankest kõrvaldamise kohustus sellise puuduse esinemisel ei ole *expressis verbis* riigihanke alusdokumentides esitatud ja kui ettevõtja kõrvaldamist ja sellekohase tingimuse esinemist saab tuvastada üksnes liikmesriigi õiguse ja riigihanke alusdokumentide tõlgendamisel ning asjaomaste asutuste või kohtute poolt liikmesriigi õiguse ja riigihanke alusdokumendis esinevate lünkade täitmise kaudu.

Proportsionaalseks pidas EK hankija otsust, lubada ettevõtjal esitada pärast dokumentide esitamise tähtpäeva selgituste kaudu ehitustööde koondnimekirja ühe punkti maksumus, mis oli jäänud pakkumuses esitamata.¹⁸³ Tähelepanuväärne on seejuures, et riigihanke alusdokument sisaldas sõnaselget viidet, et pakkumus peab sisaldama kõikide ehitustööde koondnimekirjas nõutud maksumusi ning vastupidisel juhul lükatakse pakkumus tagasi. Hankija oli seega määranud nimetatud reegli kehtestamisega selgelt ja täpselt kindlaks nii pakkumuse tagasilükkamise reegli sisu kui ka selle rakendamise. EK leidis, et ehitustööde koondnimekirjas puuduoleva ehitustööde maksumuse tuvastamise näol ei ole tegemist mitte uue pakkumuse esitamisega, vaid pakkumuse sisu täpsustamisega. Ehitustööde koondnimekirjas puuduolevat maksumust tuleb EK hinnangul seejuures mõisa nii, et sedasama maksumust pakutakse ka kõikide teiste täpselt samasuguste või sarnase sisuga punktide jaoks ning puudunud maksumust saab hõlpsalt tuletada ehitustööde koondnimekirja ühe teise punkti maksumusest. Nimelt oli neis kahes kõnealuses ehitustööde koondnimekirja punktis nimetatud samu seadmeid.¹⁸⁴ Nii jõudis EK järeldusele, et ehitustööde koondnimekirjas ühe punkti maksumuse märkimata jätmine kujutas üksnes selle pakkumuse tehnilist viga või ebaselgust, mis on hõlpsalt lahendatav ja kõrvaldatav ning selle vea kõrvaldamine selgitamise kaudu ei riku riigihanke alusdokumendis ette nähtud regulatsiooni.¹⁸⁵ Sellist järeldust toetab EK kohtupraktika, mille kohaselt ei ole muuhulgas proportsionaalsuse põhimõttega vastuolus, kui pakkumuses sisalduvaid andmeid üksikutes punktides parandatakse või täiendatakse, eriti kui on vajalik vaid täpsustada või parandada ilmsed tehnilised vead.¹⁸⁶ Kuivõrd ehitustööde koondnimekirjas puuduoleva punkti maksumuse tuvastamine ei toonud EK hinnangul kaasa uue pakkumuse

¹⁸² EKo C-27/15, *Pippo Pizzo*, p 49; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p 46.

¹⁸³ EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p-d 74-75.

¹⁸⁴ EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p-d 64, 67, 68, 70.

¹⁸⁵ EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p-d 74-75.

¹⁸⁶ EKo C-523/16, C-536/16, *MA.T.I.SUD SpA*, p 50.

esitamist,¹⁸⁷ vaid oli üksnes pakkumuse sisu täpsustamine, ei käsitletud kohus kõnealust viga riigihanke alusdokumentides ette nähtud puudusena, mille tagajärjeks oli pakkumuse automaatne tagasilükkamine.

Eeltoodud kohtukaasuses osundatud seisukoht on teatavas vastuolus nõudega, et võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest tulenevalt on hankija seotud riigihanke alusdokumentides enda kehtestatud tingimustega. Samuti on Michael Steinicke leidnud, et hankija ei saa asuda pärast dokumentide esitamise tähtpäeva enam kaalutlema, kas tema enda poolt ettenähtud tingimus on proportsionaalne või mitte. Kui hankija on riigihanke alusdokumentides näinud iseendale kohustusliku ning sõnaselge tingimuse ette, tuleb seda järgida.¹⁸⁸ Nii on nenditud ka kohtuasjas *Connexion Taxi Services*, et hankija ei saa proportsionaalsuse põhimõttele tuginedes enda seatud tingimusi eirata.¹⁸⁹ *Antwerpse Bouwwerken* kohtulahendi põhjal võib seega järeldada, et proportsionaalsuse põhimõtet tuleb arvestada ka juhul, kui hankija on endale riigihanke alusdokumentides konkreetsete andmete või dokumentide tähtaegsel esitamata jätmisel negatiivse tagajärje kehtestanud. Kui ettevõtja esitatud dokumentides esinevat mittesisulist puudust on võimalik hõlpsalt kõrvaldada, peaks hankija proportsionaalsuse põhimõttest lähtuvalt eelistama ettevõtja kvalifitseerimata jätmise või kõrvaldamise või pakkumuse tagasilükkamise asemel meetet, mis koormab puudustega dokumendid esitanud ettevõtjat vähem, kuid tagab seejuures tõhusa konkurentsi riigihankes.

Kohtute praktika ei ole siiski andmete õigsust kinnitava dokumendi puudumise tõlgendamisel järjepidev, sest üksikutes lahendites omistatakse formaalsetele puudustele ka sisulist tähendust.¹⁹⁰ Sellisteks näideteks on riistvaralise lahenduse kohta garantiidokumentide ja pakutavate seadmete uudsuse kohta tõendi esitamata jätmise,¹⁹¹ toitute ja jookide valmistamisviiside kirjeldus¹⁹² ning tõend pakutavate riigihanke esemete tulekindlusest, mille näitajad on nähtavad materjali tootja kodulehelt.¹⁹³ Järelikult on tähtaegselt ettevõtja esitatud dokumentides formaalsete puuduste parandamise võimaldamine selgituste esitamisega kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega.

¹⁸⁷ EKo C-599/10, *Slovensko jt*, p 40; EKo C-131/16, *Archus*, p 31; EKo C-523/16, C-536/16, *MA.T.I.SUD SpA*, p 52.

¹⁸⁸ Steinicke, M. in Stenicke, M., P. Vesterdorf. *Op cit*, lk 325; EKo C-171/15, *Connexion Taxi Services*, p-d 37–44; EKo C-27/15, *Pippo Pizzo*, p 39; EKo C-336/12, *Manova*, p 40; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA*, p-d 42–43; EKo C-496/99, *Succhi di Frutta SpA*, p 115.

¹⁸⁹ EKo C-171/15, *Connexion Taxi Services*.

¹⁹⁰ Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 36, lk 319.

¹⁹¹ VAKO 83-18/194060, p 16.

¹⁹² TrtHK 3-18-977, p-d 14, 15, 17.

¹⁹³ VAKO 82-18/193810, p 16.

EK kohtupraktika kohaselt ei ole proportsionaalsuse põhimõttega vastuolus tähtaegselt esitatud dokumentides esineva puuduse kõrvaldamine, kui puudus tuleneb riigihanke alusdokumentides esinevast ebaselgusest või vastuolust. Proportsionaalsuse põhimõtet on järgitud ka olukorras, kus riigihankes nõutud tingimuse täitmata jätmise ja selle tagajärjeks oleva hankemenetlusest kõrvaldamise nõuet on võimalik tuvastada üksnes liikmesriigi õiguse ja riigihanke alusdokumentide tõlgendamisel ning asjaomaste asutuste või kohtute poolt liikmesriigi õiguse ja riigihanke alusdokumendis esinevate lünkade täitmise kaudu. Ka juhul kui pakkumuse sisu on selles esitatud andmete või muude asjaolude alusel objektiivselt tuvastatav, st on ilmne, mis on pakkumuse tegelik sisu, on selgituste kaudu tähtaegselt esitatud dokumentides esineva vea parandamine kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega.

2.3. Ebaproportsionaalne kaalutusotsus

Kohtupraktikast leiab näiteid ka sellest, millised hankija otsused on ebaproportsionaalsed. Hankijal tuleb selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel hinnata olukorda küll läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtete järgimise seisukohast, ent sellega ei saa hankija roll piirduda, kuivõrd riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid tuleb kohaldada vastastikusel mõjus, üht või teist põhimõtet esiplaanile seadmata.¹⁹⁴

RHS § 46 lg 4 ega riigihankedirektiivide regulatsiooni grammatiline tõlgendus ei võimalda järeldada, et proportsionaalsuse põhimõttest lähtuvalt võib hankijal esineda teatud juhul kohustus pärast dokumentide esitamise tähtpäeva ettevõtjalt selgitust küsida. Kohtupraktika seda siiski selgelt kinnitab. Olukordades, kus pakkuja tehtud viga on ilmne ning võimalik parandada, võib esineda risk, et hankija kuritarvitab oma diskretsiooni ega küsi pakkujalt selgitust ning selline käitumine võib olla vastuolus lisaks võrdse kohtlemise põhimõttele ka proportsionaalsuse põhimõttega.¹⁹⁵ EÜK on pidanud hankija poolt pakkumuse kohta selgituse küsimata jätmist ebaproportsionaalseks, kui pakkumusse sattunud vead on ilmselgelt tehnilised ja ebaolulised ning pakkumuse õige sisu on pakkumuse enda või selle esitamisega seotud asjaolude järgi võimalik hõlpsalt tuvastada.¹⁹⁶

Kohtuasjas *Tideland Signal* esitas pakkuja pärast läbirääkimisi oma lõpliku pakkumuse, milles oli ettevõtjal uuendamata jäänud pakkumuse jõusoleku tähtpäeva. EÜK leidis, et hankija oleks

¹⁹⁴ Kuusman, T. RHS Komm, § 3 kommentaar 8, lk 49; TlnRKO 3-14-51156, p 16.

¹⁹⁵ Hamer. C. R. in Stenicke, M., P. Vesterdorf. *Op cit*, lk 612.

¹⁹⁶ EÜKo T-211/02, *Tideland Signal*, p 43; EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p 57.

pidanud mõistma, et ettevõtja, kes oma pakkumust korrigeerida ei soovinud ning esitas selle samasisuliselt, ei soovinud ka pakkumuse jõusoleku tähtaega muuta, vaid see jäi tal tähelepanuta ekslikult. Sellist järeltust võimaldasid pakkumuses esitatud kinnitused sellest, et pakkumus on jõus vastavalt nõutule 90 päeva ning kõik riigihanke tingimused võetakse pakkumuse esitamisega üle.¹⁹⁷ Pakkumuses esinevat puudust võis seega pidada vormiliseks tingimuseks, kui pakkuja pärast selgituse küsimist kinnitab, et pakkumus on jõus 90 päeva lõpliku pakkumuse esitamise tähtpäevast.¹⁹⁸ Juhul, kui hankija lükkab pakkumuse tagasi ilma selgitust küsimata, pelgalt seetõttu, et ettevõtja unustas ekslikult pakkumuse jõusoleku tähtpäeva uuendamata, kuigi pakkumus sisaldab kinnitust riigihanke tingimuste ülevõtmise kohta, oleks see ilmselgelt ebaproportsionaalne, sest sellist vastuolu on selgituste kaudu võimalik hõlpsalt kõrvaldada.

Tideland Signal'iga analoogseks võib pidada kaasust, mida lahendas VAKO ning mille kohaselt puudus pakkumusest riigihanke alusdokumentides nõutud kinnitus, et pakkumus on jõus kuus kuud. Kuuekuuline pakkumuse jõusoleku tähtaeg oli samas ka riigihankel osalemise tingimuseks ettevõtjatele. Märgitud lahendis asus VAKO seisukohale, et hankijal, kuivõrd talle jäid ettevõtja pakkumuse jõusoleku fakt ja tähtaeg segaseks, lasus kohustus küsida temalt sellekohast selgitust. Hankija poolt pakkumuse tagasi lükkamine selgitust küsimata oli seega ebaproportsionaalne, sest vaidlustaja selgitus oleks üksnes täpsustav ja mitte sisuline uue pakkumuse esitamine.¹⁹⁹ Kirjeldatud olukordades on selgituste nõudmise mõju pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttele minimaalne või olematu, mistõttu tuleks proportsionaalsuse põhimõttest lähtuvalt eelistada pakkumuse tagasilükkamise asemel meetet, mis koormab ebaselge pakkumuse esitanud ettevõtjat vähem, tagades samaaegselt tõhus konkurents riigihankes.²⁰⁰ Kuigi eelviidatud juhtumi puhul oli tegemist sotsiaalteenuste erimenetlusega, millele ei kohaldu vahetult RHS-i teine peatükk, ei saa antud juhtumi puhul jätta tähelepanuta ka RHS § 110 lg-t 3, mille kohaselt kinnitab pakkuja pakkumuse esitamisega kõigi riigihanke alusdokumentides esitatud tingimuste ülevõtmist. Lisaks on RHS § 110 lg 3 järgi tingimusliku pakkumuse esitamine keelatud. Osundatud sätet on võimalik sotsiaalteenuste erimenetluse korraldamisel arvesse võtta analoogia korras, arvestades proportsionaalsuse põhimõtte järgimise kohustust. Riigihankemenetluses, kus kohaldub vahetult RHS § 110 lg 3, tuleb hankijal kirjeldatud olukorras arvestada, et pakkumuse esitamisega kinnitab ettevõtja riigihanke tingimuste ülevõtmist ning sellisel juhul on pakkumuse jõusoleku kinnituse puudumist

¹⁹⁷ EÜKo C- T-211/02, *Tideland Signal*, p 41.

¹⁹⁸ EÜKo C- T-211/02, *Tideland Signal*, p 36.

¹⁹⁹ VAKO 177-18/194960, p-d 19-21.

²⁰⁰ Minumets, D. RHS Komm, § 46 p 45, lk 322.

võimalik selgitustega kõrvaldada. Sotsiaalteenuste erimenetlus on RHS-s oluliselt vähem reguleeritud kui riigihankemenetlused, mistõttu on selline lähenemine põhjendatud ka sotsiaalteenuste erimenetluses. Selline järeldus on kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse ning proportsionaalsuse põhimõtetega ning soodustaks seejuures konkurentsi.

Eesti vaidlustuspraktikas on peetud proportsionaalseks ka sellise vea parandamist, mis seisnes dokumendi vormistamisel esitatud nõude täitmata jätmises. Ettevõtja esitas pakkumusega tähtaegselt alltöövõtja kinnituse originaalist koopia hankelepingu täitmisel osalemise kohta, mis oli aga ettevõtja poolt eraldi digitaalselt allkirjastamata. Samas oli kogu ettevõtja esitatud dokumentide pakett digitaalselt allkirjastatud. Kuigi hankija küsis ettevõtjalt dokumentides esineva puuduse kohta ka selgitust, pidas ta ettevõtja vastust ebapiisavaks, sest ettevõtja ei esitanud riigihanke alusdokumentides sätestatud vormis dokumenti. Vaidlustusmenetluse käigus selgus aga, et hankija enda selgitusnõudes riigihanke alusdokumentides sätestatud vormis dokumenti ei küsinudki. VAKO hinnangul ei toonud märgitud vormistuslik nõue kaasa takistust ettevõtja esitatud dokumentide vastavuse kontrollimisel ning seega oli tegemist mittesisulise puudusega.²⁰¹ Kirjeldatud juhtumist selgub, et ka selgitusnõude esitamine ettevõtjale peab olema sõnastatud selgelt ja arusaadavalt. Juhul, kui hankija esitatud selgitusnõude ebaselgusest tingituna ei ole ettevõtja vastus hankija jaoks piisav tähtaegselt esitatud dokumentides esineva puuduse kõrvaldamiseks, ei õigusta see ettevõtja kõrvaldamist riigihanke menetlusest. Pelgalt selgitusnõude esitamine ettevõtjale ei muuda hankija otsust ettevõtja kõrvaldamise kohta proportsionaalseks, olulised on hankija kaalutus ning põhjendused.

