

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Eraõiguseinstituut

**LÄBIRÄÄKIMISTE LUBATUD ULATUS VÄLJAKUULUTAMISEGA
LÄBIRÄÄKIMISTEGA RIIGIHANKEMENETLUSES**

Magistritöö

Liina Palmsaar

Juhendaja: dr.iur Mari Ann Simovart

Tallinn 2013

Sisukord	
Sissejuhatus	3
1. Läbirääkimiste sisulised piirid sõltuvalt hankedokumentides avaldatud tingimustest	8
1.1 Avaldatud tingimuste üle läbirääkimine riigihangete seaduse ja hankedirektiivi kohaselt	8
1.2 Üheselt sätestatud tingimuse muutmise keeld	16
1.2.1 Tehniline kirjeldus	16
1.2.2 Hindamiskriteeriumid	25
1.3 Objektivselt põhjendatud uued tingimused	27
2. Läbirääkimised esitatud pakkumuste üle	31
2.1 Pakkumuse muutmise keeld	31
2.2 Pakkumuse lubatud muutmine	37
3. Läbirääkimiste ajalised piirid	52
3.1 Võrdlus dialoogi ajaga võistleva dialoogi menetluses	52
3.2 Läbirääkimiste aeg Suurbritannia ja Saksa õiguses	54
Kokkuvõte	57
Summary	60
Kasutatud materjalide loetelu	64

Sissejuhatus

Käesolevas magistritöös uuritakse väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse läbirääkimiste pidamise käigus esinevaid probleeme. Riigihankeõiguses on avaliku sektori ja võrgustiku sektori hankijal võimalik kasutada avatud hankemenetlust, piiratud hankemenetlust ning hankemenetlusi, mille käigus on lubatud pidada pakkujate või taotlejaga läbirääkimisi (dialoogi). Viimati nimetatud menetlusliigid on väljakuulutamise ja ning väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlus ja võistlev dialoog (viimane ei ole lubatud võrgustiku sektori hankijale). Need on erandlikud hankemenetlused, mis ei ole oma olemuselt nii läbipaistvad, konkurentsi ja võrdset kohtlemist soodustavad kui avatud ja piiratud menetlus.

Läbirääkimistega menetlus, ka eelneva teate avaldamisega, ei garanteeri konkurentsi, objektiivsust ja läbipaistvust samasugusel viisil nagu avatud ja piiratud menetlus.¹

Erandlike menetluste lubatavus on põhjendatud praktikas esinevate erandlike olukordade ja hankeeseme keerukusega. Väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlust võib võrgustiku sektori hangetes direktiivi 2004/17² kasutada hankemenetluse liigi valikut põhjendamata, direktiiviga 2004/18³ reguleeritavate hangete korral võib seda kasutada ainult siis, kui spetsiifilised nõuded on täidetud.⁴ Tuleb märkida, et riigihangete seaduse⁵ § 27 lõike 3 kohaselt on avaliku sektori hankijal õigus korraldada hankemenetlust väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlusena, kui riigihanke eeldatav maksumus on rahvusvahelisest piirmäärast väiksem. Uue hankedirektiivi eelnõus⁶ nähakse ette väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse kohaldamisala laiendamise, lubades väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlust kasutada mitte ainult erandlikel juhtudel, vaid sarnaselt RHS-i regulatsioonile kõigi hangete korral, mille maksumus jääb allapoole rahvusvahelist

¹ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. London: Sweet & Maxwell, 2005, taastrükk 2008. P 560

² Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT, L134, 30.04.2004)

³ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT, L134, 30.04.2004) (edaspidi hankedirektiiv)

⁴ Trepte, P. Public Procurement in EU. A Practitioner's Guide. Oxford University Press 2007. Lk 386

⁵ Riigihangete seadus. Vastu võetud 24.01.2007. Riigi Teataja I 2007, 15, 76. (edaspidi ka RHS)

⁶ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement. Kättesaadav: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p1_id=216329&folderId=216182&name=DLFE-11508.pdf (15.01.2013)

piirmäära. Nimetatud eelnõude kohaselt ei ole aga plaanis muuta selgemaks ja põhjalikumaks läbirääkimiste läbiviimist puudutavaid sätteid.

