

TARTU ÜLIKOOL  
ÕIGUSTEADUSKOND  
Eraõiguse instituut

Tagne Tähe

KAHJU HÜVITAMINE HANKEMENETLUSES TOIMUNUD  
RIKKUMISTE KORRAL

Magistritöö

Juhendaja  
Dr. iur. Mari Ann Simovart

Tallinn  
2015

## SISUKORD

SISSEJUHATUS .....	3
1. KAHJU HÜVITAMINE RIIGIHANKE ÕIGUSKAITSEVAHENDITE SÜSTEEMIS ..	7
1.1. Kahju hüvitamise koht õigsuskaitsevahendite süsteemis .....	7
1.2. Õigusliku regulatsiooni allikad .....	11
1.2.1. Euroopa Liidu õigus.....	11
1.2.2. Siseriiklik õigus.....	17
2. KAHJU MÕISTE SISUSTAMINE .....	26
2.1. Otsene varaline kahju .....	26
2.1.1. Menetluskulud ja viivis.....	28
2.2. Saamata jäänud tulu.....	30
3. KAHJUNÕUDE EEDLUSED JA TÕHUSUS .....	35
3.1. Nõude eeldused .....	35
3.1.1. Õigusi rikkuva otsuse või toimingu tühistamise nõue .....	35
3.1.2. Õigusvastasus.....	40
3.1.3. Kahju tekkimine.....	42
3.1.4. Põhjuslik seos.....	44
3.1.5. Süü .....	50
3.1.6. Esitamiseks õigustatud isikud .....	53
3.2. Nõude tõhusus .....	55
KOKKUVÕTE.....	59
COMPENSATION FOR DAMAGE IN CASE OF AN INFRINGEMENT OF PROCUREMENT PROCEDURE.....	63
KASUTATUD KIRJANDUS .....	69
KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA .....	72
KASUTATUD ÕIGUSAKTID.....	74

## SISSEJUHATUS

Euroopa Liidu õiguses kehtib põhimõte, et liikmesriik on vastutav talle omistatava liidu õiguse rikkumisega isikutele põhjustatud kahju eest. Riigihankeõiguses arendavad eelnimetatud üldist põhimõtet edasi õiguskaitsemeetmete direktiivid 89/665/EMÜ<sup>1</sup> (muudetud direktiiviga 2007/66/EÜ<sup>2</sup>) ja 92/13/EMÜ<sup>3</sup> (muudetud direktiiviga 2007/66/EÜ). Mõlema direktiivi artikli 2 kohaselt on liikmesriigil muuhulgas kohustus tagada siseriiklikud meetmed, mis näevad ette hankija poolt kahjutasu maksmise isikutele, kellele on hankija riigihankeõiguse rikkumisega kahju tekitatud. See tähendab, et siseriiklikust õigusest peab tulenema huvitatud isikule õigus nõuda rikkumise korral kahju hüvitamist. Eelkirjutatu on ka põhimõtteliselt kõik, mis õiguskaitsemeetmete direktiivid kahju hüvitamise regulatsiooni osas otseselt ette kirjutavad ja täpse regulatsiooni sätestamine on tulenevalt menetlusautonoomia põhimõttest liikmesriikide siseriikliku seadusandjate pädevuses.

Õiguskaitsemeetmete direktiividest tulenev kahju hüvitamise regulatsiooni kehtestamise nõue on Eesti õiguses sätestatud riigihangete seaduses<sup>4</sup> (RHS). Lisaks kehtib Eestis avaliku võimu vastustust reguleeriva üldseadusena riigivastutuse seadus<sup>5</sup> (RVastS), mille kohaldatavus riigihankeõiguse rikkumisest tuleneva kahju hüvitamis nõudele ei ole õiguskorras üheselt määratletud. Riigihangete seadustes kahju hüvitamist reguleerivate sätete (RHS §-id 115, § 117 lg 3, § 121 lg 5, § 129 lg 1) põhjal ei ole selged nõude eeldused ja hüvitatava kahju liigid. Riigivastutuse seaduse kahju hüvitamise regulatsiooni (RVastS 3. peatükk) kohaldamine nõude eelduste täpsustamiseks on aga küsitav, sest see sisaldab olulisi erisusi võrreldes riigihangete seaduses sätestatuga. Lisaks piiritleb RHS § 117 lg 5 kahju hüvitamise nõude esitamiseks õigustatud isikute ringi taotleja (isikud, kes on esitanud hankemenetluses osalemise avalduse) või pakkuja (isikud, kes on esitanud hankemenetluses pakkumuse) õigusena, samas kui õiguskaitsemeetmete direktiividest tuleneb kohustus tagada kahju hüvitamise nõudeõigus kõigile isikutele, kellel on rikkumisega kahju tekitatud. Ebaselgust nõude eelduste ja hüvitatava

---

<sup>1</sup> Euroopa Nõukogu 21.12.1989. a direktiiv nr 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. – EÜT L 395, 30.12.1989.

<sup>2</sup> Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.12.2007. a direktiiv nr 2007/66/EÜ millega muudetakse direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (EMPs kohaldatav tekst). – ELT L 335, 20.12.2007.

<sup>3</sup> Euroopa Nõukogu 25.02.1992. direktiiv nr 92/13/EMÜ, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 076, 23.03.1992.

<sup>4</sup> Riigihangete seadus. – RT I 2007, 15, 76 ... RT I, 12.07.2014, 123.

<sup>5</sup> Riigivastutuse seadus. – RT I 2001, 47, 260 ... RT I, 13.09.2011, 11.

kahju liikide osas näitab autori hinnangul ka Riigihangete vaidlustuskomisjonile (VaKo) ja halduskohtule esitatud kahju hüvitamise nõuete sisu, kus nõude esitajad on väga erinevalt sisustanud nõude eeldused ning pole ka ühtset arusaama hüvitatava kahju liikide osas. Eelkirjeldatud riigihangete seaduse ja riigivastutuse seaduse põhjal lahtiseks jäävatele küsimustele ei ole ühtseid ning selgeid tõlgendusi andnud ka VaKo ega halduskohtu otsused.

Selline nõude eelduste ning hüvitatava kahju liikide määratlematus ja nõude esitamiseks õigustatud isikute ringi kitsendamine tekitab autori hinnangul küsimuse kahju hüvitamise regulatsiooni vastavusest õiguskaitsemeetmete direktiivide artikli 1 punktist 1 tuleneva kohustusega tagada õiguskaitsemeetmete tõhusus.

Tulenevalt kahju hüvitamise detailse ning ühese regulatsiooni ja ühtse kohtupraktika puudumisest siseriiklikus õiguses on töö eesmärgiks (I) tuvastada, millised on Euroopa Liidu õigusega kooskõlas olevad riigihankeõiguse rikkumisest tuleneva kahju hüvitamise nõude eeldused, (II) sh hüvitatava kahju liigid ning (III) kes on nõude esitamiseks õigustatud isikud ja sellest lähtuvalt teha ettepanekuid Eesti siseriiklikus õiguses sätestatud kahju hüvitamise regulatsiooni täpsustamiseks.

Lähtuval töö eesmärgist püstitab autor hüpoteesi, et Eesti siseriiklik kahju hüvitamise regulatsioon vajab muutmist, et tagada Euroopa Liidu õigusest tulenev tõhus kahju hüvitamine.

Hüpoteesi kontrollimiseks ja tööle seatud eesmärkide täitmiseks keskendub autor järgmiste kahju hüvitamise nõude oluliste aspektide analüüsile:

- 1) millised on kahju hüvitamise õigusliku regulatsiooni allikad Eesti õiguses – kas riigihangete seadus reguleerib kahju hüvitamist ammendavalt või rakendub riigihangete seaduses reguleerimata küsimustes riigivastutuse seaduse regulatsioon;
- 2) millised on Eesti õigusest tulenevad kahju hüvitamise nõude eeldused, sh nõude esitamiseks õigustatud isikud ja hüvitatava kahju liigid;
- 3) millised Eesti õigusest tulenevad kahju hüvitamise nõue eeldused on kooskõlas Euroopa Liidu õigusega;
- 4) millise kahju hüvitamine peab Euroopa Liidu õigusest tulenevalt olema siseriikliku regulatsiooniga tagatud;
- 5) millistele isikutele peab Euroopa Liidu õigusest tulenevalt siseriikliku õigusega olema tagatud kahjunõude esitamise võimalus.

Töö struktuur põhineb eeltoodud kahju hüvitamise olulistel aspektidel ja on sellest lähtuvalt jaotatud kolmeks peatükiks. Esimeses peatükis analüüsib autor kahju hüvitamise olemust ja õigusliku regulatsiooni allikaid ning toob välja õigusliku regulatsiooni käsitlemisel tekkivad põhiküsimused ja vastuolud. Lisaks käsitleb esimene peatükk ka kahju hüvitamise nõude siseriiklikku menetluskorda. Teises peatükis käsitleb autor hüvitatava kahju liike ning annab Euroopa Liidu õigusega kooskõlas oleva vastuse kahju mõiste sisustamiseks hankemenetluses toimunud rikkumiste korral. Kolmandas peatükis käsitleb autor kahju hüvitamise nõude eelduseid ja annab hinnangu Eesti õiguses sätestatud kahju hüvitamise nõude eelduste, sh nõude esitamiseks õigustatud isikute, määratluse kooskõlalise kohta Euroopa Liidu õigusega. Samuti annab kolmas peatükk koondhinnagu kahju hüvitamise nõude tõhususele. Kõnaluse kolanda peatüki mahukus on tingitud asjaolust, et kahjunõude eelduseid oli vajalik käsitleda koos ühes peatükis.

Töös käsitletav kahju hüvitamise probleemistik on Euroopa Liidu tasandil aktuaalne, sest Euroopa Komisjon on näidanud oma toetust kahju hüvitamise kui õiguskaitsevahendi tõhususe ja kasutatavuse suurendamisele,<sup>6</sup> samas kui liikmesriikide siseriiklikes regulatsioonides ja kohtupraktikas on jätkuvalt valitsev Eestile sarnane ebaselgus.<sup>7</sup> Lähtuvalt eeltoodust ja asjaolust, et Eestis on käimas uue riigihangete seaduse väljatöötamine,<sup>8</sup> on aktuaalne ka kahju hüvitamise probleemistik siseriiklikul tasandil üle vaadata. Käsitletavas teemas on seaduse tasandil selge regulatsiooni väljatöötamine oluline mitte ainult isikute õiguste kaitse eesmärgil vaid ka selleks, et tagada riigihangete õiguspärane läbiviimine, sest õiguskaitsemeetmete direktiivides sätestatud kahju hüvitamise regulatsiooni üks eesmärk on ka täiendava kontrolli tagamine õiguspärase hankemenetluse üle.<sup>9</sup> Vajadust eestikeelse terviklikku teemakäsitluse järgi tõendab asjaolu, et kahju hüvitamise nõude eelduseid ning hüvitatava kahju liike käsitlevat kirjandust autorile teada olevalt eesti keeles olemas ei ole. Nõude eelduste ja kahju liike käsitleva teabe olemasolu kontsentreeritud kujul on aga vajalik pakkujale, kes saab selle põhjal hinnata oma võimaliku nõude perspektiivikust ning otsustada sellest lähtuvalt õiguskaitse kasutamise üle. Ühtlasi vähendab selge regulatsiooni olemasolu ilmselgelt perspektiivitute

---

<sup>6</sup> Commission of the European Communities. Commission staff working document. Impact assessment report – remedies in the field of public procurement, COM(2006) 195. – Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia\\_carried\\_out/docs/ia\\_2006/sec\\_2006\\_0557\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2006/sec_2006_0557_en.pdf) (10.12.2014).

<sup>7</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy. Oxford and Potland: Hart Publishing 2011, lk 1-4, 149-150, 165-166; S. Treumer, F. Lichère (edit). Enforcement of the Eu Public Procurement Rules. Copenhagen: DJØF Publishing Copenhagen 2011, lk 70-74.

<sup>8</sup> Rahandusministeerium. E-riigihangete Keskkond. Infoportaal. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/kaasamine> (29.04.2015).

<sup>9</sup> C. H. Bovis. EU Public Procurement Law, lk 196.

nõuete esitamist, omades seeläbi positiivset mõju vaidluste lahendamise kiirusele nii VaKo-s, kui ka halduskohtus.

Lähtuvalt eeltoodud probleemidest uurib autor käesolevas magistritöös kahju hüvitamist hankemenetluses toimunud rikkumiste korral, tuginedes Euroopa Liidu, Eesti Vabariigi ja Saksamaa Liitvabariigi (Saksamaa) riigihankeid reguleerivatele õigusaktidele, kohtupraktikale ja VaKo otsustele. Töös käsitletakse Euroopa Liidu õigust ja Euroopa Kohtu praktikat, sest riigihangete seaduse regulatsioon tuleneb Euroopa Liidu riigihangete alastest direktiividest<sup>10</sup> ning Euroopa Kohtu praktika on oluliseks tõlgendusallikaks Euroopa Liidu õigusele. Saksamaa õigusaktid ja kohtupraktika on valitud käsitlemiseks seetõttu, et Saksamaa riigihangete regulatsioon põhineb Euroopa Liidu hankedirektiivide ülevõtmisel ja Saksamaa siseriiklik õigus on olnud eeskujuks Eesti siseriikliku kahju hüvitamise regulatsiooni kujundamisel. Lisaks on Saksamaa õiguskirjanduses ja kohtupraktikas palju arutletud riigihangete alase kahju hüvitamise regulatsiooni tõhusa toimimise üle.<sup>11</sup> Kohtupraktikat tõlgendava teoreetilise kirjandusena on peamiselt kasutatud ajakirjas *Public Procurement Law Review* avaldatud teemakohaseid artikleid ning D. Fairgrieve ja F. Lichère poolt toimetatud artiklite kogumikku *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy* ning Saksamaa siseriikliku kahju hüvitamise regulatsiooni kommentaare. Eestis on varasemalt on kahju hüvitamise temaatikat uurinud K. Saar-e magistritöö „Vaidlustamine riigihankemenetluses“<sup>12</sup> ja sellel põhinev *Juridica* artikkel „Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonusi?“<sup>13</sup>, kuid nende teemakäsitus piirdub üksnes hüvitatava kahju liikidega ega hõlma endas muid käesolevas töös käsitletavaid kahjunõude olulisi küsimusi.

Tulenevalt töö kirjutamise aluseks olevate allikate olemusest, on magistritöös peamiselt kasutatud süstemaatilis-loogilist ning objektiiv-teleoloogilist tõlgendamist. Samuti on kasutatud kehtiva regulatsiooni analüüsiks võrdlevat meetodit Saksamaal kehtiva riigihangete regulatsiooniga.

---

<sup>10</sup> Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 31.03.2004. a direktiiv nr 2004/18 EÜ ehitustööde, riigihanketööde, asjade riigihanketööde ja teenuste riigihanketööde sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.04.2004; Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 31.03.2004. a direktiiv nr 2004/17/EÜ millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, 30.4.2004.

<sup>11</sup> vt näiteks M. Dreher, G. Motzke (Hrsg). *Beck'scher Vergaberechtskommentar. GWB 4. Teil VgV, SektVo, VOV Teil A. 2. Auflage.* München: Verlag C.H. Beck 2013; U. Immenga, E-J. Mestmäcker (Hrsg). *Wettbewerbsrecht. 5. Auflage.* München: Verlag C.H. Beck 2014; U. Loewenheim, K. M. Meessen, A. Riesenkampff (Hrsg). *Kartellrecht Kommentar.* München: Verlag C.H. Beck 2009.

<sup>12</sup> K. Saar. *Vaidlustamine riigihankemenetluses.* Magistritöö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond. 2014.

<sup>13</sup> K. Saar. *Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonusi? Hankemenetluse otsuste vaidlustamise probleemid.* – *Juridica* 2014/9.

# 1. KAHJU HÜVITAMINE RIIGIHANKE ÕIGUSKAITSEVAHENDITE SÜSTEEMIS

## 1.1. Kahju hüvitamise koht õiguskaitsevahendite süsteemis

Õiguskaitsemeetmete direktiivide 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ kohaselt peab isikule, kelle õigusi riigihankemenetluse käigus rikuti, olema minimaalselt tagatud võimalus kasutada oma õiguste kaitseks kolme liiki meetmeid, milleks on:

- 1) ajutised meetmed väidetava rikkumise heastamiseks või huvide edasise kahjustamise vältimiseks;
- 2) ebaseaduslike otsuste tühistamise nõudeõigus või nimetatud otsuste tühistamise tagamine ning õigus nõuda riigihanke dokumentidest diskrimineerivate tehniliste, majanduslike või finantsnäitajate kõrvaldamist;
- 3) kahjutasu maksmine isikutele, kellele on hankija poolse rikkumisega kahju tekitatud.

Kui esimeses kahes punktis nimetatud meetmete peamine funktsioon on rikkumise ennetamine või ärahoidmine, siis kahju hüvitamine on õiguskaitsevahend, mille peamine eesmärk riigihankemenetluses on tagada isikule kompensatsioon juba toimunud õiguste rikkumise korral,<sup>14</sup> see tähendab hüvitada õiguste rikkumisega tekitatud kahju.

Lisaks hüvitamise funktsioonile omab praktikas hästi toimiv kahjunõue siiski ka mõningast ennetavat funktsiooni, sest kohustus nõuete rikkumise korral isikule hüvitist maksta, motiveerib hankijat nõudeid paremini järgima.<sup>15</sup> Kui hankijal puudub nii kartus kui ka praktiline kogemus kahjuhüvitise reaalse väljamaksmise osas, siis kahju hüvitamine, kui õiguspärase hankemenetluse kontrolli ennetav instrument, ei toimi.

Eestis on autorile teadolevat esitatud VaKo-le kuus kahju hüvitamise nõuet<sup>16</sup> ja halduskohtusse kolm nõuet<sup>17</sup>. Nendest on osaliselt rahuldatud ainult üks nõue VaKo poolt<sup>18</sup>. Ajendatuna

---

<sup>14</sup> Commission of the European Communities. Commission staff working document. Impact assessment report – remedies in the field of public procurement, lk 6.

<sup>15</sup> C. H. Bovis. EU Public Procurement Law: Second Edition, lk 196; D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 23.

<sup>16</sup> VaKo 01.04.2011 otsus nr 12.2-9/10752; VaKo 21.06.2011 otsus nr 12.2-9/10701; VaKo 27.02.2013 otsus nr 12.2-9/14024; VaKo 30.04.2014 otsus nr 12.2-9/3507; VaKo 18.09.2014 otsus nr 12.2-9/7737; VaKo 09.03.2009 otsus nr 7-5/1220.

<sup>17</sup> TlnHK 30.11.2012, 3-12-2076; TrtHK 21.10.2011, 3-11-906; TrtHK 20.09.2010, 3-09-1525.

<sup>18</sup> VaKo 27.02.2013 otsus nr 12.2-9/14024.

esitatud ja rahuldatud nõuete minimaalsest hulgast, on autori hinnangul Eesti puhul põhjust kahelda nii kahju hüvitamise kompenseeriva, kui ka ennetava funktsiooni toimimises. Aastas esitatakse VaKo-le üle kaheksa vaidlustuse, millest kahju hüvitamise nõuded on üksikud.<sup>19</sup> Kahju hüvitamise nõuete nii väike suhtarv viitab autori hinnangul sellele, et kahjunõude kasutatavusega võib olla probleeme. Kui ei toimi nõude peamine kompenseeriv funktsioon, siis ei saa ka rääkida ennetava funktsiooni toimimisest, sest hankijatel puudub praktiline kogemus kahjuhüvitise reaalse väljamaksmise osas. Ennetava funktsiooni toimimine on eriti oluline alla riigihangete piirmäära jäävate hangete puhul, kus õigusi rikkuva otsuse tühistamise võimalikkus on tulenevalt lepingu sõlmimisele eelneva kohustusliku ooteaja puudumisest sageli piiratud.

Lisaks õiguskaitsevahendite jaotamisele ennetavaks ja kompenseerivaks on õiguskaitset riigihankeõiguses võimalik jaotada kaheks ka lähtuvalt teostajast – riiklik järelevalve ja pakkuja-taotleja tegevusel põhinev õiguskaitse ehk Eestis vaidlustusmenetlus. Kahjunõue paikneb antud jaotuses pakkuja-taotleja tegevusest lähtuva õiguskaitse hulgas, sest nõude esitamiseks on õigustatud kõik isikud, kellele on hankija poolest rikkumisega kahju tekitatud (direktiivi 89/665/EMÜ artikkel 2 lõige 1 punkt c ja direktiivi 92/13/EMÜ artikkel 2 lõige 1 punkt d). Lisaks kahju hüvitamisele on ka kõik teised direktiivist tulenevad õiguskaitsevahendid pakkuja-taotleja tegevusel põhinevad. Autori hinnangul on pakkuja-taotleja õiguskaitse eeliseks asjaolu, et see toimib iseregulatsioonil, sest ei eelda täiendava riikliku kontrollsüsteemi (inimesed, ressurs) loomist.

Seisukohta, et õiguskaitsevahendite loomine pakkujatele-taotlejatele on parim lahendus õiguspärase hankemenetluse tagamiseks, on väljendanud ka Euroopa Komisjon. Pakkujatel-taotlejatel on suur huvi tuvastada esinenud rikkumisi hankemenetluses ja nad on kursis nii konkreetse turu, kui ka hangete läbiviimisele kehtestatud regulatsiooniga.<sup>20</sup> Pakkuja-taotleja tegevusest lähtuva õiguskaitse toimimisel võib aga takistuseks osutada ebaselge ja mitmeti mõistetav regulatsioon, sest kahjunõude esitajale ei ole ettenähtav tema nõude perspektiivikus ja nõude rahuldamisel saadava hüvitise suurus. Just selline olukord on autori hinnangul kõnealuse kahju hüvitamise nõudega ja seetõttu pakkujad pigem jätavad nõude kasutamata. Pakkuja-taotleja aktiivsel tegutsemisel põhineva õiguskaitse toimimise eelduseks on see, et

---

<sup>19</sup> Vaidlustuskomisjoni statistika 2010-2014. E-Riigihangete keskkond. Infoportaal. – Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/vaidlustuskomisjoni-statistika> (28.03.2015).

<sup>20</sup> Commission Green Paper, Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward COM(96) 583 final. Arvutivõrgus: [http://europa.eu/documents/comm/green\\_papers/pdf/com-96-583\\_en.pdf](http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_en.pdf) (28.03.2015), lk 14.

regulatsioonid peavad olema selged ja üheselt mõistetavad ning oodatav tulem nõude rahuldamise korral prognoositav.

Veel on võimalik riigihankeõiguse rikkumise korral kasutatavaid õiguskaitsevahendeid liigitada hankelepingu sõlmimisele eelnevalt kasutatavaks ja lepingu sõlmimise järgselt kasutatavaks. Hankemenetluse peatamine ja esialgse õiguskaitse korras lepingu sõlmimise keelamine on kindlasti lepingu sõlmimisele eelnevalt kasutatav õiguskaitsevahend. Samuti on kindel õigusvastaste otsuste tühistamise ning riigihanke dokumentidest diskrimineerivate tehniliste, majanduslike või finantsnäitajate kõrvaldamise nõude kasutatavus lepingu sõlmimise eelneval perioodil. Juba sõlmitud hankelepingu tühistamise võimalikkuse osas, hankemenetluses toimunud oluliste rikkumiste tõttu, on kahesuguseid arvamusi, kuid õiguskaitsemeetmete direktiividest tulenevalt peab selline tagajärg siseriiklikus õiguses ette nähtud olema.<sup>21</sup>

Printsiibis on kahju hüvitamise nõue kasutatav nii lepingu sõlmimisele eelneval perioodil, kui ka sõlmimisele järgneval ajal. Kuid on oluline märkida, et kahju hüvitamise nõude esimeseks ja vaieldamatuks eelduseks on hankija otsuse või toimingu õigusvastasuse tuvastamine. Siit järeldub, et lepingu sõlmimisele eelnevalt esitatud kahju hüvitamise nõude rahuldamisel tekib olukord, kus kahjustatud isikule tuleks maksta kahjuhüvitist ning hankija õigusvastane otsus või toiming jääb kehtima, sest õigusi rikkuva otsuse või toimingu tühistamise nõuet ei ole esitatud. Selline tulemus aga ei saa autori hinnangul kuidagi olla kooskõlas riigihangete regulatsiooni eesmärgiga, milleks RHS § 1 kohaselt on muuhulgas hankija rahaliste vahendite otstarbekas ja säästlik kasutamine ning olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine, sest kahju tekkimist on lepingu sõlmimisele eelnevalt veel võimalik ennetada. Samuti ei ole kahju hüvitamise nõude esitamise võimalikkuse eitamine lepingu sõlmimisele eelnevas olukorras vastuolus õiguskaitsemeetmete direktiividega, sest direktiividest tuleneb kohustus hüvitada juba tekkinud kahju. Seega on kahju hüvitamine õiguskaitsevahend, mida saab kasutada üksnes peale hankelepingu sõlmimist. Käsitlust, et kahjunõue on lepingujärgne õiguskaitsevahend, toetab ka RHS 117 lg 3 sõnastus, mis sätestab, et pärast hankelepingu sõlmimist võib kahju hüvitamise taotluse esitada taotleja või pakkuja, kellega jäi hankeleping sõlmimata hankija õigusvastase otsuse, toimingu või RHS § 117 lõike 2 punktides 1–7 nimetatud hanke alusdokumendi tõttu. Nimetatud säte ütleb otseselt, et nõue tuleb esitada peale

---

<sup>21</sup> Hankelepingu õigusjõu lõppemise (*ineffectiveness*) küsimust käsitleb täpsemalt - M. A. Simovart. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. – *Juridica* 2011/2.

hankelepingu sõlmimist. Samuti määratleb RHS § 121 lg 5 kahjunõude esitamise lõpptähtaja kulgemise alguseks hankelepingu sõlmimise.

Kahju hüvitamise nõude paiknemist riigihankeõiguslike õiguskaitsevahendite süsteemis saab lisaks eeltoodud õigustehnilistele jaotustele iseloomustada ka läbi nõude kasutatavuse. Euroopa Komisjon, analüüsides direktiivi 2007/66/EÜ väljatöötamisele eelnevalt kahju hüvitamise nõude kasutatavust, jõudis järeldusele, et tunduvalt keerulisem ja vähem tõenäolisem on olla edukas kahju hüvitamise hagiga, kui lepingueelse õiguskaitsevahendite (esmane õiguskaitse, õigusi rikkuva otsuse või tehnilise näitaja tühistamise nõue) kasutamise hagiga.<sup>22</sup> Põhjused, miks kahju saanud pakkuja või taotleja sageli loobub kahju hüvitamise nõudest, tulenevad võimaliku hüvitise ning selle saamiseks kuluva aja ja ressursi vahekorra. Konkreetsemalt tuuakse välja, et kahju hüvitamise nõudel puudub reaalne hüvitav mõju – olukorras, kus hankeleping on juba sõlmitud on isegi nõude rahuldamise korral saadav hüvitis minimaalne ja pakkujad või taotlejad ei taha järgmistes hankemenetlustes osalemise huvides oma suhteid hankijaga rikkuda. Põhjus on selles, et pakkuja näeb rikkumise korral saadud kahjuna saamata jäänud tulu, mitte aga ainult hankemenetluses osalemisega seotud kulusid.

Seevastu tegurid, mis julgustavad õiguskaitsevahendit kasutama on muuhulgas võidu võimalus ja prognoositavad otsused.<sup>23</sup> Samuti on oluline detailne ja selge regulatsioon, mis annab pakkujatele ning taotlejatele motivatsiooni õiguskaitse kasutamiseks, sest just see võimaldab prognoosida tulemust ja kõrvutada seda tehtavate kulutustega. Regulatsioon, kus on palju otsustusruumi jäetud *case law* kanda, seda kindlust ei paku ja ei pruugi seetõttu ka tagada direktiivist tuleneva tõhususe nõude täitmist.<sup>24</sup> Veel tuuakse takistusena välja praktilisi raskuseid nõude esitamisel, sest tuleb ära tõendada see, et rikkumise mitteesinemisel oleks leping kindlasti või tõenäoliselt sõlmitud kahjunõude esitajaga. Seda aga on väga raske tõendada, eriti näiteks olukorras, kui kahjunõude esitajaks on potentsiaalne pakkuja, kes hankemenetluse läbipaistvuse nõuete rikkumise tõttu ei saanud hankes osaleda.<sup>25</sup> Pakkujal või taotlejal puudub seetõttu kindlus ja selgus nõude perspektiivikuse osas, mis muudab

---

<sup>22</sup> Commission of the European Communities. Commission staff working document. Impact assessment report – remedies in the field of public procurement, lk 12.