Mitteldorfi kohtuasjas asus RKHK seisukohale, et hankija otsus jätta ettevõtja kvalifitseerimata, sest pakkumusest puudus riigihanke alusdokumentides nõutud kinnitus sellest, et ettevõtja vastab HKTS § 12 lg 2 p-des 1, 3 ja 5 sätestatu nõuetele, on ilmselgelt ebaproportsionaalne.²⁰² Olgugi, et hankija oli riigihanke alusdokumendis näinud ette üldise tingimuse, mille kohaselt ta pakkuja nõutud kvalifikatsiooni tõendava dokumendi või andmete esitamata jätmisel kvalifitseerimata jätab, ei olnud formaalse kinnituse esitamata jätmise tõttu pakkuja kõrvaldamine ilma selgitust küsimata RKHK hinnangul proportsionaalne. Toetudes *Antwerpse Bouwwerken* kohtulahendile, peavad konkurentsi soodustamise eesmärgist lähtuvalt riigihanke alusdokumentides hankija seatud nõuded ettevõtja kõrvaldamiseks vastavate tingimuste esinemisel olema proportsionaalsed. Kuivõrd hankija soovis pelgalt formaalset

²⁰¹ VAKO 124-18/195694, p-d 9-13.

²⁰² RKHKo 3-19-1501, p 5.

kinnitust selle kohta, et ettevõtja vastab HKTS § 12 lg 2 p–des 1, 3 ja 5 sätestatud nõuetele, mille sisu õigsust ta muul moel, kui üksnes sama kinnituse alusel, kontrollida ei saanud, võib sellise puuduse lugeda formaalseks ja pigem ebaoluliseks, mida on selgituste kaudu võimalik kõrvaldada.

RKHK on ka varem sedastanud, et pakkuja kvalifitseerimata jätmise imperatiivne kohustus pisimagi vea korral on ebaproportsionaalne. Riigihankes osaleda soovivald ettevõtjalt on kohane nõuda kõrgendatud hoolikust, kuid eriti mahukate andmete ja nõutavate dokumentide suure hulga puhul ei ole võimalik inimlikke eksimusi täielikult välistada, mistõttu ei tähenda iga väiksemgi viga, et pakkuja oleks tehingupartnerina ebausaldusväärne.²⁰³ Samas võib inimlik eksimus esineda ka vähem mahukate andmete ja nõutavate dokumendi esitamisel nagu see juhtus Mitteldorfi kohtuasjas, mistõttu ei saa teha järeldust, et inimlikust eksimusest tulenevad puudused teabes või dokumentides on lubatud kõrvaldada üksnes eriti mahukate andmete ja nõutavate dokumentide esitamise korral. Kuigi ettevõtjal lasub dokumentide esitamisel hoolsuskohustus,²⁰⁴ ei saa see vähendada hankija kohustust järgida proportsionaalsuse põhimõtet ning rakendada talle sellest tulenevat kaalutluskohustust.

Ebaproportsionaalseks, ja seda põhjendatult, pidas TlnHK hankija otsust, mille alusel lükati tagasi pakkumus, kus ei sisaldunud pakkumuse allkirjastanud isiku esindusõigust tõendavat volikirja. Volikirja puudumine ei ole igal juhul sisuline puudus, vaid on seda üksnes juhul, kui esindusõigus pakkumuse allkirjastanud isikul puudub. Järelikult volikirja esitamata jätmise olukorras, kus isikul oli volitus esindamiseks tegelikult olemas, on vormiline puudus, mille saab kergesti kõrvaldada.²⁰⁵ Selline järeldus on kooskõlas ka EK seisukohaga, mille põhjal oli lubatav riigihanke alusdokumendis nõutud andmete või dokumentide esitamine pärast dokumentide esitamise tähtpäeva, kui on võimalik objektiivselt kontrollida, et need andmed või dokumendid on varasemad dokumentide esitamise tähtpäevast.²⁰⁶ Kuivõrd esindusõigust omava volikirja olemasolu pärast dokumentide esitamise tähtpäeva on objektiivselt kontrollitav, on tegemist vormilise puudusega, mida on võimalik selgituste esitamisega kõrvaldada.

Sarnaselt esindusõigust tõendava volikirja puudumisega pakkumusest, kui esindusõigusõigus on tegelikkuses olemas, võib vormiliseks puuduseks pidada ka tellija kinnitusi ettevõtja esitatud

²⁰³ RKHKo 3-3-1-24-13, p 17.

²⁰⁴ RKHKo 3-3-1-24-13, p 17.

²⁰⁵ TlnHKo 3-18-1736, p 20.

²⁰⁶ EKo C-336/12, *Manova*, p 42.

referentslepingute nimekirjas sisalduvate tööde nõuetekohasest täitmisest. Selliste tellija kinnituste puudumine pakkumusest ei tähenda, et osa vajalikke andmeid on esitamata või CV-des kajastatud projektid nõuetekohaselt täitmata, sest need kinnitused omavad formaalset tõenduslikku funktsiooni, mistõttu ei ole tegemist sisulise kõrvalekaldega, millega kaasneks väärnamatu pakkumuse tagasilükkamine.²⁰⁷ Pakkumuses sisalduva teabe selgitamine ja täpsustamine ei saa alati toimuda täiendavaid dokumente esitamata. Nii ei ole projektide nõuetekohase teostamise ja projektide osas esitatud andmete kohta tellijate kinnituste esitamine selgituste kaudu pakkumuse sisuline muutmine, vaid need üksnes kinnitavad pakkumuses juba sisalduvate andmete õigsust.²⁰⁸ Järelikult hankija otsus lükata pakkumus tagasi, sest pakkumusest puuduvad tellija kinnitused ettevõtja esitatud referentslepingute nimekirjas sisalduvate tööde nõuetekohasest täitmisest, mis omavad formaalset tõenduslikku funktsiooni, on ebaproportsionaalne.

Eesti kohtupraktikast leiab otsuse, mille kohaselt on selgituse kaudu pakkumuse parandamine proportsionaalne ka olukorras, kus ettevõtjal, väidetavalt inimlikust eksitusest, jäid pakkumuses muutmata esialgsed tehnilised andmed riigihanke eseme kohta. Ettevõtja, kes oli juhtinud hankija tähelepanu sellele, et riigihanke alusdokumentides lauajalgadele seatud tehnilised tingimused võivad osutuda ebapiisavaks, soovitas need vahetada tehniliselt paremate tingimuste vastu. Hankija seda tegigi, ent ettevõtja, kes ettepaneku tegi, jättis enne pakkumuse esitamist oma pakkumuses vastavad muudatused tegemata. Vaidlust lahendanud kohtu hinnangul tulnuks hankijal võimaldada selline puudus parandada, kuivõrd ettevõtja ja hankija vahelisest kirjavahetusest nähtus, et tagasi lükatud pakkumuse esitanud ettevõtja oli ise tehniliste tingimuste muutmise ettepaneku tegija.²⁰⁹ Seejuures osundas kohus RKHK seisukohale, milles sedastati muuhulgas, et pakkumuse koostamisel ei saa inimlikke eksimusi täielikult välistada ning iga puudus dokumentides ei tähenda, et ettevõtja oleks tehingupartnerina ebausaldusväärne.²¹⁰ Kuigi RKHK on viidanud, et inimlikke eksimusi ei saa pakkumuse koostamisel täielikult välistada, ei saa sellest järeldada, et igal juhul tuleb võimaldada inimliku eksimuse tõttu tekkinud viga selgitustega paranda. Selline käitumine võib osutada lisaks võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete eiramisele ka ebaproportsionaalseks, sest inimlik eksimus võib esineda ka juhul, kui puudus on seotud dokumentide oluliste tingimustega ja sisuliselt. Sellisel juhul on selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide kaudu dokumentides esineva puuduse kõrvaldamine üldreeglina

²⁰⁷ TlnRKO 3-16-386, p 16.

²⁰⁸ TlnRKO 3-16-386, p 18.

²⁰⁹ TrtHKO 3-13-1261, lk 6.

²¹⁰ RKHKO 3-3-1-24-13, p 17.

lubamatu, va erandlikud olukorrad alapeatükis 1.2. Juhul, kui pakkumuses on esitamata riigihanke alusdokumentides riigihanke esemele seatud tehnilised tingimused, mis on seotud vahetult pakkumuse vastavuse nõudega, ei ole selgituste esitamisega kõrvaldatavad, sest pakkumusest puuduolevad andmete näol ei ole tegemist dokumentide väheoluliste aspektide või olulist aspektide vormilise poolega. Tegemist on olulise tingimuse sisulise muudatusega, mistõttu ei saa pidada proportsionaalseks otsust, mille kohaselt lubab hankija pärast dokumentide esitamise tähtpäeva muuta ettevõtjal pakkumuses esitatud hankelepingu eseme tehnilisi tingimusi.

Eestikeelses õiguskirjanduses leitakse, et hankijal võib sõltuvalt asjaoludest olla kohustus lubada selgituste küsimisega ettevõtja dokumentides esineva vea parandamist ka juhul, kui see läheks vastuollu riigihanke alusdokumentides seatud piirangutega. Selline olukord võib esineda näiteks juhul, kui hankija on riigihanke alusdokumentides välistanud kõigi, st nii sisuliste kui ka mittesisuliste paranduste tegemise, kuid ettevõtja dokumendis esinev viga on eriti väike ja ebaoluline.²¹¹ Sellist järeldust toetab *Antwerpse Bouwwerken* kohtulahend, milles asus EK seisukohale, et hankija ei saa pakkumust tagasi lükata juhul, kui on lihtne seletus arvutusveale või kui puuduolev hind on lihtsalt ja üheselt tuletatav teisest pakkumuses märgitud hinnast. Osundatud seisukohale asus EK hoolimata riigihanke alusdokumentides sisaldunud sõnaselgest tingimusest, et pakkumus peab sisaldama kõikide ehitustööde koondnimekirjas nõutud maksumusi ning vastupidisel juhul lükatakse pakkumus tagasi. Järelikult on EK tunnustanud, et konkurentsi soodustamise eesmärgist lähtuvalt peavad riigihanke alusdokumentides hankija seatud nõuded ettevõtja kõrvaldamiseks vastavate tingimuste esinemisel olema proportsionaalsed. Hankija poolne liigne formaalsus riigihanke menetluses võib takistada osade riigihanke üldpõhimõtete järgimist, eelkõige konkurentsi efektiivset ärakasutamist, aga ka rahaliste vahendite säästlikku kasutamist.²¹²

Kuivõrd niinimetatud formaliseerituse põhimõtte kehtivuse on RKHK riigihankeõiguses välistanud²¹³ ning kohtute praktika on sedastanud teatavates olukordades hankija kaalutusõigusest tulenevalt selgituste küsimise kohustust, tuleb hankijal iga konkreetse juhtumi puhul, kõiki faktilisi asjaolusid arvesse võttes, ning võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetele lisaks, arvestada ka proportsionaalsuse põhimõttega. Millised kohustused tulenevad hankijale lisaks võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtetele

²¹¹ Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 47, lk 323.

²¹² RKHKo 3-3-1-24-13, p 15.

²¹³ RKHKo 3-3-1-24-13, p 19.

kaalutusõigusest selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel, leiab käsitlemist järgnevas peatükis.

3. HANKIJA KOHUSTUSED ETTEVÖTJALT SELGITUSTE VÕI SELGITAMIST VÕIMALDAVATE DOKUMENTIDE NÕUDMISEL KUI KAALUTLUSÕIGUSE KASUTAMISEL

3.1. Hankija kohustus järgida kaalutusreegleid

RKHK ja VAKO praktikast juhindudes on selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmine on hankija kaalutusotsus, mistõttu tuleb hankijal selle otsuse tegemisel järgida üldiseid kaalutusreegleid.²¹⁴ RKHK on sedastanud, et kuivõrd riigihanke kujundamisel on avar kaalutusruum esitatavate tingimuste ja kohaldatavate protseduurireeglite kindlaksmääramisel, peab hankija hankemenetluse kujundamisel teostama oma sellekohast diskretsioonivolitust õiguspäraselt, sealhulgas arvestama diskretsiooni piire ja eesmärgi.²¹⁵ Lisaks on RKHK leidnud sotsiaalteenuste erimenetluses, et kui hankijale on ette nähtud võimalus selgituste küsimiseks, peab hankija kaaluma ettevõtjale võimaluse andmist tähtaegselt esitatud dokumente täpsustada. Olukorras, kus hankija seda teinud ei ole ning on lähtunud seisukohast, et täpsustuse küsimine oli välistatud, on hankija jätnud talle antud kaalutusõiguse kasutamata.²¹⁶ Seda, et ettevõtjalt tähtaegselt esitatud dokumentide kohta selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide küsimine on hankija kaalutusotsus, mistõttu tuleb hankijal teostada seda kaalutusõigust kooskõlas volituse piiride, kaalutusõiguse eesmärgi ning õiguse üldpõhimõtetega, arvestades olulisi asjaolusid ning kaaludes põhjendatud huve, märgitakse ka RHS kommentaarides.²¹⁷ Järelikult on selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide ettevõtjalt nõudmise otsustamine hankija kaalutusotsus, mistõttu tuleb selle vastuvõtmisel järgida kaalutusõiguse kasutamise reeglitest.

Eeltoodut arvesse võttes piiravad ühelt poolt võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtted hankija kaalutusõigust selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel. Teisalt kohalduvad hankijale ettevõtjalt selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel ka kaalutusõiguse reeglid. Seetõttu võib väita, et võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtted ning kaalutusõigusest tulenevad reeglid on üksteist vastastikku piiravad. Ettevõtjalt selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel on hankija kaalutusreeglite kasutamist võimalik on omakorda piirata riigisisese õigusega. Direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 kohaselt on EL liikmesriigil oma

²¹⁴ RKHKo 3-19-1501, p-d 17-18; RKHKo 3-3-1-5-06, p 15; VAKO 177-18/194960, p 18.

²¹⁵ RKHKo 3-3-1-5-06, p 15.

²¹⁶ RKHKo 3-19-1501, p-d 17-18.

²¹⁷ Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 44, lk 321-322.

riigisiseses õiguses voli piirata artikkel 56 lg-s 3 sätestatud hankijate õigust, lubada ettevõtjatel teabe või dokumentide esitamist, lisamist, selgitamist või täiendamist. EL liikmesriigid ei ole seega kohustatud kõnealust direktiivi sätet selle ulatuses rakendama, ent kuna see võimaldab hankijatele teatavat paindlikkust, eeldab Euroopa Komisjon, et enamuse EL liikmesriike seda siiski kasutavad.