Läbirääkimistega menetlust peetakse hankemenetluse läbiviimisel suuremat paindlikkust võimaldavaks menetluseks, kuid ka siin tuleb järgida riigihangete üldpõhimõtteid ja vastava hankemenetluse läbiviimise nõudeid. Samas probleemid väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse sisulisel korraldamisel lähtuvad nii hankedirektiivi kui riigihangete seaduse üldisest sõnastusest, mis jätab hankijale märkimisväärse tõlgendamisvõimaluse. Riigihangete vaidlustuskomisjon on korduvalt märkinud, et läbirääkimiste pidamist reguleerivad RHS-i sätted on liiga üldsõnalised⁷. Rahandusministeeriumi läbirääkimistega hankemenetluste kohaldamise aluseid ja läbirääkimiste ulatust puudutavas analüüsis märgitakse, et läbirääkimisi puudutav säte on sõnastuselt vastuoluline ja selle rakendamine praktikas keeruline.⁸ Nagu juba öeldud, on üldise sõnastusega ka hankedirektiivi läbirääkimiste käiku puudutavad sätted, andes konkreetsemad juhised vaid hankemenetluse kohaldamise aluste kohta. Väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse kohaldamise aluseid Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses on varasemas magistritöös käsitletud.⁹ Käesolevas töös käsitletakse läbirääkimiste sisulisi küsimusi ning kohaldamise aluseid ei puudutata.

Teema on aktuaalne, kuna üldiselt rangelt formaalses riigihankemenetluses on väljakuulutamisega läbirääkimistega menetlus paindlik, kuid samas raskemini kontrollitav ohustades võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse ning konkurentsi tagamise põhimõtete järgimist. Vaidlustuskomisjoni ja kohtute praktika käigus on tekkinud mitmeid konkreetseid küsimusi läbirääkimiste käigu kohta. Sellest tulenevalt on töö põhiküsimused järgnevad:

1) Kas läbirääkimisi on lubatud pidada kõikide hanketingimuste üle või ainult nende üle, mille hankija on jätnud RHS § 66 lõike 3 kohaselt hanketeatesse märkimata ning kas on lubatud muuta hanketingimustes üheselt sätestatud tingimust.

⁷ VaKo otsus 01.02.2011 nr 1-11/119011 Ühispakkujate AS-i Datel ja OÜ Alphagis vs Maa-amet p 8.1; VaKo otsus 13.12.2011 nr 232-11/122986 Ühispakkujate Merko Infra AS-i, Iskraemeco d.d ja Merko Ehitus AS-i vs Eesti Energia Jaotusvõrk OÜ p 7.2; VaKo otsus 10.05.2012 nr 51-12/122986 Eltel Networks A/S vs Eesti Energia Jaotusvõrk OÜ p 6

⁸ K. Look. Läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamise alused: Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna analüüs. Lk 8. Kättesaadav www.riik.riigihanked.ee (11.11.2012)

⁹ M. Mugur. Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamise alused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja C. Ginter. Tartu Ülikooli õigusteaduskond avaliku õiguse instituut. Tallinn, 2009

2) Kas väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses on erinevalt pakkumuse muutmise üldisest keelust pakkumuse muutmine lubatud?

3) Kas läbirääkimisi võib pidada ainult peale pakkumuste esitamist või on läbirääkimised lubatud ka pakkumuste eelses etapis?

Seega on töö uurimisesemeks läbirääkimiste sisulised ning ajalised piirid väljakuulutamise ja läbirääkimistega riigihankemenetluses.