<sup>23</sup> D. Pachnou. The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules: a case study of the public works sector in the United Kingdom and Greece. University of Nottingham 2003, lk 314-315, 326, 371.

<sup>24</sup> D. Pachnou. The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules, lk 82-83.

<sup>25</sup> Commission of the European Communities. Commission staff working document. Impact assessment report – remedies in the field of public procurement, lk 12; D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 38-39.

kahjunõude vähe atraktiivseks.<sup>26</sup> Saksamaa puhul on kahju hüvitamise nõude vähese kasutatavuse põhjusena välja toodud tühistamise nõude väga tõhusat toimimist praktikas. See tähendab, et kuna hankija otsuste läbivaatamisel ja õigusvastaste otsuste tühistamisel põhinevad esmased õiguskaitsevahendid toimivad tõhusalt ja kiirelt, siis kahju hüvitamise nõude esitamiseks puudub sageli vajadus. See näitab, et pakkujad ning taotlejad on esmajärjekorras huvitatud siiski lepingu sõlmimisest ja õiguskaitsevahendite kasutamisega soovitakse esmalt saavutada just tulemust, mis annaks võimaluse sõlmida hankeleping.<sup>27</sup>

Võttes kokku kahju hüvitamise kui õiguskaitsevahendi olemust hankeasjades, siis tegemist on lepingujärgse pakkuja-taotleja aktiivsel tegevusel põhineva õiguskaitsevahendiga, mis omab peamiselt kompenseerivat, kuid väiksemal määral ka rikkumisi ennetavat funktsiooni. Riigihankeõiguse õiguskaitsevahendite süsteemis omab kahju hüvitamine aga hetkel vähest tähtsust ning kasutatavust, sest nõude aluste ebaselguse tõttu ei ole nõude tulem prognoositav, esinevad raskused nõude eelduste tõendamisel ja pakkujad ning taotlejad leiavad, et ka nõude rahuldamise korral puudub sellel reaalne hüvitav mõju. Seega, üks võimalus pakkuja ja taotleja jaoks kahju hüvitamise nõude kasutatavuse suurendamiseks on seadusega sätestada, millised on isikule hankeasjas tekkinud kahju hüvitamise eeldused ja hüvitatava kahju liigid.<sup>28</sup>

## 1.2. Õigusliku regulatsiooni allikad

### 1.2.1. Euroopa Liidu õigus

Euroopa Liidu õiguse tasandil reguleerivad kahju hüvitamist hankeasjades õiguskaitsemeetmete direktiivid 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ, mis sätestavad, et liikmesriigid peavad nägema ette liidu riigihankealase õiguse rikkumise eest kahjutasu maksmise võimaluse (artikkel 2 lõige 1). Direktiivi 89/665/EMÜ regulatsioon ei sisalda mingeid täpsustusi kahju hüvitamise nõude eelduste osas ja võrreldes teiste samas direktiivis nimetatud õiguskaitsevahenditega on kahju hüvitamine direktiivi tasandil märksa vähem reguleeritud. Samas direktiivi 92/13/EMÜ artikkel 2 lõige 7 sätestab mõnevõrra rohkem ja ütleb, et kui nõue esitatakse kahjude kohta, mis on seotud pakkumuse ettevalmistamise või pakkumusmenetluses

---

<sup>26</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 19-20, 23, 37.

<sup>27</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 19-20, 23, 37; S. Treumer, F. Lichère (edit). Enforcement of the Eu Public Procurement Rules, lk 106.

<sup>28</sup> K. Saar. Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonusi?, lk 428.

osalemise kuludega, peab kahjunõude esitaja tõestama ainult seda, et on rikutud hankeid reguleerivat ühenduse õigust või seda õigust rakendavaid siseriiklikke õigusnorme ning et kahjunõude esitajal oleks olnud hea võimalus sõlmida leping, aga kõnealuse rikkumise tagajärjel see võimalus kadus. Eeltoodud erisus kahe direktiivi vahel tekitab küsimuse, kas tegemist on teadliku erisusega või mitte. Esimese tõlgenduse kasuks räägib see, et erisust ei ole kõrvaldatud direktiiviga 2007/66/EÜ, millega muudeti mõlemat kõnealust õiguskaitsemeetmete direktiivi. Samas on raske leida sisulisi põhjuseid, mis õigustaksid kahju hüvitamise reguleerimist ning liikmesriikide menetlusautonoomia piiramist üksnes ühe direktiivi kontekstis.<sup>29</sup> Euroopa Kohus ei ole sellekohast lahendit teinud, kuid küsimust on analüüsitud kohtujuristi arvamuses, mille kohaselt ei oleks õiguskindlus ega institutsionaalne tasakaal ohus, kui direktiivi 89/665/EMÜ tõlgendamiseks kasutatakse direktiivi 92/13/EMÜ artikli 2 lõikes 7 sisalduvaid põhjuslikkuse ja tõendamise aspekte seoses hankes osalemise kuludest tuleneva varalise kahjuga. Seda põhjusel, et seeläbi ei piirataks liidu õigusega liikmesriikidele menetlusautonoomiaga antavat vabadust nõuda või mitte nõuda põhjusliku seose tõendamist seoses mis tahes liiki kahju või selle ulatusega, ega ka õigust võtta arvesse muud kahju kui üksnes otseseid kulusid, näiteks saamata jäänud tulu.<sup>30</sup> Seega annab direktiivi 92/13/EMÜ artikkel 2 lõige 7 ühe võimaliku suunise, kuidas sisustada Euroopa Liidu õigusega kooskõllaliselt otsese varalise kahju nõuet ka direktiivi 89/665/EMÜ kohaldamisalasse jäävate lepingute puhul. Endiselt jäävad aga mõlema direktiivi osas lahtiseks hüvitatava kahju liigid, sest ei ole selge saamata jäänud tulu hüvitamise vajadus Euroopa Liidu õiguse põhjal.

Õiguskaitsemeetmete direktiivide muutmisele ja direktiivi 2007/66/EÜ väljatöötamisele eelnenud mõjude analüüsist selgub, et eelkirjeldatud kahjunõude üldine sõnastus on taotluslik ja teadlik valik, sest kahju hüvitamise täpne regulatsioon on lähtuvalt liikmesriikide menetlusautonoomia põhimõttest siseriiklik küsimus. Sama põhimõtet on selgitanud ka kohtujurist P. C. Villalón, kelle arvamuse kohaselt direktiivi sätetega üksnes lähendatakse liikmesriikide menetluseeskirju, et tagada liidu riigihankealaste õigusaktide täitmine ja liikmesriigid peavad ise kehtestama menetluste korra, mis täidab direktiivist tulenevat kahju hüvitamise korraldust, sest need menetluse erijooned jäävad direktiivi kohaldamisalast välja.<sup>31</sup> Eeltoodu on direktiivi üldise regulatsiooni positiivne külg, mis tagab regulatsiooni paindlikkuse ja selle, et direktiivist tulenev kahju hüvitamise regulatsioon sobib siseriiklikku õigusruumi. Õiguskaitsemeetmete direktiivide eesmärgiks ei ole luua uusi eriliigilisi kahjuhüvitisi

---

<sup>29</sup> EK 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints, kohtujurist P. C. Villalón arvamus, p 94-95.

<sup>30</sup> EK 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints, kohtujurist P. C. Villalón arvamus, p 97.

<sup>31</sup> EK 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints, kohtujurist P. C. Villalón arvamus, p 88.

siseriiklikku õigusesse. Sellest tulenevalt ei ole näiteks Eestis riigihangete puhul asjakohane rääkida karistuslikest kahjuhüvitistest. Erilist liiki kahjuhüvitisi, nagu seda on eelnimetatud karistusliku eesmärgiga kahjuhüvitised, peab Euroopa Liidu õigusest ja võrdväarsuse põhimõttest tulenevalt riigihangete valdkonnas saama välja mõista siis, kui seda saab teha ka analoogse siseriikliku normi alusel algatatud vaidlustes.<sup>32</sup> Euroopa Liidu riikides autorile teadaolevat karistuslike kahjuhüvitisi riigihankeõiguses kasutusel ei ole, sest tegemist on peamiselt Anglo-Ameerika õigusele iseloomuliku õigusinstituudiga.

Õiguskaitsemeetmete direktiivide muutmisel tõdeti kahju hüvitamise praktikas rakendumise ebatõhusust ja seati üheks eesmärgiks küll lepingujärgsete õiguskaitsevahendite tõhususe suurendamine, kuid seda sooviti teha ilma oluliste muudatusteta riigihankemenetluse regulatsioonis.<sup>33</sup> Seetõttu heideti menetluse väga varajases etapis ka kõrvale kahju hüvitamise tõhususe suurendamise eesmärgil tehtud ettepanek, mille sisuks oli sätestada ja leevendada direktiivi tasandil kahju hüvitamise eelduseid. Peamine vastuargument muudatusele oli see, et uus regulatsioon oleks oluliselt suurendanud hankijate ja seeläbi ka maksumaksjate kulusid kahjuhüvitiste maksmisel. Muudatusettepaneku sisuks oli kahjunõude eeldustest välistada tingimus, et kahjunõude esitajal oleks olnud riigihankeõiguse rikkumise mitteesinemise korral hea võimalus hankelepingu sõlmimiseks.<sup>34</sup> Kuigi muudatusettepanek heakskiitu ei leidnud ja regulatsioon sisuliselt ei muudetud ning säilis liikmesriikide autonoomia regulatsiooni kujundamisel, sai siiski direktiivi 2007/66/EÜ väljatöötamisele eelnenud arutelude käigus kinnitust kahju hüvitamise kui õiguspärase hankemenetluse läbiviimise abinõu olulisus ja vajalikkus Euroopa Komisjoni silmis. See tähendab, et nõude eeldused, hüvitava kahju liigid ja nõude menetlemise täpne kord on endiselt siseriikliku õiguse kujundada.<sup>35</sup>

Vaatamata direktiivi ülevõtmisel kehtivale üldisele menetlusautonoomiale, ei ole liikmesriigid siiski riigihankeõigusliku kahju hüvitamise regulatsiooni kehtestamisel täiesti vabad, vaid reeglistiku kujundamisel tuleb järgida Euroopa Kohtu poolt antud suuniseid. Euroopa Kohus on vaadelnud riigihangete regulatsiooni läbi kahe erineva lähenemise. Esmalt positiivne lähenemine, mis rõhutab regulatsiooni paindlikkust ja mille eesmärk on diskrimineerimise

---

<sup>32</sup> EKo 13.07.2006, liidetud kohtuasjad C-295/04 ja C-298/04, p 92-93; EKo 5.03.1996, C-46/93, Brasserie du pêcheur et Factortame, p 90.

<sup>33</sup> Commission of the European Communities. Commission staff working document. Impact assessment report – remedies in the field of publik procurement, lk 22.

<sup>34</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 2; Commission of the European Communities. Commission staff working document. Impact assessment report – remedies in the field of publik procurement, lk 26-27.

<sup>35</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 3, 21.

vähendamine. Teiselt poolt aga piirav lähenemine, mis annab sätetele tõlgendusi ja mis püüdleb objektiivsuse suurendamise poole.<sup>36</sup> Just eelnimetatud teine lähenemine on liikmesriikidele abiks kahjunõuete regulatsiooni kujundamisel. Euroopa Kohus ei ole teinud Euroopa Liidu riigihankeõiguse rikkumisest tuleneva kahju hüvitamise nõude sisulisi eelduseid ja hüvitatava kahju liike käsitlevat otsust, mis aitaks liikmesriikidel nõude eelduseid ja kahju liike üheselt sisustada.<sup>37</sup> Küll aga on Euroopa Kohus andnud juhised selleks, millest lähtuvalt tuleb valdkonnas, kus täpsed Euroopa Liidu õigusnormid puuduvad, liikmesriigi siseriiklikus õiguskorras kehtestada Euroopa Liidu riigihangete alase õiguse rikkumisest tuleneva kahju tuvastamise ja hindamise kriteeriumid. Lähtekohaks on võrdväarsuse ning tõhususe põhimõtted.<sup>38</sup> Võrdväarsuse põhimõtte kohaselt ei tohi menetlusnormid, mis on kehtestatud vaidluste läbivaatamiseks ja mille eesmärk on tagada isikutele Euroopa Liidu õigusest tulenevate õiguste kaitse, olla ebasoodsamad kui samalaadsete siseriiklike kaebuste puhul. Tõhususe põhimõtte sisuks on, et siseriiklik regulatsioon ei tohi muuta liidu õiguskorraga antud õiguste kasutamist praktiliselt võimatuks või ülemäära raskeks.<sup>39</sup> Võrdväarsuse põhimõttest saab järeldada, et regulatsiooni kehtestamisel on asjakohane analoogia samalaadsete siseriiklike kahju hüvitamise regulatsioonidega. Tõhususe põhimõtte tähendab, et kahju hüvitamise kriteeriumid ei tohi olla liiga nõudlikud ja piiravad. Olles õigustatud kahju hüvitist saama peab kahjustatud isikul ka praktikas olema võimalik seda nõuet esitada, mitte ei tohi see piirduda ainult teoreetilise võimalusega nõude esitamiseks ning makstava kahjuhüvitise suurus peab olema vastav tekkinud kahjule.<sup>40</sup> Kuid ka võrdväarsuse ja tõhususe põhimõttega piiritletud kahju hüvitamise regulatsiooni sätestamise juhised jätavad liikmesriikidele väga laia kaalutlusruumi regulatsiooni kehtestamisel. Seda tõestab ka reaalse liikmesriikide praktika õiguskaitsemeetmete sätestamisel siseriiklikus õiguses.<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> C. H. Bovis. EU Public Procurement Law: Second Edition, lk 6-7.

<sup>37</sup> EKo 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints, p 86, 88.

<sup>38</sup> vt EKo 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints, p 90, 92; EKo 13.07.2006, liidetud kohtuasjad C-295/04 ja C-298/04, Manfredi jt, p 98; EKo 19.06.2003, C-315/01, GAT, p 46; EKo 30.09.2010, C-314/09, Stadt Graz vs Strabag AG ja teised, p 33.

<sup>39</sup> EKo 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints, p 91; EKo 16.12.1976, 33/76, Rewe-Zentralfinanz ja Rewe-Zentral, p 5; EKo 13.03.2007, C-432/05, Unibet, p 43, EKo 15.04.2008, C-268/06, Impact, p 46; EKo 8.07.2010, C-246/09, Bulicke, p 25.

<sup>40</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 22.

<sup>41</sup> Commission of the European Communities. Commission staff working document. Impact assessment report – remedies in the field of public procurement, COM(2006) 195. – Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia\\_carried\\_out/docs/ia\\_2006/sec\\_2006\\_0557\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2006/sec_2006_0557_en.pdf) (10.12.2014) lk 5; S. Arrowsmith jt. Public procurement regulation: an introduction. The EU Asia University Network 2010. – Arvutivõrgus: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf> (18.11.2014), lk 157.

Tulenevalt hankelepingu tühisuse kontseptsiooni lisandumisest õiguskaitsemeetmete direktiividesse, tõstatub kahju hüvitatavuse küsimus ka selles olukorras. Hankelepingu tühisuse alused on toodud mõlema õiguskaitsemeetmete direktiivi artiklis 2d ja Eesti õiguses RHS § 69 lõikes 1<sup>1</sup>. Nimetatud sätetes toodud rikkumiste näol on tegemist eriti oluliste riigihankeõiguse rikkumistega, milleks on näiteks õigusvastase otselepingu sõlmimine ilma nõuetekohast hankemenetlust korraldamata. Käesoleva töö kontekstis tõstatuvaks küsimuseks on, kas edukas pakkuja, kellega leping sõlmiti on lepingu tühiseks osutumise korral õigustatud nõudma kahju hüvitamist ja kui on, siis millistel tingimustel. Õiguskaitsemeetmete direktiivid kohustavad hankijat maksma kahjutasu isikule, kellele on riigihankeõiguse rikkumisega kahju tekitatud. Seega direktiivid hankelepingu tühiseks osutumisel tekkiva kahju hüvitamist ei välista, mis oma korda tähendab, et liikmesriikidel tuleb tagada kahju hüvitamise regulatsioon ka selles olukorras.<sup>42</sup> Selleks on kaks võimalust. Esmalt võib kahjuõude esitamine olla tagatud üldise riigihankeõigusliku kahjunõude kaudu, mille puhul tuleks kohaldamisele eeldused, mida autor käsitleb töö kolmandas peatükis. Lisaks tõstatub siinjuures eriti teravalt küsimus pakkuja heausksusest, sest rikkumised, mille korral hankeleping tühiseks võib osutada, ei saa jääda hoolsale pakkujale märkamata. Seetõttu on autor seisukohal, et käesoleva töö 3.1.1 peatükis avatud soodustava hooletuse kontseptsioon omab kõnealuse hüvitise nõude puhul erilist tähtsust ja vastupidiselt tavapärase kahju hüvitamise nõudele, on autori hinnangul siinjuures põhjendatud mitte ainult selle mõju hüvitise suuruse vähendamisele, vaid ka kahjuhüvitise maksmise täielik välistamine. Seda põhjusel, et isiku tegevusetus enne hankelepingu sõlmimist omab otsest soodustavat mõju hankelepingu sõlmimisele isiku endaga.

Teiseks võimaluseks nõuda kahju hüvitamist lepingu tühisuse korral on lepinguliste õiguskaitsevahendite kasutamine. Eesti õiguses tulenevad need võlaõigusseadusest<sup>43</sup> (VÕS). Tuginedes VÕS §-le 101 ja §-le 127, võib isik, kellega leping sõlmiti nõuda hankijalt tekitatud kahju hüvitamist. Kahju hüvitamise eesmärgiks on isiku asetamine olukorda, milles ta oleks olnud, kui ta ei oleks tehingut teinud.<sup>44</sup> Nõude eelduste, kahju liikide ja kahju suuruse määramisel kohaldub võlaõigusseaduses sätestatud kahju hüvitamise üldregulatsioon. Selle kohaselt on nõude eeldusteks lepingu süuline rikkumine, kahju tekkimine ja põhjuslik seos tekkinud kahju ja rikkumise vahel. Hüvitatava kahju liigid tuleb määratleda tulenevalt § VÕS § 127 lõike 1 sätestatud kahju hüvitamise eesmärgile. Autor on seisukohal, et juba sõlmitud

---

<sup>42</sup> S. Treumer, F. Lichère (edit). Enforcement of the Eu Public Procurement Rules, lk 74.

<sup>43</sup> Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487 ... RT I, 11.04.2014, 13.

<sup>44</sup> Seletuskiri. Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus. 665 SE III. – Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems2&emshelp=true&eid=896065&u=20150420145238> (13.04.2015), lk 14.

hankelepingu tühiseks osutumisel on õigustatud saamata jäänud tulu nõue. Lisaks on ka lepingulise nõude puhul oluline kahju saanud isiku osa kahju tekkimisel, mida reguleerib VÕS § 139. Oluline on kõnealuses küsimuses veel lisada, et hankija ei tohi lepingu sätetega välistada kahju hüvitatavust lepingu tühiseks osutumise korral hankija poolse riigihankeõiguse rikkumise tõttu. Sellised lepingu sätted on vastuolus õiguskaitsemeetmete direktiividega, sest kahjustavad rikkumise korral ette nähtud õiguslike tagajärgede rakendumist.<sup>45</sup>

Veel vajab Euroopa Liidu õiguse tasandil vastamist küsimus direktiivi kohaldamisalast välja jäävate hankemenetluste käigus toimunud rikkumistega tekitatud kahju hüvitamisest. Tulenevalt asjaolust, et õiguskaitsemeetmete direktiivid, mis on Euroopa Liidu teisene õigus, kehtivad ainult rahvusvahelist piirmäära ületavate hankelepingute suhtes, tuleb esitatud küsimusele vastamiseks hinnata riigihankeõigusliku kahju hüvitamise nõude võimalikkust esmase Euroopa Liidu õiguse alusel. Ei ole keeruline leida Euroopa Liidu esmase õiguse sätet, mille rikkumises võib hankija õigusvastane tegevus seisneda.<sup>46</sup> Nendeks saavad olla Euroopa Liidu asutamislepingust tulenevad aluspõhimõtted, näiteks teenuste osutamise vabadus ja diskrimineerimise keeld. Õiguskirjanduses on sellist esmase õiguse alusel esitatavat kahju hüvitamise nõuet teoorias võimalikuks peetud, kuid probleemiks on sellegi nõude juures eelduste määratlemine ja nõude tõhusus.<sup>47</sup> Euroopa Liidu esmase õiguse alusel esitatava nõude problemaatikat autor aga käesolevas töös põhjalikumalt ei käsitle, sest Eesti kontekstis pole nõude kasutamine vajalik, kuna riigihangete seaduses sätestatud kahju hüvitamise regulatsioon kehtib olenemata hankelepingu maksumusest. Nõude vähest aktuaalsust ja ebavajalikkust just eeltoodud põhjusel on kinnitanud ka õiguskirjandus.<sup>48</sup> Suurem aktuaalsus ning vajalikkus on esmase õiguse alusel esitataval kahjunõudel liikmesriikides, kus direktiivi kohaldamisala ei ole laiendatud ning kohaldamisalast välja jäävate lepingute osas võib kahju hüvitamise nõude esitamine siseriikliku õiguse alusel olla piiratud.

Võttes kokku Euroopa Liidu õigusest kahju hüvitamise nõude siseriiklikuks sätestamiseks tulenevat regulatsiooni, siis peab liikmesriik siseriikliku hangete alase õiguse rikkumisest tuleneva kahju tuvastamise ja hindamise sätete kehtestamisel arvestama järgmisi põhimõtteid:<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> S. Treumer, F. Lichère (edit). Enforcement of the Eu Public Procurement Rules, lk 43.

<sup>46</sup> Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. – ELT C 83, 30.03.2010, lk 1–388.

<sup>47</sup> S. Treumer, F. Lichère (edit). Enforcement of the Eu Public Procurement Rules, lk 44-47.

<sup>48</sup> S. Treumer, F. Lichère (edit). Enforcement of the Eu Public Procurement Rules, lk 45.

<sup>49</sup> EKO 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints, p 92.

- 1) rikutud õigusnormi eesmärk peab olema isikutele õiguste andmine;
- 2) rikkumise ja tekkinud kahju vahel peab olema põhjuslik seos;
- 3) võrdväarsuse põhimõte;
- 4) tõhususe põhimõte.

Lisaks on direktiividest tuleneva regulatsiooni kokkuvõtteks autori hinnangul oluline rõhutada seda, et direktiivi eesmärk ei olegi õiguskaitsevahendite ammendav sätestamine vaid üksnes üldise raamistiku loomine, millele iga liikmesriik peab looma oma siseriiklikku õigusesse sobiva õiguskaitsevahendite süsteemi, mis tagaks õiguskaitse tõhusa toimimise.

### 1.2.2. Siseriiklik õigus

Alljärgnevalt toob autor välja Eesti siseriikliku kahju hüvitamise regulatsiooni peamised alused ja võimalikud liikmesriikide alternatiivsed valikud siseriiklike kahju hüvitamise regulatsioonide kehtestamisel. Lisaks annab käesolev peatükk ülevaate kahjunõude esitamise korrast Eesti õiguses.

Õiguskaitsemeetmete direktiivide näol on tegemist Euroopa Liidu poolt kehtestatud miinimumnõuetega riigihangete korraldamisel. Seetõttu tuleb direktiivi ülevõtmisel liikmesriigil esmalt teha valik, kas direktiivid võetakse üle miinimum mahus või laiendatakse sellest tulenevaid nõudeid ka otseselt direktiivi kohaldamisalast väljapoole jäävatele hankelepingutele. Õiguskaitsemeetmete direktiivid ja nendes sisalduv kahju hüvitamise võimaluse tagamise kohustus kehtib vaid rahvusvahelist piirmäära ületavate riigihanke lepingute suhtes, mis tähendab, et direktiivi miinimum mahus üle võttes tuleb kahju hüvitamise regulatsioon tagada ainult rahvusvahelist piirmäära ületavate hankelepingute puhul. Eesti õiguses on direktiivi kohaldamisala aga laiendatud ja siseriiklikku õigusesse õiguskaitsemeetmete direktiividest ülevõetud kahju hüvitamise reeglistik kehtib lähtuvalt RHS § 117 lg 3 sõnastusest kõikidele riigihangete seaduse alusel sõlmitud hankelepingutele, sõltumata hankelepingu maksumusest või hankemenetluse liigist. Selle valiku on teinud Eesti seadusandja, sest kui hankeleping ei ole hanke direktiividega hõlmatud, siis kuulub õiguskaitsemeetmete kohaldamise reeglite määramine liikmesriigi seadusandlikku

pädevusse.<sup>50</sup> Sarnaselt Eestiga on laiendanud direktiividest tulenevaid nõudeid riigihangete läbiviimisele ka mitmed teised liikmesriigid – näiteks Läti, Leedu, Soome ja Poola.<sup>51</sup> Eelkirjeldatud direktiivi kohaldamisala laiendamisel tuleb aga järgida teatud täiendavaid reegleid. Euroopa Liidu õiguse järgi kohustuslikult üle võetava regulatsiooni mõjuala vabatahtlikul laiendamisel kehtib reegel, et kogu selle valdkonna õiguslikku normistikku tuleb kohaldada samamoodi, sest Euroopa Liidu õiguskorra ühtlustamise huvides on oluline, et ülevõetud reegleid ja kontseptsioone tõlgendataks ja rakendataks ühtselt.<sup>52</sup> Eeltoodu tähendab kahju hüvitamise nõude kontekstis seda, et Eesti siseriiklik kahju hüvitamise regulatsioon ja selle kohaldamine peab olema ühtne ja mingeid erisusi lähtuvalt hanke liigist või maksumusest õigusaktis kehtestada või õiguse rakendamisel teha ei saa. Selline Eesti siseriiklik regulatsioon on kooskõlas ka Euroopa Komisjoni poolt 2006 aasta teatises märgituga, mille kohaselt peab juhul kui hankija on rikkunud Euroopa Liidu esmast õigust hangetel, mis jäävad riigihankedirektiivide reguleerimisalast välja ning mille menetlemine toimub RHS § 16 lõikest 1 tulenevate riigihangete üldpõhimõtete alusel, olema tagatud hankija otsuste õiguspärasuse kontroll, kui nimetatud otsused rikuvad isiku õigusi. Euroopa Liidu õiguse vastava regulatsiooni puudumisel on liikmesriigi kohustuseks tagada piisavate ja tõhusate õiguskaitsevahendite olemasolu, mis omakorda peavad vastama võrdväarsuse ja tõhususe põhimõtetele.<sup>53</sup>

Teiseks võimaluseks direktiivi ülevõtmisel on miinimum mahus ülevõtmine. Sellise valiku kasuks on riigihankeõiguse spetsiifilise kahju hüvitamise nõudenormi osas otsustanud näiteks Saksamaa, kus spetsiifilise riigihankeõigusliku nõude kasutamine sõltub hanke maksumusest ja on võimalik ainult rahvusvahelist piirmäära ületavate hangete puhul. Selleks nõudenormiks on konkurentsipiirangute vastase seaduse<sup>54</sup> (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, edaspidi GWB) § 126 ning tulenevalt GWB § 100 lõikest 1 ja §-st 127 on see konkreetne kahju hüvitamise nõue kasutatava ainult rahvusvahelist piirmäära ületavate hankelepingute puhul.

---

<sup>50</sup> EKo 17.07.1997, C-28/95, A. Leur-Bleum vs Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, p 27, 29 ja 32–33; M. A. Simovart. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. – *Juridica* 2011/2, lk 94.

<sup>51</sup> C. H. Bovis. *EU Public Procurement Law*. Second Edition, lk 4.

<sup>52</sup> EKo 17.07.1997, C-28/95, A. Leur-Bleum vs Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, p 27, 29 ja 32–33; M. A. Simovart. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu, lk 94; OECD. *Public Procurement in EU Member States - The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives*, SIGMA Papers, No 45, OECD Publishing 2010. – Arvutivõrgus: <http://dx.doi.org/10.1787/5km91p7s1mxv-en> (13.04.2015), lk 29 jj.