Kuigi RHS § 46 lg-s 4 ei ole sõnaselgelt välistatud selgituste kaudu teabe või dokumentide lisamist ja täiendamist, nagu seda lubab direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-s 3, esineb sätte tõlgendamisel seisukohti, mille kohaselt RHS § 46 lg 4 sõnastusest lähtuvalt on lubatav vaid pakkumuses esitatud andmete selgitamine.²¹⁸ Kuigi RHS-i regulatsioonis sõnaselget piirangut direktiivi 2014/24/EL art 56 lg-s 3 sätestatu osas ei ole, esineb ka Eesti kohtu- ja vaidlustuspraktikas tõlgendust, et RHS § 46 lg-ga 4 on soovitud piirata direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-s 3 sätestatut.²¹⁹ RHS-i juurde kuuluvas seletuskirjas viidatakse omakorda vaidlustus- ja kohtupraktikale, mis suunab tagasiliikumist pakkuja hoolsuskohustuse ning sellest tuleneva formaliseeritusse printsiibi juurde, mis omakorda keelab selgituste ja asjaolusid selgitavate dokumentide esitamise andmete kohta, mida pakkuja ei ole dokumentide esitamise tähtpäevaks esitanud.²²⁰ Formaliseerituse printsiipi RKHK riigihankeõiguses kehtivaks aga ei pea²²¹ ning riigihankedirektiivide üldrežiimist lahknevust RHS-s ega selle eelnõu juurde kuuluvas seletuskirjas selgelt ja üheselt väljendatud ei ole.²²² RHS-i § 46 kommentaaride autori hinnangul tuleks seega direktiivikonformse tõlgendamise tulemusel sisustada RHS § 46 lg-s 4 sätestatud ettevõtja dokumentide selgitamise õigust lähtuvalt selle aluseks olevast riigihankedirektiivide sätetest ning „selgitamise“ instituuti avavast EK kohtupraktikast, piiramata selgitamise võimalust võrreldes EL õiguses sätestatuga.²²³

Tuleb nõustuda, et formaliseerituse põhimõtte kehtivust riigihankeõiguses on RKHK selgelt eitanud. Pelgalt riigihankel osaleval ettevõtjal hoolsuskohustuse märkimisest, millele viidatakse RHS eelnõu juurde kuuluvas seletuskirjas, ei saa aga järeldada, et RHS § 46 lg-ga 4 on soovitud direktiivi 2014/24/EL art 56 lg-s 3 sätestatud ettevõtjate õigusi selgituste andmisel piirata. Riigihankes osalevalt ettevõtjalt nõutavat hoolsuskohustust on kohtupraktikas²²⁴ ja

²¹⁸ RRO nõustamispäringutele vastused, Tallinn. 27.01.2020, 03.04.2020 (e-kirjad autori valduses).

²¹⁹ TrtHKo 3-18-977, p 13; VAKO 82-18/193810, p-d 18-20; VAKO 83-18/194060, p-d 17-19.

²²⁰ RHS eelnõu (450 SE I) seletuskiri, lk 59.

²²¹ RKHKo 3-3-1-24-13, p 19.

²²² Minumets, D. RHS Komm, § 46, kommentaarid 28, lk 315.

²²³ Minumets, D. RHS Komm. § 46, kommentaar 28, lk 315-316.

²²⁴ EKO C-599/10, *Slovensko*, p 38; RKHKo 3-3-1-24-13, p 17; TlnHKo 3-14-50312, p 15.

VAKO otsustes²²⁵ küll kinnitatud, ent see ei välista hankija kohustust järgida selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel kaalutusõiguse kasutamise reegleid ning proportsionaalsuse põhimõtet. Tõlgendust, et RHS § 46 lg-ga 4 ei ole piiratud direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-t 3, toetab ka magistritöö koostamise ajal jõustunud RKHK seisukoht. Viidatud otsuses sedastab RKHK, et kuigi RHS § 46 lg 4 aluseks oleva direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 võimaldab siseriiklikus õiguses sätestada dokumentide ja selgituste nõudmise teisiti kui direktiivis, on RHS § 46 lg 4 rakendamisel oluline lähtuda direktiivis seatud tingimusest, et selgitusnõude esitamine ettevõtja poolt tähtaegselt esitatud dokumentide täiendamise kohta oleks täielikus kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttega ning Euroopa Kohtu praktikaga nende põhimõtete sisustamisel.²²⁶ Järelikult on õigustatud lähenemine, et ettevõtjate õigusi selgituste või selgitamist võimaldavaid dokumente esitamisel RHS § 46 lg 4 tähenduses võrreldes direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-ga 3 ei piirata. Olukorras, kus riigisisene õigus ei piira direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-st 3 tulenevat hankija avarat kaalutusruumi, tuleb kaalutusõiguse teostajal, arvestades võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtetest tulenevate piirangutega, järgida kõiki kaalutusõiguse kasutamisele kehtivaid reegleid, millest põhjalikumalt alapeatükis 3.2. Eelnevalt on aga vajalik välja selgitada, kas kaalutusõiguse kasutamise reeglid selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel kohalduvad kõikidele hankijatele.

HMS § 4 lg 1 kohaselt on kaalutusõigus ehk diskretsioon haldusorganile seadusega antud volitus kaaluda otsustuse tegemist või valida erinevate otsustuste vahel. HMS § 4 lg 2 sätestab haldusorganile kaalutusõiguse teostamisel reeglid, mille alusel tuleb kaalutusõigust teostada kooskõlas volituse piiride, kaalutusõiguse eesmärgi ning õiguse üldpõhimõtetega, arvestades olulisi asjaolusid ning kaaludes põhjendatud huve. HMS-i kaalutusõigust puudutav regulatsiooni kohaldub seega haldusorganitele, ent kõik hankijad RHS tähenduses ei ole haldusorganid. Seetõttu on põhjendatud küsimus, kas selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel kui kaalutusõiguse teostamisel lasub kaalutusõiguse kasutamise reeglite järgimise kohustus üksnes hankijal kui haldusorganil HMS-i tähenduses või siiski kõikidel hankijatel, kes RHS § 46 lg-s 4 sätestatust juhinduvad.

HMS-i mõju ja kohaldatavus riigihanke menetluses ei tõusetu üldjuhul, kui hankijaks on haldusorgan HMS § 8 lg 1 tähenduses, so asutus, kogu või isik, kes on seadusega, seaduse alusel antud määrusega või halduslepinguga volitatud täitma avaliku halduse ülesandeid.

²²⁵ VAKO 21-14/147095, p 9.2; VAKO 109-14/150491, p 18; VAKO 165-14/152437, p 9.4.

²²⁶ RKHKo 3-19-1501, p 16.

Haldusorgani tunnustele vastavad eelkõige RHS § 5 lg 2 p-des 1-3 loetletud isikud, kes järgivad kohustuslikus korras HMS-i oma tegevuses ka väljapool riigihangete korraldamist.²²⁷ Sellised hankijad on riik või riigiasutus, kohaliku omavalitsuse üksus, kohaliku omavalitsuse asutus või kohaliku omavalitsuse üksuste ühendus ning muu avalik-õiguslik juriidiline isik või avalik-õigusliku juriidilise isiku asutus (RHS § 5 lg 2 p-d 1-3).

Riigihangete teostamine ja vaidlustuste lahendamine riigihangete seaduse tähenduses ei ole haldusmenetlus HMS tähenduses (HMS § 2 lg 2). HMS § 2 lg 2 sõnastus võib põhjustada seega arusaama, et HMS-i kohaldamine on riigihangete korraldamisel täielikult välistatud.²²⁸ Nii see siiski ei ole, haldusorganist hankijatele ei kohaldu üksnes HMS-i teine peatükk, mis reguleerib haldusmenetluse läbiviimist. Selles osas prevaleerib RHS kui eriseadus HMS-i suhtes.

Eestikeelses õiguskirjanduses on leitud, et erinevalt vääртеomenetlustest ja süütegude kohtueelsest menetlusest on riigihanke menetlused olemuslikult siiski haldusmenetlused, kui hankijaks on organ, mis vastab haldusorgani tunnustele (HMS § 8 lg 1).²²⁹ Selline lähenemine õigustab HMS-i kohaldamist haldusorganiks olevate hankijate tegevuse suhtes. Kuivõrd HMS sisaldab haldusõiguse üldpõhimõtteid ja haldusõigusteoorias tunnustatud arusaamade ümberkirjutusi õigusnormidena (nt haldusakti mõiste, kehtivuse ja õiguspärasuse eeldused, haldusakti põhjenduskohustuse täpsem sisu), on HMS üldjuhul RHS-ga reguleerimata osas vähemalt analoogia korras kohaldatav.²³⁰ Järelikult tuleneb haldusorganiks olevale hankijale selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel kaalutusõiguse reeglitega arvestamise kohustus HMS-st.

Võttes arvesse, et HMS-i kohustatud subjektiks on haldusorgan, on küsitav HMS-i rakendamine nende hankijate suhtes, kes klassikalises tähenduses haldusorgani terminile ei vasta. Ühe võimaliku tõlgenduse kohaselt tulebki RHS-i alusel isikule pandud riigihangete läbiviimise kohustust käsitleda avaliku halduse ülesandena ning vastavalt kõiki hankijana määratletud isikuid haldusorganitena, kes on volitatud riigihangete läbiviimist teostama.²³¹ Haldusorganiks määratlemise keskne tunnus, „avaliku halduse ülesanne“ (HMS § 8 lg 1) on määratlemata õigustermin, mis sellist tõlgendamist justkui võimaldab. Samas on RKHK leidnud, et AS Eesti

²²⁷ Simovart, M. A., Parrest, N. RHS Komm, § 1 kommentaar 28, lk 37.

²²⁸ Simovart, M. A., Parrest, N. *Op cit.*, lk 225.

²²⁹ Simovart, M. A., Parrest, N. *Op cit.*, lk 225.

²³⁰ Simovart, M. A., Parrest, N. RHS Komm, § 1 kommentaar 28, lk 37; Simovart, M. A., Parrest, N. *Op cit.*, lk 225.

²³¹ Simovart, M. A., Parrest, N. RHS Komm, § 1 kommentaar 29, lk 37-38.

Raudtee ei tegutsenud riigihanke korraldamisel haldusorganina HMS § 8 lg 1 tähenduses, sest hankija viis riigihanke läbi oma ettevõtte tarbeks, mitte haldusülesannete täitmiseks.²³² See tähendab, et riigihanke korraldamist ei saa pidada avaliku halduse ülesande täitmiseks, mis võimaldaks hankijat omakorda haldusorganiks määratleda. Eraõiguslik juriidiline isik on haldusorgan juhul, kui ta täidab haldusülesannet materiaalses mõttes.²³³ Eeltoodu põhjal ei saa HMS-i ning selles sätestatud kaalutusõiguse reeglite järgimise kohustust omistada seega hankijatele, kes pole haldusorganid HMS-i tähenduses. Järelikult puudutab selgituste või selgimist võimaldavate dokumentide nõudmisel HMS-i rakendamine üksnes neid hankijaid, kes on haldusorganid HMS § 8 lg 1 mõttes.

Vaatamata sellele, et hankijatele, kes ei ole haldusorganid HMS-i tähenduses ja kellele ei kohaldu HMS-si järgimise kohustus, ei õigusta see selliste hankijate puhul üldiste kaalutusreeglite mittejärgimist selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel. RHS § 46 lg 4 kehtib siiski kõikidele riigihangetele, mis jäävad RHS-i kohaldamisalasse ning RHS regulatsioonis puudub märge RHS § 46 lg 4 erineva rakendamise kohta sõltuvalt hankija liigist. Võttes arvesse ka eelpool viidatud kohtupraktikale, kus ei eristata hankija kaalutusõiguse olemasolu sõltuvalt hankija liigist, kohalduvad kaalutusõiguse kasutamise reeglid kõikidele hankijatele, ka neile, kes ei ole haldusorganid HMS tähenduses. Eeltoodu pinnalt võib asuda seisukohale, et ka hankijad, kes ei ole haldusorganiks HMS-i tähenduses on kohustatud selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel järgima üldiseid kaalutusreegleid (HMS § 4 lg 2). Teatavatel juhtudel võib hankijal olla koguni kohustus anda ettevõtjale tähtaegselt esitatud dokumentide parandamise võimalus, sest diskretsiooni kasutamine juhtudel, kui seadus näeb selle ette, pole mitte üksnes administratsiooni õigus, vaid ka kohustus.²³⁴

Kokkuvõtvalt ei erine haldusorganiks mitteolevate hankijate kohustused võrreldes HMS-i tähenduses haldusorganiks olevate hankijatega selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel. Nii haldusorganiks olevad hankija kui ka hankijad, kes ei ole haldusorganid HMS-i tähenduses, peavad juhinduma ettevõtjalt selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel lisaks võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtetele ka üldistest kaalutusreeglitest.

²³² RKHKo 3-3-1-65-16, p 16.

²³³ Simovart, M. A., Parrest, N. RHS Komm, § 1 kommentaar 29, lk 37-38.

²³⁴ EÜK T-211/02, *Tideland Signal*, p 37; RKHKo 3-3-1-81-07, p 20; RKHKo 3-3-1-49-02, p 11; RKHKo 3-3-1-62-02, p 18.

3.2. Kaalutusõiguses kasutamise reeglid

Tabav on kaalutusõiguse kohta öeldu: „Ta on oma seaduslikes raamides küll seadusevaba, kuid mitte õigusevaba“.²³⁵ Kaalutusotsuse tegijal on seega teatav ruum kaalutlemiseks, ent seda tuleb siiski teha kaalutusreegleid, sealhulgas halduse üldpõhimõtteid arvesse võttes. Vastavalt peatükis 3.1. käsitletule, on üldiseid kaalutusreegleid vajalik järgida kõikidel hankijatel. Kuigi Eesti kohtupraktikast leiab ekslikku hinnangut sellest, et riigihankeõiguses kehtib niinimetatud formaliseerituse põhimõte,²³⁶ mis toetab omakorda lähenemist, et hankija kaalutusõigus redutseeruks riigihankemenetluses nullini, eitab sellist seisukohta nii kohtu- kui ka vaidlustuspraktika. Riigihankeõiguses tuleb küll järgida seaduses sätestatud formaalseid reegleid, kuid see ei tähenda, et riigihanke normide tõlgendamisel tuleks juhinduda niinimetatud formaliseerituse põhimõttest.²³⁷ Seetõttu on ka selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel õiglase ja õiguspärase otsuste langetamiseks diskretsiooni reeglite ning piiride tundmine.

Kaalutusõigust tuleb rakendada kooskõlas nii EL kui ka EL liikmesriigi õigusega, arvestades seejuures, et kummalgi on omad iseärasused.²³⁸ Tähtsust omavad EK kohtuotsuse aluseks olevad õiguslikud põhjendused, mis peaksid liikmesriikide hankijatele kaalutusotsuse langetamisel suuniseid andma. Vaatamata EK kohtupraktika tähtsusele, ei saa alahinnata liikmesriigi enda regulatsiooni diskretsiooni teostamisel, sest hankija otsused peavad olema kooskõlas ka riigisisese õigusega.