Töö esimeses peatükis uuritakse, milliste andmete üle on lubatud läbirääkimisi pidada. RHS § 31 lõikes 2 on sätestatud minimaalne teave, mille hankija peab hankedokumentides avaldama. RHSi vastavates sätetes on väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses eristatud hankedokumentides määratletud ja määratlemata andmed. RHS § 66 lõike 3 teise lause kohaselt jätab hankija väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse kasutamise korral hanketeatesse lisamata need andmed, mis menetluse olemusest tulenevalt ei ole pakkumuse esitamise ettepaneku tegemise hetkel määratletavad või mille üle hankemenetluse käigus läbi räägitakse. § 67 lõike 1 kohaselt peab hankija vastavaks tunnistatud pakkumuste osas läbirääkimisi, et kohendada neid vajaduse korral hanketeates ja hankedokumentides sätestatud nõuetele. Praktikas on tekkinud küsimus, kas hankedokumentides määratletud andmed on kohustuslikud tingimused, millele pakkumused peavad vastama ja kas nende üle läbirääkimisi ei peeta. Autor uurib, milline on läbirääkimiste ulatus avaldatud hanketingimuste üle riigihangete seaduse ja hankedirektiivi kohaselt ning kas läbirääkimiste tulemusena võib hankija muuta hankedokumentides sätestatud tingimusi. Üldiselt võib hanketingimusi muuta vaid riigihangete seaduses sätestatud kindlate reeglite järgi. RHS § 36 lõike 1 kohaselt võib hankija seda teha vaid enne hanketeates määratud hankemenetluses osalemise taotluste või pakkumuste esitamise tähtpäeva, kuid pole üheselt selge, kas väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses on lubatud paindlikum lähenemine.¹⁰

Teises peatükis uuritakse, kas erinevalt pakkumuse muutmise üldisest keelust on pakkumuse muutmine läbirääkimiste käigus lubatud. Varasemalt on märgitud, et tulenevalt RHS § 67 lõikest 1 on pakkumuse muutmine väljakuulutamise ja

¹⁰ Esimeses peatükis tuleb eristada avaldatud hanketingimuste üle läbirääkimiste lubatavust kohandamise eesmärgil ning nende tingimuste muutmise lubatavust

läbirääkimistega menetluses lubatud.¹¹ Autor uurib, milline täpselt on pakkumuse muutmise sisu ja piirid väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses.

Kolmandas peatükis käsitletakse samuti üht riigihangete vaidlustamispraktikas märgitud asjaolu – kas väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses võib läbirääkimisi pidada ainult peale pakkumuste esitamist või tohib läbirääkimisi pidada ka enne pakkumuste esitamist.

Töö üldisem eesmärk on eelnimetatud küsimuste käsitlemise kaudu selgitada välja, kas väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse läbiviimist reguleerivad sätted riigihangete seaduses ja Eestis teostatav praktika on kooskõlas hankedirektiivi sätete ja Euroopa Liidu praktikaga. Samuti on töö eesmärgiks selgitada välja, milline on läbirääkimiste sisulised ja ajalised piirid väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses. Olenevalt uurimuse tulemusest jõuab autor järeldusele, kas seaduse muudatuste vajaduses või selles, et puudused riigihangete seaduse sätetes on ületatavad hankedirektiivi kooskõlalise tõlgendamise kaudu.

Käesolevas töös jõuab autor püstitatud eesmärgini läbi vastavateemalise erialase kirjanduse, kohtupraktika ning õigusaktide analüüsi. Töö koostamisel on kasutatud grammatilist ja võrdlevat meetodit ning süstemaatilis-loogilist ja objektiiv-teleoloogilist tõlgendamist.

Töö kirjutamisel on lähtunud hankedirektiivi ja riigihangete seaduse tekstidest, kasutatud on vastavateemalisi riigihangete vaidlustuskomisjoni lahendeid, samuti Eesti kohtute ning Euroopa Kohtu lahendeid. Tuleb märkida, et erinevalt näiteks võistleva dialoogi menetlusest on väljakuulutamisega läbirääkimistega menetlus leidnud erialakirjanduses suhteliselt vähe eraldi käsitlemist. Kuna võistlev dialoog ja väljakuulutamisega läbirääkimistega menetlus on mitmetes aspektides sarnased menetlused, siis on väljakuulutamisega läbirääkimistega menetlus leidnud kajastamist seoses võistleva dialoogi kehtestamisega ja sellekohastes võrdlevates käsitlustes, mida on ka käesoleva töö koostamisel kasutatud. Raamatutena ilmunud asjakohastest allikatest on olulisim S.