<sup>53</sup> A. Brown. *EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives*. – *Public Procurement Law Review* 2010, 5, lk 178-179.

<sup>54</sup> Saksamaa siseriiklikus õiguses sisaldub riigihangete esmane regulatsioon just konkurentsipiirangute vastases seaduses. Lisaks täpsustab seaduse nõuded riigihangete määrus (Vergabeverordnung, VgV).

Kõnealune GWB § 126 sätestab järgmist – kui hankija rikub hankemenetluse käigus sätet, mille eesmärk on kaitsta ettevõtjaid ja ettevõtja kaotas toimunud rikkumise tõttu reaalse võimaluse hankelepingu sõlmimiseks, siis võib ettevõtja nõuda pakkumuse koostamiseks või hankemenetluses osalemiseks tehtud kulude hüvitamist; võimalikke tulevikus esitatavaid muid kahjunõudeid käesolev kahjunõue ei mõjuta.<sup>55</sup>

Juhtudel, mis jäävad GWB § 126 kohaldamisalast välja, on pakkujal või taotlejal võimalik kasutada teistest õigusvaldkondadest tulenevaid nõude aluseid, milleks on lepingueelsed läbirääkimised (*culpa in contrahendo*), deliktiõigus, konkurentsioigus.<sup>56</sup> *Culpa in contrahendo* nõude erisuseks võrreldes GWB §-st 126 tuleneva nõudega on esmalt selle kohaldatavus olenemata hankelepingu maksumusest. Lisaks on nõue piiritletud ainult süülise vastutusega ja hankijal on võimalik vabaneda vastutusest, kui ta tõendab, et kahju oleks tekkinud ka hankija õiguspärase tegevuse korral ning võimalik on nõuda ka saamata jäänud tulu hüvitamist. Deliktiõiguslik nõue sisaldab endas samuti süülist vastutust.<sup>57</sup>

Selline nõude aluste paljusus tuleneb Saksamaa õiguses asjaolust, et riigihankeõigus ja sellest tulenevalt ka kahju hüvitamise regulatsioon kuulub tsiviilõiguse valdkonda.<sup>58</sup> Seetõttu on siseriikliku õiguse allikad, mis kahju hüvitamise nõuet riigihankemenetluses reguleerivad, võrreldes Eesti regulatsiooniga laialdasemad ja enamik neist nõude alustest ei tulene riigihankeid reguleerivatest õigusaktidest vaid deliktiõigusest (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB § 823 lg 1 ja 2, § 826) ja lepingueelsete läbirääkimiste regulatsioonist (*culpa in contrahendo*, BGB 280 lg 1, § 241 lg 2, § 311 lg 2), mis on võimalikuks nõude aluseks näiteks, kui hankija on varjanud olulist infot, pidanud läbirääkimisi ilma lepingu sõlmimise soovita või andnud eksitavaid lootusi hankemenetluse pikendamise osas. Praktikast on need nõudenormid osutunud olulisemaks just seetõttu, et saamata jäänud tulu hüvitamine on kohtupraktika kohaselt võimalik eelkõige *culpa in contrahendo* põhimõtete alusel.<sup>59</sup> Lisaks on alused kahju hüvitamiseks olemas

---

<sup>55</sup> *Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens. Hat der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen und hätte das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde, so kann das Unternehmen Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen. Weiterreichende Ansprüche auf Schadensersatz bleiben unberührt.*

<sup>56</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 23.

<sup>57</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 27-29.

<sup>58</sup> J. Pietzcker. Court Review of Contract Awards Below Threshold Amounts – The Constitutional Court’s Recent Decision. – German Law Journal 2007/2 (8), lk 185, 186; D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 20.

<sup>59</sup> K. Stockmann, GWB § 126, Rn 18 – U. Immenga, E-J Mestmäcker (Hrsg). Wettbewerbsrechts. Band 2. GWB. Kommentar zur Deutschen Kartellrecht, 4. Aufl. Verlag C.H.Beck München, 2008.

ka konkurentsioiguses, kuid nende osatähtsus on pigem väike.<sup>60</sup> Eestis alternatiivsed nõuded deliktiõiguse või lepingueelsete läbirääkimiste sätete alusel lubatud ei ole, sest avalikus õiguses on välja kujundatud oma spetsiifilised õigusinstituudid riigihangete seaduses ja riigivastutuse seaduses.<sup>61</sup> Eeltoodud alternatiivsete nõuete paljususes väljenduv erisus Eesti ja Saksamaa siseriikliku õiguse vahel ei ole autori hinnangul aga takistuseks Saksamaa regulatsiooni aluseks võtmisel kahjunõude eelduste ja hüvitatava kahju liikide väljaselgitamisel. Seda põhjusel, et olulised on põhimõtted, millest lähtuvalt on kujundatud hüvitatava kahju liigid ja nõude eeldused, mitte aga see, kas kahju hüvitamise regulatsioon väljendub ühes nõudenormis või mitmes aluses. Menetlusautonoomia põhimõtte paratamatu tulemus on see, et nõuete struktuur liikmesriigiti erineb. Lisaks on õiguskirjanduses Saksamaa regulatsioon hinnatud üldiselt Euroopa Liidu riigihangete õigusega kooskõlas olevaks.<sup>62</sup>

Eesti siseriiklikus õiguses realiseerub õiguskaitsemeetmete direktiividest tulenev kahju hüvitamise regulatsiooni tagamise nõue kindlasti riigihangete seaduses, sest RHS § 2 lg 1 sätestab seaduse reguleerimisala, milleks on muuhulgas riigihankega seotud subjektide õiguste ja kohustuste määratlemine, vaidlustuste lahendamise korra kehtestamine ning vastutuse sätestamine riigihangete seaduse rikkumise eest. Riigivastutuse seaduses kohaldamine hankemenetluses toimunud rikkumise alusel esitatava kahjunõude puhul ei ole aga ühelt selge. Riigivastutuse seadus on avaliku võimu vastutust reguleeriv üldseadus, mille reguleerimisalasse kuulub avaliku võimu kandjate tekitatud kahju hüvitamine niivõrd, kuivõrd see ei ole reguleeritud eriseaduses,<sup>63</sup> milleks antud juhul on riigihangete seadus. Seega on võimalik tõlgendus, et tulenevalt *lex specialis derogat legi generali* põhimõttest on riigihangete seaduse ja riigivastutuse seaduse normid avaliku võimu poolt tekitatud kahju hüvitamise küsimuses omavahel eri- ja üldnormi suhtes ning esmajärjekorras tuleb kahjunõude eelduste ja hüvitatava kahju liikide osas lähtuda riigihangete seadusest. Üksnes küsimustes, mida riigihangete seadus ei reguleeri, tuleb lähtuda riigivastutuse seaduse vastavast regulatsioonist. Selline õiguse tõlgendamise põhimõtteid järgiv tõlgendus ei anna aga sisulisi vastused kahjunõude käsitlemisel tekkivatele küsimustele, sest pole selge, millises osas on riigihangete seaduse regulatsioon ammendav ja millisel juhul tuleb pöörduda riigivastutuse seaduse poole.

---

<sup>60</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 20-21.

<sup>61</sup> I. Kull VÕS § 1/4.5, § 14/3 – P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207). Komm vlj. Tallinn: Juura 2006.

<sup>62</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 22.

<sup>63</sup> RKÜKo 3-3-1-85-09, p 110.

RHS § 117 lg 3 kohaselt võib pärast hankelepingu sõlmimist kahju hüvitamise taotluse esitada vaidlustuskomisjonile taotleja või pakkuja, kellega jäi hankeleping sõlmimata hankija õigusvastase otsuse, toimingu või § 117 lg 2 punktides 1-7 nimetatud hanke alusdokumendi tõttu. RHS § 115 kohaselt ei ole pakkujal õigust nõuda hankijalt pakkumuse esitamisega seotud kulude hüvitamist, välja arvatud juhul, kui pakkuja tõendab, et hankija rikkus riigihanke läbiviimist reguleerivaid sätteid, ilma milleta oleks temaga hankelepingu sõlmimine olnud tõenäoline. Eeltoodud kaks sätet on ka kõik, mis riigihangete seadus kahju hüvitamise nõude sisu osas sätestab. Kõrvutades seda riigivastutuse seaduses toodud kahju hüvitamise regulatsiooniga, siis ilmneb erisusi, mille osas pole selge, kas riigihangete seadus reguleerib küsimust ammendavalt või mitte. Nendeks küsimusteks on õigusi rikkuva otsuse tühistamise nõude ja kahju hüvitamise nõude omavaheline suhe (RVastS § 7 lg 1), saamata jäänud tulu hüvitamine ja selle eeldused (RVastS § 7 lg 3) ning süüd välistava asjaolu kohaldamine saamata jäänud tulu nõude puhul (RVastS § 13 lg 2).

Lisaks riigihangete seaduse ja riigivastutuse seaduse paralleelse kohaldamise vajadusele, toob RVastS § 7 lg 4 juurde veel kolmanda võimalusena ka eraõiguse kahju hüvitamise sätete kohaldamise. Seetõttu analüüsib autor järgnevalt Eesti eraõiguse (eelkõige VÕS) sätete kohaldatavust kahju hüvitamise nõudega seotud küsimustes.

Võlaõiguse norme üldiselt saab avalikus õiguses kohaldada otse või analoogia alusel. Otse kohalduvaks normiks on näiteks heas usus käitumise kohustus (VÕS § 6), mille näol on tegemist üldist kehtivust omava ja vahetult kohalduva normiga. Teine võimalus normi otse kohaldamiseks on siis, kui avaliku õiguse säte seda otseselt ette näeb. Selliseks eraõiguse kohaldamist ette nägevaks normiks käesoleva töö kontekstis on RVastS § 7 lg 4, mis lubab juhul, kui seadusega pole sätestatud teisiti ja see pole vastuolus avalik-õiguslike suhete olemusega, kohaldada avaliku võimu teostamisel tekitatud kahju hüvitamisele ka eraõiguses kehtivaid kahju hüvitamise sätteid. Riigihangete kontekstis võiksid olla sellisteks otsekohalduvates normideks § 104 (süü mõiste) ja § 128 (kahju liigid), § 127 (kahju hüvitamise eesmärk ja ulatus), aga võibolla ka § 139 (kahjustatud isiku osa kahju tekkimises).<sup>64</sup> RVastS § 7 lg 4 näol on siiski tegemist probleemse sättega seetõttu, et laiast sõnastusest tulenevalt on keeruline aru saada, millal kuulub kohaldamisele riigivastutuse seadus ja millisel juhul on

---

<sup>64</sup> I. Kull VÕS § 1/4.5, § 14/4.6.2 – P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus I.

regulatsioonis tegelikult lünk, mille peaks täitma eraõigusega.<sup>65</sup> Sellele probleemile on tähelepanu juhtinud ka Riigikohus oma 2010 aastal riigivastuse seaduse eelnõule esitatud arvamuses.<sup>66</sup>

Analoogia korras on võlaõigusseaduse sätetest riigihankeõigusliku kahju hüvitamise regulatsiooni tõlgendamisel kohaldatavad võlaõigusseaduse lepingueelse vastutuse sätted ja lepingueelsetele läbirääkimistele kehtestatud üldised põhimõtted.<sup>67</sup> Iseseisvaks ja täiendavaks nõude aluseks need riigihankeasjades siiski ei ole, sest riigihangete seaduses, kui eriseaduses on kahju hüvitamiseks olemas spetsiifiline nõudenorm. Samal põhjusel ei saa ka otse võlaõigusseaduse alusetu rikastumise sätetele tuginedes nõuda hankija poolt tekitatud kahju hüvitamist. Hankemenetlust läbi viies teostab hankija avalikku võimu ja sellise tegevusega tekitatud kahju hüvitamine toimub riigihangete seaduses sätestatud alustel. Lepingueelsed läbirääkimised eraõiguses on avaliku õiguse konteksti käsitletavad hankemenetlusena. Sellest tulenevalt on võlaõigusseaduse lepingueelsete läbirääkimiste regulatsioon aktuaalne eelkõige Euroopa Liidu õigusest tuleneva võrdväarsuse põhimõtte täitmise hindamisel ja riigihankeõiguslik kahju hüvitamine ei tohi olla ebasoodsam, kui lepingueelsete läbirääkimiste puhul kohalduvad võlaõigusseaduse sätted.

Kahjunõude esitamise korda reguleerib RHS § 129 lg 1, mille kohaselt võib kahjunõude esitada riigihanke korraldamisega, hankelepingu sõlmimisega või muutmisega hankija poolt tekitatud kahju hüvitamiseks ning nõude esitamiseks on kolm võimalust – taotlus hankijale riigivastutuse seaduses sätestatud korras, taotlus vaidlustuskomisjonile riigihangete seaduses sätestatud korras või kaebus halduskohtule. Taotluse esitamise tähtajad, läbivaatamise ajad ning riigilõivud on adressaatide lõikes mõnevõrra erinevad.

Hankijale tuleb kahju hüvitamise taotlus esitada riigivastutuse seaduses sätestad korras järgmiselt:

- 1) taotlus tuleb esitada pärast hankelepingu sõlmimist (RHS § 117 lg 3);

---

<sup>65</sup> M. Laaring. Riigivastutuse seaduse muutmise vajaduse analüüs. Tallinn: Justiitsministeerium 2009. – Arvutivõrgus: [http://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/articlefiles/riigivastutuse\\_seaduse\\_muutmisevajaduse\\_analuus\\_2009\\_0.pdf](http://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/articlefiles/riigivastutuse_seaduse_muutmisevajaduse_analuus_2009_0.pdf) (07.03.2015), lk 32.

<sup>66</sup> Riigikohus. Arvamus riigivastutuse seaduse eelnõu (818SE) kohta. Tartu 2010. – Arvutivõrgus: [http://www.google.ee/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.riigikogu.ee%2F%3Fpage%3Dpub\\_file%26op%3Ddemsplain2%26content\\_type%3Dapplication%2Fpdf%26u%3D20120715030626%26file\\_id%3D1238294%26file\\_name%3DRiigikohtu%2520arvamus.PDF%26file\\_size%3D523856%26mnsenar%3D818%2BSE%26fd%3D19.11.2010&ei=91UYVZrpBor0UMy4gvAN&usq=AFOjCNGK2xa\\_EUZ6cvBCi0ZeURJMII038Q](http://www.google.ee/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.riigikogu.ee%2F%3Fpage%3Dpub_file%26op%3Ddemsplain2%26content_type%3Dapplication%2Fpdf%26u%3D20120715030626%26file_id%3D1238294%26file_name%3DRiigikohtu%2520arvamus.PDF%26file_size%3D523856%26mnsenar%3D818%2BSE%26fd%3D19.11.2010&ei=91UYVZrpBor0UMy4gvAN&usq=AFOjCNGK2xa_EUZ6cvBCi0ZeURJMII038Q) (12.02.2015), p 1.

<sup>67</sup> I. Kull VÕS § 1/4.5, § 14/3 – P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus I.

- 2) taotlus tuleb esitada kolme aasta jooksul, arvates päevast, millal kannatanu kahjust ja selle põhjustanud isikust teada sai või pidi teada saama, sõltumata teada saamisest aga 10 aasta jooksul kahju tekitamisest või selle põhjustanud sündmusest arvates (RVastS § 17 lg 3);
- 3) haldusorgan peab taotluse lahendama kahe kuu jooksul selle nõuetekohasest esitamisest arvates (RVastS § 18 lg 1);
- 4) riigilõiv puudub.

Vaidlustuskomisjonile tuleb kahju hüvitamise taotlus esitada riigihangete seaduses sätestad korras järgmiselt:

- 1) taotlus tuleb esitada pärast hankelepingu sõlmimist (RHS § 117 lg 3);
- 2) kahju hüvitamise taotluse tuleb vaidlustuskomisjonile esitada ühe aasta jooksul hankelepingu sõlmimisest arvates (RHS § 121 lg 5);
- 3) kahju hüvitamise taotluse vaatab vaidlustuskomisjon läbi mõistliku aja jooksul (RHS § 121 lg 5);
- 4) riigilõiv kolm protsenti summast, mille väljamõistmist taotletakse, kuid mitte alla 15 euro ja mitte üle 750 euro (RHS § 118, riigilõivuseadus<sup>68</sup> § 258 lg 3 ja § 60 lg 2).

Halduskohtule kahju hüvitamise kaebuse esitamist reguleerib halduskohtumenetluse seadustik<sup>69</sup> (HKMS) järgmiselt:

- 1) hüvitamiskaebusele, välja arvatud menetlusosaliste ringi määramine, kohaldub halduskohtumenetluse seadustiku üldine regulatsioon, mitte hankeasjade menetluse eriregulatsioon (HKMS § 266 lg 2-3).<sup>70</sup>
- 2) hüvitamiskaebuse võib esitada kolme aasta jooksul arvates päevast, mil kaebaja sai teada või pidi teada saama kahjust ja selle põhjustanud isikust, kuid mitte hiljem kui kümne aasta möödumisel kahju tekitanud haldusakti andmisest või toimingute tegemisest (HKMS § 46 lg 4);
- 3) kohus vaatab kaebuse läbi mõistliku aja jooksul (HKMS § 125 lg 2);
- 4) riigilõiv kolm protsenti summast, mille väljamõistmist taotletakse, kuid mitte alla 15 euro ja mitte üle 750 euro (RLS § 258 lg 3 ja § 60 lg 2).

---

<sup>68</sup> Riigilõivuseadus. – RT I, 30.12.2014, 1 ... RT I, 23.03.2015, 30.

<sup>69</sup> Halduskohtumenetluse seadustik. – RT I, 23.02.2011, 3 ... RT I, 31.12.2014, 9.

<sup>70</sup> TlnHK 30.11.2012, 3-12-2076, p 23.

Kokkuvõtvalt kirjeldab kahjunõude esitamise võimalusi ja korda alljärgnev tabel number 1. Esitust selgub, et nii kaebuse esitamise tähtajad, kui ka läbivaatamise aeg on erinevate adressaatide puhul erinev. Kahjunõude esitajale annab kõnealune regulatsioon võimaluse, lähtuvalt oma vajadustest ja võimalustest (kiire lahendus, minimaalsed kulud vms), valida kellele kahjunõue esitada, sest kahju hüvitamise nõude puhul ei ole menetlus riigihangete vaidlustuskomisjonis kohustuslik. HKMS § 268 lg 1 ütleb, et pakkuja, taotleja või riigihankes osalemisest huvitatud isik võib esitada oma õiguste kaitseks kaebuse hankija tegevuse peale, kui ta on läbinud menetluse riigihangete vaidlustuskomisjonis, välja arvatud riigisaladuse ja salastatud välisteabega seotud hankeasjas. HKMS § 266 lg 2 kohaselt aga seaduse 28. peatükk, kus paikneb ka kohustuslikku vaidlustusmenetlust ette nägev HKMS § 268, hüvitamiskaebust ei reguleeri ja see vaadatakse läbi üldkorras. Seega on autor seisukohal, et kahju hüvitamise nõudele kohustuslik vaidlustusmenetlus VaKo-s ka ei kohaldu.

Tabel 2 – Kahjunõude esitamise tingimused

	<b>Hankija</b>	<b>VaKo</b>	<b>Halduskohus</b>
<b>Kaebuse esitamise tähtaeg</b>	3 aastat (max 10 aastat)	1 aasta	3 aastat (max 10 aastat)
<b>Läbivaatamise aeg</b>	2 kuud	Mõistliku aja jooksul	
<b>Riigilõiv</b>	Ei ole	3% kahjunõude summast (15-750 eurot)	

Nii hankijal, vaidlustuskomisjonil, kui ka halduskohtul on volitused rahuldada taotlus või kaebus osaliselt või täielikult ning mõista hankijalt vaidlustaja kasuks välja hüvitis hankija õigusvastase otsuse, toimingu või hanke alusdokumendi tõttu tekkinud kahju hüvitamiseks. Edasikaebamise tähtaeg hankija ja vaidlustuskomisjoni otsuste osas on ühtne – kaebus halduskohtule tuleb esitada 30 päeva jooksul alates otsuse teatavaks tegemisest (RVastS § 18 lg 2, RHS § 129 lg 3). Halduskohtu otsuse peale tuleb ringkonnakohtule apellatsioonikaebus esitada samuti 30 päeva jooksul alates otsuse avalikust teatavaks tegemisest või kättetoimetamisest (HKMS § 181 lg 1).

Siseriikliku kehtiva regulatsiooni kokkuvõtteks on autor seisukohal, et regulatiivselt on kahju hüvitamise instituut Eesti õiguses kehtestatud ning kuigi kahju hüvitamise piirid ja nõude eeldused ei ole selged, on siiski kahju hüvitamine *de facto* võimalik. Seda näitab üks osaliselt rahuldatud kahjunõue. Kuid, kas selline regulatsioon on kooskõlas õiguskaitsemeetmete direktiividega, millest tuleneb liikmesriigile kohustus tagada kahju hüvitamise kui

õiguskaitsevaheni tõhusa rakendamise võimalus, seda eeltoodu põhjal autori hinnangul veel kinnitada ei saa, sest õiguskaitsevahendid ei ole isenesest printsiibis võimalised tagama direktiivis ettenähtud läbivaatamissüsteemi toimimist.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> D.Pachnou. The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules, lk 13.

## 2. KAHJU MÕISTE SISUSTAMINE

### 2.1. Otsene varaline kahju

Esimese sammuna kahju hüvitamise nõude esitamise vajaduse hindamisel tuleb kontrollida, kas nõude esitajal on üldse kahju tekkinud. Selleks peab olema aga teada, millist kahju käsitletakse kahjuna riigihankeasjades. VaKo lahenditest selgub, et pakkujad on neile hankija poolt tekitatud kahjaks pidanud nii pakkumuse esitamisega seotud kulusid (otsene varaline kahju), kui ka kahju, mis väljendub saamata jäänud tulus, mida pakkuja oleks saanud olukorras, kui temaga oleks sõlmitud hankeleping (saamata jäänud tulu). Viimasel juhul on nõude esitajad kahju suuruse hindamisel lähtunud nii pakkumuse kogumaksumusest, kui ka otsesest saamata jäänud tulust ehk planeeritavast kasumist. Samuti on väga erinevalt sisustatud hankemenetluses osalemise kulude mõistet.<sup>72</sup> Selline väga erinev arusaam kahjust ja selle suuruse hindamisest näitab ilmekalt, et kahjunõude esitajatele ei ole üheselt selged hüvitatava kahju liigid ja nende sisustamine.

Riigihangete seadus ei sätesta kahju legaalse definitsiooni ja ei määra üheselt ning selgelt ka hüvitatava kahju liike. Eesti siseriiklikus õiguses on üks võimalik lahendus sellele küsimusele vastuseid otsida riigivastutuse seadusest, mis on avaliku võimu vastutust reguleeriv üldseadus, mille reguleerimisalasse kuulub avaliku võimu kandjate tekitatud kahju hüvitamine niivõrd, kui võrd see ei ole reguleeritud eriseaduses, milleks antud juhul on riigihangete seadus.<sup>73</sup> Samasugust tõlgendust on kasutanud ka VaKo, kes on leidnud oma otsuses, et RHS § 117 lg 3 tähenduses kahju koosseisu määratlemisel ja selle väljamõistmise aluste täpsustamisel tuleb lähtuda riigivastutuse seadusest.<sup>74</sup> RVastS § 7 lg 3 määratleb hüvitatava kahju liikideks otsese varalise kahju ja saamata jäänud tulu. Otsene varaline kahju võib hankeasjades seisneda eelkõige pakkumuse esitamisega seotud kulusid (pakkumuse ettevalmistamise ja hankemenetluses osalemise kulud) ja saamata jäänud tulu on hankelepingu maksumus, millest on maha arvatud lepingu täitmiseks tehtavad kulutused.<sup>75</sup> Kuid lähtuvalt *lex specialis derogat legi generali* põhimõttest on riigihangete seaduse ja riigivastutuse seaduse tõlgendamisel võimalik jõuda ka järeldusele, et riigihangete seadus reguleerib kahju liike ammendavalt ja saamata jäänud tulu ei ole hankeasjades hüvitatav, sest eriseadus toob välja ainult otsese

---

<sup>72</sup> VaKo 30.04.2014 otsus nr 12.2-9/3507, p 5.3.1; VaKo 01.04.2011 otsus nr 12.2-9/10752, p 7.9.

<sup>73</sup> TlnHKO, 30.11.2012, 3-12-2076, p 30.

<sup>74</sup> VaKo 18.09.2014 otsus nr 12.2-9/7737, p 9.

<sup>75</sup> TlnHKO, 30.11.2012, 3-12-2076, p 26.

varalise kahju (RHS § 115) nõude eeldused ja ei räägi midagi saamata jäänud tulust. Alljärgnevalt analüüsib autor nimetatud kahju liikide hüvitamise põhjendatust ja sisustamist riigihankeasjades ja annab Euroopa Liidu õigusega kooskõlas oleva lahenduse hüvitatava kahju liikidele.

Ainuke säte, mis riigihangete seaduses hüvitatava kahju liike käsitleb on RHS § 115. Säte ütleb, et pakkujal ei ole õigust nõuda hankijalt pakkumuse esitamisega seotud kulude, kaasa arvatud pakkumuse ettevalmistamise ja hankemenetluses, ideekonkursil või ehitustööde kontsessiooni andmisel osalemisega seotud mõistlike kulude hüvitamist, välja arvatud juhul, kui pakkuja tõendab, et hankija rikkus riigihanke läbiviimist reguleerivaid sätteid, ilma milleta oleks temaga hankelepingu sõlmimine olnud tõenäoline. Nimetatud paragrahvides toodud regulatsioon on oma sõnastuselt segadust tekitav, sest sätet tõlgendades saab teha järelduse, et seadusandja eesmärgiks on olnud üldjuhul välistada pakkumusega seotud kulude hüvitamine ning lubada seda ainult teatud eelduste täitmise korral. Sätte raskesti mõistetavus on tingitud väljendi „ei ole õigus nõuda“ kasutamisest lause alguses. Selline sõnastus tekitab küsimuse kahju hüvitamise võimalikkusest üldse. Seda põhjusel, et kui võrrelda võimalikke hankemenetluses tekkida võivaid kahju liike, siis esmajärjekorras on just otseses varalises kahjus väljenduvad pakkumuse esitamisega seotud kulud need, mille hüvitamise vajaduses kahtlust olla ei tohiks ning see peaks üheselt tulenema ka vastavat siseriikliku õiguse normist. Vaadates Saksamaa siseriiklikku õigust, siis GWB § 126 alusel esitatud kahjunõudega hüvitatava kahju liigid on sättes selgelt nimetatud ja nendeks on pakkumuse ettevalmistamisega tekkinud kulud ja hankemenetluses osalemiseks tehtud kulud. Kuigi eelnimetatud paragrahvi sõnastus kasutab kahju liikide nimetamisel sidesõna „või“, siis on õiguskirjanduses ja kohtupraktikas on leitud, et sätet tuleb tõlgendada siiski selliselt, et kahju hüvitamise nõue on võimalik esitada mõlema nimetatud kahju osas.<sup>76</sup>

Küsimus, mis otsese varalise kahju hüvitamisega seoses veel praktikas tõstatuda võib, on hankedokumentides tehtavad välistused pakkumuse koostamise ja hankemenetluses osalemisega seotud kulude mitte hüvitamise kohta. Tulenevalt riigihangete seaduse regulatsiooni kohustuslikkusest, ei ole õigus hankijal tugineda hankedokumendis tehtud välistusele riigihankeõiguse rikkumise korral. Kuid lubatud ja asjakohane on sellise tingimuse seadmine õiguspärases hankemenetluses, kui rikkumist ei esine.

---

<sup>76</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 26; BGH XZR 18/07, 27.11.2007. – ZfBR 2008, 299; BGH XZR 34/04, 27.06.2007. – ZfBR 2007, 814.