Kaalutusõigust on käsitletud kui seadusjärgse otsustusõiguse loomupärast määramatust,²³⁹ mille eesmärk on esmajoones üksikjuhtumiks sobiva ja asjakohase lahenduse leidmine seaduse eesmärki ning konkreetseid asjaolusid arvestades.²⁴⁰ Kokkuvõtvalt tuleb diskretsiooni kasutamiseks välja selgitada diskretsioonivolituse andmise eesmärk, selle olulised vaatepunktid ning sellest lähtuvalt hinnata konkreetset juhtumit, et teha otsus.²⁴¹ Ka selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel on hankijal seega vajalik selgeks teha, millisel eesmärgil

²³⁵ Merusk, K. Administratsiooni diskretsioon ja selle kohtulik kontroll. Juura, Õigusteabe AS. 1997, lk 33

²³⁶ Tln HKo 3-14-50312, p 15.

²³⁷ RKHKo 3-3-1-24-13, p 19; VAKO 21.09.2018, 177-18/194960, p 22.

²³⁸ Bogojevič, S, Groussot, X., Hettne, J. *Op cit.*, lk 3-4.

²³⁹ Lindhal, H. The coherence of EU law: the search for unity in divergent concepts. *Discretion and Public Policy: Timing The Unity and Divergence of Legal orders*, The coherence of EU law: the search for unity in divergent concepts. Oxford University Press, 2008, lk 296.

²⁴⁰ Maurer, H. Haldusõigus. Üldosa. Tallinn. Kirjastus Juura. 2004, lk 86-87.

²⁴¹ Maurer, H. *Op cit.*, lk 86-87.

on talle vastav volitusnorm antud, milliseid reegleid tal seejuures järgida tuleb ning arvestada konkreetse üksikjuhtumi asjaoludega.

Kaalutusõiguse ehk diskretsiooni õiguspärane kasutamine eeldab kaalutusõigusele kohalduvate kehtivate reeglite tundmist ja nende järgimist. HMS § 4 lg 2 kohaselt tuleb kaalutusõigust teostada kooskõlas volituse piiride, kaalutusõiguse eesmärgi ning õiguse üldpõhimõtetega, arvestades olulisi asjaolusid ning kaaludes põhjendatud huve. Osundatud sätte sisu paremaks mõistmiseks võib selle jaotada omakorda alljärgnevatel reegliteks, mida kaalutusõiguse kasutamisel arvestada tuleb.

Esiteks nõuab õiguspärane kaalutlemine diskretsiooni piiride järgimist.²⁴² Kuivõrd administratsioon on diskretsiooni teostamisel seotud õiguslike piiridega, ei tohi ta neist väljuda. Seetõttu tuleb hankijal ka selgituste küsimisel järgida talle kohalduva volitusnormi piire. Nendeks piirideks on ka võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtted, mida tuleb kohaselt sisustada ja mille raamest ei tohi väljuda.

Teiseks on hankija kohustatud kaaluma talle antud õiguste kasutamist ehk tal on kohustus kasutada diskretsiooniõigust. Kaalutusõigust on seadusega volitatud õigus määrata kindlaks õiguslik tagajärg, andes selleks kaks või enam tegutsemisvõimalust või omistades teatav tegevusruum.²⁴³ Seetõttu ei saa rääkida selgituste küsimisel üksnes hankija õigusest selgitusi küsida, vaid ka kohustusest. Nii on väljendatud seda ka kohtupraktikas, et diskretsiooni kasutamine juhtudel, kui seadus selle ette näeb, ei ole üksnes administratsiooni õigus, vaid ka kohustus.²⁴⁴

Kolmandaks tuleb arvestada diskretsiooninormi eesmärgiga, sest kaalutusotsus peab tagama alusnormi eesmärgi saavutamise ning kaalutusotsuse tegemisel ei tohi piirduda pelgalt kaalutusnormi formaalse täitmisega.²⁴⁵ Administratsioon on seotud vastava seaduse eesmärgi ja mõttega, st ta ei tohi järgida seadusest mittetulenevaid eesmärke. Teisisõnu ei tohi diskretsiooni teostamisel kasutada omavoli või lähtuda subjektiivsest suvast.²⁴⁶ Nõnda on kohtud on leidnud, et hankija kaalutusõigus täiendavate dokumentide, andmete ja selgituste

²⁴² Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. *Op cit.*, lk 280-284.

²⁴³ Maurer, H. *Op cit.*, lk 84.

²⁴⁴ EÜK T-211/02, *Tideland Signal*, p 37; RKHKo 3-3-1-81-07, p 20; RKHKo 3-3-1-49-02, p 11; RKHKo 3-3-1-62-02, p 18.

²⁴⁵ Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. *Op cit.*, lk 280-284.

²⁴⁶ Maurer, H. *Op cit.*, lk 32-33.

nõudmisel ei tähenda õigust otsustada selle nõude esitamise üle meelevaldselt, sest see ohustaks ettevõtjate võrdset kohtlemist.²⁴⁷ Selgituste küsimise võimaldamine on riigihanke-direktiividesse ja RHS-i lisatud eesmärgiga tuua formaalsesse riigihanke menetlusse paindlikkust ehk võimaldada ettevõtjal tähtaegselt esitatud dokumentides parandada puudusi, mille kõrvaldamisega ei kaasne riigihanke korraldamise üldpõhimõtete rikkumist. Üheks riigihanke korraldamise üldpõhimõtteks on seejuures tagada riigihankel konkurentsi efektiivne ärakasutamine, mistõttu ei saa selgituste küsimise üle otsustamisel juhinduda üksnes võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest või seada RHS § 46 lg 4 tõlgendamisel eesmärgiks juhinduda niinimetatud formaliseerituse põhimõttest. Vajalik on mõista selgituste küsimise regulatsiooni lisamise eesmärki laiemalt, milleks on konkurentsi soodustamine ning sellest ka juhinduda.

Neljandaks peab hankija kaalutusotsuse teostamisel arvestama oluliste asjaoludega, st kõiki olulisi poolt- ja vastuargumente. Olulised on tagajärjed, mida võimalikud lahendused puudutatud isikutele ja avalike huvidele kaasa toovad ning vajalik on leida mõistlik tasakaal erinevate huvide vahel.²⁴⁸ Diskretsiooninormi rakendajal tuleb kindlaks teha, kas reaalses tegelikkuses esinevad faktilised asjaolud vastavad abstraktse teokoosseisu tunnustele, tõlgendades seejuures õigesti normi abstraktset teokoosseisu ning teostades õiguspärase subsumeerimise.²⁴⁹ Nii tuleb hankijal selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel tuvastada olulised faktilised asjaolud ning arvestada nendega selgitusnõude esitamisel. Seejuures tuleb arvestada nii selliste asjaoludega, mis räägivad selgituse küsimise poolt kui ka vastu.

Viiendaks ei tohi tugineda asjassepuutumatele kaalutlusteele, mis kaalutusotsusega kuidagi seotud ei ole ning need ei tohi otsust mõjutada, sest see võib põhjustada ebavõrdset kohtlemist.²⁵⁰ Hankija on seega lisaks riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest tulenevalt kohustatud selgituste nõudmisel arvestama võrdse kohtlemise põhimõttega ka kaalutusõiguse reeglite kohaselt.

Kuuendaks ei tohi kaalutusõigust kuritarvitada ehk tegelikud motiivid kaalutusotsuse tegemisel peavad kokku langema väljendatuga.²⁵¹ Lubamatu on seega hankija poolt näiteks

²⁴⁷ EÜKo T-211/02, *Tideland Signal*, p 38; RKHKo 3-3-1-24-13, p 22.

²⁴⁸ A Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. *Op cit.*, lk 280-284.

²⁴⁹ Merusk, K. *Op cit.*, lk 32-33.

²⁵⁰ Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. *Op cit.*, lk 280-284.

²⁵¹ Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. *Op cit.*, lk 280-284.

teadlikult selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide küsimisega sisuliselt uue pakkumuse esitamine. Selline käitumine on keelatud ka riigihanke korraldamise üldpõhimõteteks olevate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiipide järgi.

Seitsmendaks peab iga kaalutusotsus olema kooskõlas haldusõiguse üldpõhimõtetega nagu proportsionaalsus, võrdne kohtlemine ja õiguskindlus.²⁵² Kui võrd proportsionaalsuse ja võrdse kohtlemise põhimõtete järgimise kohustus tuleneb hankijale selgituste küsimisel ka riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest, ei saa nimetatud printsiipide järgimise kohustus olla hankijale võõras. Õiguskindluse väärtust on selgituste küsimisel rõhutanud aga EK oma kohtupraktikas.²⁵³

Proportsionaalsuse kui haldusõiguse üldpõhimõtte kohaselt tuleb otsuse tegemisel arvesse võetavaid kaalutlusi õigesti väärtustada ehk väheolulised asjaolud ei või kaaluda üles olulisi.²⁵⁴ Järelikult ei ole ka proportsionaalsuse põhimõtte kui haldusõiguse üldpõhimõttega kooskõlas, kui hankija tähtaegselt esitatud dokumentides esineva formaalse vea tõttu ettevõtja riigihanke menetlusest kõrvaldab või kvalifitseerimata jätab või lükkab tema pakkumuse tagasi, võimaldamata ettevõtjal selle kohta selgitusi esitada. EL üldpõhimõtete hulka kuuluva hea halduse põhimõttega on vastuolus, kui hankija ei kasuta talle antud võimalust selgituste küsimiseks ning lükkab tagasi ebaselgelt sõnastatud pakkumuse, mille puhul on näha, et selle ebaselguse saab lihtsasti lahendada ja kergesti kõrvaldada.²⁵⁵ EK on pidanud selgituste küsimata jätmist õigusvastaseks eelkõige olukorras, kus pakkumuses esinevad vead on ilmselgelt tehnilised ja ebaolulised ning kus pakkumuse korrektset sisu on pakkumuse või selle esitamisega seotud asjaolude järgi võimalik hõlpsalt tuvastada.²⁵⁶ Lisaks on RKHK ja VAKO sedastanud hankija kohustust arvestada selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide küsimise üle otsustamisel proportsionaalsuse põhimõttega.²⁵⁷ Võttes arvesse kohtute ja VAKO praktikat, on kõikide hankijatel kohustus selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel juhinduda muuhulgas hea halduse ning proportsionaalsuses põhimõtetest.

Võrdse kohtlemise põhimõtte kui haldusõiguse üldpõhimõtte ei nõua, et kõiki isikuid peaks alati kohtlema ühetaoliselt. Isikute erinev kohtlemine peab olema aga mõistlikul viisil põhjendatud

²⁵² RKHK 3-3-1-5-97, p 3; 3-3-1-10-03, p 38.

²⁵³ EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p 57; EKo T-211/02, *Tideland Signal*, p 43; EKo C-309/18, *Lavorgna Srl*, p-d 31-32.

²⁵⁴ Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. *Op cit.*, lk 284-285.

²⁵⁵ EÜKo T-211/02, *Tideland Signal*, p 37 ja 38.

²⁵⁶ EÜKo T-211/02, *Tideland Signal*, p 37; EKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p 65.

²⁵⁷ RKHKo 3-3-1-24-13, p 17; VAKO 177-18/194960, p 18.

ja ratsionaalne.²⁵⁸ Järelikult on võrdse kohtlemise printsiip ka haldusõiguse üldpõhimõttena sisustatav sarnaselt riigihankeõiguses määratletuga.

Õiguskindluse põhimõtte kohaselt peab kaalutusotsuse tegija olema tegevuses järjekindel. RKHK hinnangul viitab see kaalutusveale, kui sama küsimus tuleb sama isiku suhtes otsustada aja jooksul korduvalt ning lahendid on erinevad, vaatamata sellele, et õiguslik ja faktiline koosseis ei ole muutunud.²⁵⁹ Riigihanke kohtupraktika ega kehtiv õigus ei anna siiski ühest vastust küsimusele, kas hankija kohustus kohelda samas olukorras olevaid ettevõtjaid puuduse kõrvaldamise lubamisel ühtemoodi piirdub ühe riigihanke menetlusega või omab see mõju ka teiste sama hankija poolt korraldatud riigihangetele.²⁶⁰ Kuigi võrdse kohtlemise põhimõtte kohaldub kõikidele sama hankija poolt korraldatavatele riigihanke menetlustele,²⁶¹ tuleb arvestada iga riigihanke eripäraga.²⁶² Teisisõnu tuleb hankijal arvestada konkreetses riigihanke menetluses aset leidvate asjaoludega, mistõttu võib ette tulla õigustatud vajadus samas olukorras olevate ettevõtjate erinev kohtlemine. Küll aga nõuab õiguskindluse põhimõtte järgimine seda, et hankija samas riigihankes ettevõtjaid ühtemoodi kohtleb. Samad või sarnased andmed esitamata jätnud ettevõtjatele tuleb anda ühesugune võimalus nende esitamiseks selgitusnõude esitamisega.²⁶³

Kaheksandaks võib välja tuua, et EL tasandil tunnustatud hea halduse põhimõtte olulisust. Viimane ei luba hankijal kasutada diskretsiooni poolikult või vastuoluliselt ehk teisisõnu anda ettevõtjale võimalus ühe dokumendis esineva puuduse kõrvaldamiseks, kuid eemaldada ta siiski menetlusest teise puuduse tõttu, mille kohta ta selgitusi ei küsinud. Hea halduse põhimõtte seisukohalt on vajalik menetluses ebaõigluse välistamine.²⁶⁴ EL põhiõiguste harta järgi tähendab hea halduse tava, et igapähele on õigus sellele, et liidu institutsioonid, organid ja asutused käsitleksid tema küsimusi erapooletult, õiglaselt ning mõistliku aja jooksul.²⁶⁵ Nii võib hankija nõuda ettevõtja esitatud dokumentide kohta selgitusi pärast tähtaegselt esitatud dokumentide läbivaatamist ning selgitusnõue peab hõlmama kõiki selle adressaadiks oleva ettevõtja dokumentides sisalduvaid puudusi.²⁶⁶ Hea halduse põhimõtte järgimise vajalikkust proportsionaalsuse põhimõtte kõrval on rõhutanud ELÜ, märkides, et EL üldpõhimõtete hulka

²⁵⁸ Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. *Op cit.*, lk 288.

²⁵⁹ RKHKo 3-3-1-52-02, p 13; RKHKo 3-3-1-49-02, p 13.

²⁶⁰ Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 51, lk 324.

²⁶¹ Hamer, C. R. in Steinicke, M., Vesterdorf, P. *Op cit.*, lk 610.

²⁶² Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar, p 51, lk 324.

²⁶³ Hamer, C. R. in Steinicke, M., Vesterdorf, P. *Op cit.*, lk 610.

²⁶⁴ Parrest, N. Hea halduse põhimõtte Euroopa Liidu põhiõiguste hartas. *Juridica* 2006/1, lk 25.

²⁶⁵ Euroopa Liidu põhiõiguste harta. ELTL 2010/C 83/02, art 41 lg 1.

²⁶⁶ EKo C-599/10, *Slovensko*, p-d 42, 44.

kuuluva hea halduse põhimõttega on vastuolus, kui hankija ei kasuta talle antud võimalust selgituste küsimiseks ning lükkab tagasi ebaselgelt sõnastatud pakkumuse, mille puhul on näha, et selle ebaselguse saab lihtsasti lahendada ja kergesti kõrvaldada.²⁶⁷ Järelikult omab hankija selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel ka kohustust juhendada hea halduse põhimõttest.