¹¹ K. Taube. Pakkumuse muutmine riigihankemenetluses pärast pakkumuse esitamise tähtaega. Magistritöö. Juhendaja M.-A. Simovart. Tartu Ülikooli õigusteaduskond eraõiguseinstituut. Tallinn, 2012. Lk 3. Täpsustus: nimetatud töö andis tervikliku käsitluse pakkumuse muutmise lubatavusest avatud ja piiratud menetluses ning võistlevas dialoogis ning ei käsitlenud lähemalt väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse küsimusi.

Arrowsmith'i "The Law of Public and Utilities Procurement", kasutatud on erinevate autorite artikleid peamiselt ajakirjast Public Procurement Law Review. Eestikeelses erialakirjanduses on tema väga vähe käsitlemist leidnud, seetõttu on käesolevas töös ajakirjas Juridica ilmunud artiklitest leidnud kasutamist vaid mõned. Samuti on kasutatud Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna riigihangete juhist¹², avaldatud nõustamispraktikat ning varasemaid üliõpilastöid. Viimastest olulisemateks on juba mainitud K. Taube pakkumuse muutmise lubatavust käsitlev magistr töö¹³, samuti eelpoole nimetatud M. Muguri väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamise aluseid analüüsiv magistr töö¹⁴ ning T. Sauli võistleva dialoogi menetlust käsitleva töö väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse osas.¹⁵ Olulisteks allikateks olid ka komisjoni teatised riigihankemenetluste korraldamist puudutavates küsimustes ning Suurbritannia riigihangete läbiviimist kajastavaid juhiseid.

Täna oma juhendajat Mari Ann Simovarti, kelle nõuanded ja soovitusel olid töö kirjutamisel suureks abiks.

¹² Riigihangete juhiseid. Rahandusministeerium 2012. Kättesaadav https://riigihanked.riik.ee/ir1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-13802.pdf (21.11.2012)

¹³ Viide 10

¹⁴ Viide 9

¹⁵ Saul, T. Võistlev dialoog Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistr töö. Juhendaja C. Ginter. Tartu Ülikooli õigusteaduskond avaliku õiguse instituut. Tallinn, 2007.

1. Läbirääkimiste sisulised piirid sõltuvalt hankedokumentides avaldatud tingimustest

1.1 Avaldatud tingimuste üle läbirääkimine riigihangete seaduse ja hankedirektiivi kohaselt

Käesolevas alapeatükis uurib autor, milliste hankedokumentides avaldatud andmete üle võib läbirääkimisi pidada riigihangete seaduse ja hankedirektiivi vastavate sätete alusel. Riigihangete seaduse kohaselt jätab hankija hankedokumentidesse lisamata andmed, mis väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetluse olemusest tulenevalt ei ole pakkumuse esitamise ettepaneku tegemise hetkel määratletavad või mille üle hankemenetluse käigus läbi räägitakse.¹⁶ Hankija peab pakkujatega vastavaks tunnistatud pakkumuste osas läbirääkimisi, et kohandada neid vajaduse korral hanketeates ja hankedokumentides sätestatud nõuetele.¹⁷ Seega sätestab riigihangete seadus, et väljakuulutamise läbirääkimistega menetluses peetakse läbirääkimisi vastavaks tunnistatud pakkumuste üle. Enne 01.jaanuaril 2011.aastal jõustunud riigihangete seaduse muudatusi võisid hankijad läbirääkimisi pidada esitatud pakkumuste üle. Riigihangete seaduse seletuskiri¹⁸ ei anna mingisugust selgust ega põhjendusi, miks kehtestati 01.01.2011 jõustunud muudatustega hankija kohustus kohandada vastavaks tunnistatud pakkumusi hanketingimustele. Võimalik, et riigihangete seaduse vastava muudatuse tegemisel pidas seadusandja silmas, et hankedokumentides märgitud andmed on kohustuslikud tingimused, millele peavad esialgsed pakkumused vastama ning vastavad pakkumused esitanud pakkujatega hakatakse läbirääkimisi pidama hankedokumentides määratlemata tingimuste üle. Siin tekib küsimus, kas riigihangete seadus on vastavuses hankedirektiivis sätestatuga. Hankedirektiivi vastava sõnastuse kohaselt kohandatakse esitatud pakkumused hanketeates, kirjeldustes ja võimalikes täiendavates dokumentides sätestatud nõuetele.¹⁹ Eelnev riigihangete seaduse redaktsioon nimetas sarnaselt direktiivile, et esitatud pakkumusi kohandatakse hankedokumentides sätestatud tingimustele. Muudatus, mille kohaselt läbirääkimisi peetakse vastavaks tunnistatud