Autor on seisukohal, et RHS § 115 sõnastus oleks vajalik sätte parema mõistmise eesmärgil muuta ning sõnastada pakkumuse esitamisega seotud kulude hüvitamise regulatsioon järgmiselt – pakkujal on õigus nõuda hankijalt pakkumuse esitamisega seotud kulude, kaasa arvatud pakkumuse ettevalmistamise ja hankemenetluses, ideekonkursil või ehitustööde kontsessiooni andmisel osalemisega seotud mõistlike kulude hüvitamist, kui pakkuja tõendab, et hankija rikkus riigihanke läbiviimist reguleerivaid sätteid /.../. Nimetatud sõnastus tagab selle, et õigusakti sõnastusest on otseselt välja loetav, et otseses varalises kahjus väljenduvad pakkumuse esitamisega kaasnevad kulud on hüvitatav kahju hankeasjades. Kuid hüvitatava kahju liikide ammendavaks reguleerimiseks sellest siiski ei piisa ja lisaks on vajalik seaduses üheselt ära määratleda ka saamata jäänud tulu hüvitatavus ja nõude eeldused või mittehüvitatavus.

### 2.1.1. Menetluskulud ja viivis

Eraldi küsimusena tuleb autori hinnangul vaadelda vaidmenetluses osalemise kulusid, mille enamikes VaKo kaasustes on pakkujad kahju hulka arvanud. Lähtuvalt RVastS § 8 lõikest 1 on selline käsitus pakkuja poolt ka mõistetav, sest kui pakkuja õigusi ei oleks rikutud, siis oleks pakkuja olukorras, kus ta ei pea tegema kulutusi õigusabile. VaKo on vaidmenetluses osalemise kulude osas öelnud, et selliste kulude, mille saamiseks puudub vaidlustaja õigus vaidlustusmenetluses, hüvitamise nõudeõigust ei teki pakkujale ka RHS §-i 115 alusel.<sup>77</sup> RHS § 126 lg 6 ei näe ette vaidlustusmenetluses tehtud kulude (va riigilõiv ja eksperditasu), sh vaidlustuse esitamisega seotud kulude ja õigusabikulude, nõudeõigust vaidlustusmenetluses sõltumata vaidlustuskomisjoni otsusest vaidlustus rahuldada või rahuldamata jätta. Seega peavad isikud VaKo-le vaidlustuse esitades arvestama, et vaidlustusmenetlusega seonduvate kulude tekkimisel (va riigilõiv ja eksperditasu) ei mõista vaidlustuskomisjon neid välja poolelt, kelle kahjuks otsus tehti ja need jäävad menetlusosaliste enda kanda. Kohtu puhul seda küsimust ei tõstatu, sest õigusabikulud kuuluvad menetluskulude hulka, mille jaotamise põhimõtted on halduskohtumenetluse seadustikus ammendavalt reguleeritud (HKMS § 108). Seega tekib õigusabi ja muude vaidlustuse esitamise seotud kulude hüvitatavuse küsimus ainult siis, kui kahju hüvitamise taotlus esitatakse vaidlustuskomisjonile. VaKo menetlusele kohalduva menetluskulude regulatsiooni põhiseaduspärasuse osas on jõudnud vaidlus ka

---

<sup>77</sup> VaKo 27.02.2013 otsus nr 12.2-9/14024, p 12.

Riigikohtusse, kus kohus on põhimõtteliselt möönnud võimalust, et ka riigihangete vaidlustuskomisjonis kantud õigusabikulud tuleks vastaspoolelt välja mõista, kuid ühest lõplikku seisukohta selles küsimuses kohus ei võtnud.<sup>78</sup> Lähtuvalt just asjaolust, et menetluskulude hüvitamise kord omab Eesti õiguskorras üldiselt iseiseseisvat regulatsiooni, ei käsitle autor käesolevas töös menetluskulusid riigihankeõiguse rikkumisega tekitatud kahjuna RHS § 117 lg 3 ja RVastS § 7 lg 1 tähenduses. Kuid autor ühtib Riigikohtu seisukohaga VaKo menetluskulude hüvitamise vajalikkuse osas ja peab vajalikuks menetluskulude hüvitamist halduskohtumenetlusega samade põhimõtete alusel.<sup>79</sup>

Viiviste osas on Euroopa Kohus seisukohal, et nende määramine vastavalt kohaldatavatele siseriiklikele reeglitele on kahju hüvitamise üks lahutamatu komponent.<sup>80</sup> Eesti õiguses riigihangete seadus viivise kohta midagi ei ütle ja üks võimalik lahendus on otsida vatsust riigivastutuse seadusest. Lähtuvalt RVastS § 7 lõikest 4 viiviste määramise regulatsiooniks riigivastutuse korral VÕS § 113, mis sätestab rahalise kohustuse täitmise korral viivise nõudmise õiguse. Kuna kahjuhüvitise maksmise puhul ei ole määratud kohustuse täitmise aega, siis tuleks viivise arvestamise algusaja määramisel lähtuda VÕS § 113 lõikes 2 sätestatust, mille kohaselt arvestatakse kahju hüvitamise puhul võlgnetavalt rahaliselt kohustuselt viivist alates ajast, mil isik esitas kahju hüvitamise nõude. Seega on viivise arvestamise algusajaks vaidlustuskomisjonile, hankijale või kohtule kahju hüvitamise taotluse/kaebuse esitamise päev.<sup>81</sup> Tulenevalt VÕS § 113 lõikest 1 on viivise määraks VÕS §-s 94 sätestatud seadusjärgne intressimäär, millele lisandub kaheksa protsenti aastas.

Nii VaKo menetluskulude, kui ka viivise väljamõistmise osas näeb autor vajadust riigihangete seaduse regulatsiooni täiendamise järgi, kui mõlemal juhul seisneks muudatus viites teises olemasolevas seaduses sätestatud õigusinstituudile. Menetluskulude osas on viidatavaks õigusinstituudiks halduskohtumenetluse seaduse 11. peatükk ja viivise osas VÕS § 113.

---

<sup>78</sup> Täpsemat ülevaadet kõnealuse kohtuasja kohta vt K. Saar. Vaidlustamine riigihankemenetluses. Magistritöö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond. 20014, lk 30-34.

<sup>79</sup> Menetluskulude hüvitamise kohta vaidlustusmenetlusest vt täpsemalt RKPSJKo 3-4-1-7-08, RKHKo 3-3-1-39-11, TlnRnK 19.05.2008.a otsus nr 3-08-516.

<sup>80</sup> EKo 13.07.2006, liidetud kohtuasjad C-295/04 ja C-298/04, Manfredi jt, p 97; EK 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints, kohtujurist P. C. Villalón arvamus, p 105.

<sup>81</sup> VaKo 27.02.2013 otsus nr 12.2-9/14024, p 13.

## 2.2. Saamata jäänud tulu

Kui pakkumuse esitamise kulud on õiguskaitsemeetmete direktiivi kohaldamisalasse kuuluvate lepingute puhul kõikides liikmesriikides kahju hüvitamise nõudega kaetud, siis märksa keerulisem on saamata jäänud tulu osas ühtse Euroopa Liidu õigusega kooskõlalise seisukoha kujundamine. Euroopa Komisjon ei ole saamata jäänud tulu hüvitamise võimalust oma soovitustes välistanud.<sup>82</sup> Samale järeldusele on jõudnud ka Euroopa Kohus, kelle hinnangul tuleneb iga isiku õigusest ja tõhususe põhimõttest isiku õigus nõuda konkurentsi piirava või kahjustava kokkuleppe või tegevusega tekitatud kahju hüvitamist selliselt, et oleks võimalik nõuda mitte ainult otsest varalist kahju (*damnum emergens*), vaid ka saamata jäänud tulu (*lucrum cessans*) ja viivist. Euroopa Liidu õiguse rikkumisega tekitatud kahju hüvitamisel ei saa lubada saamata jäänud tuluga täielikult mitteametust, kuna eriti majandus- või kaubandussuhetega seotud vaidlustes muudaks saamata jäänud tulu mitte hüvitatavus kahju hüvitamise võimatuks.<sup>83</sup> Kohtujuristi seisukoha kohaselt jätab õiguskaitsemeetmete direktiiv kahju koosseisu meelega lahtiseks, et liikmesriigil oleks võimalik vabalt kaasa arvata nii otsene varaline kahju kui saamata jäänud tulu.<sup>84</sup> Seega tuleneb Euroopa Liidu õigusest üldine põhimõte, et kahju tuleb hüvitada, kuid täpsemate kahju piiride otsustamine on liikmesriikide pädevuses, kuid kergekäeliselt saamata jäänud tulu hüvitatava kahju koosseisust välja arvata liikmesriigid siiski ei tohi.<sup>85</sup> Autor on seisukohal, et saamata jäänud tulu hüvitatavuse siseriiklik regulatsioon on olulise tähtsusega kahju hüvitamise nõude kasutatavuse ja tõhususe tagamise juures, sest ainult pakkumuse esitamisega seotud kulude hüvitamine ei oma sageli reaalselt hüvitavat mõju.

Vaadates Saksamaa regulatsiooni, siis saamata jäänud tulu hüvitamine GWB § 126 alusel ei ole võimalik, sest nimetatud paragrahvi puhul on tegemist nõude alusega, mis nimetab konkreetseid hüvitatava kahju liigid, mitte ei anna õigust nõuda igasuguse kahju hüvitamist.<sup>86</sup> Lähtuvalt eeltoodust ja asjaolust, et Saksamaa regulatsiooni on peetud Euroopa Liidu õigusega kooskõlas olevaks, saab autori hinnangul teha järelduse, et Euroopa Liidu õigus ei nõua saamata jäänud

---

<sup>82</sup> Commission Green Paper, Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward, lk 15.

<sup>83</sup> EKo 5.03.1996, liidetud kohtuasjad C-46/93 ja C-48/93, Brasserie du pêcheur ja Factortame, p 87; EKo 8.03.2001, liidetud kohtuasjad C-397/98 ja C-410/98, Metallgesellschaft jt, punkt 91; EKo 13.07.2006, liidetud kohtuasjad C-295/04 ja C-298/04, Manfredi jt, p 95-96.

<sup>84</sup> EK 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints, kohtujurist P. C. Villalón arvamus, p 96 ja 106.

<sup>85</sup> EK 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints, kohtujurist P. C. Villalón arvamus, p-d 110 ja 112; M. Laaring. Riigivastutuse seaduse muutmise vajaduse analüüs, lk 9.

<sup>86</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 34.

tulu hüvitamist samadel tingimustel otsese varalise kahjuga, sest Saksamaa kahju hüvitamise regulatsioonis on saamata jäänud tulu võimalik nõuda *culpa in contrahendo* nõudenormidest tulenevalt, mille puhul on tõendamiskoormus oluliselt kõrgem, sest rikkumine peab olema süüline ja põhjusliku seose tõendamise taset ei ole kergendatud.<sup>87</sup>

Eesti kohtupraktikas on saamata jäänud tulu hüvitamise küsimuses lähtunud normi kaitse-eesmärgi teooriast, mis tuleneb VÕS § 127 lõikest 2 ning mida on tulenevalt RVastS § 7 lõikest 4 võimalik riigihankeasjades hüvitatava kahju liikide määramisel kasutada. Selle kohaselt ei kuulu kahju hüvitamisele ulatuses, milles kahju ärahoidmine ei olnud selle kohustuse või sätte eesmärgiks, mille rikkumise tagajärjel kahju hüvitamise kohustus tekkis. Normi kaitse-eesmärki analüüsides on Riigikohus selgitanud, et sõltuvalt sellest, kas isikul on tulenevalt rikutud normist üksnes menetluslikud või ka materiaalsed õigused, on võimalik eristada ka seda, millise kahjuliku tagajärje ärahoidmisele on suunatud isiku õigusi sätestavad normid. Menetluslike õigusi sätestavad normid saavad üldjuhul olla suunatud üksnes negatiivse kahju ehk usalduskahju ärahoidmisele. See tähendab, et menetlusõiguste rikkumise korral saab nõuda eelkõige menetluses osalemise nurjumise tõttu kasutuks muutunud kulutuste hüvitamist. Normi kaitse-eesmärki on Riigikohus analüüsinud kohaliku omavalitsuse vara kasutusse andmise küsimuses ja tankla ehitusloa väljastamisest keeldumise küsimuses. Riigikohus jõudis järeldusele, et kohaliku omavalitsuse vara kasutusse andmist reguleerivate normide eesmärgiks tuleb pidada pakkujate menetluslike õiguste kaitset, samuti menetluslike õiguste rikkumise tagajärjel tekkiva kahju ärahoidmist. Kaitse-eesmärgist ei ole hõlmatud pakkumusmenetluse tulemusel sõlmitavast eraõiguslikust lepingust tekkida võivad pakkuja õigused, nt õigus lepingus määratud tasule, ega nende õiguste rikkumise tagajärjel tekkida võiva kahju ärahoidmine või hüvitamine,<sup>88</sup> mis annaks isikule õiguse nõuda saamata jäänud tulu hüvitamist. Seevastu ehitusloa väljastamisega viivitamise küsimuses oli Riigikohus seisukohal, et loa väljastamise viibimine on põhjuslikus seoses kahju tekitamisega ning rikutud ehitusloa väljastamist reguleerivate normide eesmärk on muuhulgas ka isiku kaitsmine kahju eest, mis tekiks juhul, kui ta õigeaegselt tanklat ehitada ja järelikult ka kasutusele võtta ei saa.<sup>89</sup>

Omavalitsuse vara kasutusse andmise menetlus on võrdlemisi sarnane riigihankemenetlusega ja kumbki neist ei anna isikule subjektiivset õigust hankelepingu sõlmimiseks, vaid ainult

---

<sup>87</sup> S. Treumer, F. Lichère (edit). Enforcement of the Eu Public Procurement Rules, lk 146; D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 31.

<sup>88</sup> RKHKo 3-3-1-66-09, p 20.

<sup>89</sup> RKHKo 3-3-1-13-06, p 16.

õiguse nõude kehtestatud menetluslike reeglite järgimist. Ehitusloa väljastamise menetlus seevastu sisaldab endas lisaks menetluslikele õigustele ka isiku subjektiivset õigust ehitusloa saamiseks, kui isik on täitnud kõik õigusaktist tulenevad nõuded. Siit tuleneb ka põhjus, mille poolest vara kasutusse andmise menetluse ja ehitusloa väljastamise menetluse sätete kaitse-eesmärk nii suures mahus erineb, et ühel puhul on kaitstud ainult menetluslikud huvid, teisel puhul ka materiaalsed õigused. Eeltoodu põhjal oleks korrektne järeldus, et riigihangete õiguse normide rikkumise korral ei ole saamata jäänud tulu hüvitamine üldse võimalik. Autori hinnangul selline järeldus aga nii ühene olla ei saa, sest ka hankemenetluses saab tekkida olukord, kus kahju saanud isikul on tekkinud subjektiivne õigus hankelepingu sõlmimiseks. Selline subjektiivne õigus tekib siis, kui eksisteerib täiesti kindel põhjuslik seos rikkumise ja kahju tekkimise näol. See tähendab, et ei ole kahtlust selles, et rikkumise tõttu jäi pakkujaga leping sõlmimata. Hankemenetluses tekkiva subjektiivse õiguse erisuseks võrreldes ehitusloa menetluses tekkiva õigusega on see, et subjektiivne õigus ei ole isikul alati olemas vaid see võib tekkida menetluse käigus. Hankemenetluses saab subjektiivse õiguse olemasolu hinnata nõ tagantjärele, kui on teada menetluse käik. Kindla põhjusliku seose olemasolul tekkiv olukord on samane eelkirjeldatud ehitusloa väljastamise menetlusega, kus saamata jäänud tulu hüvitatavuse tingis asjaolu, et kõikide ehitusloa väljastamise eelduste täitmine tõi kaasa subjektiivse õiguse. Kindla põhjusliku seose korral hankemenetluses on nendeks eeldusteks pakkuja poolt edukalt läbitud hankemenetluse etapid – kvalifitseerimine, vastavuse kontroll ja hindamine. Kui pakkuja vastab kvalifikatsiooni nõuetele, esitatud pakkumus on vastav ja pakkumuste hindamise tulemusel ka edukas, siis on ka edukal pakkujal tekkinud subjektiivne õigus hankelepingu sõlmimiseks. Kuid arvestada tuleb, et sellise kindla põhjusliku seose tuvastamine on hankemenetluse etapilise ülesehituse tõttu keeruline, seda eriti menetluse esimeses osas toimunud rikkumise korral, kui põhjusliku seose olemasolu hindamiseks tuleb kahjunõude esitamisel läbi käia kõik hankemenetluse etapid kuni edukaks tunnistamiseni. Seeõttu saab kindla põhjusliku seose tõendamiseks rääkida üksnes hankemenetluse viimases etapis (pakkumuste hindamine) toimunud rikkumiste korral. Lähtuvalt eeltoodust on autor seisukohal, et normi kaitse-eesmärgi teooria oma tavapärasel käsitusel hankemenetluses hüvitatava kahju määramisel kohaldatakse ei ole, sest hankemenetluses on võimalik olukord, kus menetluslike õiguste kaitsele suunatud normide põhjal tekib isikul subjektiivne õigus hankelepingu sõlmimiseks.

Saamata jäänud tulu hüvitamise vajalikkust ja põhjendatust saab hinnata ka kahju hüvitamise eesmärgist lähtuvalt. Riigikohtu praktikast tulenevalt on kahju hüvitamise eesmärgiks kannatanu asetamine olukorda, mis on võimalikult lähedane olukorrale, milles ta oleks olnud,

kui kahju hüvitamise kohustuse aluseks olevaid asjaolusid ei oleks esinenud, seega olukorda, kui isiku õigusi ei oleks rikutud.<sup>90</sup> Eeltoodust saab autori hinnangul jõuda eelmises lõigus tooduga samale järeldusele ja öelda, et saamata jäänud tulu on riigihankeõiguse rikkumisega tekitatud kahju juhul, kui hankija õiguspärase käitumise korral oleks hankelepingu sõlmimine kahjunõude esitajaga olnud kindel. Seda põhjusel, et kui rikkumist poleks esinenud, siis oleks kahjunõude esitajaga sõlmitud hankeleping ja isik oleks teeninud lepingu täitmisega planeeritud tulu.

Täiendav kontrolli kriteerium saamata jäänud tulu hüvitamis vajalikkuse osas tuleneb kahju hüvitamise üldisest põhimõttest, milleks on alusetu rikastumise vältimine. Selle kontrolli vajalikkust on rõhutanud nii Euroopa Kohus, kui ka Riigikohus. Nimelt ei tohi ühenduse õiguskorraga tagatud õiguste kaitse, milleks on antud juhul kahju hüvitamise võimaluse tagamine, tuua endaga kaasa selle õiguse subjektide alusetut rikastumist.<sup>91</sup> See tähendab, et ühe aspektina saamata jäänud tulu hüvitamise vajaduse puhul võib siseriiklik õigus arvesse võtta ka seda, et nõude esitaja nõude rahuldamisel alusetult ei rikastuks. Nimetatud põhimõtet on riigivastutuste seaduse alusel hüvitatava kahju küsimuses korduvalt kinnitanud ka riigikohus.<sup>92</sup> Autori hinnangul välistab saamata jäänud tulu hüvitamisel isiku alusetu rikastumise see, et nõude eelduseks on kindla põhjusliku seose tõendamine. Kui nimetatud eeldus on tõendatud, siis ei ole isik saamata jäänud tulu hüvitamise korral soodsamas olukorras, kui ta oleks siis, kui temaga oleks sõlmitud hankeleping.

Tulenevalt eeltoodud arutelust ja esitatud Euroopa Kohtu, Euroopa Komisjon ja Riigikohtu seisukohtadest on autor saamata jäänud tulu hüvitamise siseriikliku regulatsiooni osas järgmistel seisukohtadel:

- 1) saamata jäänud tulu hüvitamise võimalust, riigihanke õiguse rikkumisega tekitatud kahju hüvitamisel, ei saa Euroopa Liidu õigusest tulenevalt välistada;
- 2) lähtuvalt kahju hüvitamisele seatud eesmärgist, peab saamata jäänud tulu olema hüvitatav juhul, kui rikkumise mitteesinemisel oleks isik kindlasti osutunud edukaks pakkujaks ja temaga oleks sõlmitud hankeleping;

---

<sup>90</sup> L. Kanger. Kahju hüvitamise nõue riigivastutuse seaduse alusel. Kohtupraktika analüüs. Tartu: Riigikohtu õigusteabe osakond 2008. – Arvutivõrgus: [http://www.riigikohus.ee/vfs/775/Analys%20Riigivastutus%28L\\_Kanger%29.pdf](http://www.riigikohus.ee/vfs/775/Analys%20Riigivastutus%28L_Kanger%29.pdf), lk 13.

<sup>91</sup> EKo 13.07.2006, liidetud kohtuasjad C-295/04 ja C-298/04, Manfredi jt, p 94; EKo 4.10.1979, 238/78, Ireks-Arkady vs nõukogu ja komisjon, p 14; EKo 21.09.2000, liidetud kohtuasjad C-441/98 ja C-442/98, Michaïlidis, p 31; EKo 20.09.2001, C-453/99, Courage ja Crehan, p 30.

<sup>92</sup> L. Kanger. Kahju hüvitamise nõue riigivastutuse seaduse alusel, lk 38.

- 3) tõhusa regulatsiooni tagamiseks tuleks saamata jäänud tulu hüvitamise eeldused sätestada riigihangete seaduses;
- 4) tõendamiskoormus võib olla kõrgemad, kui otsese varalise kahju puhul;
- 5) vältida tuleb isiku alusetut rikastumist nõude rahuldamisel.

Kõrvutades esitaud järeltusi Eesti siseriikliku regulatsiooniga, siis on autor seisukohal, et sarnaselt pakkumuse esitamisele seotud kulude nõude täpsele sõnastamisele, tuleks seaduse tasandil tuua välja ka saamata jäänud tulu nõude esitamise regulatsioon ja selle eeldused. Riigihangete seaduse sõnastusega tuleks ennetada tõlgendust, kus saamata jäänud tulu hüvitatavust eitatakse üksnes seetõttu, et riigihangete seadus seda võimalust ette ei näe. Autori ettepanek on sõnastada nõue sarnaselt otsese varalise kahju regulatsiooniga järgmiselt – isikul on õigus nõuda hankijalt saamata jäänud tulu hüvitamist, kui isik tõendab, et hankija rikkus riigihanke läbiviimist reguleerivaid sätteid ja /.../. Esitatud sõnastus tagab selle, et on üheselt selge saamata jäänud tulu hüvitatavus. Isiku mõiste kasutamine esitaud sõnastuses on hetkel tinglik, sest kahjunõude esitamiseks õigustatud isikute ringi määratleb autor töö kolmandas peatükis, mis sisustab ka kahjunõude täpsed eeldused.

### 3. KAHJUNÕUDE EEDLUSED JA TÕHUSUS

#### 3.1.Nõude eeldused

##### 3.1.1. Õigusi rikkuva otsuse või toimingu tühistamise nõue

Lisaks eraõiguse ja avaliku õiguse kahju hüvitamise normide konkurentsile on hankeasjades tõstatunud küsimus ka riigihanke spetsiifiliste õiguskaitsevahendite omavahelisest suhtest. Peamiseks küsimuseks selles osas on, kas õigusi rikkuva otsuse või toimingu tühistamise nõue on kahju hüvitamise nõude kasutamise kohustuslikuks eelduseks või mitte. Eesti siseriiklikus õiguses tekib see küsimus lähtuvalt juba eelpool mainitud erinevatest tõlgendusvõimalustest riigihangete seaduse ja riigivastutuse seaduse paralleelsel kohaldamisel. RVastS § 7 lg 1 ütleb, et kahju hüvitatakse, kui tekitatud kahju ei olnud võimalik vältida ega ole võimalik kõrvaldada RVastS §-s 3 (haldusakti kehtetuks tunnistamise nõue), RVastS §-s 4 (toimingu lõpetamise nõue) ja RVastS §-s 6 (haldusakti andmise või toimingu sooritamise nõue) sätestatud viisil õiguste kaitsmise või taastamisega. Riigihangete seadus eriseadusena kõnealust küsimust ei käsitle ning pole selge, kas tegemist on seaduslõnga või teadliku viitega riigivastutuse seaduse kohaldamisele. Seetõttu on autori hinnangul siinkohal rutakas koheselt ühele või teisele poole kalduvat järeldust teha ning kõnealuse riigivastutuse üldpõhimõtte kohaldumist hankeasjades tuleb täpsemalt analüüsida. Seega on esmaseks küsimuseks kahjunõude kasutamise puhul see, kas isiku õigusi rikkuva hankija otsuse või tegevuse tühistamise nõue on kahju hüvitamise eelduseks selliselt, et kui isik ei ole õigeaegselt vaidlustanud temale väidetavalt kahju tekitanud hankija otsusust või tegevust, siis puudub tal hankelepingu sõlmimise järgselt õigus kahjunõude esitamiseks.

Rahandusministeerium on riigihangete juhises andud tõlgenduse, et kahju hüvitamise taotluse esitamise võimalus peale lepingu sõlmimist ei tähenda, et taotleja või pakkuja võiks rikkumistest teadlik olles oodata kuni hankelepingu sõlmimiseni ja alles siis esitada taotluse kahju hüvitamiseks. Riigihangete puhul kehtib põhimõte, et isik kaotab õiguse õiguskaitsemeetmete rakendamise taotlemiseks, kui ta ei ole õigeaegselt, see tähendab seaduses sätestatud tähtaegade jooksul, reageerinud ja esimesel võimalusel oma õiguste kaitset

taotlenud.<sup>93</sup> Eeltoodud Rahandusministeeriumi tõlgendus seab seega kahju hüvitamise nõude eelduseks õigusi rikkuva otsuse või toimingu tühistamise nõude.

Alati aga ei ole võimalik rikkumist ennetada. Seda näiteks olukorras, kus leping sõlmitakse väga kiirelt peale edukaks tunnistamise otsuse tegemist, kui puudub kohustuslik ooteaeg vaidlustuste esitamiseks. Selline hankemenetluse käik on tavapärane näiteks lihthanke raames sõlmitavate hankelepingute puhul. Sellist olukorda on VaKo käsitlenud pigem erandina üldreeglis<sup>94</sup> ja leidnud, et vaidlustajal ei olnud võimalik kahju vältida ega kõrvaldada, kuna puudus reaalne võimalus oma huvide kaitseks vaidlustust esitada.<sup>95</sup> Nimetatud seisukoht kinnitab autori hinnangul seda, et üldjuhul on VaKo praktikas otsuse tühistamise nõuet peetud siiski kahju hüvitamise eelduseks. Eeltoodud järeldust kinnitab selgelt ka VaKo otsus, milles on keeldutud kahjunõude rahuldamisest just õigusi rikkuva otsuse õigeaegse vaidlustamata jätmise tõttu pakkuja poolt. Nimetatud otsuses on VaKo RVastS § 7 lõikest 1 tulenevalt öelnud, et õigusvastase toiminguga või haldusaktiga tekitatud kahju hüvitamise nõudeõigus tekib alles siis, kui teised õiguskaitsevõimalused on ammendatud ning taotletavat eesmärki pole enam võimalik saavutada tühistamis- ja kohustamiskaebuste kaudu.<sup>96</sup> Samuti on hankijad kahju hüvitamise nõuete puhul kasutanud kahju tekkimist ennetavate õiguskaitsevahendite kasutamata jätmist peamise vastuargumendina nõude rahuldamata jätmise õigustatuse põhjendamisel. Viidatud on seejuures nii HKMS § 268 lõikele 4, kui ka RVastS § 7 lõikele 1, mis mõlemad sätestavad kahju hüvitamise nõude eelduseks esmaste õiguskaitsevahendite kasutamise.<sup>97</sup> Konkreetsetes menetlustes on VaKo need hankija vastuargumendid arvestamata jätnud, sest tegemist on olnud olukordadega, kus pakkujal puudus reaalne võimalus kahju tekkimist ennetavate õiguskaitsevahendite kasutamiseks. Hankeasjades kohtusse esitatud kaebustes on halduskohus lähtunud RVastS § 7 lõikest 1 sõnastusest ja leidnud, et esmaste õiguskaitsevahendite kasutamata jätmise korral puudub isikul kahju hüvitamise nõude esitamise õigus.<sup>98</sup>

Otsides paralleele Saksamaa regulatsioonist selgub, et ka sealne riigihankeõiguses kehtiv õiguskaitseüsteem on kaheastmeline – esmased õiguskaitsevahendid, mis põhineb hankija

---

<sup>93</sup> Rahandusministeerium. Riigihangete juhised. Tallinn 2012. Arvutivõrgus: [https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document\\_library/get\\_file%3Fuuid%3D2e8e02c3-e122-4022-87e0-182642b2f4ca%26groupId%3D11726](https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file%3Fuuid%3D2e8e02c3-e122-4022-87e0-182642b2f4ca%26groupId%3D11726) (22.01.2015), lk 173.