Lisaks eeltoodule on diskretsiooni teostamisel vajalik otsuse põhjendamine, kuivõrd see loob eelduse diskretsioonivigade vältimiseks.²⁶⁸ Selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel tuleb hankijal kaalutusvigade vältimiseks sisustada riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid kohaselt. Kaalutusvigade liike ja detailsusastmeid on erinevaid.²⁶⁹ Magistritöö piiratud mahu tõttu esitatakse järgnevalt üldisem liigitus diskretsioonivigadest.

Diskretsiooni kasutamata jätmist ehk diskretsiooni mittekasutamist iseloomustab olukord, kui kaalutusõigus teostaja hindab, et tegemist on seotud haldusega ja sellepärast ei kasuta diskretsiooni, sest ta ei saa aru, et seadus on talle andnud diskretsiooni teostamise volituse. Normitehnika kohaselt peab kaalutusõiguse teostamise volitus olema formuleeritud selliselt, et normi adressaadil oleks ühemõtteliselt selge, et talle on antud õigus kaalutluse kasutamiseks.²⁷⁰ Sellist olukorda võib iseloomustada hankija otsus ettevõtjalt selgitusi mitte nõuda, sest ta ei saa aru, et talle vastav kaalutusõigus on seadusega antud. Näiteid leiab kohtu- ja vaidlustuspraktikast, mille kohaselt on hankija seotud selgituste küsimisel formaalsuse põhimõttega, mis omakorda ei jäta hankijale võimalust selgituste küsimiseks.²⁷¹

Lisaks on diskretsiooni mittekasutamise teemist juhul, kui administratsioon ei kontrolli ega kaalu diskretsiooninormi rakendamisel kõiki võimalusi, mis talle on otsustamiseks antud või ei võta arvesse kõiki asjaolusid.²⁷² Diskretsiooni mittekasutamine võib esineda olukorras, kus hankija hindab selgitusnõude esitamise otsustamisel näiteks üksnes võrdse kohtlemise, aga mitte proportsionaalsuse põhimõttega.

²⁶⁷ EÜKo *Tideland Signal*, p-d 37-38.

²⁶⁸ Merusk, K. *Op cit.*, lk 32-33.

²⁶⁹ Pikamäe, K. Kaalutusõigus ja selle kohtulik kontroll. Magistritöö. Tartu Ülikool. 2003, lk 47-48; Merusk, K. *Op cit.*, lk 47; Maurer, H. *Op cit.*, lk 88-89; Pikamäe, K. Kaalutusvigadest. *Juridica*. 2006/II.

²⁷⁰ Maurer, H. *Op cit.*, lk 85.

²⁷¹ RKHKo 3-3-1-24-13, p 19; VAKO 177-18/194960, p 22.

²⁷² Merusk, K. *Op cit.*, lk 47.

Kaalutusõiguse ületamise ehk diskretsiooni piiride ületamisega on tegemist juhul, kui valitakse ekslikult või teadlikult õiguslik tagajärg, mis ei ole seadusega ette nähtud ning seeläbi ületatakse seadusega antud tegutsemisruum.²⁷³ Selline olukord võib aset leida näiteks juhul, kui hankija võimaldab ettevõtjal selgitusnõudele vastamisel teha tähtaegselt esitatud dokumentides olulisis sisulisis muudatusi, mis ei ole üldreeglina lubatud ning on oma olemuselt uue pakkumuse esitamine.

Kokkuvõtvalt on hankijal kohustus juhinduda selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel kaalutusõigusele kohalduvatest üldistest kaalutusreeglitest. Nii peab hankija selgituste küsimisel: järgima diskretsiooni piire, kaaluma talle antud õiguste kasutamist ehk kasutama diskretsiooniõigust, arvestama diskretsiooninormi eesmärgiga, arvestama konkreetses juhtumis oluliste asjaoludega, välistama asjassepuutumatu kaalutlustele tuginemise, vältima kaalutusõiguse kuritarvitamist, tagama kooskõla haldusõiguse üldpõhimõtetega, sh järgima hea halduse põhimõtet ning vältima kaalutusvigu.

3.3. Kaalutusõiguse piiramine hankija enda poolt

Hankijal on võimalik talle volitatud kaalutusõigust piirata riigihanke alusdokumentides enda seatud tingimuste esitamisega. Näiteks on hankijal õigus riigihanke alusdokumentides määrata, et kõrvaldab riigihanke menetlusest ettevõtja, kes ei ole nõutud tähtajaks esitanud dokumenti või teavet, mille esitamine oli riigihanke alusdokumentide järgi ettevõtja kõrvaldamise aluste kontrollimiseks nõutud. Sellisel juhul lasub hankijal üldreeglina võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte tagamiseks kohustus, juhinduda enda poolt kindlaks määratud tingimustest.²⁷⁴

Riigihangete korraldamist reguleerivad võrdse kohtlemise ja sellest tulenev läbipaistvuse põhimõtte nõuavad, et riigihanke tingimused, mis on riigihankes osalemiseks määrava tähtsusega, peavad olema ette nähtud selgelt ja avalikustatud nii, et ettevõtjatele oleksid need nõuded täpselt teada ning nad saaksid olla kindlad, et samad nõuded kehtivad kõikidele konkurentidele.²⁷⁵ Kuivõrd võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte nõuab, et kõikidele ettevõtjatele kehtiksid samad tingimused, mis on riigihanke alusdokumentides üheselt ette nähtud, on hankija pärast dokumentide esitamise tähtpäeva seotud riigihanke alusdokumentides

²⁷³ Pikamäe, K. (viide 269), lk 48.

²⁷⁴ EKo C-336/12, *Manova*, p 40; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p 42; EKo C-496/99, *Succhi di Frutta*, p 115.

²⁷⁵ EKo C-27/15, *Pippo Pizzo*, p 37.

esitatud tingimustega ega saa neist kõrvale kalduda. Selline info peab sisalduma riigihanke alusdokumentides piisavalt konkreetset ja sõnaselgelt.²⁷⁶ Dokumendi või andmete lisamise keeld või esitamata jätmisele kehtestatud negatiivne tagajärg peab olema sätestatud konkreetse dokumendi suhtes kategoorilises vormis.²⁷⁷

Cartiera dell'Adda kohtulahendis esitas ettevõtja hankijale pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva avalduse, et pakkumuses nimetati konkreetne isik tehnikadirektoriks inimliku eksimuse tõttu, millest tulenevalt soovis ta asendada pakkumuses esitatud tehnikadirektori teise isiku vastu. Hankija kõrvaldas selle tulemusel pakkumusest tehnikadirektori vahetada soovitud ettevõtja riigihankest, sest pakkumus ei sisaldanud tehnikadirektoriks märgitud isiku kohta kirjalikku kinnitust selle kohta, et tema suhtes ei ole käimas kriminaalmenetlust ning tema suhtes ei ole jõustunud kohtuotsusega määratud kriminaalkaristust. EK leidis, et sellise pakkuja kõrvaldamine riigihankest oli kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega. Kohtu otsus põhines järgnevatel asjaoludel. Esiteks, riigihanke alusdokumentides oli selgelt ette nähtud, et pakkumuses peab sisalduma tehnikadirektoriks märgitud isiku kohta kirjalikku kinnitust, et tema suhtes ei ole käimas kriminaalmenetlust ning tema suhtes ei ole jõustunud kohtuotsusega määratud kriminaalkaristust ning kinnituse puudumisel kõrvaldatakse ettevõtja riigihanke menetlusest. Teiseks sisaldasid riigihanke alusdokumendid tingimust, et pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva on ettevõtjatel võimalik kõrvaldada üksnes tähtaegselt esitatud dokumentides vormilisi vigu.²⁷⁸ Kuivõrd hankijal tuleb võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimiseks rangelt kinni pidada enda poolt kindlaks määratud tingimustest, peab ta riigihanke menetlusest kõrvaldama ettevõtja, kes ei ole esitanud dokumenti või teavet, mille esitamine oli riigihanke alusdokumentides ette nähtud ning mille esitamata jätmisel tuli ta menetlusest kõrvaldada.²⁷⁹ Tähtaegselt esitatud dokumentides esinevate puuduste kõrvaldamine ei tohi kaasa tuua olukorda, kus hankijal lubatud kõrvaldada mis tahes puudusi, ka neid, mis riigihanke alusdokumentide kohaselt peavad kaasa tooma ettevõtja kõrvaldamise menetlusest.²⁸⁰ Hankija oli riigihanke alusdokumentides kehtestanud seega dokumendi või

²⁷⁶ Hamer, C. R. in Steinicke, M., Vesterdorf, P. *Op cit.*, lk 611.

²⁷⁷ Hamer, C. R. in Steinicke, M., Vesterdorf, P. *Op cit.*, lk 611; Minumets, D. RHS Komm, § 46 kommentaar 44, lk 321-322.

²⁷⁸ EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p-d 36-40; Smith, S. *Cartiera dell'Adda SpA v CEM Ambiente SpA (C-42/13)*: failure by an economic operator to supply evidence that the grounds for exclusion do not exist and the requirement on contracting authorities strictly to comply with the rules which they set for the conduct of a tender process. P.P.L.R. 2015, 2, lk 34-35.

²⁷⁹ EKo C-336/12, *Manova*, p 40; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p 42

²⁸⁰ EKo C-523/16, C-536/16, *MA.T.I.SUD*, p 49; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p 46; EKo C-199/15, *Ciclat Soc.coop*, p 30.

andmete lisamise keelu või esitamata jätmisele kehtestatud negatiivse tagajärje kategoorilises vormis konkreetselt vastavate andmete või dokumentide osas.

Kõnekaks näiteks sellest, et mitte siiski igal juhul ei saa hankija endale riigihanke alusdokumentides seatud piirangute kaudu välistada selgituste küsimisel ette nähtud kaalutusõiguse kasutamist, on *Antwerpse Bouwwerken* kohtulahend. Ettevõtja tehtud viga seisnes pakkumuse maksumuse aluseks olevas hinnakalkulatsioonis, kus üks ühikhind oli esitamata. Märgitud kohtuasjas sisaldasid riigihanke alusdokumendid sõnaselget tingimust pakkumuse tagasilükkamisest juhul, kui selles ei esitata koondnimekirjas olevate kõikide ehitustööde maksumusi vastavalt riigihanke alusdokumentides nõutule. EÜK asus seisukohale, et hankija ei saa pakkumust tagasi lükata olukorras, kui esineb lihtne seletus arvutusveale või kui puuduolev hind on lihtsalt ja üheselt tuletatav teisest pakkumuses märgitud hinnast.²⁸¹ Kohtuvaidluses selgus, et puuduva hinna küsimise eesmärk oli kontrollida iga pakkumuse kogumaksumuse täpsust ja seda, kas tegemist on tavapärase hinnaga ning juhul, kui vajalikuks peaks osutama lisatööde tellimine, oleks teada nende orienteeruv maksumus.²⁸² Sellest järeldas EÜK, et ettevõtja ei esitaks pakkumuse parandamisel ehitustööde koondimekirja vastava punkti osas uut hinda, vaid üksnes täpsustataks esialgse pakkumuse sisu.²⁸³ Hankija ei saa seega riigihanke alusdokumentides kehtestatavate tingimustega välistada igat pakkumuses esinevat viga. Eelkõige ei saa hankija riigihanke alusdokumentides kehtestatavate tingimustega välistada vormilise vea täpsustamist selgitustega.²⁸⁴

Antwerpse Bouwwerken kaasuses oli tegemist pakkumuse olulise tingimuse vormilise muutmisega, kuivõrd pakkumuse sisu oli selles esitatud andmete või muude asjaolude alusel objektiivselt tuvastatav ehk pakkumuse tegelik sisu oli ilmne.²⁸⁵ Hankijal ei saa seega riigihanke alusdokumentides välistada selgitustega pakkumuses esineva vea parandamist tingimata siis, kui pakkumuse sisu on selles esitatud andmete muude asjaolude alusel objektiivselt tuvastatav ehk juhul, kui pakkumuse tegelik sisu on ilmne.

Ka VAKO praktikas on asunud seisukohale, et kaalutusõiguse ning sellest tulenevate kaalutusreeglite järgimise kohustusest lähtuvalt ei saa hankija igat pisimat viga pakkumuses käsitleda

²⁸¹ EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p 60.

²⁸² EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p 62.

²⁸³ EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p 64.

²⁸⁴ Arrowsmith, S. (viide 31), lk 832.

²⁸⁵ EÜK T-211/02, *Tideland Signal*, p-d 36-37, 43; EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p 57; RKHKO 3-3-1-24-13, p 17; VAKO 177-18/194960, p 18.

pakkumuse tagasilükkamise alusena. Seda isegi juhul, kui hankija on näinud riigihanke alusdokumentides ette üldise reegli – riigihanke alusdokumentidele mittevastav pakkumus lükatakse tagasi. Sellisteks näideteks on pakkumuse jõusoleku vormi esitamata jätmise²⁸⁶ ning dokumendi vormistamisel esitatud nõude täitmata jätmise.²⁸⁷

Võrreldes *Cartiera dell'Adda* kohtuasjaga kõrvaldas hankija *Pippo Pizzo* kaasuses riigihanke menetlusest ettevõtjad põhjusel, et nad ei olnud teinud liikmesriigi konkreetsele asutusele määratud tähtpäevaks makset, mida ei olnud riigihanke alusdokumentides otsesõnu ette nähtud. Sellist makse tasumise kohustust oli võimalik tuletada riigisisese õigusakti tõlgendamisel. Sellise rikkumise eest ei olnud riigihanke alusdokumentides ka riigihanke menetlusest kõrvaldamise kohustust sõnaselgelt ette nähtud ning see ei tulenenud otsesõnu ka kehtivast riigisisesest õigusest. Kuivõrd ettevõtjate kõrvaldamine rahamakse tegemata jätmisel oli võimalik tuvastada üksnes riigisisese õiguse ja riigihanke alusdokumentide tõlgendamisel ning asjaomaste asutuste või kohtute poolt riigisisese õiguse ja riigihanke alusdokumentides esinevate lünkade täitmise kaudu, leidis EK, et ettevõtjate kõrvaldamine kõnealuses olukorras oli võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega vastuolus.²⁸⁸ Samuti oli kirjeldatud olukorras ettevõtjate kõrvaldamine ebaproportsionaalne.

Kohtuasja *Pippo Pizzo* olid seega *Cartiera dell'Adda* lahendist erinevad faktiliste asjaolud, sest viimases oli riigihanke alusdokumentides sõnaselgelt kehtestatud ettevõtja kõrvaldamine riigihanke menetlusest konkreetsete riigihanke alusdokumentides nõutud dokumentide esitamata jätmisel.²⁸⁹ Kuivõrd hankijal tuleb rangelt kinni pidada riigihanke menetluses enda kehtestatud reeglitest, oli *Cartiera dell'Adda* lahendist ettevõtja kõrvaldamine kooskõlas võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtetega.²⁹⁰ Järelikult tuleb hankijal ettevõtjate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete tagamiseks dokumendi või andmete lisamise keeld või esitamata jätmisele kehtestatud negatiivne tagajärg kehtestada kategoorilises vormis konkreetset vastava dokumendi suhtes. Juhul kui sellised tingimused jätavad ruumi tõlgendamiseks, ei saa ettevõtja riigihanke menetlusest kõrvale jätmist või pakkumuse tagasilükkamist pidada tingimata võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtetega kooskõlas olevaks.