¹⁶ RHS § 66 lg 3 lause 2

¹⁷ RHS § 67 lg 1

¹⁸ Seletuskiri riigihangete seadus juurde. 816 SE I. Kättesaadav:

http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=060180002

(15.04.13)

¹⁹ 2004/18 artikkel 30 lõige 2

pakkumuste üle, lisas hankijatele kohustuse enne läbirääkimiste alustamist teha otsus pakkumuste vastavaks või mittevastavaks tunnistamise kohta.

Ka vaidlustuskomisjoni varasema praktika kohaselt peab hankija kontrollima pakkumuste vastavust nii hanketeates, hankedokumentides kui pakkumuse esitamise ettepanekus esitatud tingimustele.²⁰

Rahandusministeeriumi läbirääkimistega hankemenetluste rakendamise aluste analüüsis on leitud, et riigihangete seaduse § 67 lõike 1 sõnastus on loomult vastuoluline ja selle rakendamine praktikas keeruline.²¹ Nimelt ei ole vastavaks tunnistatud pakkumuse puhul vajadust seda enam kohandada hanketingimustele ning kui pakkumust on vaja kohandada, ei ole seda võimalik eelnevalt vastavaks tunnistada.

Vaidlustuskomisjon, käsitledes hankija kohustust teha enne läbirääkimiste pidamist otsus pakkumuste vastavaks tunnistamise kohta, on sedastanud, et riigihangete seadus ei näe ette lihtsalt pakkumuste vastavuse tuvastamist, vaid pakkumuste vastavuse kontrollimine saab toimuda riigihangete seaduse § 47 lõike 1 alusel ja selle kontrollimise tulemusena tuleb hankijal teha vastav otsus riigihangete seaduse § 47 lõike 1 või lõike 2 alusel. Antud kaasuses ei olnud enne läbirääkimiste algust vastavaid otsuseid esitatud pakkumuste osas teinud.²² Hankija oli vaidlustusmenetluses väitnud, et ta kontrollis ja tuvastas kõigi pakkumuste vastavuse enne läbirääkimisi, kuid vaidlustusmenetluses ei suutnud ta seda tõestada. Hankija poolt vastuvõetud otsusest ja selle aluseks olnud protokollist nähtus, et hankija oli pakkumuste vastavust kontrollinud peale läbirääkimiste pidamist.²³ Hankedirektiivi artikli 30 lõike 2 sõnastuse kohaselt peetakse pakkujatega läbirääkimisi, et kohandada esitatud pakkumised hanketeates, kirjeldustes ja võimalikes täiendavates dokumentides sätestatud nõuetele ning leida parim pakkumine artikli 53 lõikega 1 ettenähtud korras. Vaidlustuskomisjon asus tulenevalt sellest direktiivi regulatsioonist seisukohale, et kui pakkumus on vastavaks tunnistatud, siis ei ole võimalik seda läbirääkimistega enam kohandada. Kui asuda seisukohale, et pakkumuste vastavus peab olema kontrollitud enne läbirääkimiste pidamist, siis ei oleks võimalik jätkata