<sup>94</sup> TlnHKo, 30.11.2012, 3-12-2076, p 26; VaKo 27.02.2013 otsus nr 12.2-9/14024, p 10;

<sup>95</sup> VaKo 30.04.2014 otsus nr 12.2-9/3507, p 9; VaKo 18.09.2014 otsus nr 12.2-9/7737, p 9

<sup>96</sup> VaKo 09.03.2009 otsus nr 7-5/1220, p 8-12.

<sup>97</sup> VaKo 27.02.2013 otsus nr 12.2-9/14024, p 7.1.2.

<sup>98</sup> TrtHKo 21.10.2011, 3-11-906, p 20; TrtHKo 20.09.2010, 3-09-1525

õigusvastaste otsuste tühistamise menetlusel ja teisene õiguskaitsevahendite süsteem, mille hulgas paikneb ka kahju hüvitamise nõue. Kirjanduses nenditakse küll nende omavahelist seotust ja üksteise vastastikust täiendamist, kuid üheselt õigusakti tasandil selge nende nõuete prioriteetus ja kasutamise kohustus siiski ei ole, sest ei ole ka Saksamaa õiguses kirjas, kas kahju hüvitamise nõue vältimatu eeldus on tühistamise nõude eelnev ebaedukas kasutamine.<sup>99</sup> Õiguskirjanduses on valdav siiski seisukoht, et tühistamise nõude esitamine enne kahju hüvitamise nõuet ei ole kohustuslik,<sup>100</sup> sest selline kohustus piiraks pakkuja õigust kahju hüvitamise nõude esitamisele ja oleks seeläbi vastuolus õiguskaitse tõhususe nõudega. Selle käsitluse pooldajad on seisukohal, et ei GWB § 126 sõnastus ega ka iseloom ei võimalda sätte sellist tõlgendust, mis kohustaks pakkujat kahju hüvitamisele eelnevalt esitama tühistamise nõude. *Culpa in contrahendo* ja deliktiõigusliku kahjuhüvitise puhul puudub samuti õigusaktist tulenev kohustus kasutada enne esmaseid õiguskaitsevahendeid. Seega võib öelda, Saksamaal esmased ja teisesed õiguskaitsevahendid ei põhine subsidiaarsuse põhimõttel.<sup>101</sup> Seda lähenemist on kinnitanud ka siseriiklik kohtulahend.<sup>102</sup>

Vaatamata eeltoodud põhjendustele, on õiguskirjanduses ka seisukohti, mis pooldavad käsitlust, mille kohaselt võib õigusi rikkuva otsuse vaidlustamata jätmine siiski omada mõju kahju hüvitamise nõudele. See käsitlus tugineb lähenemisele, et ilmselge riigihankeõiguse rikkumise korral, kui eksisteerib reaalne võimalus rikkumise heastamiseks, oodatakse ka pakkujalt tegutsemist. Antud küsimuses tähendab tegutsemine pakkuja poolset vaidlustamise kohustust, sest tegevusetuse korral tekib küsimus pakkuja nn soodustavast hooletusest<sup>103</sup> (*contributory negligence*). Saksamaa õiguskirjanduses on selle doktriini mõju osas kahesuguseid arvamusi – ühelt poolt ollakse veendunud, et selline pakkuja hooletus peaks mõjutama kahju hüvitise suurust, teised aga ütlevad, et selline hooletus peaks välistama igasuguse õiguse kahju hüvitamisele. Mõlema käsitluse kohaselt peaks pakkuja selleks, et kindlustada endale hilisem kahju hüvitamise nõude võimalus või hüvitise maksimaalne võimalik suurus, alati rikkumise korral esitama tühistamise nõude.<sup>104</sup>

---

<sup>99</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 26, 37.

<sup>100</sup> C. Antweiler, GWB § 126, Rn 2 - M. Dreher, G. Motzke (Hrsg). Beck'scher Vergaberechtskommentar. GWB 4. Teil VgV, SektVo, VOV Teil A. 2. Auflage. München: Verlag C.H. Beck 2013; Bungenberg, GWB § 126, Rn 3 – U. Loewenheim, K. M. Meessen, A. Riesenkampff (Hrsg). Kartellrecht Kommentar. München: Verlag C.H. Beck 2009; OLG Dresden 20 U 1697/03, 10.20.2004. – BeckRS 2008, 41856.

<sup>101</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 26.

<sup>102</sup> OLG Dresden, 20 U 1697/03, 10.02.2004. – BeckRS 2008, 41856.

<sup>103</sup> Tegemist on *common law* maades kasutava doktriiniga, mille kohaselt isik, kes osaliselt tänu oma hooletusele on kahju saanud, ei saa nõuda kahju hüvitamist teiselt osapoolelt, kes väidetavalt kahju põhjustas.

<sup>104</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 26, 37.

Eelnevaid lõike kokku võttes on kahju hüvitamise nõude ja õigusi rikkuva otsuse tühistamise nõude osas võimalikud kolm tõlgendust:

- 1) tühistamise nõue on kahju hüvitamise nõude eeldus;
- 2) tühistamise nõue ei ole kahju hüvitamise nõude eeldus ning mõlemaid nõudeid saab kasutada eraldiseisvalt ilma igasuguse omavahelise mõjuta;
- 3) tühistamise nõue ei ole kahju hüvitamise nõude eeldus, kuid selle kasutamata jätmine võib mõjutada väljamõistetava kahjuhüvitise suurust.

Hinnates eeltoodud valikuvariantide vastavust õiguskaitsemeetmete direktiividele, siis direktiivide sätetest tühistamise nõude ja kahju hüvitamise nõude omavahelise suhte kohta otsust ei leia. Euroopa Kohtu seisukohta antud küsimuses on võimalik leida kohtuotsusest, kus kohus analüüsis hankelepingu sõlmimise huvi olemasolu tulenevalt esmase õiguskaitse kasutamisest pakkuja poolt ja leidis, et direktiivist tuleneva tõhususe nõudega ei ole kooskõlas siseriiklik õigus, mille kohaselt kaotab isik huvi hankelepingu sõlmimiseks, kui ta ei ole oma õiguste kaitseks kasutanud kõiki eelnevaid siseriiklikus õiguses sätestatud õiguskaitsevahendeid.<sup>105</sup> Eeltoodud kohtulahendist saab autori hinnangul teha järeldusi ka kahju hüvitamise ja õigusi rikkuva otsuse või toimingu tühistamise nõude seoste kohta, sest tühistamise nõude kohustuslikkus avaldab samasugust piiravat mõju ka kahju hüvitamise nõudele. Seetõttu on autor seisukohal, et Euroopa Liidu õigusega on kooskõlas käsitlus, mis eitab kahju hüvitamise nõude kohustusliku eeldusena tühistamise nõude esitamist, sest nõuete seotus oleks takistuseks lepingujärgse õiguskaitse tõhususe tagamisel. Samale seisukohale on asunud ka Riigikohus, kes on oma lahendites<sup>106</sup> korduvalt kinnitanud, et ka peale tühistamiskaebuse esitamise tähtaja möödumist ja otsuse mitteõigeaegset vaidlustamist, on kahju saanud pakkujal võimalik esitada RHS § 117 lõikes 3 nimetatud kahju hüvitamise nõue ja taotleda hankija ebaõige otsusega seoses tekkida võinud kahju hüvitamist. Seevastu käesoleva alapeatüki alguses tutvustatud VaKo ja halduskohtu lahendites on pigem valdav Riigikohtule vastupidine seisukoht. Riigihankeõiguse sätted peavad kaitsma pakkujaid, seetõttu peab olema pakkujale tagatud võimalus kahju hüvitamise nõude esitamiseks ka juhul, kui ta pole eelnevalt vaidlustanud hankija õigusvastast otsust.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> EKo 19.06.2003, C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH and Others v Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag), p 31-35.

<sup>106</sup> RKHKo 3-3-1-63-08, p 14; RKHKo 3-3-1-45-12, p 29; RKHKo 3-3-1-100-06, p 21.

<sup>107</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 26.

Kahe allesjäänud variandi puhul on Euroopa Liidu õigusest tuleneva võrdväarsuse ja tõhususe põhimõtetega kooskõlas kindlasti teine tõlgendus, mille kohaselt puudub kõnealustel nõuetel igasugune vastastikune mõju. Kolmanda variandi puhul on peamiseks küsimuseks see, kas selle puhul ei piirata liialt kahju hüvitamise nõude tõhusust. Seega tuleb hinnata, kas mõju hüvitise suurusele muudab kahjunõude kasutamise praktiliselt võimatuks või ülemäära raskeks. Autor on seisukohal, et seda hüvitise suuruse piiramine kindlasti ei tee. Pigem aitab see kaasa kahjuhüvitise õiglasele määramisele, vältides seeläbi isiku alusetut rikastumist. Hinnates vastavust võrdväarsuse põhimõttele, siis autor siin samuti vastuolu ei näe, sest nii VÕS § 139 kui ka RVastS § 113 lg 1 p 4 sätestavad sarnase piirava tingimuse ka kõigile eraõiguslikele ning riigivastutuslikele kahju hüvitamise nõuetele.

Lähtuvalt eeltoodust on autor seisukohal, et tühistamise nõude kasutamata jätmine ei võta isikult kindlasti õigust kahjunõude esitamiseks, vaid võib mõjutada väljamakstava kahjusumma suurust. Kuid kindlasti ei ole see mõju kohaldatav kõigi nõuete puhul, mis esitatakse ilma eelneva tühistamise nõude kasutamisetähtaegga. See tuleb kaalumisele ainult olukorras, kus on selgelt nähtav isiku teadlikkus rikkumisest, see on isikule äratuntav ja samuti ei ole tühistamise nõude esitamist takistanud lühikesed menetlustähtajad või muud mõjuvad põhjused.

RVastS § 7 lg 1 liiga piiravale sõnastusele on tähelepanu juhtinud ka Riigikohus ja Eesti Advokatuur seaduse eelnõu kohta esitatud arvamustes. Välja on toodud, et kahjunõude kasutatavuse sõltuvusse seadmine kahju vältimise või vähendamise eesmärgil kasutatud õiguskaitsest, on põhiseaduse § 25 riive ning selline meede ei ole vajalik ning mõõdukas eesmärgi suhtes. Samuti on Riigikohus seisukohal, et esmase õiguskaitse kasutamist või mittekasutamist tuleks arvestada kahjuhüvitise suuruse määramisel.<sup>108</sup> Esitatud arvamust toetab ka Riigikohtu otsus.<sup>109</sup>

Eeltoodust tulenevalt on autor seisukohal, et RVastS § 7 lõike 1 kohaldamine riigihankeõiguse rikkumise alusel esitatava kahju puhul peaks olema välistatud. Selle asemel tuleks kohaldada

---

<sup>108</sup> Eesti Advokatuur. Arvamus riigivastutuse seaduse eelnõu (818SE) kohta. Riigikohus 2010; Arvamus riigivastutuse seaduse eelnõu (818SE) kohta. Tallinn 2010. – Arvutivõrgus: [http://www.google.ee/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCwQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.riigikogu.ee%2F%3Fpage%3Dpub\\_file%26op%3Ddemsplain2%26content\\_type%3Dapplication%2Fmsword%26u%3D20121206172437%26file\\_id%3D1206132%26file\\_name%3DAdvokatuuri%2520arvamus%2520%2528818%2520se%2529.docx%26file\\_size%3D57013%26mnsenar%3D818%2BSE%26fd%3D03.03.2011&ei=RFMYVcTACsOAU8LDgKgG&usq=AFQjCNFWEuT05SqkUnTrKjwd\\_CjUPrF5Q&bvm=bv.89381419.d.d24](http://www.google.ee/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCwQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.riigikogu.ee%2F%3Fpage%3Dpub_file%26op%3Ddemsplain2%26content_type%3Dapplication%2Fmsword%26u%3D20121206172437%26file_id%3D1206132%26file_name%3DAdvokatuuri%2520arvamus%2520%2528818%2520se%2529.docx%26file_size%3D57013%26mnsenar%3D818%2BSE%26fd%3D03.03.2011&ei=RFMYVcTACsOAU8LDgKgG&usq=AFQjCNFWEuT05SqkUnTrKjwd_CjUPrF5Q&bvm=bv.89381419.d.d24) (12.02.2015), p 2 ja § 8.

<sup>109</sup> RKHKo 3-3-1-47-08, p 22, 24.

RVastS § 13 lg 1 punktis 4 toodud põhimõtet, mis annab aluse kahjusumma vähendamiseks olukorras, kus on tuvastatud kahjunõude esitaja teadlik tegevusetus kahju vähendava või ärahoidva õiguskaitsse kasutamisel. Nimetatud kahjusumma vähendamise regulatsioon tuleks sätestada selgelt riigihangete seaduses. Autori hinnangul ei saa selliseid juhtumeid palju olema, sest õigusi rikkuva otsuse tühistamise nõue on eelistatum juba seetõttu, et see annab nõude rahuldamise korral pakkujale võimaluse jätkata hankemenetluses osalemist ja eduka pakkumuse korral teenida hankelepingu täitmisel tulu, mida kahju hüvitamise nõudega on enamasti väga keeruline saavutada.<sup>110</sup>

### 3.1.2. Õigusvastatus

Riigihankeõiguse rikkumine on eeldus, mis kahju hüvitamise nõude esitamisel peab kindlasti täidetud olema.<sup>111</sup> Selle eelduse kohaldamise kohustuslikkuse osas arusaadavalt vaidlust ei ole. Eesti kohtupraktikas ja VaKo praktikas on enamik kahju hüvitamise nõuete otsuseid tehtud just selles kontrolli etapis, kus on selgunud hankija tegevuse või otsuse õigusvastasuse puudumine.<sup>112</sup>

Kõnealuse eelduse puhul tuleb tähelepanu pöörata kahele asjaolule – tuvastatud peab olema kahjunõude esitaja subjektiivsete õiguste rikkumine, mis on hankijale objektiivselt etteheidetav. See tähendab, et hankija tegevuse õigusvastasuse hindamisel tuleb tuvastada esmalt hankija poolne Euroopa Liidu riigihankeõiguse või seda rakendava siseriikliku õiguse rikkumine (objektiivne õigusvastatus) ja seejärel kontrollida, kas objektiivse õiguse rikkumine tõi endaga kaasa kahjunõude esitaja subjektiivse õiguse rikkumise.<sup>113</sup> Hankija tegevuse objektiivne õigusvastatus on iga subjektiivse õiguse rikkumise eelduseks. Objektiivse õigusvastasuse hindamise juures on oluline silmas pidada avalikus õiguses kehtivat põhimõtet, et lubatud on vaid see, mis on õigusaktiga lubatud.<sup>114</sup>

Eesti siseriiklikus õiguses on õigusaktiks, mille alusel isiku õiguste rikkumist hinnata riigihangete seadus. Kuid mitte kõik riigihangete seaduse sätted ei loo pakkujale subjektiivseid

---

<sup>110</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 34, 37.

<sup>111</sup> TlnHKo, 30.11.2012, 3-12-2076, p 27, TrtHKo 21.10.2011, 3-11-906, p 19.

<sup>112</sup> TrtHKo 21.10.2011, 3-11-906; TlnHK 30.11.2012, 3-12-2076; VaKo 30.04.2014 otsus nr 12.2-9/3507; VaKo 18.09.2014 otsus nr 12.2-9/7737; VaKo 21.06.2011 otsus nr 12.2-9/10701.

<sup>113</sup> C. Antweiler GWB § 126, Rn 8-9 - M. Dreher, G. Motzke (Hrsg). Beck'scher Vergaberechtskommentar.

<sup>114</sup> M. Laaring. Riigivastutuse seaduse muutmisvajaduse analüüs, lk 29.

õigusi. Seda teevad ainult pakkuja katse eesmärgi omavad sätted. Oluline on siinjuures rõhutada, et hankemenetluses kaitstavaks pakkuja subjektiivseks õiguseks on õiguspärane hankemenetlus ja seetõttu omavad kõik sätted, mis aitavad tagada hankemenetluse läbipaistvust, võrdset kohtlemist ja võistlevat menetlust, kindlasti pakkuja kaitse eesmärgi.<sup>115</sup> Nende puhul eraldi analüüs pakkuja kaitse eesmärgi osas vajalik ei ole. Kui rikutud on mõnda muud sätet, siis tuleb pakkuja kaitse eesmärgi olemasolu iga juhtumi puhul eraldi tõendada.<sup>116</sup> Kindlasti ei oma pakkuja kaitse eesmärgi regulatiivsed sätted, mis näiteks defineerivad seaduses kasutatavad mõisteid (nt RHS § 4, § 7).

Õiguskirjanduses on ka arutatud selle üle, et kahju hüvitamise eelduseks on rikkumine, mis on piisavalt tõsine või sisuline, kuid valdav selline käsitlus siiski ei ole.<sup>117</sup> Õiguskaitsemeetmete direktiividest ei tulene tingimusi rikkumise olemusele ja sama järeldus on tuletatav ka Euroopa Kohtu on lahendist, kus kohus on leidnud, et kahju hüvitamise nõudeks annab direktiivi kohaselt aluse iga rikkumine.<sup>118</sup> Käsitlust sisuliselt analüüsides tekib autoril küsimus rikkumise tõsiduse hindamise kohta. Kui seda teha kahju suuruse järgi, siis viiks see lahenduseni, et hüvitatav on kahju alates teatud summast. Sellise regulatsiooni järgu puudub aga praktikas vajadus, sest kahjunõude esitamiseks õigustatud isikud juba ise võrdlevad enne nõude esitamist tehtavaid kulutusi ja võimaliku saada oleva hüvitise suurusega ning seetõttu väiksemate kahjunõuete puhul nõudeid sageli ei esitatagi. Samuti puudub autori hinnangul vajadus rikkumise sisulisuse eraldi reguleerimiseks, sest see on tagatud juba subjektiivse õiguse rikkumise tingimusega. Seega on tõhususe nõudest tulenevalt iga Euroopa Liidu riigihankeõiguse või seda rakendava siseriikliku õiguse rikkumine piisav alus kahjunõudeks.<sup>119</sup> Rikkumise tõsiduse tingimuse osas toimub nõude esitamiseks õigustatud isiku poolne iseregulatsioon, mis välistab kahjunõuded väiksmate rikkumiste korral ja rikkumise sisulisuse tagab isiku subjektiivse õiguse rikkumise kriteerium.

Lisaks on õigusvastasuse eelduse kontrollimisel praktikas esile kerkinud küsimus tegevusetusega toime pandud rikkumiste osas. VaKo on tegevusetusega toime pandud

---

<sup>115</sup> C. Antweiler *GWB* § 126, Rn 9 - M. Dreher und G. Motzke (Hrsg). Beck'scher *Vergaberechtskommentar*; OLG Koblenz, 12 U 1016/05, 15.01.2007. – BeckRS 2008, 08802.

<sup>116</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, lk 24.

<sup>117</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, lk 157-158; S. Treumer, F. Lichère (edit). *Enforcement of the Eu Public Procurement Rules*, lk 39.

<sup>118</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, lk 156; EKo 14.10.2004, C-275/03, *Komisjon vs Portugal*.

<sup>119</sup> EKo 30.09.2010, C-314/09, *Stadt Graz vs Strabag AG ja teised*, p 39, 43; S. Treumer, F. Lichère (edit). *Enforcement of the Eu Public Procurement Rules*, lk 39.

riigihankeõiguse rikkumist jaatanud tulenevalt RVastS § 7 lõikest 2, mille kohaselt võib tegevusetusega tekitatud kahju hüvitamist nõuda üksnes juhul, kui haldusakt jäi õigeaegselt andmata või toiming õigeaegselt sooritamata ja sellega rikuti isiku õigusi.<sup>120</sup> Autor ühtib eeltoodud seisukohaga ja ei näe samuti põhjust, mis peaks välistama tegevusetusega põhjustatud kahju hüvitamise. Õiguskaitsemeetmete direktiivid sätestavad kohustuse hüvitada riigihankeõiguse rikkumisega tekitatud kahju, ega piiritle seda, kas see on tingitud hankija tegevusest või tegevusetusest. Vaadates riigihangete seaduses sisalduvat kahju hüvitamise regulatsiooni, siis seal tegevusetusega põhjustatud kahju hüvitamist otseselt ei käsitleta, kuid autori hinnangul on hankija õigusvastase otsusena käsitletav ka tegevusetus. Seetõttu regulatsiooni muutmise järgi otsene vajadus puudub ja oluline on, et ka kohtupraktika ei annaks sättele tõlgendust, mis välistaks tegevusetusega põhjustatud kahju hüvitamise.

### 3.1.3. Kahju tekkimine

Järgmiseks kahju hüvitamise nõude kohustuslikuks eelduseks on kahju tekkimise fakt. Vastavalt käesoleva töö teises peatükis toodule, on kahjuna riigihankemenetluses käsitletav otsene varaline kahju ja saamata jäänud tulu. Otsene varaline kahju seisneb pakkumuse koostamiseks või hankemenetluses osalemiseks tehtud kulutustes ja saamata jäänud tulu hankelepingu täitmisel saadavas kasumis.

Esmapilgul võiks eeldada, et kahju suuruse hindamine pakkumuse koostamiseks või hankemenetluses osalemiseks tehtud kulutuste osas ei ole keeruline, sest ei ole vaja hinnata abstraktset tekkinud kahju, vaid konkreetseid tehtud kulusid. Kuid praktikas see tegelikult siiski nii lihtne ei ole. Seda näitab ka asjaolu, et vaidlustes on hankija ja pakkuja selles, millised kulud on käsitletavad pakkumuse esitamise kuludena RHS § 115 mõistes, enamasti erimeelel. Hankija seisukoht VaKo menetluse käigus on olnud pigem kitsendav ja seisnenud selles, et pakkumuse ettevalmistamiseks kulunud töötunnid on osa vastava töötaja töökohustustest, mille hüvitamist hankijalt ei ole võimalik nõuda, sest vastavalt RHS §-e 115 saab nõuda ainult otseselt pakkumuse esitamisega seotud kulutuste hüvitamist. Otsene seos pakkumuse koostamisega tähendab seda, et kulu peab olema otseselt tehtud pakkumuse koostamiseks, mitte aga seisnema näiteks sellega kaasnevas töötaja töötasus või muus ettevõtlusega seotud üldkulus, mis oleks

---

<sup>120</sup> VaKo 27.02.2013 otsus nr 12.2-9/14024, p 10-11.

tekinud ka juhul, kui pakkuja või taotleja ei oleks hankemenetluses osalenud.<sup>121</sup> Pakkumuse esitamisega otseselt seotud kuludeks on näiteks garantiikirja või maksuvõlgnevuse puudumise tõendamiseks seotud kulud,<sup>122</sup> aga ka näiteks alltöövõtjatega peetud läbirääkimiste ning objektiga tutvumiseks tehtud kulud.<sup>123</sup> VaKo on konkreetse menetluse kontekstis sedastanud, et pakkumuse ettevalmistamise ja esitamise kuludena on käsitletavad kulud, mis tulenesid tegevustest, mida tehti alates hanketeate avaldamisest kuni pakkumuste esitamise tähtpäevani. Hankemenetluses osalemise kuludena on käsitletavad kulud, mis tulenesid kirj vahetusest hankijaga pärast pakkumuse esitamist ning eelnesid otsusele millega hankija kahjunõude esitaja õigusi rikkus.<sup>124</sup> Seega on VaKo püüdnud kulusid määratleda ka neid ajaliselt jaotades. Kuid lähtuvalt RHS § 115 sõnastusest ei ole niivõrd oluline, kas konkreetne kulu on pakkumuse ettevalmistamise või hankemenetluses osalemise kulu, vaid see, kas tehtud kulu üldse kuulub neist kummagi alla. Autor on seisukohal, et kulude hindamise puhul tuleks lähtuda mõlemast eelpool kirjeldatud kriteeriumist – see tähendab nii ajalisest, kui ka pakkumuse esitamisega otsese seose olemasolust. Seda just põhjusel, et esimene paneb paika ajalised piirid kulude tegemiseks ja teine vaatab sisuliselt kulude otsest seost pakkumuse esitamisega.

Lisaks eeltoodule võivad kulude hindamisel tekkida raskused siis, kui ilmnevad takistused kulude kandmise tõendamise osas, näiteks puuduvad dokumentaalsed tõendid kulude kohta. Eelkirjeldatud juhul on kohtul õigus ise hinnata kahju suurust oma siseveendumuse kohaselt ja kõiki asjaolusid arvestades (HKMS § 61 lg 5). Hindamise käigus kohus otsustab, millised kulud on mõistlikud ja tavapärased selle konkreetse juhtumi puhul. VaKo on oma lahendis lähtunud sarnastest põhimõtetest ja pakkumuse ettevalmistamiseks kantud kulude osas olnud seisukohal, et välja mõistmisele ei kuulu kulud, mis on paljasõnalised ja tõendamata.<sup>125</sup>

Samuti on saamata jäänud tulu suuruse hindamine VaKo lahenditest olnud kahjunõude esitajate poolt erinevalt käsitletud – nõuet on sisustatud nii hankelepingu kogumaksumusega, kui ka ainult saamata jäänud kasumiga.<sup>126</sup> Tulenevalt RVastS §-st 7 lõikest 4 on saamata jäänud tulu nõude sisustamisel kohane lähtuda tsiviilkohtu praktikast. Riigikohus on saamata jäänud tulu suuruse hindamisel öelnud, et selle arvutamisel tuleb lepingu alusel tõenäoliselt makstavatest

---

<sup>121</sup> C. Alexander. *GWB § 126, Rn 52.* – H. Pünder, M. Schnellenberg (Hrsg). *Vergaberecht. Handkommentar.* 2. Auflage. Nomos 2015; OLG Naumburg, 2 U 151/12, 01.08.2013. – BeckRS 2013, 13770.

<sup>122</sup> VaKo 27.02.2013 otsus nr 12.2-9/14024, p 7.1.4.

<sup>123</sup> C. Alexander. *GWB § 126, Rn 49.* – H. Pünder, M. Schnellenberg (Hrsg). *Vergaberecht. Handkommentar;* OLG Naumburg, 2 U 151/12, 01.08.2013. – BeckRS 2013, 13770.

<sup>124</sup> VaKo 27.02.2013 otsus nr 12.2-9/14024, p 12.

<sup>125</sup> VaKo 27.02.2013 otsus nr 12.2-9/14024, p 12.

<sup>126</sup> VaKo 30.04.2014 otsus nr 12.2-9/3507, p 5.3.1; VaKo 01.04.2011 otsus nr 12.2-9/10752, p 7.9.

summadest maha arvata kulud, mida isik oleks teinud lepingu täitmiseks. Seega on saamata jäänud tulu kahju, mille hulka ei kuulu säästetud kulutused. Nendeks säästetud kulutusteks võivad olla eelkõige personalikulu ja lepingu täitmiseks vajalike materjalide, seadmete vms soetamise kulu. Lisaks tuleb kahju suuruse hindamisel võtta arvesse ka seda, kas kahjunõude esitaja sai lepingu mittesõlmimise tõttu vabaks jäänud personali või muud materiaalsel ressursi tulemuslikult rakendada mujal või mitte.<sup>127</sup> Kahju suuruse arvutamiseks kasutatakse ka saamata jäänud tulu puhul diferentsihüpoteesi. Selle järgi seisneb rikkumisega tekitatud kahju isiku tegeliku varalise olukorra ja selle olukorra vahes, milline olnuks isiku varaline seisund ilma kahju tekitamiseta. Kahe olukorra võrdlemine võimaldab arvesse võtta neid eeliseid, mida isik sai kahju tekitamisest (näiteks säästetud personalikulu, elekter, materjali maksumus).<sup>128</sup>

Ühtlasi on saamata jäänud tulu nõude puhul oluline märkida, et selle nõude esitamisel ei saa samaaegselt esitada pakkumuse esitamise kulude hüvitamisel põhinevat otsese varalise kahju nõuet. Seda põhjusel, et need kulud on pakkujal üldiselt arvestatud pakkumuse maksumuse sisse ja saamata jäänud tulu nõue katab ära ka pakkumuse esitamise kulud. Nende eeliste arvesse võtmine on saamata jäänud tulu välja mõistmisel oluline alusetu rikastumise vältimise seisukohast. Saamata tulu suuruse hindamise näol on tegemist hüpoteetilise tegevusega. Seetõttu ei ole sellise kahju suurust üldiselt võimalik täpselt tõendada. See aga ei saa olla takistuseks saamata jäänud tulu väljamõistmisel. Sellisel juhul otsustab hüvitise suuruse VÕS § 127 lõikest 6 tulenevalt kohus diskretsiooni alusel.