²⁸⁶ VAKO 177-18/194960, p-d 11 ja 18.

²⁸⁷ VAKO 124-18/195694, p-d 9-13.

²⁸⁸ EKo C-27/15, *Pippo Pizzo*, p-d 40, 43 ja 51.

²⁸⁹ EKo C-27/15, *Pippo Pizzo*, p-d 35, 49, 50.

²⁹⁰ EKo C-336/12, *Manova*, p 40; EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p-d 42-43.

Töötukassa ja Mitteldorf OÜ kohtuvaidluses jättis hankija ettevõtja riigihankes kvalifitseerimata põhjusel, et ta ei esitanud kinnitust HKTS § 12 lg p-de-s 1, 3 ja 5 sätestatud tingimustele vastavuse kohta. Väärrib märkimist, et hankedokumentis kehtestatud nõude, et ettevõtja peab olema HKTS § 12 tähenduses usaldusväärne, vastavuse tõendamiseks tuli ettevõtjatel riigihangete registri süsteemis kinnitada valikuga „jah/ei“. Hankija põhistas ettevõtja kvalifitseerimata jätmist sellega, et ettevõtja kinnitust ei esitanud ja hankijal ei olnud HKTS § 12 lg p-de-s 1, 3 ja 5 sätestatule vastavust võimalik kontrollida ka avalikus andmekogus olevate hankijale tasuta kättesaadavate andmete põhjal. Ka osundas hankija riigihanke alusdokumentides ette nähtud tingimusele, mille kohaselt jätab hankija kvalifitseerimata ettevõtja, kes on jätnud tähtaegselt esitamata riigihanke alusdokumentides nõutud kvalifikatsiooni tõendava dokumendi või kui ettevõtja ei esita hankija nõudmisel kvalifikatsiooni tõendamiseks esitatud dokumentide sisu kohta selgitust või selgitamist võimaldavaid andmeid või dokumenti ja need andmed või dokumendid ei ole hankijale oluliste kulutusteta andmekogus olevate avalike andmete põhjal kättesaadavad.²⁹¹

RKHK leidis, et kuivõrd ettevõtja oli pakkumuse esitanud, pidi olema hankijale selge, et ta soovis pakkumuses kinnitada enda vastavust vaidlusalusele kvalifitseerimise tingimusele ning et pakkumuse ebatäpsus tekkis tahtmatult. Pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva möödumist „jah“ valiku tegemisega ettevõtja üksnes täpsustaks tähtaegselt esitatud pakkumust.²⁹² Lisaks põhistas RKHK oma seisukohta asjaoluga, et riigihanke alusdokumendid nägid ette hankija võimaluse selgituste küsimiseks, ent hankija jättis sellega kaalutusõiguse kasutamata. Ka võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiibi rikkumist RKHK sellise kinnituse küsimisel selgitustega RKHK ei tvastanud, sest pakkumuses esinesid ebaselged andmed, mille ebaselgus oli kergesti kõrvaldatav.²⁹³ Ettevõtja esitamata jäetud kinnitust HKTS § 12 lg 2 p-de 1, 3 ja 5 kohta võib pidada eeltoodud kohtupraktika ja õiguskirjanduse põhjal riigihankes esitatud dokumentide olulise tingimuse vormiliseks puuduseks, mille kõrvaldamine selgituste esitamisega on lubatav.

Mitteldorf kaigus on võrreldav teatud mõõndustega *Antwerpse Bouwwerken* kaasusega, kus pakkumuse sisu oli selles esitatud andmete või muude asjaolude alusel objektiivselt tuvastatav ehk pakkumuse tegelik sisu oli ilmne.²⁹⁴ Ka Töötukassa vs Mitteldorf OÜ kohtuvaidluses oli võimalik mõistlikult järeldada, et vaatamata ettevõtja poolt HKTS § 12 lg 2 p-de 1, 3 ja 5 kohta

²⁹¹ RKHKo 3-19-1501, p 2

²⁹² RKHKo 3-19-1501, p 17.

²⁹³ RKHKo 3-19-1501, p 18.

²⁹⁴ EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*, p 57.

riigihangete registri süsteemis „jah/ei“ kinnituse esitamata jätmisele, soovis ettevõtja esitada kinnitust jaatavas vormis, sest vastupidisel juhul puuduks heausksel ettevõtjal motiiv pakkumuse koostamiseks ja esitamiseks. Täiendavalt võib argumenteerida, et riigihanke alusdokumendis puudus ka dokumendi või andmete lisamise keeld või esitamata jätmisele kehtestatud negatiivne tagajärg kategoorilises vormis konkreetselt HKTS § 12 lg 2 p-de 1, 3 ja 5 suhtes. Veelgi enam, nagu RKHK tuvastas, oli hankija kehtestanud endale riigihanke alusdokumendid ette võimaluse selgituste küsimiseks, mistõttu ei saanud ta sellist võimalust kaalutusõiguse kasutamise reeglitest, aga ka proportsionaalsuse põhimõtetest tulenevalt kasutamata jätta.

Hankijal on seega võimalik talle RHS § 46 lg-st 4 tulenevat kaalutusõigust piirata, kehtestades riigihanke alusdokumentides dokumendi või andmete lisamise keelu või esitamata jätmisele kehtestatud negatiivse tagajärje kategoorilises vormis konkreetse dokumendi suhtes. Kaalutusõigust ei saa selliste tingimuste kehtestamisega siiski täielikult välistada juhul, kui dokumentides esinev viga on ilmne, mida on võimalik selgituste esitamisega parandada. Hankijal võib sõltuvalt asjaoludest olla kohustus lubada selgituste küsimisega ettevõtja dokumentides esineva vea parandamist isegi juhul, kui see läheks vastuollu riigihanke alusdokumentides seatud piirangutega. Seda näiteks juhul, kui hankija on riigihanke alusdokumentides välistanud kõigi, st nii sisuliste kui ka mittesisuliste, sh üksnes vormiliste paranduste tegemise, kuid ettevõtja dokumendis esinev viga on väike ja ebaoluline.

KOKKUVÕTE

Direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 ning sellel põhinev RHS § 46 lg 4 reguleerivad hankija õigust küsida ettevõtjatelt selgitusi või selgitusi võimaldavate dokumentide riigihanke menetluses. Märgitud sätete eesmärk on tuua formaalsesse riigihanke menetlusse paindlikkust olukordades, kus ettevõtjad ei esita riigihanke menetluses kõiki nõutud dokumente või kui teave esitatud dokumentides on puudulik või ekslik. Järelikult on viidatud regulatsioonide laiem eesmärk võimaldada riigihanke menetluses avatust konkurentsile ka neis olukordades, kus ettevõtja võib inimlikust eksimusest riigihankes tähtaegselt esitatavates dokumentides teha vea.

Direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 ning sellel põhinevast RHS § 46 lg 4 regulatsioonidest ei selgu aga, millistel juhtudel on hankijal ettevõtjalt tähtaegselt esitatud teabe või dokumentide kohta lubatud selgitusi või selgitamist võimaldavaid dokumente nõuda. Kuigi selgituste küsimisega RHS § 46 lg 4 tähenduses seonduvad ka RHS § 98 lg 4, § 104 lg 7 ning § 114 lg 2, mis reguleerivad selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel hankija õigusi ja kohustusi kvalifitseerimise, hankepassi ja pakkumuse vastavust puudutavas, ei reguleeri needki põhjalikumalt selgituste küsimist. Lisaks puudub direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-s 3 ning sellel põhineva RHS § 46 lg-s 4 mäрге selle kohta, kas nende kohaldamisel on hankijal kaalutusõigus ning juhul kui nii on, siis milliseid reegleid peab hankija järgima. Hankijal tuleb seega selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide küsimisel vastavasisuline otsus endal teha. Täiendavalt põhjustab ebaselgust RHS § 46 lg 4 erinev tõlgendamine praktikas.

Eeltoodud uurimisprobleemi põhjal oli magistritöö eesmärk välja selgitada, kuidas tuleb hankijal teostada ettevõtjatelt selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel õiguspärasest kaalutusotsust, arvestades seejuures võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ning proportsionaalsuse põhimõtete järgimise kohustust riigihanke menetluses.

Magistritöö eesmärgist tulenevalt on püstitatud järgnev uurimisküsimus: millistel juhtudel on hankijal õigus küsida ettevõtjatelt tähtaegselt esitatud teabe või dokumentide kohta selgitusi või selgitamist võimaldavaid dokumente ning nendega arvestada, nii et see oleks kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega ning proportsionaalne.

Direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 kohaselt peab ettevõtjale esitatav selgitusnõue olema täielikus kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega. Ühtlasi nõuab direktiivi 2014/24/EL artikkel 18 lg 1, et hankijal tuleb riigihanke korraldamisel kohelda ettevõtjaid

võrdselt ning tegutseda läbipaistvalt. Võrdse kohtlemise ning läbipaistvuse põhimõtete järgimise kohustus selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel tuleneb ka RHS § 3 p-dest 1 ja 2. Hankijal tuleb selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel seega nimetatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtete järgimiseks neid kohaselt sisustada. Kokkuvõtvalt tähendab ettevõtjate võrdne kohtlemine nende ühetaolist ja objektiivset kohtlemist ning samasugustes olukordades tuleb ettevõtjaid kohelda ühte moodi. Samas tähendab võrdne kohtlemine kohustust tagada läbipaistvus, mis omakorda võimaldab kontrollida võrdse kohtlemise põhimõtte järgimist. Selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimise tagamiseks võib selgitusi nõuda üksnes pärast kõikide tähtaegselt esitatud dokumentide läbivaatamist ning selgitusnõue tuleb edastada ühtmoodi kõigile ettevõtjatele, kes on samas olukorras. Selgitusnõudes peavad sisalduma kõik asjaolud, mis on tähtaegselt esitatud dokumentides ebatäpsed või mis selgitamist vajavad ning selgituste andmisega ei tohi võimaldada selliste täienduste esitamist, mis on olemuselt uue pakkumuse esitamine.

Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega on kooskõlas, kui hankija võimaldab selgituste esitamisega teha ettevõtjal tähtaegselt esitatud dokumentides mittesisulisi muudatusi. Mittesisulisteks muudatusteks võib pidada ettevõtja poolt tähtaegselt esitatud dokumentide ebaoluliste aspektidega seotud muudatused ja dokumentide oluliste aspektide vormilisi muudatusi.

Dokumentide ebaolulised aspektid on andmed ja dokumendid, mis on oma olemuselt formaalsed ning ei mõjuta sisuliselt ettevõtja kvalitatiivset valikut, pakkumuste vastavuse kontrolli ega pakkumuse hindamise tulemusi. Need on dokumendid ja andmed, mis kinnitavad hankija otsuste aluseks olevate andmete õigsust ning ei muuda nõutud tähtpäevaks esitatud dokumente sisuliselt. Dokumentide ebaolulised aspektid on näiteks ka dokumentide esitamise ja vormistamisega seotud tingimused nagu numeratsiooni järgimine, dokumentide märgistamine, allkirjastamisnõuded ning dokumentide originaali esitamise kohustus. Eesti kohtu- ja vaidlustuspraktika kohaselt on sellised andmed võõrkeelsete dokumentide tõlked, esindusõigust kinnitav volikirj, tellija kinnitus ettevõtja sitatud referentslepingute nimekirjas sisalduvate tööde nõuetekohasest täitmisest. Lisaks eeltoodule on kohtupraktikast järeldatav, et tingimused, mis ei oma hankija poolt riigihankes tehtavate otsuste tegemisel keskset tähtsust, võib lugeda ebaoluliseks, ent seejuures tuleb arvestada riigihanke eseme keerukust ja ettevõtjalt nõutavate dokumentide mahtu.

Ettevõtja esitatud dokumentide olulisteks aspektideks on peetud eelkõige andmeid, mis on aluseks hankija otsuste tegemisele, st pakkumuse hindamisel tähendust omavad võistlevad elemendid nagu pakkumuse maksumus, pakkumuse kvaliteeti kirjeldavad omadused ning andmed, mille alusel kontrollib hankija pakkumuse sisulist vastavust. Dokumentide oluliste aspektide vormilisi muudatusi, mis on selgituste esitamisega lubatavad, iseloomustab see, et dokumendi sisu on objektiivselt tuvastatav selles esitatud andmete või muu asjaolu alusel ehk pakkumuse tegelik sisu, puudusele vaatamata, on ilmne. Sellised lubatavad muudatused on näiteks pakkumuses esineva arvutusvea parandamine, pakkumuse jõusoleku tähtaja täpsustamine, ettevõtja poolt formaalse kinnituse esitamine nõudele vastavuse kohta.

Erandiks sellest, et selgituste esitamisega on lubatavad dokumentide mittesisulised muudatused, on siiski objektiivsetel põhjustel dokumentide sisuliste muudatuste lubamine. Näiteks võib olla sisuline muudatus selgituste esitamisega lubatud juhul, kui ettevõtjal jäid tähtaegselt esitamata andmed või dokumendid hankijast tulenevatel asjaoludel, sh riigihanke alusdokumentides esineva ebaselguse või vastuolu tõttu. Samuti võib selleks olla mõni muu objektiivne ja erandlik asjaolu, mida ettevõtja ei saanud ette näha ega mõistlikult vältida. Erandjuhul võib olla lubatav ka selline sisuline muudatus, kus selgitustega esitatavate andmete või dokumentide osas on võimalik objektiivselt kontrollida, et need on varasemad dokumentide esitamise tähtpäevast. Selliseks näiteks on selgitustega esitatav majandusaasta aruanne, mille olemasolu enne dokumentide esitamise tähtpäeva on võimalik objektiivselt tuvastada registri kaudu.

Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega on üldreeglina vastuolus, v.a võimalikud eeltoodud erandid, kui hankija võtab vastu ning arvestab ettevõtja poolt selgituste esitamisega tähtaegselt esitatud dokumentide sisulisi muudatusi. Pelgalt hankija poolt selgituse või selgitamist võimaldava dokumendi küsimine, kui selgitusest endast peaks selguma, et sellega soovitakse dokumente sisuliselt muuta, võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega vastuolus ei ole, sest võimalik, et selgituse küsimise hetkel ei ole hankijal tingimata täielikku selgust, millises ulatuses soovib ettevõtja dokumentides esinevat viga parandada.