#### 3.1.4. Põhjuslik seos

Autori hinnangul kõige keerukam kahjunõude eeldus seisneb põhjusliku seose tuvastamises. Kui eraõigusliku kahjunõude puhul tuleb kontrollida põhjusliku seose olemasolu rikkumise ja kahju tekkimise vahel, siis kõnealuse kahjunõude puhul tuleb põhjusliku seose tuvastamiseks hinnata, kas rikkumine mõjutas kahjunõude esitaja võimalust saada konkreetses hankemenetluses edukaks pakkujaks ja sõlmida hankeleping.<sup>129</sup> See tähendab, et kahjulikuks tagajärjeks, mille saabumise seost rikkumisega tuleb hinnata, on hankelepingust ilma jäämine.

---

<sup>127</sup> 3-2-1-14-00, p 6; 3-2-1-98-03, p 19.

<sup>128</sup> 3-2-1-98-03, p 19; 3-2-1-90-99; 3-3-1-13-06, p 22.

<sup>129</sup> K. Stockmann. *GWB § 126, Rn 17.* – U. Immenga, E.-J. Mestmäcker (Hrsg). *Wettbewerbsrecht.* 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck 2014.

Põhjusliku seose eeldus on näiteks Saksamaal kõige rohkem vaidlustatud ning keerulisem tingimus kahju hüvitamise nõudes.<sup>130</sup> Eeldust on vaidlustatud just selle sisustamise mõttes, mitte aga eelduse kooskõlalise mõttes Euroopa Liidu õigusega. Eelduse kooskõlalise osas Euroopa Liidu õigusega küsitavusi ei ole,<sup>131</sup> sest direktiivi 92/13/EMÜ artiklisse 2 on see pakkumuse esitamise kulude kahjunõude kohustusliku eeldusena sisse kirjutatud. Direktiivi 89/665/EMÜ kohaldamisalasse jäävate lepingute ning saamata jäänud tulu nõude osas on Euroopa Kohus leidnud, et põhjusliku seose sätestamine kahjunõude eeldusena kuulub lähtuvalt menetlusautonoomia põhimõttes liikmesriikide pädevusse.<sup>132</sup> Seega on põhjusliku seose eeldus kindlasti kooskõlas Euroopa Liidu õigusega. Autori hinnangul ei saaks see ka teisiti olla, sest põhjusliku seose eelduse puudumine tooks kaasa alusetu rikastumise ja kahju hüvitamine ei oleks enam proportsionaalne õiguskaitsevahend, vaid karistus hankijale rikkumise eest.

Põhjusliku seose hindamiseks tuleb kasutada levinud *conditio sine qua non* vormelit. Selleks tuleb väidetav kahju põhjustanud olukord, milleks antud juhul on riigihankeõiguse rikkumine, hüpoteetiliselt ära võtta ja seejärel hinnata, kas see mõjutab kahjunõude esitaja võimalust sõlmida hankeleping. Erisuseks võrreldes tavapärase kahjunõudega on siinjuures aga see, et põhjusliku seose olemasolu hindamisel on kasutusel kaks standardit – kergendatud põhjuslik seos ning range põhjuslik seos. Kergendatud põhjusliku seose tuvastamiseks tuleb hinnata, kas lepingu sõlmimine kahjunõude esitajaga oleks olnud rikkumise mitteesinemisel tõenäoline. Saksa õiguses kannab see seos nimetust reaalne võimalus hankelepingu sõlmimiseks (ingl *genuine chance*, saksa keeles *echte chance*). Range põhjusliku seose tuvastamiseks tuleb hinnata, kas lepingu sõlmimine nõude esitajaga oleks olnud ilma rikkumise esinemiseta kindel.

Kergendatud põhjusliku seose kontseptsioon tuleneb direktiivist 92/13/EMÜ, mille põhjenduse 11 ja artikli 2 punkti 7 kohaselt pakkumuse ettevalmistamise või pakkumusmenetluses osalemise kulude hüvitamise nõude puhul peab kahjunõude esitaja tõendama ainult seda, et tal oleks olnud hea võimalus sõlmida leping, aga kõnealuse rikkumise tagajärjel see võimalus kadus. Direktiivist tulenevalt on põhjusliku seose tuvastamise nõude leevendamine nõutud ainult direktiivi 92/13/EMÜ kohaldamise alasse jäävate lepingute puhul. Kuid nii Eesti, kui ka Saksamaa seadusandja on otsustanud seda laiendada ka direktiivi 89/665/EMÜ

---

<sup>130</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 24.

<sup>131</sup> Commission of the European Communities. Commission staff working document. Impact assessment report – remedies in the field of public procurement, COM(2006) 195. – Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia\\_carried\\_out/docs/ia\\_2006/sec\\_2006\\_0557\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2006/sec_2006_0557_en.pdf) (10.12.2014), lk 6.

<sup>132</sup> EK 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints, kohtujurist P. C. Villalón arvamus, p 97.

kohaldamisalasse kuuluvatele lepingutele. Eesti siseriiklikus õiguses sisaldub põhjusliku seose eeldus kahes erinevas riigihangete seaduse sättes. RHS § 117 lg 3 sätestab et taotleja või pakkuja peab tõendama, et temaga jäi hankeleping sõlmimata just hankija õigusvastase otsuse, toimingu või RHS § 117 lõike 2 punktides 1–7 nimetatud hanke alusdokumendi tõttu. RHS § 115 sätestab pakkumuse esitamisega seotud kulude osas eelduseks, et pakkuja peab tõendab, et hankija rikkus riigihanke läbiviimist reguleerivaid sätteid, ilma milleta oleks temaga hankelepingu sõlmimine olnud tõenäoline. Tulenevalt *lex specialis derogat legi generali* põhimõttest, on RHS § 117 lg 3 kahju hüvitamise üldnormi ja RHS § 115 erinorm, sest puudutab ainult teatud liiki kahju hüvitamist. Seega on autor seisukohal, et pakkumuse esitamisega seotud kulude osas tuleb tõendada hankelepingu sõlmimise tõenäosust, see tähendab kergendatud põhjuslikku seost ja saamata jäänud tulu puhul on tuleb tõendada, et rikkumise tõttu jäi isik kindlasti lepingust ilma. Tõendamiskoormus RHS § 117 puhul on suurem, kui RHS §-s 115. Kirjeldatud tõlgendust on oma lahendis kasutanud ka VaKo.<sup>133</sup> Samuti on reguleeritud Saksamaa siseriiklik õigus, kus GWB § 126 sisaldab kergendatud põhjusliku seose tingimust ning saamata jäänud tulu nõudmisel *culpa in contrahendo* alusel tuleb ära tõendada kindel põhjuslik seos.<sup>134</sup> Lähtuvalt eeltoodust on autor sisukohal, et Eesti siseriiklikku õigust saab põhjusliku seose eelduse osas tõlgendada Euroopa Liidu õigusega kooskõlaliseselt, kuid ühtse praktika saavutamiseks tuleks riigihangete seaduses selgelt välja tuua see, et saamata jäänud tulu puhul tuleb tõendada kindla põhjusliku seose olemasolu.

Küsimusele, kuidas nimetatud kahte põhjusliku seose kriteeriumit sisustada, tuleb vastuseid otsida kohtupraktikast ja õiguskirjandusest. Üldreeglina põhjusliku seose olemasolu hindamisel saab välja tuua järgmise põhimõtte – rikkumine omab põhjuslikku seost, kui rikkumist ei saa ära mõelda nii, et see ei avaldaks mõju hankelepingu sõlmimise võimalusele.<sup>135</sup> Sellest saab autori hinnangul järeldada, et põhjuslik seos on olemas kõikidel juhtudel, kui rikkumine avaldas lepingu sõlmimise võimalusele negatiivset mõju. Selleks, et teha kindlaks millise põhjusliku seosega on tegemist, tuleb vaadata mõju tagajärge.

Kergendatud põhjusliku seose puhul peab kahjunõude esitaja suutma piisavalt tõendada, et ilma rikkumise esinemiseta oli tal tõenäosus<sup>136</sup> hankelepingu sõlmimiseks. See tähendab, et ei pea

---

<sup>133</sup> VaKo 27.02.2013 otsus nr 12.2-9/14024, p 8.

<sup>134</sup> OLG Köln, 11 U 104/13, 23.07.2014. – BeckRS 2014, 21863.

<sup>135</sup> K. Stockmann. GWB § 126, Rn 17. – U. Immenga, E.-J. Mestmäcker (Hrsg). Wettbewerbsrecht. 5. Auflage.

<sup>136</sup> Lähtuvalt RHS § 115 sõnastusest kasutab autor kergendatud põhjusliku seose puhul mõistet „tõenäosus hankelepingu sõlmimiseks“, mis on samatähenduslik Saksamaa siseriiklikus õiguses kasutatava mõistega „reaalne võimalus hankelepingu sõlmimiseks“.

tõendama, et kahjunõude esitaja oleks ilma rikkumiseta kindlasti saanud edukaks pakkujaks ja temaga oleks sõlmitud hankeleping. Range põhjusliku seose puhul tuleb tõendada, et lepingu sõlmimine kahjunõude esitajaga oleks ilma rikkumiseta olnud kindel.<sup>137</sup> Kuid millises olukorras saab öelda, et lepingu sõlmimine on tõenäoline või kindel ning kas neid on võimalik seostada mingisse kindlasse hankemenetluse etappi jõudmisega. Õiguskirjanduses ei ole hankemenetluse kindla etapi osas ühtset seisukohta.<sup>138</sup> Kuid on leitud, et põhjusliku seose olemasolu hindamise eelduseks on see, et nii pakkuja, kui ka pakkumuse osas peavad olema täidetud hankedokumentides sätestatud kohustuslikud formaalsed nõuded,<sup>139</sup> milleks autori hinnangul on pakkuja vastavus kvalifikatsiooninõuetele ja pakkumuse vastavus. Seda põhjusel, et kui need nõuded pole täidetud, siis on kindlasti välistatud hankelepingu sõlmimine. Kui aga nimetatud nõuded on täidetud, siis on võimalik hakata hüpoteetiliselt analüüsima, et milline oleks olnud hankemenetluse tulemus nõude esitaja jaoks, kui rikkumist ei oleks esinenud.

Järgmisena tõstatub küsimus, et kas nimetatud menetluse etapid peavad olema hankija poolt kahjunõude esitaja suhtes läbi viidud. See juhatab tagasi eelmises lõigus esitatud kindla menetluse etapiga seostamise küsimuse juurde. Autor on seisukohal, et kindla põhjusliku seose tuvastamiseks peaksid kvalifikatsiooni kontrollimise ja pakkumuse vastavuse hindamise etapid olema hankija poolt läbi viidud. See omakorda tähendab, et saamata jäänud tulu nõude esitamise õigus on üksnes pakkujatel, kes on kvalifitseeritud ja kelle pakkumus on vastavaks tunnistatud. Seda põhjusel, et sellisel juhul on eduka pakkuja valmine kohe järgmine menetluse etapp, mille jaoks on hankijal kehtestatud konkreetsed hindamise kriteeriumid, mille alusel on võimalik objektiivselt ja kindlalt hinnata rikkumise mõju lepingu sõlmimise võimalikkusele. Sarnane seisukoht tuleneb ka Saksamaa õiguskirjandusest ja kohtulahenditest.<sup>140</sup> Seevastu kergendatud põhjusliku seose tuvastamise osas on autor seisukohal, et kindlat menetluse etappi jõudmise tingimust seada ei saa, kuid nagu juba eespool öeldud, siis kvalifikatsiooni ja vastavuse nõuded peavad olema ka selle juhul täidetud. See tähendab, et olukorras, kus rikkumine toimus enne, kui hankija nimetatud menetluse etapid kahjunõude esitaja suhtes läbi sai viia, peab nõude esitaja ise tõendama, et tema ja tema pakkumus nimetatud kriteeriumitele vastavad. Kindlasse menetluse etappi jõudmise nõue tähendab automaatselt seda, et nii otsese varalise kahju, kui ka saamata jäänud tulu nõude esitamiseks õigustatud isikute hulgast on

---

<sup>137</sup> OLG Köln, 11 U 104/13, 23.07.2014. – BeckRS 2014, 21863.

<sup>138</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 32.

<sup>139</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 32; C. Antweiler GWB § 126, Rn 11 - M. Dreher und G. Motzke (Hrsg). Beck'scher Vergaberechtskommentar; K. Stockmann. GWB § 126, Rn 18-20. – U. Immenga, E.-J. Mestmäcker (Hrsg). Wettbewerbsrecht. 5. Auflage.

<sup>140</sup> C. Antweiler GWB § 126, Rn 10 - M. Dreher und G. Motzke (Hrsg). Beck'scher Vergaberechtskommentar.

väljastatud taotlejad (RHS § 12 lg 1 tähenduses), sest kui isik on taotleja, siis on võimalik üksnes kontrollida vastavust kvalifikatsiooni tingimustele, kuid puudub veel pakkumus, mille vastavust hinnata.

Eeltoodud seisukoha kujundamisel lähtus autor hankemenetluse etapilisest iseloomust ja sellega kaasneva põhjusliku seose ahela pikkusest. Sellest tulenevalt võib rikkumise ja pakkuja edukaks tunnistamise otsuse vahele jääda mitu hankija poolt tehtavat vaheotsustust. Just see muudab põhjusliku seose tõendamise keerukaks, sest võimalus hinnata, kuivõrd tõenäoline oleks olnud hankija poolt ühe või teise otsuse tegemine olukorras, kus hankija oleks jätnud tegemata mõne teise otsuse, on väga piiratud ja keeruline tegevus. Seetõttu saab näiteks mittevastavaks tunnistatud pakkumuste puhul nõude läbivaataja parimal juhul hinnata üksnes seda, kas kõiki asjaolusid arvestades oleks hankelepingu sõlmimine kahjunõude esitajaga olnud tõenäoline või mitte.<sup>141</sup> Kontrollimise võimalus on seda keerukam, mida varasemas menetluse etapis toimunud rikkumise osas kahjunõude esitatakse. Peale hankija poolt teostatud vastavuse hindamise etappi on aga autori hinnangul võimalik tuvastada ka kindel põhjuslik seos, sest on olemas kindlad ning ühesed pakkumuste hindamiskriteeriumid ja vaheotsustuste tegemise vajadus puudub. Seega ei tähenda autori hinnangul kergendatud põhjuslik seos mitte seda, et kahjunõude esitaja ei peaks tõendama oma võimaluse olemasolu lepingu sõlmimiseks, vaid see iseloomustab hoopis põhjusliku seose kindlust.

Autori hinnangul on eelkirjeldatud põhjusliku seose käsitlus kooskõlas ka alusetu rikastumise vältimise põhimõttega, mida kahju hüvitamise puhul tuleb alati silmas pidada ning mille kohaselt kahju hüvitamine ei või viia alusetu rikastumiseni ehk olukorrani, kus kannatanu oleks pärast kahju hüvitamist majanduslikult paremas olukorras, kui ilma kahju tekkimiseta.<sup>142</sup> Eeltoodud kooskõlalise järelalus põhineb just põhjusliku seose eeldusel. Kui põhjuslik seos on tuvastatud, siis on väljastatud see, et kahju hüvitamise tulemusel tekkinud olukord oleks isiku jaoks majanduslikult parem, kui rikkumise mitte esinemisel saavutatud olukord. Mõlemal juhul on tulemuseks see, et isik asetatakse majanduslikult olukorda, kus ta oleks olnud, kui rikkumist poleks esinenud. Kahju hüvitamise korral tekitatakse majanduslik olukord saamata jäänud tulu väljamaksmisega, rikkumise mitteesinemisel aga oleks majanduslik olukord saavutatud lepingujärgse tasu väljamaksmisega. Otsese varalise kahju puhul aga põhjusliku seose kindlust teadlikult kergendatud ja see toob kaasa ka selle, et tuleb aktsepteerida teatavat alusetu

---

<sup>141</sup> VaKo 18.09.2014 otsus nr 12.2-9/7737, p 18.

<sup>142</sup> RKHKo 3-3-1-23-10, p 16; RKHKo 3-3-1-56-04, p 22.

rikastumise võimalikkust. Hankemenetluse omapärade tõttu aga on autori hinnangul selline põhjusliku seose kergendamine põhjendatud, sest kindla põhjusliku seose nõudmine mõlema kahju liigi puhul vähendaks oluliselt nõude tõhusust ja kasutatavust.

Ilma pikema hindamiseta saab põhjusliku seose puudumise tõttu välistada kahjunõude esitamise pakkujate puhul, kelle pakkumus ületab hankelepingu planeeritud maksumust.<sup>143</sup> Sellist põhjusliku seose kontrollimise metoodikat on kasutanud ka VaKo, hinnates kas rikkumise mitteesinemisel esineb mingeid teisi asjaolusid, mis oleksid tõenäoliselt takistanud või välistanud hankelepingu sõlmimise kahju hüvitamise nõude esitajaga.<sup>144</sup> Leides sellise põhjuse (näiteks hankelepingu planeeritud maksumust ületav pakkumuse maksumus), on VaKo leidnud, et kergendatud põhjusliku seose nõue ei ole täidetud.<sup>145</sup> Antud kaasuses selline välistav põhjus leidis ja järeldus, et tõenäosus lepingu sõlmimiseks puudub, on õige. Küll aga ei saa sellise välistava põhjuse puudumise korral teha automaatselt järeldust, et põhjuslik seos on olemas. Selle tuvastamiseks tuleb läbi viia ka täiendav kontroll eelpool kirjeldatud reegleid järgides.

Analüüsid isikute ringi, kes nimetatud kahele põhjusliku seoses standardile tugineda saavad, siis ühest järeldust, et kergendatud põhjusliku seose puhul on isikute ring laiem, autori hinnangul teha ei saa. Seda põhjusel, et lõpptulemusena tuleb ka kergendatud seose puhul näidata ära hankelepinguni jõudmise võimalus ja see saab olla vaid ühel pakkujal.<sup>146</sup> Ei ole ka kergendatud põhjusliku seose puhul võimalik, et näiteks kolmest pakkumuse esitanud pakkujast kaks omavad tõenäosust hankelepingu sõlmimiseks, sest ka hüpoteetiliselt läbi viidavast pakkumuste hindamisest saab edukana väljuda vaid üks pakkuja.

Põhjusliku seose olemasolu peab tõendama kahjunõude esitaja.<sup>147</sup> Nagu juba eespool öeldud, siis põhjusliku seose ahel kindla seose puhul on lühike ja selle tõendmise osas autor suuremaid raskuseid ei näe, sest on olemas objektiivsed pakkumuste hindamise kriteeriumid ja hüpoteetiliselt tuleb läbi viia ainult üks menetluse etapp. Keerukam on aga kergendatud põhjusliku seose puhul, sest olenevalt menetluse etapist, kus rikkumine toimus, peab nõude esitaja ise jätkama hüpoteetiliselt menetlust ja tõendama ära, et tema oleks tõenäoliselt olnud edukas pakkuja. Kui rikkumine toimus näiteks kvalifikatsiooni kontrollimisel, siis on

---

<sup>143</sup> K. Stockmann. *GWB § 126, Rn 18-20.* – U. Immenga, E.-J. Mestmäcker (Hrsg). *Wettbewerbsrecht.* 5. Auflage.

<sup>144</sup> VaKo 18.09.2014 otsus nr 12.2-9/7737, p 16.

<sup>145</sup> VaKo 18.09.2014 otsus nr 12.2-9/7737, p 23.

<sup>146</sup> S. Treumer, F. Lichère (edit). *Enforcement of the Eu Public Procurement Rules,* lk 41.

<sup>147</sup> K. Stockmann. *GWB § 126, Rn 17.* – U. Immenga, E.-J. Mestmäcker (Hrsg). *Wettbewerbsrecht.* 5. Auflage.

kahjunõude esitajal vajalik ära tõendada kõik vahepealsed menetluse etapid. Selleks on nõude esitajal vajalik omada juurdepääsu hankemenetluse dokumentidele, milleks on lisaks hanke väljakuulutamisel avaldatud hanketeate, hankedokumentidele ja kvalifikatsioonitingimustele ka protokollid, selgituse nõuded ning nende vastused. Kui hange ei toimu e-menetlusena, siis on dokumentidele juurdepääsu saamine raskendatud. Sellisel juhul on kahjunõude esitajal ainuke võimalus vajalikud dokumendid teabenõudega hankijalt välja küsida.

### 3.1.5. Süü

Lisaks eelnevalt käsitletud eeldustele on õiguskirjanduses ja ka õiguspraktikas põhjendanud arutelusid süülise vastutuse küsimus riigihankeõiguses. Eesti siseriikliku regulatsiooni kontekstis vajab süü küsimus samuti käsitlemist, sest riigivastutuse seadus sätestab saamata jäänud tulu nõude juures hankija vastutust välistavaks asjaoluks süü, kuid riigihangete seadus süü temaatikat ei käsitle. Seega tekib jällegi küsimus, kas riigihangete seadus eriseadusena välistab süülise vastutuse kohaldamise või siis on tegemist lüngaga, mille ületamiseks tuleb pöörduda riigivastutuse seaduse kahju hüvitamise regulatsiooni poole. Kohus ega VaKo ei ole kahju hüvitamise nõuete puhul hankija süüd nõude eeldusena ega vastutust välistava asjaoluna käsitlenud, küll aga on süüd, kui hankija vastutust välistavat asjaolu oma vaidluses esitatud seisukohtades kasutanud hankijad.<sup>148</sup> Seega vajab autori hinnangul süülise vastutuse küsimus antud juhul täpsemat käsitlust.

Riigivastutuse üldkoosseisu ei kuulu Eestis kahju tekitanud avaliku võimu kandja süü ja piisab tegevuse õigusvastasusest. Süü lisandub vastutust välistava asjaoluna mõnes üksikus riigivastutusõiguse valdkonnas, nendeks on saamata jäänud tulu ja mittevaralise kahju hüvitamine. RVastS § 13 sätestab kahju hüvitamise nõude puhul kohalduvad vastutuse piiramise alused ja selle paragrahvi lõike 2 kohaselt ei hüvitata saamata jäänud tulu, kui kahju hüvitamiseks kohustatud isik tõendab, et ta ei olnud kahju tekkimises süüdi.

Saksamaa õiguskirjanduses on süü küsimus kahju hüvitamise eeldusena püsivate arutelude objektiks. Vastupidiselt GWB § 126 sõnastusele on mitmed Saksamaa õiguseksperdid seisukohal, et ka pakkumuse esitamise kulude kahjunõude eelduseks on rikkumise süüülisus.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> TlnHK 3-12-2076, p 17; VaKo 30.04.2014 otsus nr 12.2-9/3507, p 6.6.2.

<sup>149</sup> J. Byok, W. Jaeger, S. Gronsted (Hsrg.) Kommentar zum Vergaberecht. Verlag Recht und Wirtschaft 2005, Rn 1301; K. Stockmann. GWB § 126, Rn 10. – U. Immenga, E.-J. Mestmäcker (Hrsg). Wettbewerbsrecht. 5. Auflage.

See seisukoht lähtub asjaolust, et tavapärase kahju hüvitamise nõude eelduseks Saksa õiguses on muuhulgas ka süü ja selle eelduse puudumise korral riigihankealase kahju hüvitamise nõudes, oleks hankija võrreldes teiste kahjunõuete adressaatidega ebasoodsamas olukorras.<sup>150</sup> Kuid vaatamata eriarvamustele on Saksamaa õiguses kehtiv seisukoht, et pakkumuste esitamisega seotud kulude hüvitamist käsitleva GWB § 126 alusel esitatava nõude eelduseks ei ole süüline rikkumine.<sup>151</sup> Seda kinnitab Saksamaa kõrgeima kohtu BGH (*der Bundesgerichtshof*) otsus mille kohaselt, süü ei ole riigihankemenetluses kahju hüvitamise nõude eelduseks.<sup>152</sup> BGH lähtus tõlgendamisel peamisest GWB § 126 sõnastusest, võrreldes seda teiste sarnaste sätetega (nt GWB § 125 lg 2). Tõlgendus lähtub põhimõttest, et kui teised sätted toovad otsesõnu välja süü tõendamise nõude, siis GWB §-s 126 see puudub. Seega pole seadusandja pidanud vajalikuks süülist vastutust riigihankemenetluses esitatava otsese varalise kahju hüvitamise nõude puhul.<sup>153</sup> Sama tõlgendusmetoodikat on direktiivi puhul kasutanud ka Euroopa Kohus.<sup>154</sup> Eeltoodud põhimõte, et süülist vastutus kohaldatakse ainult siis, kui see on seadusega ette nähtud, kehtib ka Eesti õiguskorras. Vaadates saamata jäänud tulu nõuet, mis jääb GWB § 126 alusel hüvitatavast kahjust välja ja tuleb esitada *clpa in contraherto* alusel, siis seal on eelduseks süü tõendamine tahtluse või hooletuse vormis.<sup>155</sup> Süü kohaldamist saamata jäänud tulu eeldusena kinnitab ka Saksamaa kohtupraktika.<sup>156</sup>

Süü kehtestamine nõude eeldusena või vastutust välistava asjaoluna omab mõju nõude tõhususele. Tõhususe kriteerium tähendab eelkõige seda, et siseriiklik õigus ei tohi takistada Euroopa Liidu õiguse täielikku rakendumist. Siseriikliku riigivastutuse eripärasid on võimalik arvestada, kuid seda üksnes määran, mil Euroopa Liidu õiguse rakendamine muutuks praktiliselt võimatuks. Siinjuures ongi Saksamaa õiguse puhul välja toodud eelnimetatud vastutuse süülisuse põhimõte, mis on Euroopa Liidu õiguse rakendamise suhtes liialt piiravaks ning seetõttu ollakse kirjanduses seisukohal, et süülist vastutust ei saa sellisel kujul kohalduda.<sup>157</sup> Seetõttu ei ole süüline vastuste nõude eeldusena kooskõlas Euroopa Liidu õigusega.<sup>158</sup> Seisukoht on lähtuvalt õiguskaitse tõhususe ja eesmärgipärasuse printsiipidest

---

<sup>150</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 25.

<sup>151</sup> C. Antweiler GWB § 126, Rn 1 - M. Dreher und G. Motzke (Hrsg). Beck'scher Vergaberechtskommentar.

<sup>152</sup> BGH. X ZR 18/07, 27.11.2007. – ZfBR 2008, 299.

<sup>153</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 25-26.

<sup>154</sup> EKo 30.09.2010, C-314/09, Stadt Graz vs Strabag AG ja teised, p 35, 41.

<sup>155</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 158.

<sup>156</sup> BGH X ZR 146/03, 01.08.2006. – NZBau 2007, 58.

<sup>157</sup> P. Nacimiento. Gemeinschaftsrechtliche und nationale Staatshaftung in Deutschland, Italien und Frankreich. Baden-Baden: Nomos 2006, lk 116.

<sup>158</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 3.

välja kujundatud Euroopa Kohu poolt.<sup>159</sup> Tõhususe põhimõtte kohaselt on iga säte, mis piirab liialt pakkuja võimalust kahjunõude esitamisel, Euroopa Liidu õiguskaitsemeetmete direktiividega vastuolus. Süü eelduse puhul oleks kahjunõude algatamise tingimused väga piiratud ja pakkujatel oleks kahju hüvitamise õiguse kasutamine keeruline või isegi praktiliselt võimatu.<sup>160</sup> Seda põhjusel, et hankija süü tõendamine pakkuja poolt eeldab põhjalikku ülevaadet rikkumise asjaoludest, kuid enamikul juhtudel pole pakkujal võimalik nimetatud asjaolusid tuvastada ning tõendada.