Kuivõrd direktiivi 2014/24/EL artikkel 18 lg 1 ning RHS § 3 p 1 näevad hankijale ette lisaks võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetele ka proportsionaalsuse põhimõtte järgimise kohustuse selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel, on seejuures vajalik proportsionaalsuse põhimõtte sisustamine. Proportsionaalsuse põhimõtte kohaselt ei tohi hankija riigihankereeglite järgimisel minna kaugemale sellest, mis on taotletava eesmärgi ja

riigihanke korraldamise üldpõhimõtete järgimiseks mõistlikult vajalik. Ka proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt on lubatud selgitustega esitatavad muudatused juhul, kui need on mittesisulised, näiteks pakkumuses esineva arvutusvea parandamine. Erandjuhul võib olla proportsionaalsuse põhimõttega kooskõlas, kui selgituste esitamisega tehtavad muudatused on tingitud hankijast tulenevatest asjaoludest, sh riigihanke alusdokumentides esineva ebaselguse või vastuolu tõttu. Proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt võib hankijal olla teatavatel juhtudel ka kohustus küsida ettevõtjalt selgitusi või selgitamist võimaldavaid dokumente ning seda isegi olukorras, kus hankija on selgituste küsimist riigihanke alusdokumentides ise piiranud. Selline kohustus võib ette tulla eelkõige olukordades, kus ettevõtja esitatud dokumentides esinev viga on ebaoluline ning kergesti kõrvaldatav. Sellisel juhul võib olla, et hankijal tuleb kaalutleda selgituse või selgitamist võimaldava dokumendi küsimise kohustust olukorras, kus võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtted ning proportsionaalsuse põhimõte omavahel vastanduvad.

Kuivõrd direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 ja RHS § 46 lg 4 näol on tegemist hankija kaalutusotsusega, tuleb hankijal selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel lähtuda lisaks võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse ning proportsionaalsuse põhimõtetele ka kaalutusõiguse kasutamise reeglitest. Kuigi direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 ja RHS § 46 lg 4 sõnastuslik erinevus on põhjustanud erinevat tõlgendust selles, kas RHS § 46 lg-ga 4 on soovitud riigisiseses õiguses direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lg-s 3 sätestatud piirata, ei toeta viimast hiljutine RKHK praktika, mis pigem rõhutab hankija kohustust lähtuda RHS § 46 lg 4 rakendamisel riigihankedirektiivis seatud tingimusest, tagamaks selgituste küsimise kooskõla võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete ja EK praktikaga nende põhimõtete sisustamisel. Hankijal kui kaalutusõiguse teostajal tuleb seega arvestades võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtetest tulenevate piirangutega, järgida kõiki kaalutusõiguse kasutamisele kehtivaid reegleid. Hankijal selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide küsimise otsustamist piiravad seega ühelt poolt võrdne kohtlemine, läbipaistvus ja proportsionaalsus ning teiselt poolt kaalutusõiguse kasutamise reeglid.

Kaalutusreegleid peavad järgima kõik hankija, ka need, kes ei ole haldusorganid HMS tähenduses. Selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmise üle otsustamisel on hankijal vajalik välja selgitada, mis on sellise kaalutusnormi eesmärk ja milliseid reegleid tal seejuures järgida tuleb ning arvestada lahendatava üksikjuhtumi asjaoludega. Kaalutusõiguse reeglite järgi tuleb hankijal järgida diskretsiooni piire, kaaluda talle antud õiguste kasutamist ehk kasutada diskretsiooniõigust, arvestada diskretsiooninormi eesmärgiga, arvestada

konkreetses juhtumi oluliste asjaoludega, välistada asjassepuutumatu kaalutlustele tuginemine, vältida kaalutusõiguse kuritarvitamist, järgida haldusõiguse üldpõhimõtteid, sh hea halduse põhimõtet ning vältida kaalutusvigu. Samas ei ole selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide küsimine mitte üksnes hankija õigus, vaid ka kohustus, mis tuleneb kaalutusõiguse järgimise kohustusest.

Hankija on võimalik selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel oma kaalutusõigust piirata, kehtestades selleks riigihanke alusdokumentides konkreetsed tingimused ning nende tingimuste nõuetekohasel täitmata jätmisel vastavad negatiivsed tagajärjed. Sellisel juhul lasub hankijal üldjuhul võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte tagamiseks kohustus juhendada enda poolt kindlaks määratud tingimustest. Vastavad tingimused, sh nõue ja selle järgimata jätmisele kaasnev negatiivne tagajärg peavad olema kehtestatud nende kohaldamiseks riigihanke alusdokumentides kategoorilises vormis konkreetsete andmete või dokumentide suhtes. Vaatamata sellele, kuivõrd proportsionaalsuse põhimõtte järgimise kohustus tuleneb hankijale ka kaalutusõiguse kasutamise reeglitest, on hankijal teatud juhtudel siiski kohustus küsida ettevõtjalt selgitusi või selgitamist võimaldavaid dokumente, ka siis, kus hankija on selgituste küsimist riigihanke alusdokumentides ise piiranud. Sellise juhul tuleb dokumentides esineva vea parandamiseks anda ettevõtjale võimalus eelkõige juhul, kui ettevõtja esitatud dokumentides esinev viga on ebaoluline ning kergesti kõrvaldatav.

Vastates uurimisküsimusele eeltoodu põhjal kokkuvõtvalt, on hankijal õigus nõuda ettevõtjalt selgitusi või selgitamist võimaldavaid dokumente ja arvestada nendega juhul, kui tähtaegselt ettevõtja esitatud dokumentides on vajalikud mittesisulised muudatused ehk dokumentide ebaoluliste aspektidega seotud muudatused või dokumentide oluliste aspektide vormilised muudatused. Sellisel juhul toimib hankija kooskõlas võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ning proportsionaalsuse põhimõtetega. Erandjuhul võib olla hankijal lubatud selgitustega küsida tähtaegselt esitatud dokumentide muudatusi juhul, kui ettevõtjal jäid andmed või dokumendid tähtaegselt esitamata hankijast tulenevatel asjaoludel või muul objektiivsel ja erandlikul põhjusel, mida ettevõtja ei saanud ette näha ega mõistlikult vältida. Erandjuhul võib olla lubatav ka selline sisuline muudatus, kus selgitustega esitatavate andmete või dokumentide osas on võimalik objektiivselt kontrollida, et need on varasemad dokumentide esitamise tähtpäevast.

Samas ei ole selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide küsimine mitte üksnes hankija õigus, vaid ka kohustus, mis tuleneb hankijale vastavasisulise otsuse tegemisel kaalutusõigusest ja proportsionaalsuse põhimõttest. Sellise kohustuse tulemusel peab hankija

dokumentides esineva vea parandamist võimaldama eelkõige olukordades, kus ettevõtja esitatud dokumentides esinev viga on ebaoluline ning kergesti kõrvaldatav. Teatud juhtudel tuleb hankijal kaalutusõigusest ja proportsionaalsuse põhimõttest lähtuvalt lubada ettevõtjal parandada selgitustega dokumente koguni juhul, kui hankija on selgituste küsimist riigihanke alusdokumentides ise piiranud, seda eelkõige juhul, kui dokumentides viga on ebaoluline ning kergesti kõrvaldatav. Kuivõrd ettevõtjalt selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmine on hankija kaalutusotsus, tuleb sellise otsuse vastuvõtmisel arvestada konkreetse üksikjuhtumi asjaolusid ning langetada vastav otsus võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtetele, neid kohaselt sisustades, ning kaalutusõiguse kasutamise reeglitele vastavalt.

LIMITS OF CONTRACTING AUTHORITY IN REQUESTING CLARIFICATIONS OR DOCUMENTS ALLOWING FOR CLARIFICATIONS AS EXERCISE OF DISCRETION FROM ECONOMIC OPERATORS IN PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURE

ABSTRACT

Art 56 (3) of Directive 2014/24/EU and the Public Procurement Act (PPA) art 46(4), which based on Directive 2014/24/EU, regulate the right of contracting authority to request clarifications or documents allowing clarifications from economic operators in public procurement procedures. The purpose of these provisions is to bring flexibility to formal procurement procedure in situations where economic operators do not submit all the required documents in the public procurement procedure or where information in the submitted documents is incomplete or incorrect. Consequently, the broader purpose of the mentioned regulations is to allow public procurement procedure to be open to competition in those situations where there is an error in documents submitted by economic operator.

However, it is not clear from the regulations of art 56 (3) of Directive 2014/24/EU and PPA art 46(4), which clarifications and amendments are allowed in documents submitted by economic operators after the deadline for submission in the documents. Although PPA art 98(4), 104(7) and 114(2) are also related to art 46(4), they do not regulate requests for clarifications in more detail. Contracting authority must therefore exercise. Uncertainty is also caused by the different interpretation of PPA art 46(4) in practice.

Based on the above research problem, the aim of the master's thesis was to find out how contracting authority has to exercise a legitimate discretion when request clarifications or documents allowing clarifications from economic operators, taking into account the principles of equal treatment, transparency and proportionality in public procurement procedure.

Due to the aim of the master's thesis, the following research question has been asked: in which cases contracting authority is allowed to request clarifications or documents allowing clarifications from economic operators and to take them into account, while respecting the principles of equal treatment, transparency and proportionality.

According to art 56 (3) of Directive 2014/24/EU, request for clarification to the economic operator must be in full compliance with the principles of equal treatment and transparency.

The PPA also requires compliance with the principles of equal treatment and transparency. In order to comply with those general principles of public procurement, contracting authority must therefore interpret them accordingly. Equal treatment of economic operators means equal and objective treatment and, in similar situations, economic operators must be treated in the same way. In order to ensure compliance with the principles of equal treatment and transparency when clarifications or documents allowing for clarification are requested, clarifications may only be requested after examination of all documents submitted in due time and request for clarification must be communicated in the same way to all economic operators. Request for clarification must include all the facts which are inaccurate in the documents or which need to be clarified, and clarification must not allow submission of a new tender.

It is in accordance with the principles of equal treatment and transparency that contracting authority allows economic operator to make non-substantial amendments to documents submitted in due time. Non-substantive amendments are amendments related to non-essential aspects of documents and formal amendments to important aspects of documents.

Non-essential aspects of documents are data and documents that are formal and do not materially affect qualitative selection of economic operator, compliance check of tenders or results of tender evaluation. These are documents and data that confirm the accuracy of data on which the contracting authority's decisions are based and do not substantially amend documents. Non-essential aspects of documents include, for example, conditions relating to submission and presentation of documents, such as numbering, marking of documents, signing requirements and function to submit original documents. According to Estonian case law and appeal practice, such data are translations of foreign language documents, a power of attorney confirming right of representation, and confirmation by contracting authority of the proper performance of the works included in list of reference contracts submitted by economic operator. Also, conditions which are not central to contracting authority's decisions may be considered irrelevant, but in that cases it must take into account the complexity of the subject-matter of the contract and the volume of documents required of economic operator.

Important aspects of documents submitted by economic operator are considered to be data on which contracting authority's decisions are based, i.e. competing elements relevant to tender evaluation, such as tender value, economic operator's quality characteristics and data on which contracting authority checks substantive compliance. Formal changes to essential aspects of documents which are permissible are characterized by the fact that content of document is

objectively identifiable on basis of the information or other fact contained therein, i.e. actual content of the tender. Such allowed amendments are, for example, corrections of a calculation error in tender, specifications of the validity period of the tender, submissions of a formal confirmation of compliance by economic operator.

However, there are exceptions for objective reasons to allow substantive changes in documents submitted by an economic operator. For example, a substantive amendment may be allowed by clarifications if economic operator failed to submit data or documents within time limit due to circumstances arising from contracting authority, including due to ambiguity or inconsistency in procurement documents. It may also be some other objective and exceptional circumstance which economic operator could not have foreseen or reasonably avoided. A substantive amendment may be allowed in exceptional cases where it can be objectively verified that information or document in clarification is earlier than the deadline for submission of documents. For example, an annotated annual report.

Art 18 (1) of Directive 2014/24/EU and PPA art 3 stipulate for contracting authority to comply not only with the principle of equal treatment and transparency but also with the principle of proportionality. In accordance with the principle of proportionality, contracting authority must not go beyond what is reasonably necessary in order to comply with objective pursued and the general principles governing organization of public procurement. In accordance with the principle of proportionality, amendments by clarifications are allowed if they are not substantial, such as correction of a calculation error in tender. In exceptional cases, substantive amendments may also be allowed if such a situation is due to circumstances arising from contracting authority. Due to the principle of proportionality, contracting authority may be required to ask for clarifications or documents allowing clarification from economic operator in certain cases, even if procurement documents restrict requirement for explanations. For example, in particular situations where an error in documents submitted by economic operator is insignificant and easily removable.

As Art 56 (3) of Directive 2014/24/EU and PPA art 46(4) are discretionary decisions of contracting authority, contracting authority must follow the principles of equal treatment and transparency and proportionality but also the rules of discretion when requests for clarifications or documents allowing clarifications. The difference of the referred regulations has enabled a different interpretation of whether PPA art 46(4) is intended to restrict the provisions of art 56 (3) of Directive 2014/24/EU. However, this is not confirmed by the Public Procurement Act

regulation and the explanatory memorandum. On the one hand, it has been found in case law and appeal practice that the regulation of PPA art 46(4) is intended to restrict the provisions of art 56 (3) of Directive 2014/24/EU. On the other hand, Estonian legal literature considers that the PPA and the explanatory memorandum do not confirm this. Also, the Administrative Law Chamber has stated that so-called formalization principle does not apply in public procurement law. Recent Administrative Law Chamber's practice has tended to exclude restrictions. Based on the purpose of the regulation of request for clarification and the fact that neither the PPA nor the explanatory memorandum contains an unambiguous reference to restriction of rights of an economic operator stipulated for in art 56 (3) of Directive 2014/24/EU and recent Administrative Law Chamber practice, there is no reason to interpret PPA art 46(4) more narrowly than allowed by art 56 (3) of Directive 2014/24/EU. In a situation where national law does not limit contracting authority's wide discretion under art 56 (3) of Directive 2014/24/EU, contracting authority must comply with all the rules applicable to exercise of that discretion. Restrictions arising from the principles of equal treatment, transparency and proportionality must also be taken into account.

The rules of discretion must be followed by all contracting authorities, including those who are not administrative bodies within the meaning of Administrative Procedure Act. It is therefore necessary for contracting authority to determine the purpose of rule of discretion and the rules which it must follow and to take account of circumstances of individual case. According to the rules of discretion, contracting authority must: respect the limits of discretion, consider exercise of rights granted to it, take into account the purpose of the discretion, take into account the relevant circumstances of the case, exclude reliance on irrelevant considerations, comply with the general principles of administrative law and does not abuse discretion.

Contracting authority may limit its discretion by stipulating in procurement documents that tender will be rejected or economic operator will be excluded from public procurement procedure, if the required documentation or information is not submitted. In such case, contracting authority is generally required to comply with conditions which it has determined in order to ensure the principles of equal treatment and transparency. The rules of discretion also stipulate contracting authority is in certain cases allowed to ask economic operator for clarifications or documents allowing clarification. Even if the contracting authority has restricted requesting for clarifications in procurement documents.

In conclusion contracting authority has right to request clarifications or documents allowing for clarification by economic operator and to take them into account if non-substantial changes are required in documents, i.e. changes related to non-essential aspects of documents and formal changes to important aspects of documents. In such cases, contracting authority must follow the principles of equal treatment, transparency and proportionality. Exceptionally, contracting authority may be allowed to amendments if economic operator has not submitted the data or documents in due time due to circumstances arising from contracting authority or for other objective and exceptional reasons which economic operator could not foresee or reasonably avoid. However, requesting clarifications or documents allowing clarifications is not only contracting authority's right, but also a responsibility arising from contracting authority's discretion and the principle of proportionality. Therefore, in situations where an error in documents is insignificant and easily removable, it must be allowed to correct it, rather than excluding economic operator from public procurement procedure. Due to discretion and the principle of proportionality, contracting authority may in certain cases allowed to request clarifications or documents allowing clarifications by economic operator, even if contracting authority has limited discretion in procurement documents.