Lisaks pakkuja poolt tõendatava süü eelduse kooskõllalisuse hindamisele on Euroopa Kohus hinnanud ka seda, kas direktiiviga on vastuolus iga siseriiklik õigusnorm, mis seab mingil viisil pakkuja õiguse saada kahjutasu tingimuseks hankija süü olemasolu, või tuleb direktiiviga vastuolus olevaks lugeda üksnes see norm, mis paneb süü olemasolu tõendamiskoormuse pakkujale.<sup>161</sup> Vastuolu hindamisel lähtus Euroopa Kohus kahju hüvitamist puudutavate õiguskaitsevahendite kontekstist ja üldisest eesmärgist.<sup>162</sup> Kohus leidis, et direktiiviga ei ole kooskõllas see, kui siseriiklik õigus sätestab hankija süü presumptsiooni või oleks hankijal võimalik oma rikkumist õigustada mõne muu vastutust välistava erandiga. Lahendus, kus süü tõendamise koormust pole pandud mitte kannatanud isikule, vaid kehtib hankija süü presumptsioon, piirab tõhusat ja eesmärgipärast õiguskaitset seeläbi, et hankijale on antud võimalus ümber lükata talle pandud süü presumptsioon.<sup>163</sup> Seega kehtestaks hankija süü presumptsiooni regulatsioon varjatult siiski eelduse hankija süüliselt vastutusest, mis ei ole aga kooskõllas Euroopa Liidu õigusega.

Arvestades eeltoodut, on autor seisukohal, et süü kahju hüvitamise nõude eeldusena või hankija vastutust välistava asjaoluna on hankeasjades välistatud, sest see pole kooskõllas Euroopa Liidu õigusest tulenevate õiguskaitse tõhususe ja eesmärgipärase kohaldamise põhimõtetega. Eesti siseriiklikus regulatsioonis tuleks lähtuvalt eeltoodust teha täiendus selliselt, et oleks välistatud riigivastutuse seadusest tuleneva regulatsiooni kohaldamine, mis ei võimalda nõuda saamata jäänud tulu hüvitamist, kui hankija tõendab, et rikkumine ei olnud süüline.

---

<sup>159</sup> EKo 14.10.2004, C-275/03, Komisjon vs Portugal; EKo 10.01.2008, C-70/06, Komisjon vs Portugal; EKo 30.09.2010, C-314/09, Stadt Graz versus Strabag AG ja teised, p 45.

<sup>160</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 25.

<sup>161</sup> EKo 30.09.2010, C-314/09, Stadt Graz vs Strabag AG ja teised, p 25.

<sup>162</sup> EKo 30.09.2010, C-314/09, Stadt Graz vs Strabag AG ja teised, p 34.

<sup>163</sup> EKo 30.09.2010, C-314/09, Stadt Graz vs Strabag AG ja teised, p 35, 41.

### 3.1.6. Esitamiseks õigustatud isikud

Lähtekoha isikute piiritlemiseks, kellel peaks olema kaebeõigus direktiivi mõtte kohaselt, annab mõlema õiguskaitsemeetme direktiivi artikkel 1 lõige 3, mille kohaselt peab läbivaatamismenetlus olema kättesaadav vähemalt kõigile nendele isikutele, kellel on või oli huvi konkreetse lepingu sõlmimiseks ning keda väidetav rikkumine kahjustas või võis kahjustada. Euroopa Kohus on leidnud, et liikmesriik peab ise sisustama mõiste „huvi hankelepingu sõlmimiseks“ viisil, mis ei piira ebamõistlikult direktiivi tõhusust. Euroopa Kohus analüüsis hankepingu sõlmimise huvi olemasolu tulenevalt esmase õiguskaitse kasutamisest pakkuja poolt ja leidis, et direktiivist tuleneva tõhususe nõudega ei ole kooskõlas siseriiklik õigus, mille kohaselt kaotab isik huvi hankelepingu sõlmimiseks, kui ta ei ole oma õiguste kaitseks kasutanud kõiki eelnevad siseriiklikus korras võimalikke õiguskaitsevahendeid.<sup>164</sup> Seega ei saa kahju hüvitamiseks õigustatud isikute ringist välistada isikuid, kes ei ole eelnevalt kasutanud õigusi rikkuva otsuse või toiminguga tühistamise nõuet ja korrektne ning direktiividega kooskõlas on järeldus, et kahju hüvitamise nõude esitamiseks õigustatud isikuteks on kindlasti kõik hankemenetluses osalenud pakkujad. Eesti kohtupraktikas ja VaKo praktikas ei ole tekkinud vaidluseid kahjunõude esitamiseks õigustatud isikute ringi osas, sest kõik vaidlustused on esitatud hankemenetluses pakkujana osalenud isikute poolt.

Õiguskaitsemeetmete direktiivides tuleneb ja õiguskirjandus kinnitab seisukohta, et üksnes asjaolu, et isik ei võtnud pakkujana osa hankemenetlusest (edaspidi huvitatud isik), ei anna alust keelduda kahju hüvitamisest, sest ka pakkumuse mittetegemisel võib isik omada huvitatud hankelepingu sõlmimisest ja olla näiteks avalikustamise nõuete rikkumise tõttu jäänud hankemenetlusest kõrvale.<sup>165</sup> Sellisel juhul on ei ole huvitatud isik teadlik hankemenetlusest ja ta ei ole saanud menetluses osaleda, mis omakorda tähendab, et isikul ei ole tekkinud pakkumuse ettevalmistamise ja hankemenetluses osalemise kulusid, mistõttu otsese varalise kahju nõuet isikul olla ei saa. Hankemenetluses mitteosalemine toob aga kaasa ka saamata jäänud tulu nõude välistamise, sest kindla põhjusliku seose tõendamise ei ole pakkumuse mitteesitamise tõttu võimalik, sest see eeldab hankija poolt pakkumuse vastavaks tunnistamist.

---

<sup>164</sup> EKo 19.06.2003, C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH and Others v Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag), p 31-35; EKo 12.02.2014, C-230/02, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG v Republik Österreich, p 42, 43.

<sup>165</sup> F. J. Arztmann. Schadenersatz im Vergaberecht in Deutschland und Österreich. Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien: Peter Lang 2005, pp 95, 96; H.-J. Niestedt, M. Niestedt. Rechtsschutz im Vergaberecht. Carl Heymanns Verlag 2006, p 166.

Lisaks on võimalik olukord, kus huvitatud isik on küll teadlik hankemenetluse toimumisest, kuid pole saanud mõne hankija poolse rikkumise tõttu pakkumust tähtaegselt esitada. Sellisel juhul on võimalik, et on tekkinud pakkumuse ettevalmistamise ja hankemenetluses osalemisega seotud kulud, mille osas kahjunõude esitamiseks tuleb isikul ära tõendada kergendatud põhjuslik seos, mis seisneb hankelepingu sõlmimise tõenäosuse olemasolus. Pakkumuse mitte esitamise tõttu tekivad aga ka siin huvitatud isikul ületamatud raskused põhjusliku seose eelduste tõendamisel, sest puudub ametlikult esitatud kvalifikatsiooni tõendav dokumentatsioon ja pakkumus. Seega tekib huvitatud isiku puhul olukord, kus direktiivist tulenevalt kahjunõude esitamise õigus neile küll teoorias laieneb,<sup>166</sup> kuid nõude edukas kasutamine praktikas on tulenevalt põhjusliku seose eelduse tõendamise võimatusest välistatud. Sama olukord on ka piiratud hankemenetluse, väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse või võistleva dialoogi esimeses etapis, kui taotleja (RHS § 12 lg 2) on esitanud hankijale üksnes hankemenetluses osalemise taotluse ja kvalifikatsiooni tõendamiseks vajalikud dokumendid, kuid pole veel esitanud pakkumust, mille alusel oleks võimalik hinnata põhjusliku seose olemasolu.

Kokkuvõtlikult saab seega öelda, et kahjunõude esitamiseks õigustatud isikuteks on direktiivist tulenevalt pakkuja, taotleja ja ka huvitatud isik, kuid taotleja ja huvitatud isiku puhul on nõude rahuldamine põhjusliku seose eelduse tõendamata tõttu välistatud. Hinnates Eesti riigihangete seaduse regulatsiooni, mis sätestab nõudeõiguse pakkujale ja taotlejale, muutmise vajadust, siis on autori hinnangu kaks võimalikku lahendust. Üks võimalus on kasutada nõude esitamiseks õigustatud isikute ringi määratlemisel direktiivi sõnastust ja sätestada regulatsioon järgmiselt – peale hankelepingu sõlmimist võib kahju hüvitamise taotluse esitada isik, kellele on riigihankeõiguse rikkumisega kahju tekitatud ja kellega jäi hankeleping sõlmimata /.../. Teine võimalus on sätestada seaduses üheselt, et nõude esitamiseks on õigustatud üksnes hankemenetluses osalenud pakkujad. Esimese, kindlaid isikute liike mitte nimetava sõnastuse kasuks räägib see, et on üheselt tuvastatav kooskõllalisus õiguskaitsemeetmete direktiividega. Negatiivseks pooleks on aga eksitava õiguskaitse võimaluste tekitamine huvitatud isikutele ning taotlejatele. Teise sõnastuse tugevus on õigusselgus, mis aga välistab ettenägematud erandjuhtumid ning võib esmapilgul tekitada küsimuse nõude kooskõllalisusest Euroopa Liidu õigusega. Lisaks ei tohi kahjunõude esitamiseks õigustatud isikute ringi piirata mistahes täiendavate menetluslike kriteeriumitega nagu näiteks tühistamise nõude esitamine.

---

<sup>166</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 24.

### 3.2.Nõude tõhusus

Lähtuvalt eeltoodud paragrahvides esitatust on autori hinnangul Euroopa Liidu õigusega kooskõlas olevad kahju hüvitamise nõude eeldused, mida siseriiklik õigus peab sisaldama, järgmised.

Otsese varalise kahju nõue:

- 1) nõude esitamise õigus on pakkujal;
- 2) õigusvastane rikkumine;
- 3) kahju tekkimine otsese varalise kahju näol;
- 4) kergendatud põhjuslik seos rikkumise ja hankelepingust ilma jäämise vahel, st et rikkumise mitteesinemisel oleks olnud hankelepingu sõlmimine isikuga tõenäoline.

Saamata jäänud tulu nõue:

- 1) nõude esitamise õigus on pakkujal;
- 2) õigusvastane rikkumine;
- 3) kahju tekkimine saamata jäänud tulu näol;
- 4) range põhjuslik seos rikkumise ja hankelepingust ilma jäämise vahel, st et rikkumise mitteesinemisel oleks olnud hankelepingu sõlmimine isikuga kindel.

Lisaks ei tohi kahjunõude eeldusena sätestada õigusi rikkuva otsuse/toimingu tühistamise nõuet või piirata hankija vastutust süülisusega. Mõlema kahjunõude puhul ei ole nõude esitamiseks õigustatud isikute hulgas nimetatud huvitatud isikuid ja taotlejaid, kes jäävad välja põhjusliku seose tõendamise võimatuse tõttu. Õiguskaitsemeetmete direktiividest tulenevalt on neil küll nõude esitamise õigus olemas, kuid eduka kahjunõue esitamine ei ole põhjusliku seose eeldusest tulenevalt võimalik. Sellele probleemile on tähelepanu juhitud ka õiguskirjanduses<sup>167</sup> ja siin avaldub ka autori hinnangul üks kahju hüvitamise, kui lepingujärgse õiguskaitsevahendi ebatõhususe aspekt, mida ei ole võimaik kahju hüvitamise regulatsiooni muutmisega likvideerida. Põhjusliku seose eeldus on kahju hüvitamise regulatsiooni olemuslik tunnus, mille kaotamisel kaob regulatsiooni proportsionaalsus ja õiglus.

---

<sup>167</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy, lk 154; S. Treumer. The Discretionary Powers of Contracting Entities – Towards a Flexible Approach in the Recent Case Law of the Court of Justice? – Public Procurement Law Review 2006/3, lk 71, 81.

Autor on seisukohal, et peamine problemaatika kahjunõude tõhususe puhul seisnebki põhjusliku seose eelduses, mis ühelt poolt piirab oluliselt nõude tõhusust, sest muudab saamata jäänud tulu hüvitamise raskesti tõendatavaks ja harvaks. Teisalt aga tagab see eeldus kahju hüvitamise regulatsiooni õigluse ja tasakaalu, et vältida kahjunõude esitaja alusetut rikastumist. Tulenevalt sellest, et saamata jäänud tulu hüvitamine on pigem harv, kui tavapärane ja enamasti on isikutel võimalik siiski nõuda ainult pakkumuse esitamise seotud kulude hüvitamist, on mõistetav pakkujate ja taotlejate seisukoht, et hüvitisel puudub reaalne hüvitav mõju.

Analüüsides nõude tõhusust õigusvastase otselepingu sõlmimise (sh hankelepingu õigusvastane muutmine) ja hankelepingu tühiseks osutumise (*ineffectiveness*) korral, siis peamine problemaatika seostub ka nendel juhtudel põhjusliku seose eeldusega. Seda põhjusel, et kuigi leping on kahju saanud isikuga ükskord juba sõlmitud, siis tuleb ka selles olukorras ära tõendada, et ilma lepingu tühisuse kaasa toonud rikkumiseta oleks isik tõenäoliselt või kindlalt edukas pakkuja olnud.<sup>168</sup> Kuivõrd see aga tõendatav on, oleneb tühisuse tinginud rikkumise olemusest. Kui on näiteks tegemist ebaseadusliku otselepinguga, siis on põhjusliku seose eelduse tõendamine põhimõtteliselt võimatu, sest puudub hankemenetlus, mille kontekstis tõendamine toimuma peaks. Kui rikkumiseks on kohustusliku ooteaja nõude mittejärgimine, siis samuti on isikul tagantjärei raske tõendada, et ooteaja jooksul ei oleks üksi teine pakkuja esitanud vaidlustust, mis oleks võinud mõjutada tema võimalust sõlmida hankeleping. Alternatiivseteks ja tõhusamateks nõueteks võivad lepingu tühiseks osutumise korral eraõiguslikud lepingulise vastutuse nõuded, kuid nende tõhususe ja kasutatavuse analüüsil autor käesoleva töö raames täpsemalt ei peatunud.

Lähtuvalt sellest, et põhjusliku seose eeldust ei ole võimalik ära kaotada, on autor seisukohal, et kahju hüvitamise nõue ei saagi juba oma olemusest lähtuvalt olla sama tõhus, kui näiteks õigusi rikkuva otsuse tühistamise nõue. Kahjunõude ebatõhusus on direktiivi juba sisse kirjutatud seeläbi, et seda tahetakse pakkuda kõigile huvitatud isikutele ja kõikide rikkumiste korral. Kahjunõude olemusest tulenevalt aga ei ole see võimalik. Lepingujärgsete õiguskaitse tõhusamaks muutmiseks on vajalik kahjunõude nõrkuseid kompenseerida täiendavate lahendustega, mille osas on heaks näiteks hiljuti õiguskaitsemeetmete direktiividesse lisandunud *ineffectiveness* regulatsioon. Seeläbi on tagatud ebaseaduslike otselepingute tühisus, mis toob kaasa uue hankemenetluse ja tagab kõigile huvitatud isikutele võimaluse

---

<sup>168</sup> BGH X ZR 86/08, 26.01.2010. – NZBau 2010, 387-388; S. Treumer, F. Lichère (edit). Enforcement of the Eu Public Procurement Rules, lk 147.

hankemenetluses osaleda, mistõttu kaob vajadus saamata jäänuid tulu nõude esitamiseks huvitatud isikute poolt.

Autor püstitas töö sissejuhatuses hüpoteesi, et Eesti siseriiklik kahju hüvitamise regulatsioon vajab muutmist, et tagada Euroopa Liidu õigusest tulenev tõhus kahju hüvitamine. Hüpoteesi püstitades eeldas autor, et kahju hüvitamise õiguskaitsevahend ei ole tõhus selle pärast, et puudub üheselt mõistetav siseriiklik regulatsioon ning ei ole selged nõude eeldused ja hüvitatava kahju liigid. Uurimistulemustest aga tulenes, et isegi kui nõude eeldused on konkreetselt õigusaktis sätestatud ja üheselt on välja toodud ka nõude esitamiseks õigustatud isikud ning hüvitatava kahju liigid, siis kahju hüvitamise kui õiguskaitsevahendi tõhusus on ikka väga piiratud. Seda eelkõige kahel põhjusel. Esmalt asjaolu, et nõude eelduseid on raske ja teatud juhtudel ka võimatu tõendada. Ilmekalt avaldub eeltoodu põhjusliku seose eelduse puhul, kus näiteks saamata jäänud tulu hüvitamise eelduste täitmiseks peab kahjunõude esitaja rikkumise toimumise hetkeks olema jõudnud vähemalt pakkumuse vastavaks tunnistamise etappi. Kui rikkumine on toimunud varasemad menetluse osas, siis edukat saamata jäänud tulu nõuet esitada ei ole võimalik. Otsese varalise kahju puhul on võimatu tõendada kergendatud põhjusliku seose olemasolu huvitatud isikutel ja taotlejatel. Teine nõude kasutatavust ja tõhusust vähendav tegur tuleneb eeltoodust ja seisneb selles, et nõude rahuldamisel saadav hüvitis omab vähest hüvitavat mõju, sest enamikel juhtudel on võimalik nõuda üksnes otsese varalise kahju hüvitamist.

Euroopa Komisjon on nentunud kahju hüvitamise ebatõhusust, kuid jätnud selle probleemi liikmesriikide lahendada.<sup>169</sup> Üks võimalus kahju hüvitamise nõude tõhusamaks muutmisel oleks ka see, kui pöörata ümber tõendamiskoormus põhjusliku seose eelduse osas. See tähendaks, et asjaolu, et lepingu sõlmimine ilma rikkumiseta ei oleks olnud tõenäoline või kindel peab tõendama hoopis hankija. Kirjeldatud lahendus omaks tõhususele soodustavat mõju seeläbi, et enamasti on kohtul ja kahju saanud pakkujal keeruline tõendada põhjusliku seosega seotud asjaolusid, samas kui hankijal on kogu teave hankemenetluses tehtud otsustusprotsesside kohta olemas. Kahjunõude esitajal võib tõendamisel saada takistuseks just see, et tal puudub juurdepääs kõigile vajalikele dokumentidele. Kohus aga põhimõtteliselt ei saa hakata teostama pakkumuste vastavuse kontrollimist ja hindamist hankija asemel. Seega oleks üks võimalik vahend kahju hüvitamise nõude tõhususe suurendamisel see, kui tõendamiskoormus on

---

<sup>169</sup> Commission of the European Communities. Commission staff working document. Impact assessment report – remedies in the field of public procurement, lk 22.

pööratud hankijale ja eeldatakse et lepingu sõlmimine on tõenäoline või kindel. Seda lahendust on näiteks Taani siseriiklik kahjunõudeid läbi vaatav asutus ka korra saamata jäänud tulu väljamõistmise otsuses kasutanud. Kuid apellatsioonikohtus ei jäänud selline tõlgendus kahjuks püsima, sest kohus leidis küll, et pakkuja tõendmaiskormust peaks kergendama, kuid seda täielikult ümber pöörata siiski ei saa.<sup>170</sup> Vaatamata sellele oleks kirjeldanud lahendus igal juhul kooskõlas direktiivist tuleneva kohustusega tagada tõhusad meetmed kahju hüvitamiseks,<sup>171</sup> ja seetõttu tuleks autori hinnangul seda võimalust ka regulatsiooni muudatuste väljatöötamisel kaaluda.

Eesti siseriikliku regulatsiooni muutmise vajaduse osas on autor on seisukohal, et kahjunõude täpne regulatsioon tuleks sisse viia riigihangete seadusesse ja välistada riigivastutuse seaduse kohaldamine hankemenetluses toimunud rikkumise alusel esitatava kahjunõude puhul. Seda põhjusel, et kõnealune kahju hüvitamise regulatsioon erineb olulistest osas riigivastutuse seaduses sätestatud riigivastutuse üldkoosseisust. Näiteks ei ole hankeasjades kohaldatav vastutuse välistamise võimalusena süü puudumine, esmaste õiguskaitsevahendite kasutamine ei ole nõude esitamise eeltingimuseks ning otsese varalise kahju puhul on põhjusliku seose osas sätestatud täiendav kergendav regulatsioon. Konkreetsed ettepanekud sätete sõnastamiseks on esitanud autor töö vastavates peatükkides. Hetkel kehtiv olukord, kus riigihangete seadust ja riigivastutuse seadust saab kohaldada korraga, tagab küll võimaluse siseriikliku regulatsiooni tõlgendamiseks Euroopa Liidu õigusega kooskõllaliselt, kui õigusselguse tagamiseks on autori hinnangul siiski valik regulatsiooni muutmise ning eriseadusesse koondamine.

---

<sup>170</sup> D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, lk 164.

<sup>171</sup> D. Pachnou. *The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules*, lk 121.

## KOKKUVÕTE

Kahju hüvitamine on kompenseeriv-ennetav, pakkujate aktiivsel tegevusel põhinev, lepingu sõlmimise järgselt kasutatav ja Eesti ning ka teiste Euroopa Liidu liikmesriikide praktikas senini vähest kasutust ja tõhusust omav õiguskaitsevahend. Eeltoodu põhjuseks pidas autor töö hüpoteesi kohaselt selge siseriikliku regulatsiooni puudumist, kuid tegelikult seisneb probleem ka nõude eelduste tõendamise võimalikkuses, millest tulenevalt puudub kahju hüvitamise nõudel sageli reaalne hüvitav mõju, sest saamata jäänud tulu hüvitamine on pigem erand, kui reegel.

Magistritöö eesmärgiks oli tuvastada, millised on Euroopa Liidu õigusega kooskõlas olevad riigihankeõiguse rikkumisest tuleneva kahju hüvitamise nõude eeldused, hüvitatava kahju liigid ning kes on nõude esitamiseks õigustatud isikud ja sellest lähtuvalt teha ettepanekuid Eesti siseriiklikus õiguses sätestatud kahju hüvitamise regulatsiooni täpsustamiseks.

Euroopa Liidu õiguse tasandil reguleerivad kahju hüvitamist hankeasjades õiguskaitsemeetmete direktiivid 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ, mis sätestavad, et liikmesriigid peavad ette nägema Euroopa Liidu riigihankealase õiguse või seda rakendava siseriikliku õiguse rikkumise eest kahjutasu maksmise võimaluse. Seega on tegemist Euroopa Liidu teisest õigusest tuleneva õiguskaitsevahendiga. Samas ei kata õiguskaitsemeetmete direktiivid kõiki hankelepinguid, vaid ainult rahvusvahelist piirmäära ületavaid lepinguid. Seetõttu on kirjanduses nenditud kahjunõude olemasolu ka Euroopa Liidu esmase õiguse alusel. Eesti praktikas omab esmasest õigusest tulenev nõue aga vähest tähtsust, sest meie siseriiklikus õiguses on direktiivi mõjuala laiendatud nii, et kahju hüvitamise regulatsioon katab kõik hankelepingud olenemata hankemenetluse liigist ja lepingu maksumusest.

Käesoleva uurimise tulemusena saab autori hinnangul kahju hüvitamise nõude osas välja tuua kolm peamist probleemistikku – saamata jäänud tulu hüvitamise vajadus, kahju hüvitamise nõude eelduste ebaselgus ning kahjunõude tõhususe puudumine.

Hüvitatava kahju liikide probleemistiku uurimisel jõudis autor järeldusele, et kahjuna riigihankemenetluses on käsitletav nii otsene varaline kahju, kui ka saamata jäänud tulu. Otsene varaline kahju seisneb pakkumuse koostamiseks või hankemenetluses osalemiseks tehtud kulutustes ja saamata jäänud tulu hankelepingu täitmisel planeeritavalt saadavas kasumis. Kui otsese varalise kahju hüvitamise vajaduse osas Euroopa Liidu, ega ka siseriikliku õiguse

tasandil olulisi küsitavusi ei ole, siis saamata jäänud tulu hüvitatavuse vajaduse osas on märksa rohkem erinevaid seisukohti. Uurimuse tulemusel jõudis autor järeldusele, et saamata jäänud tulu on hüvitatav kahju riigihankemenetluses juhul, kui hankija õiguspärase käitumise korral oleks hankelepingu sõlmimine kahjunõude esitajaga olnud kindel, st et on tuvastatud range põhjusliku seose olemasolu rikkumise ja hankelepingust ilma jäämise vahel. Autor on seisukohal, et kui eitada saamata jäänud tulu hüvitamist hankemenetluses toimunud rikkumiste korral, siis ei ole täidetud kahju hüvitamisele seatud eesmärk, milleks on kahjustatud isiku asetamine olukorda, kus ta oleks olnud, kui rikkumist ei oleks esinenud.

Nõude eelduste probleemistik direktiivist tuleneva riigihankeõigusliku kahjunõude siseriiklikku õigusesse sisse viimise juures seisneb selles, et õiguskaitsemeetmete direktiivid sätestavad küll liikmesriigile kohustuse tagada tõhusa ja kiire kahju hüvitamise regulatsiooni olemasolu siseriiklikus õiguses, kuid nõude sisulised eeldused ja hüvitatava kahju liigid on lähtuvalt menetlusautonoomiast jäetud liikmeriikide enda kehtestada. Keerukust olukorrale lisab veel see, et liikmesriigid ei ole regulatsiooni kehtestamisel ka täiesti vabad, sest arvestada tuleb Euroopa Kohtu poolt kujundatud tõhususe ja võrdvärsuse põhimõtetega. Esimene neist seab tingimuseks, et siseriiklik õigus ei tohi muuta kahju hüvitamist praktiliselt võimatuks ja teine sätestab, et õiguskaitsemeetmete direktiividest tulenev kahju hüvitamise nõue ei tohi olla ebasoodsam kui samaliigiline siseriiklik nõue. Uurimuse põhjal leiab autor, et Euroopa Liidu õigusega kooskõlas oleva kahju hüvitamise nõude eeldused on järgmised:

Otsese varalise kahju nõue:

- 1) nõude esitamise õigus on pakkujal;
- 2) õigusvastane rikkumine;
- 3) kahju tekkimine otsese varalise kahju näol;
- 4) kergendatud põhjuslik seos rikkumise ja hankelepingust ilma jäämise vahel, st rikkumise mitteesinemisel oleks olnud hankelepingu sõlmimine isikuga tõenäoline.

Saamata jäänud tulu nõue:

- 1) nõude esitamise õigus on pakkujal;
- 2) õigusvastane rikkumine;
- 3) kahju tekkimine saamata jäänud tulu näol;
- 4) range põhjuslik seos rikkumise ja hankelepingust ilma jäämise vahel, st rikkumise mitteesinemisel oleks olnud hankelepingu sõlmimine isikuga kindel.

Üheselt on välistatud nõude eelduste hulgast hankija süü ja seda nii konkreetse eeldusena, kui ka vastutust välistava asjaoluna. Samuti ei ole Euroopa Liidu õigusega kooskõlas eeldus, et kahju hüvitamise nõuet saab kasutada ainult siis, kui eelnevalt on esitatud isiku õigus rikkuva hankija otsuse või tegevuse tühistamise nõue. Küll aga võib esmaste õiguskaitsevahendite, sh õigusi rikkuva otsuse tühistamise nõude, kasutamata jätmise mõjutada väljamakstava kahjusumma suurust olukorras, kus on selgelt nähtav isiku teadlikkus rikkumisest, see on isikule äratuntav ja samuti ei ole tühistamise nõude esitamist takistanud lühikesed menetlustähtajad või muud mõjuvad põhjused. Nõude aluseks oleva õigusrikkumise olemuse hindamise osas on Euroopa Kohtu seisukoht, et kahju hüvitamiseks annab aluse iga Euroopa Liidu riigihankeõigusest või seda rakendavast siseriiklikust õigusest tulenev rikkumine, kui sellega kaasnes isiku subjektiivsete õiguste rikkumine.

Põhjusliku seose osas jõudis autor järeldusele, et hankeasjades tuleb seose hindamiseks kohaldada kahte standardit – kergendatud põhjuslik seos ja range põhjuslik seos. Esimene neist on eelduseks otsese varalise kahju nõude puhul ja tähendab hankelepingu sõlmimise tõenäosuse olemasolu. Teine, range põhjuslik seos, aga on kohaldatav saamata jäänud tulu nõude esitamisel ja selle täitmiseks peab ilma rikkumise esinemiseta olema lepingu sõlmimine isikuga kindel. Uurimuse tulemusena on autor on seisukohal, et kindla põhjusliku seose tuvastamiseks peavad kvalifikatsiooni kontrolli ja pakkumuse vastavuse hindamise etapid olema hankija poolt läbi viidud. Seda põhjusel, et sellisel juhul on eduka pakkuja valmine kohe järgmine menetluse etapp, mille jaoks on hankijal kehtestatud konkreetsed hindamise kriteeriumid, mille alusel on võimalik objektiivselt ja kindlalt hinnata, rikkumise mõju lepingu sõlmimise võimalikkusele. Seevastu kergendatud põhjusliku seose tuvastamise osas on autor seisukohal, et kindlat menetluse etappi jõudmise tingimust seada ei saa, kuid kvalifikatsiooni ja vastavuse nõuded peavad olema ka selle juhul täidetud ja seda peab tõendama nõude esitaja.

Kolmas probleemistik kahjunõude puhul tuleneb kahest eelnimetatud probleemkohast ning avaldub nõude tõhususes. Autori püstitatud hüpotees, et Eesti siseriiklik kahju hüvitamise regulatsioon vajab muutmist, et tagada Euroopa Liidu õigusest tulenev tõhus kahju hüvitamine, ei leidnud uurimuse tulemusena kinnitust. Autor eeldas, et kahju hüvitamise õiguskaitsevahend ei ole tõhus selle pärast, et puudub üheselt mõistetav siseriiklik regulatsioon ning ei ole selged nõude eeldused ja hüvitatava kahju liigid. Uurimuse tulemusena aga jõudis autor järeldusele, et isegi kui nõude eeldused on konkreetselt õigusaktis sätestatud ja üheselt on välja toodud ka nõude esitamiseks õigustatud isikud ning hüvitatava kahju liigid, siis kahju hüvitamise kui õiguskaitsevahendi tõhusust see ei taga. Põhjuseid on sellel kaks – esmalt raskused või võimatus

nõude eelduste tõendmaise ja teiseks nõude rahuldamisel saadava hüvitse vähene hüvitavat mõju, mis tuleneb selles, et enamikel juhtudel on võimalik nõuda üksnes otsese varalise kahju hüvitamist.

Peamine problemaatika kahjunõude tõhususe puhul seisneb põhjusliku seose eelduses, mis ühelt poolt piirab oluliselt nõude tõhusust, sest muudab saamata jäänud tulu hüvitamise harvaks ja keeruliselt tõendatavaks. Teisalt aga tagab see kahju hüvitamise regulatsiooni õigluse ja tasakaalu, et vältida kahjunõude esitaja alusetut rikastumist. Mõningast nõude tõhususe parandamist on võimalik saavutada põhjusliku seose osas pakkuja tõendamiskoormuse vähendamisega, pannes vastupidise koormuse hankijale. Kuid lähtuvalt sellest, et põhjusliku seose eeldust ei ole võimalik ära kaotada, on autor seisukohal, et kahju hüvitamise nõue ei saagi juba oma olemusest lähtuvalt olla sama tõhus, kui näiteks õigusi rikkuva otsuse tühistamise nõue. Kahjunõude ebatõhusus on direktiivi juba sisse kirjutatud seeläbi, et seda tahetakse pakkuda kõigile huvitatud isikutele ja kõikide rikkumiste korral. Kahjunõude olemusest tulenevalt aga ei ole see võimalik. Lepingujärgse õiguskaitse tõhusamaks muutmiseks on vajalik kahjunõude nõrkuseid kompenseerida täiendavate lahendustega, milleks on näiteks *ineffectiveness* regulatsioon.

Võrreldes eeltoodud uurimistulemusi Eesti siseriikliku õiguses sätestatuga, leiab autor, et kehtivat siseriiklikku õigust on võimalik tõlgendada Euroopa Liidu õigusega kooskõllaliselt. Eeltoodu tähendab seda, et otseselt ning üheselt mõistetavalt kehtivast õigusest kõiki uurimuse tulemusena selgunud kahjunõude olulisi elemente välja toodud ei ole, kuid riigihangete seaduse ja riigivastutuse seaduse tõlgendamise teel on võimalik saavutada siseriikliku õiguse kooskõllalisus õiguskaitsemeetmete direktiivist tuleneva regulatsiooniga. Peamised probleemkohad kehtivas Eesti kahju hüvitamise regulatsioonis seisnevad selles, et ei ole selge, kas riigihangete seadus reguleerib kahju hüvitamist hankeasjades absoluutselt või tuleb teatud küsimustes kohaldamisele ka riigivastutuse seadus, mis omakorda sisaldab ebaselgeid viiteid võlaõigusseadusele. Autor on seisukohal, et kahjunõude täpne regulatsioon tuleks sisse viia riigihangete seadusesse ja välistada riigivastutuse seaduse kohaldamine selles osas, sest kõnealune kahju hüvitamise regulatsioon erineb olulistest osas riigivastutuse seaduses sätestatud riigivastutuse üldkoosseisust.

# COMPENSATION FOR DAMAGE IN CASE OF AN INFRINGEMENT OF PROCUREMENT PROCEDURE

## Summary

The European Union law has principle that a Member State is responsible for any infringement attributable to it for damages caused to persons in connection with a breach in Union law. In public procurement law, the above-mentioned general principle is further developed by law enforcement directives 89/665/EEC and 92/13/EEC (as amended by Directive 2007/66/EC). Pursuant to Article 2 of both directives, a Member State has, among other things, an obligation to ensure national measures, which prescribe the payment of compensation by a contracting authority to persons to whom the contracting authority has caused damage with the infringement of public procurement law. This means that national law must provide interested persons with a right to demand compensation for damage. The above is also, in principle, all that the law enforcement directives prescribe in connection to regulating compensation for damage, and establishing the precise regulation is in the jurisdiction of the national legislator of the Member States by virtue of the principle of procedural autonomy.

In Estonian law, the requirement of ensuring a regulation governing the compensation of damages, which results from the law enforcement directives, is provided in the Public Procurement Act (PPA) and State Liability Law (SLA). However, based on the above law provisions governing compensation for damage (PPA Section 115, Subsection 117 (3), Subsection 121 (5), Subsection 129 (1) and SLA Chapter 3), the claim prerequisites and types of compensatory damage are not unambiguously clear. In addition, Subsection 117 (5) of the PPA established the candidate or tenderer as the persons entitled to filing a claim, while the law enforcement directives result in an obligation to ensure a right to claim compensation to all persons who have suffered loss due to the infringement. In the opinion of the author, the ambiguity about the prerequisites and types of compensatory damage is also displayed in the content of the compensation claims submitted to the Public Procurement Dispute Committee (PPDC) and administrative courts, in which the applicants have listed very different prerequisites of the claim and there is no common understanding about the types of compensatory damage. Decisions of the PPDC and administrative courts have also not provided clear and uniform interpretations to questions, which are left unanswered based on the aforementioned Public Procurement Act and the State Liability Act.

The author believes that such an indefinable nature of the prerequisites and types of compensatory damage, as well as the narrowing the circle of entitled persons, generates questions about the compliance of the damage compensation regulation with the obligation to ensure the effectiveness of law enforcement actions of Article 1 Clause 1 of the law enforcement directives.

Due to the lack of a detailed and uniform regulation of damage compensation as well as a common legal practice in national law, the objective of the thesis is to (I) identify which are the prerequisites of a claim for compensating for damage arising from an infringement of public procurement law, that are in accordance with the EU law, (II) identify types of compensatory damage, and (III) identify persons entitled to submitting a claim, and as a result, make suggestions for adjusting the regulation of damage compensation in Estonian national law.

As a result of the research, the author reached the following conclusions. Compensation for damage is a compensatory-proactive legal remedy, which is based on the activities of competitors, is used after the conclusion of an agreement, and has received limited use in the law practice of Estonia and other Member States of the European Union. The low rate of usage is primarily due to the fact that there is no clear regulation that would allow to assess the potential of a claim beforehand; another issue is the difficulty of evidencing the prerequisites of a claim. In addition, in the opinion of persons entitled to submit a claim, the claim for damage compensation lacks real compensatory impact, since compensating for the loss of income is an exception rather than a rule.

Three primary problems can be highlighted in connection to damage compensation – prerequisites of a damage compensation claim, types of compensatory damage and efficiency of a claim.

The issues of the claim prerequisites, arising in connection to introducing the directive driven procurement damages claim into the national law, are based on the fact that while the aforementioned law enforcement directives prescribe to a Member State the obligation to ensure a regulation for effective and prompt compensation for damages in the national law, the prerequisites and types of compensatory damage have been left to be established by the Member States on the basis of procedural autonomy. The situation is made even more complex by the fact that Member States are not completely autonomous in establishing the regulation, as the effectiveness and equitable principles designed by the European Court of Justice have to be

taken into consideration. The first of these requires that national law may not render compensating for damages practically impossible, and the second states that the claim for damage compensation resulting from law enforcement directives may not be less favourable than a national claim of the same type. In addition to equivalence and effectiveness, in terms of establishing a national regulation for damage compensation claims, the European Court of Justice has also assessed the compliance of the prerequisites of the possible damages claims with the effective remedies requirement arising from the directive. On the basis of the research, the author finds that the prerequisites of a damage compensation claim in line with the European Union law are the following:

Claim for direct material damage:

- 1) The tenderer is able to file a claim;
- 2) Unlawful infringement;
- 3) Generation of damage in the form of direct material damage;
- 4) A mitigated causal link between the infringement and losing the procurement agreement, i.e. conclusion of a procurement agreement would have been probable in case of a non-occurrence of the infringement.

Claim for loss of income:

- 1) The tenderer is able to file a claim;
- 2) Unlawful infringement;
- 3) Generation of damage in the form of loss of income;
- 4) A rigid causal link between the infringement and losing the procurement agreement, i.e. conclusion of a procurement agreement would have been certain in case of a non-occurrence of the infringement.

The fault of the procurer has been unambiguously excluded from the prerequisites of the claim, both as a specific prerequisite as well as a circumstance excluding liability. The presumption that a damage compensation claim can only be used if a claim for cancelling a decision or action infringing the person's rights has previously been filed is also not in accordance with European Union law. In terms of the seriousness of the offence which is a basis for the claim, the European Court of Justice is of the opinion that any infringement resulting from a European Union public procurement law or a national law implementing thereof provides basis for damage compensation, if this was accompanied by an infringement of the person's subjective rights. In terms of the causal link, the author found that in matters of procurement, two standards must

be used to assess this – a mitigated causal link and rigid causal link. The first of these is a prerequisite in case of a direct material loss claim and the second in case of submitting a claim for loss of income.

When researching issues related to the types of compensatory damage, the author reached the conclusion that both direct material damage as well as loss of income are regarded as damage in public procurement procedures. Direct material damage is the expenditure on preparing a tender or participating in the procurement procedure, and loss of income is the income receivable during the performance of the procurement agreement. If there is no doubt in the need for compensating direct material damage both in the European Union as well as national law, there are more diverging views on the need to compensate for loss of income. The author's conclusion with regard to compensating for the loss of income is primarily based on the position of the European Court of Justice and the specified purpose of compensating for damage, which is placing the damaged person in a situation in which the person would be in had the infringement not occurred. When interpreting the provisions of the directive, the European Court of Justice found that compensating for loss of income cannot be unequivocally ruled out. On the basis of the above two preconditions, it can be concluded in the opinion of the author that loss of income is compensatory damage in a public procurement procedure in case the lawful behaviour of the contracting authority had certainly resulted in the conclusion of a procurement agreement with the claimant. If compensation for the loss of income is denied in the situation described, then the purpose of damage compensation is not met.

The third issue in damage compensation lies in the efficiency of the claim. The author set a hypothesis in the introduction of work – that the Estonian national regulation for damage compensation needs to be amended in order to ensure effective compensation for damage resulting from European Union law. When setting the hypothesis, the author assumed that the legal remedies of compensating for damage are not effective because of the lack of a clear national regulation and there are no clear prerequisites and types of compensatory damage. On the basis of the research, however, the author believes that even if the basis for a claim is specifically laid down in the legislation and the persons entitled to filing the claim as well as types of compensatory damage are unambiguous indicated, the effectiveness of damage compensation as a legal remedy is still extremely limited. For two reasons in particular. First, the fact that claim prerequisites are very difficult or even impossible to prove in certain cases. This is particularly evident in the case of the prerequisite of causal link – due to the stages of the procurement procedure, the chain of evidence becomes long, which in turn will lead to the

not being able to provide solid evidence for the causal link. The second factor reducing the applicability and effectiveness of the claim is the low compensating effect of the compensation received upon satisfying the claim. This is due to the fact that the criteria for compensating the loss of income are very narrow and in most cases, it is possible to claim compensation for direct material damage only. However, the author believes that there are no good solutions for improving the efficiency of the claim. While the European Commission has also stated the inefficiency of the compensation for damages, it has left the problem to be borne by the Member States.

Nevertheless, the author is of the opinion that in reality, it is not possible to make damage compensation claims significantly more efficient. This is due to the reason that the main prerequisite against efficiency is the causal link between the infringement and losing the agreement cannot be eliminated. This leads to the issue of unjust enrichment. Improving the efficiency of the claim is possible by reducing the evidencing burden of the tenderer of the claimant in terms of the causal link, placing it of the contracting authority instead. Another solution would be to not look into the context of a single legal remedy, but view the legal protection after the conclusion of the agreement as a whole; the concept of ineffectiveness compensates for the ineffectiveness of the damage compensation claim in certain situation.

When comparing the above findings with the provision of Estonian national law, the author finds that the valid national law can be interpreted in accordance with European Union law. Precisely interpret, since not all significant elements of the above damage compensation claim have been specified directly and unambiguous in current law. The main problems in the current Estonian damage compensation regulation lie in the fact that it is not clear whether the Public Procurement Act regulates compensation for damage in matters of procurement absolutely or whether the State Liability Act must be applied in certain issues.

The author is of the opinion that an exact regulation of damage compensation claim should be introduced into the Public Procurement Act and the use of the State Liability Act should be excluded in this respect. This position is based on the fact that the mentioned regulation of damage compensation significantly differs with respect to state liability, which is established in the State Liability Law. For example, lack of guilt is not applicable as an exclusion of liability, use of primary legal remedies is not a precondition for filing a claim, and in the case of direct material damage, there is a mitigating regulation with regard to the causal link. Based on the above, the author is of the opinion that the whole regulation governing damage

compensation in public procurement law should be established in the Public Procurement Act, and the application of the damage compensation regulation of the State Liability Law should be ruled out.

## KASUTATUD KIRJANDUS

1. Arrowsmith, S. jt. Public procurement regulation: an introduction. The EU Asia University Network 2010. – Arvutivõrgus: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf> (18.11.2014).
2. Arztmann, F. J. Schadenersatz im Vergaberecht in Deutschland und Österreich. Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien: Peter Lang 2005 (viidatud: D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy. Oxford and Potland: Hart Publishing 2011).
3. Bovis, C. H. EU Public Procurement Law. Second Edition. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Ltd 2012, lk 4.
4. Brown, A. EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for publik contracts outside the procurement directives. – Public Procurement Law Review 2010/5.
5. Byok, J., Jaeger, W., Gronsted, S. (Hsrg). Kommentar zum Vergaberecht. Verlag Recht und Wirtschaft 2005.
6. Commission Green Paper, Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward COM(96) 583 final. – Arvutivõrgus: [http://europa.eu/documents/comm/green\\_papers/pdf/com-96-583\\_en.pdf](http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_en.pdf) (28.03.2015).
7. Commission of the European Communities. Commission staff working document. Impact assessment report – remedies in the field of publik procurement, COM(2006) 195. – Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia\\_carried\\_out/docs/ia\\_2006/sec\\_2006\\_0557\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2006/sec_2006_0557_en.pdf) (10.12.2014).
8. Dreher, M., Motzke, G. (Hsrg). Beck'scher Vergaberechtskommentar. GWB 4. Teil VgV, SektVo, VOV Teil A. 2. Auflage. München: Verlag C.H. Beck 2013.
9. Eesti Advokatuur. Arvamus riigivastutuse seaduse eelnõu (818 SE) kohta. Tallinn 2010. – Arvutivõrgus: [http://www.google.ee/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCwQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.riigikogu.ee%2F%3Fpage%3Dpub\\_file%26op%3Demsplain%26content\\_type%3Dapplication%2Fmsword%26u%3D20121206172437%26file\\_id%3D1206132%26file\\_name%3DAdvokatuuri%2520arvamus%2520%2528818%2520se%2529.docx%26file\\_size%3D57013%26mnsenar%3D818%2BSE%26fd%3D03.03.2011&ei=RFMYVcTACsOAU8LDgKgG&usg=AFQjCNFWEuT05SqkU-nTrKjwd\\_CjUPrF5Q&bvm=bv.89381419,d.d24](http://www.google.ee/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCwQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.riigikogu.ee%2F%3Fpage%3Dpub_file%26op%3Demsplain%26content_type%3Dapplication%2Fmsword%26u%3D20121206172437%26file_id%3D1206132%26file_name%3DAdvokatuuri%2520arvamus%2520%2528818%2520se%2529.docx%26file_size%3D57013%26mnsenar%3D818%2BSE%26fd%3D03.03.2011&ei=RFMYVcTACsOAU8LDgKgG&usg=AFQjCNFWEuT05SqkU-nTrKjwd_CjUPrF5Q&bvm=bv.89381419,d.d24) (12.02.2015).
10. Fairgrieve, D., Lichère, F. (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy. Oxford and Potland: Hart Publishing 2011.

11. Immenga, U., Mestmäcker, E-J. (Hrsg). Wettbewerbsrecht. 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck 2014.
12. Immenga, U., Mestmäcker, E-J. (Hrsg). Wettbewerbsrechts. Band 2. GWB. Kommentar zur Deutschen Kartellrecht, 4. Aufl. Verlag C.H.Beck München, 2008.
13. Kanger, L. Kahju hüvitamise nõue riigivastutuse seaduse alusel. Kohtupraktika analüüs. Tartu: Riigikohtu õigusteabe osakond 2008. – Arvutivõrgus: [http://www.riigikohus.ee/vfs/775/Analys%20Riigivastutus%28L\\_Kanger%29.pdf](http://www.riigikohus.ee/vfs/775/Analys%20Riigivastutus%28L_Kanger%29.pdf) (07.03.2015).
14. Laaring, M. Riigivastutuse seaduse muutmisvajaduse analüüs. Tallinn: Justiitsministeerium 2009. – Arvutivõrgus: [http://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article\\_files/riigivastutuse\\_seaduse\\_muutmisvajaduse\\_analuus\\_2009\\_0.pdf](http://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/riigivastutuse_seaduse_muutmisvajaduse_analuus_2009_0.pdf) (07.03.2015).
15. Loewenheim, U., Meessen, K. M., Riesenkampff, A. (Hrsg). Kartellrecht Kommentar. München: Verlag C.H. Beck 2009.
16. Nacimiento, P. Gemeinschaftsrechtliche und nationale Staatshaftung in Deutschland, Italien und Frankreich. Baden-Baden: Nomos 2006.
17. Niestedt, H.-J., Niestedt, M. Rechtsschutz im Vergaberecht. Carl Heymanns Verlag 2006, p 166. (viidatud: D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy. Oxford and Potland: Hart Publishing 2011).
18. OECD. Public Procurement in EU Member States - The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives, SIGMA Papers, No 45, OECD Publishing 2010. – Arvutivõrgus: <http://dx.doi.org/10.1787/5km91p7s1mxv-en> (13.04.2015).
19. P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207). Komm vlj. Tallinn: Juura 2006.
20. Pachnou, D. The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules: a case study of the public works sector in the United Kingdom and Greece. University of Nottingham 2003.
21. Pietzcker, J. Court Review of Contract Awards Below Threshold Amounts – The Constitutional Court's Recent Decision. – German Law Journal 2007/2 (8).
22. Pünder, H., Schnellenberg, M. (Hrsg). Vergaberecht. Handkommentar. 2. Auflage. Nomos 2015.
23. Rahandsministeerium. E-riigihangete Keskkond. Infoportaal. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/kaasamine> (29.04.2015).
24. Rahandusministeerium. Riigihangete juhis. Tallinn 2012. – Arvutivõrgus: [https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document\\_library/get\\_file%3Fuuid%3D2e8e02c3-e122-4022-87e0-182642b2f4ca%26groupId%3D11726](https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file%3Fuuid%3D2e8e02c3-e122-4022-87e0-182642b2f4ca%26groupId%3D11726) (22.01.2015).

25. Riigikohus. Arvamus riigivastutuse seaduse eelnõu (818 SE) kohta. Tartu 2010. – Arvutivõrgus: [http://www.google.ee/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.riigikogu.ee%2F%3Fpage%3Dpub\\_file%26op%3Ddemsplain%26content\\_type%3Dapplication%2Fpdf%26u%3D20120715030626%26file\\_id%3D1238294%26file\\_name%3DRiigikohtu%2520arvamus.PDF%26file\\_size%3D523856%26mnsenar%3D818%2BSE%26fd%3D19.11.2010&ei=91UYVZrpBor0UMy4gvAN&usg=AFQjCNGK2xa\\_EUZ6cvBCi0ZeURJMII038Q](http://www.google.ee/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.riigikogu.ee%2F%3Fpage%3Dpub_file%26op%3Ddemsplain%26content_type%3Dapplication%2Fpdf%26u%3D20120715030626%26file_id%3D1238294%26file_name%3DRiigikohtu%2520arvamus.PDF%26file_size%3D523856%26mnsenar%3D818%2BSE%26fd%3D19.11.2010&ei=91UYVZrpBor0UMy4gvAN&usg=AFQjCNGK2xa_EUZ6cvBCi0ZeURJMII038Q) (12.02.2015).
26. Saar, K. Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonusi? Hankemenetluse otsuste vaidlustamise probleemid. – Juridica 2014/9.
27. Saar, K. Vaidlustamine riigihankemenetluses. Magistritöö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond. 2014.
28. Seletuskiri. Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus. 665 SE III. – Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems2&emshelp=true&eid=896065&u=20150420145238> (13.04.2015).
29. Simovart, M. A. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. – Juridica 2011/2.
30. Treumer, S. The Discretionary Powers of Contracting Entities – Towards a Flexible Approach in the Recent Case Law of the Court of Justice? – Public Procurement Law Review 2006/3.
31. Treumer, S., Lichère, F. (edit). Enforcement of the Eu Public Procurement Rules. Copenhagen: DJØF Publishing Copenhagen 2011.
32. Vaidlustuskomisjoni statistika 2010-2014. E-Riigihangete keskkond. Infoportaal. – Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/vaidlustuskomisjoni-statistika> (28.03.2015).

## KASUTATUD KOHTUPRKATIKA

33. BGH X ZR 146/03, 01.08.2006. – NZBau 2007, 58.
34. BGH X ZR 86/08, 26.01.2010. – NZBau 2010, 387-388.
35. BGH XZR 18/07, 27.11.2007. – ZfBR 2008, 299.
36. BGH XZR 34/04, 27.06.2007. – ZfBR 2007, 814.
37. EKo 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints, kohtujurist P. C. Villalón arvamus.
38. EKo 10.01.2008, C-70/06, Komisjon vs Portugal.
39. EKo 12.02.2014, C-230/02, Grossmann Air Service, Bedarfsfluffahrtunternehmen GmbH & Co. KG v Republik Österreich.
40. EKo 13.03.2007, C-432/05, Unibet.
41. EKo 13.07.2006, liidetud kohtuasjad C-295/04 ja C-298/04, Manfredi jt.
42. EKo 14.10.2004, C-275/03, Komisjon vs Portugal.
43. EKo 15.04.2008, C-268/06, Impact.
44. EKo 8.07.2010, C-246/09, Bulicke.
45. EKo 17.07.1997, C-28/95, A. Leur-Bleum vs Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2.
46. EKo 19.06.2003, C-315/01, GAT.
47. EKo 19.06.2003, C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH and Others v Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag).
48. EKo 20.09.2001, C-453/99, Courage ja Crehan.
49. EKo 21.09.2000, liidetud kohtuasjad C-441/98 ja C-442/98, Michailidis.
50. EKo 30.09.2010, C-314/09, Stadt Graz vs Strabag AG ja teised.
51. EKo 4.10.1979, 238/78, Ireks-Arkady vs nõukogu ja komisjon.
52. EKo 5.03.1996, C-46/93, Brasserie du pêcheur et Factortame.
53. EKo 5.03.1996, liidetud kohtuasjad C-46/93 ja C-48/93, Brasserie du pêcheur ja Factortame.
54. EKo 8.03.2001, liidetud kohtuasjad C-397/98 ja C-410/98, Metallgesellschaft jt.
55. EKo 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints.
56. EKo 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints.
57. EKo 16.12.1976, 33/76, Rewe-Zentralfinanz ja Rewe-Zentral.
58. EKo 9.12.2010, C-568/08, Spijker jt vs Drenthe provints.
59. OLG Dresden 20 U 1697/03, 10.20.2004. – BeckRS 2008, 41856.

60. OLG Dresden, 20 U 1697/03, 10.02.2004. – BeckRS 2008, 41856.
61. OLG Koblenz, 12 U 1016/05, 15.01.2007. – BeckRS 2008, 08802.
62. OLG Köln, 11 U 104/13, 23.07.2014. – BeckRS 2014, 21863.
63. OLG Naumburg, 2 U 151/12, 01.08.2013. – BeckRS 2013, 13770.
64. OLG Naumburg, 2 U 151/12, 01.08.2013. – BeckRS 2013, 13770.
65. RKHKo 3-3-1-100-06.
66. RKHKo 3-3-1-13-06.
67. RKHKo 3-3-1-23-10.
68. RKHKo 3-3-1-39-11.
69. RKHKo 3-3-1-47-08.
70. RKHKo 3-3-1-56-04.
71. RKHKo 3-3-1-63-08.
72. RKHKo 3-3-1-66-09.
73. RKPSJKo 3-4-1-7-08.
74. RKTKo 3-2-1-14-00.
75. RKTKo 3-2-1-90-99.
76. RKTKo 3-2-1-98-03.
77. RKÜKo 3-3-1-85-09.
78. TlnHK 30.11.2012, 3-12-2076.
79. TlnRnK 19.05.2008, 3-08-516.
80. TrtHKo 20.09.2010, 3-09-1525.
81. TrtHKo 21.10.2011, 3-11-906.
82. VaKo 01.04.2011 otsus nr 12.2-9/10752.
83. VaKo 09.03.2009 otsus nr 7-5/1220.
84. VaKo 18.09.2014 otsus nr 12.2-9/7737.
85. VaKo 21.06.2011 otsus nr 12.2-9/10701.
86. VaKo 27.02.2013 otsus nr 12.2-9/14024.
87. VaKo 30.04.2014 otsus nr 12.2-9/3507.

## KASUTATUD ÕIGUSAKTID

88. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. – ELT C 83, 30.03.2010, lk 1–388.
89. Euroopa Nõukogu 21.12.1989. a direktiiv nr 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. – EÜT L 395, 30.12.1989.
90. Euroopa Nõukogu 25.02.1992. direktiiv nr 92/13/EMÜ, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 076, 23.03.1992.
91. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.12.2007. a direktiiv nr 2007/66/EÜ millega muudetakse direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (EMPs kohaldatav tekst). – ELT L 335, 20.12.2007.
92. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31.03.2004. a direktiiv nr 2004/17/EÜ millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, 30.4.2004.
93. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 31.03.2004. a direktiiv nr 2004/18 EÜ ehitustööde, riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.04.2004.
94. Halduskohtumenetluse seadustik. – RT I, 23.02.2011, 3 ... RT I, 31.12.2014, 9.
95. Riigihangete seadus. – RT I 2007, 15, 76 ... RT I, 12.07.2014, 123.
96. Riigilõivuseadus. – RT I, 30.12.2014, 1 ... RT I, 23.03.2015, 30.
97. Riigivastutuse seadus. – RT I 2001, 47, 260 ... RT I, 13.09.2011, 11.
98. Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487 ... RT I, 11.04.2014, 13.

## **Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks**

Mina, Tagne Tähe,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Kahju hüvitamine hankemenetluses toimunud rikkumiste korral“, 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 04.05.2015.