LÜHENDID

EK – Euroopa Kohus

EKo – Euroopa Kohtu otsus

EL – Euroopa Liit

EÜK – Euroopa Üldkohus

EÜKo – Euroopa Üldkohtu otsus

HKTS – halduskoostöö seadus

HMS – haldusmenetluse seadus

PS - põhiseadus

RHS – riigihangete seadus

RKHKm – Riigikohtu halduskolleegiumi määrus

RKHKo – Riigikohtu halduskolleegiumi otsus

TlnHKo – Tallinna Halduskohtu otsus

TrtHKo – Tartu Halduskohus

TlnRnKo – Tallinna Ringkonnakohtu otsus

VAKO – riigihangete vaidlustuskomisjon

KASUTATUD KIRJANDUS

1. Aedmaa, A, Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu Ülikooli Kirjastus. Tallinn 2004.
2. Arnio, A. Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn: Õigusteabe AS Juura 1996.
3. Arrowsmith, S. Future Prospects for the European Community's Regime on Public Procurement, en Gordian Knots in European Public Procurement Law. Series of Publications by the Academy of European Law in Trier. 1997, 24.
4. Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Third Edition. Sweet & Maxwell. 2014.
5. Arrowsmith, S. Law of Public and Utilities Procurement. Second Edition. London: Sweet and Maxwell. 2005.
6. Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement. Second Edition. London: Sweet and Maxwell. 2008.
7. Arrowsmith, S., Priess, H. - J., Friton, P. Self-cleaning as a defence to exclusion for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law? Public Procurement Law Review. 2009, 6.
8. Bogojevič, S., Groussot, X., Hettne, J. Discretion in EU Public Procurement Law. The Age of Discretion: Understanding the Scope and Limits of Discretion In EU Public Procurement Law. Oxford: Hart. 2019.
9. Bovis, C. H. EU Public Procurement Law. Elgar European Law. 2012.
10. de Mars, S. The limits of general principles: a procurement case study. European Law Review. 2013, 38(3).
11. de Quesada, C. E. Competition and transparency in public procurement markets. Public Procurement Law Review. 2014, 5.
12. Garcia-Andrade, X. C. Why Manova is not Slovensko: a new balance between equal treatment of tenderers and competition? Public Procurement Law Review. 2015, 4.
13. Giorgieva, I. Using Transparency Against Corruption in Public Procurement. Springer 2017.
14. Künnapas, K. Maksukohustuse preventiivne tagamine enne maksukohustuse tuvastamist: ettevaatuspõhimõtte maksumenetluses. Doktoritöö. Tartu Ülikool 2016.
15. Krugner, M. The Principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions. Public Procurement Law Review. 2003, 5.

16. Lindhal, H. The coherence of EU law: the search for unity in divergent concepts. Discretion and Public Policy: Timing The Unity and Divergence of Legal orders, The coherence of EU law: the search for unity in divergent concepts. Oxford University Press, 2008.
17. Lõhmus, U. Rahvusvahelise õiguse üldtunnustatud põhimõtted Eesti õigussüsteemi osana. Juridica 1999/9.
18. Madise, Ü., Aaviksoo, B., Kalmo, H., Mälksoo, L., Narits, R., Pruks, P., Vinkel, P. (koostajad). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura. 2017.
19. Maurer, H. Haldusõigus. Üldosa. Tallinn. Kirjastus Juura. 2004.
20. McGowan, D. Questions of relevant experience, supplementing tenders and serious misrepresentation: Case C-387/14, Esaprojekt Sp. zoo v Wojewodztwo Lodzike. P. P. L. R. 2017.
21. Merusk, K. Administratsiooni diskretsioon ja selle kohtulik kontroll. Juura, Õigusteabe AS. 1997.
22. Minumets, D. Ettevõtjate seisundit kirjeldavate dokumentide kohta selgituste nõudmine riigihankemenetluses. Juridica I/2016.
23. MT Hojgaard A/S v Banedanmark (C-396/14). Before the Court of Justice. C.M.L.R. 2016.
24. Parrest, N. Hea halduse põhimõte Euroopa Liidu põhiõiguste hartas. Juridica 2006/1.
25. Petersen, Z., Tolkachova, D. The dividing line between admissible clarification and inadmissible modifications of the terms of atender: Antwerpse Bouwwerken NV v Comimission. P. P. L. R. 2010, 5.
26. Pikamäe, K. Kaalutusvigadest. Juridica.2006/II.
27. Pikamäe, K. Kaalutusõigus ja selle kohtulik kontroll. Magistritöö. Tartu Ülikool. 2003.
28. Simovart, M. A. Application of the principle of proportionality: the case of penalty clauses in Estonian public contracts. Reprint from Procurement Law Journal. 2016, no 3.
29. Simovart. M. A. M. Parind (koostajad). Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura. 2019.
30. Simovart, M. A., Parrest N. Põhimõttest *lex specialis derogat legi generalli* riigihankeõiguse näitel. Juridica. 2018/IV.
31. Smith, S. Cartiera dell'Adda SpA v CEM Ambiente SpA (C-42/13): failure by an economic operaator to supply evidence that the grounds for exclusion do not exist and

- the requirement on contracting authorities strictly to comply with the rules which they set for the conduct of a tender process. P.P.L.R. 2015, 2.
32. Smith, S. Supplementing, clarifying or completing tender documents after submission – permissibility of national rules limiting this opportunity (Lavorgna). P.P.L.R. 2019, 5.
33. Steinicke, M., Vesterdorf, P.L. (ed). EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. C. H. Beck, Hart, Nomos 2018.
34. Taube, K. Pakkumuse muutmine riigihankemenetluses pärast pakkumuste esitamise tähtaega. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2012.
35. Tridimas, T. The General Principles of EU Law (OUP 2009).
36. Triipan, M. Proportsionaalsuse printsiip riigi- ja haldusõiguses. Juridica 2001/V.
37. Triipan, M. Proportsionaalsuse põhimõte Euroopa Liidu õiguses. Juridica 2006/III.

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

38. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta - ELT L 94, 65-242;
39. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta - ELT L 94, lk 1-64;
40. 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, 243-374.
41. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004. a, ehitustööde, riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta - ELT L 134, lk 114-240.
42. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused - EÜT L 134, 30.4.2004, p.1.
43. Euroopa Liidu põhiõiguste harta. ELTL 2010/C 83/02.
44. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. 26. oktoober 2012. Euroopa Liidu Teataja C 326/01.
45. Riigihangete seadus – RT I, 13.03.2019, 145.
46. Riigihangete seadus – RT I 2000, 84, 534 ... 30.04.2007
47. Haldusmenetluse seadus - RT I, 13.03.2019, 55.

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

Euroopa Kohtu lahendid

48. EK C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser versus Manova A/S*, ECLI:EU:C:2013:647.
49. EK C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. jt versus Úrad pre verejné obstarávanie*, ECLI:EU:C:2012:191.
50. EKo C-324/14, *Partner Apelski Dariusz vs Zarząd Oczyszczania Miasta*, ECLI:EU:C:2016:214.
51. Eko C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA versus CEM Ambiente SpA*, ECLI:EU:C:2014:2345.
52. EKo C-523/16 ja C-536/16, *MA.T.I. SUD SpA ja DUEMMESGR SpA versus Società Centostazioni SpA jt*, ECLI:EU:C:2018:122;
53. EKo C-410/14, *Dr. Falk Pharma GmbH versus DAK-Gesundheit*, ECLI:EU:C:2016:399.
54. EKo C-496/99 P, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus CAS Succhi di Frutta SpA*, ECLI:EU:C:2004:236.
55. EKo C-538/07, *Assitur Srl versus Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, ECLI:EU:C:2009:317.
56. EKo C-144/17, *Lloyd's of London versus Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, ECLI:EU:C:2018:78.
57. EKo C-14/17, *VAR Srl ja Azienda Trasporti Milanese SpA (ATM) versus Iveco Orecchia SpA*, ECLI:EU:C:2018:568.
58. EKo C387/14, *Esaprojekt sp. z o.o. v Województwo Łódzkie*, ECLI:EU:C:2017:338.
59. EKo C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL v Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia*, ECLI:EU:C:2015:228.
60. EKo C-226/04, C-228/04, *La Cascina Soc. coop. arl and Zilch Srl v Ministero della Difesa and Others*, ECLI:EU:C:2006:94.
61. EKo C-376/08, *Serrantoni Srl ja Consorzio stabile edili Scrl versus Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2009:808.
62. EKo C-171/15, *Connexion Taxi Services BV v Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport) and Others*, ECLI:EU:C:2016:948.
63. EKo C-27/15, *Pippo Pizzo v CRGT Srl*, ECLI:EU:C:2016:404.

64. EKo C-425/14, *Impresa Edilux srlI ja Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) versus Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani jt*, ECLI:EU:C:2015:721.
65. EKo C-199/15, *Ciclat Soc. Coop. v Consip SpA and Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture*, ECLI:EU:C:2016:853.
66. EKo C-538/13, *eVigilo Ltd versus Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, ECLI:EU:C:2015:166.
67. EKo C-19/00, *SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo*, ECLI:EU:C:2001:553.
68. EKo C-470/99, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH v Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, ECLI:EU:C:2002:746.
69. EKo C-243/89, *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark*, ECLI:EU:C:1993:257.
70. EKo C-396/14, *MT Højgaard A/S ja Züblin A/S versus Banedanmark*, ECLI:EU:C:2016:347.
71. EKo C-87/94, *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*, ECLI:EU:C:1996:161.
72. EKo C-448/01, *EVN AG and Wienstrom GmbH v Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2003:651.
73. EKo C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) v Stadt Wien*, ECLI:EU:C:2002:379.
74. EKo C-285/99 ja C-286/99, *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni versus ANAS - Ente nazionale per le strade ja Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA*, ECLI:EU:C:2001:640.
75. EKo C-131/16, *Archus sp. z o.o. ja Gama Jacek Lipik versus Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.*, ECLI:EU:C:2017:358.
76. EKo C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, joined party: Herold Business Data AG*, ECLI:EU:C:2000:669.
77. EKo C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon and Nikolaos Vlachopoulos v Dimos Alexandroupolis and Others*, ECLI:EU:C:2008:40.
78. EKo C-331/04, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl and Viaggi di Maio Snc v ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia and Comune di Venezia*, ECLI:EU:C:2005:718.

79. EKo C-434/02, *Arnold André GmbH & Co. KG versus Landrat des Kreises Herford*, ECLI:EU:C:2004:800.
80. EKo C-210/03, *The Queen, taotluse alusel, mille esitasid Swedish Match AB ja Swedish Match UK Ltd taotlusel versus Secretary of State for Health*, ECLI:EU:C:2004:802.
81. EKo C-309/18, *Lavorgna Srl versus Comune di Montelanico jt*, ECLI:EU:C:2019:350.
82. EKo C-46/15, *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA versus AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal*, ECLI:EU:C:2016:530.
83. EKo C-76/16, *Ingsteel spol. sro ja Metrostav as versus Úrad pre verejné obstarávanie*, ECLI:EU:C:2017:549.

Euroopa Üldkohtu lahendid

84. EÜKo 27.09.2002, T-211/02, *Tideland Signal Ltd v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:2002:232.
85. EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV v European Commission*, ECLI:EU:T:2009:491.

Kohtujuristide ettepanekud

86. EK C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o. versus Województwo Łódzkie*, ECLI:EU:C:2016:899, kohtujuristi M. Bobek ettepanek.
87. EK C-223/16, *Casertana Costruzioni Srl versus Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise ja Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo - A.R.CA.DI.S.*, ECLI:EU:C:2017:365, kohtujuristi N Wahl ettepanek.
88. EK C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom SA v Belgian State*, ECLI:EU:C:2004:709, kohtujuristi P. Léger ettepanek.
89. EK C-213/07, *Michaniki AE v Ethniko Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias*, ECLI:EU:C:2008:544, kohtujuristi M. Poiares Maduro ettepanek.

Riigikohtu lahendid

90. RKHKo 15.03.2006, 3-3-1-5-06
91. RKHKo 13.06.2013, 3-3-1-24-13
92. RKHKo 11.11.2002, 3-3-1-52-02
93. RKHKo 11.11.2002, 3-3-1-49-02
94. RKHKo 19.12.2019, 3-18-1464
95. RKHKo 24.01.2017, 3-3-1-65-16
96. RKHKo 15.03.2006, 3-3-1-5-06

- 97. RKHKo 06.11.2002, 3-3-1-62-02
- 98. RKHKo 20.12.2019, 3-19-1501
- 99. RKHKo 16.01.2008, 3-3-1-81-07
- 100. RKHKm 07.10.2013, 3-3-1-44-13
- 101. RKHKm 24.03.1997, 3-3-1-5-97
- 102. RKHKo 17.03.2003, 3-3-1-10-03

Ringkonnakohtu lahendid

- 103. TlnRnKo 20.03.2009, nr 3-09-265
- 104. TlnRnKo 29.09.2014, 3-14-51156
- 105. TlnRnKo 24.08.2016, 3-16-1219
- 106. TlnRnKo 02.06.2016, 3-16-386
- 107. TlnRnKo 14.06.2016, 13-16-370
- 108. TrtRnKo 06.12.2017, 3-17-1731

Halduskohtu lahendid

- 109. TrtHKO 22.06.2018, 3-18-977
- 110. TrtHKO 01.07.2013, 3-13-1261
- 111. TlnHKO 07.04.2014, 3-14-50312
- 112. TlnHKO 22.10.2018, 3-18-1736

Riigihangete Vaidlustuskomisjoni lahendid

- 113. VAKO 29.05.2018, 82-18/193810
- 114. VAKO 30.05.2018, 83-18/194060
- 115. VAKO 21.02.2014, 21-14/147095
- 116. VAKO 06.06.2014, 109-14/150491
- 117. VAKO 31.07.2014, 165-14/152437
- 118. VAKO 02.09.2011, 166-11/125619
- 119. VAKO 07.04.2011, 53-11/121691
- 120. VAKO 10.09.2019, 142-19/212047
- 121. VAKO 24.09.2019, 145-19/210602
- 122. VAKO 21.09.2018, 177-18/194960
- 123. VAKO 26.01.2012, 5-12/128251
- 124. VAKO 12.12.2019, 185-19/211743

MUUD ALLIKAD

125. Korduma kippuvad küsimused. Rahandusministeerium. Arvutivõrgus kättesaadav: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/faq_files/kkk_17.12.2019.pdf.
126. RRO nõustamispäring. Rahandusministeerium. Tallinn, 27.01.2020, 03.04.2020 (e- kirjad autori valduses).
127. Riigihangete seaduse eelnõu (450 SE I) juurde kuuluv seletuskiri. 2017.
128. W. Sauter. Proportionality in EU Law: A Balancing Act? TILEC Discussion Paper No 2013-003. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://ssrn.com/abstract=2208467> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2208467>.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Marit Piirisaar,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose magistritöö pealkirjaga „Hankija piirid ettevõtjalt selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide nõudmisel kui kaalutusõiguse kasutamisel riigihanke menetluses“,

mille juhendaja on dr.iur Mari Ann Simovart,

1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace´i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, **29.04.2020**