²⁰ VaKo otsus 26.08.2009 nr 183-09/113014 Ühispakkujate AS-i Koger & Partnerid ja AS-i Matek vs Sauga Vallavalitsus

²¹ Look, K. Lk 8

²² VaKo otsus 22.03.2012 nr 43-12/128666 AS Pro Ekspert ja OÜ SAP Estonia vs AS Elering p 11

²³ samas

hankemenetlust RHS § 65 lg 4²⁴ kohaselt, kuna hankemenetluse jätkamiseks teeb hankija pakkumuste sisulise mittevastavuse kohta otsuse pakkumusi tagasi lükkamata ning alustab läbirääkimisi. Ka see regulatsioon näitab, et läbirääkimised saavad toimuda enne pakkumuste vastavaks tunnistamist.²⁵ Riigihangete seaduse muudatus, mille kohaselt läbirääkimisi peetakse vastavaks tunnistatud pakkumuste üle, jõustus 1. jaanuaril 2011.aastal. Kuni 2010. aasta 31.detsembrini kehtinud redaktsioonis oli nimetatud sätte sõnastus sarnane hankedirektiivi regulatsiooniga, nimetades läbirääkimiste pidamist esitatud pakkumuste osas. Riigihangete seaduse seletuskirjas põhjendatakse läbirääkimiste ulatuse regulatsiooni muudatust järgmiselt: Praktikast esineb probleem, kus pakkuja teeb pakkumuse konkreetse hinnaga, kuna hankija nõuab kohustusliku pakkumuse osana hinda. Hankija jätab aga lahtiseks näiteks mahud või kasutatavad materjalid või lahenduse, mis aga mõjutab oluliselt pakkumuse maksumust. Seega muudetakse läbirääkimiste käigus pakkumuses pakutud materjale, lahendust või mahtu, kuid hinna üle läbirääkimisi pidada ei saa, kuivõrd § 67 lõige 1 seda oma sõnastusega ei toeta. Eelnõus sätestatud muudatus lubab tulevikus väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetluse raames läbi rääkida ka hinna üle.²⁶

Tsiteeritud põhjendus riigihangete seaduse seletuskirjast selgitab samal ajal jõustunud ja seadusesse lisatud §-i 67 lõiget 1¹, mille kohaselt võib teatud tingimustel läbirääkimiste objektiks olla ka pakkumuse hind. Kuid seletuskirjast ei leia selgitust sellele, miks sama paragrahvi lõikes 1 nähti ette läbirääkimiste pidamine mitte esitatud, vaid vastavaks tunnistatud pakkumuste osas. Sama on leidnud Vaidlustuskomisjon 22.03.2012 otsuses²⁷: eelnõu algataja seletuskirjast tuleneb, et RHS § 67 lg 1 muudatuse eesmärk on võimaldada läbi rääkida ka hinna üle, kuid ei tulene see, miks saab läbi rääkida vaid vastavaks tunnistatud pakkumuste osas. Samas lahendis märgib vaidlustuskomisjon, et kui pakkumus on vastavaks tunnistatud, siis puudub vajadus selle üle läbi rääkida ning kui asuda seisukohale, et pakkumuste vastavus peab olema kontrollitud enne läbirääkimiste pidamist, siis ei ole võimalik kohaldada RHS § 65 lõiget 4. Nimetatud sätte kohaselt võib hankija hankemenetlust jätkata väljakuulutamise läbirääkimistega menetlusena kui avatud või piiratud hankemenetlusena või võistleva dialoogina alustatud menetluses ei esitatud ühtegi

²⁴ RHS § 66 lõike 3 kohaselt võib hankija jätkata hankemenetlust väljakuulutamise läbirääkimistega menetlusena, kui avatud, piiratud või võistleva dialoogi menetlusena alustatud hankemenetluses ei esitatud ühtegi hanketeates või hankedokumentides sätestatud tingimustele vastavat pakkumust.

²⁵ VaKo 22.03.2012 p 12

²⁶ Riigihangete seaduse seletuskiri 860 SE. Kättesaadav www.riigikogu.ee (14.01.2013)

²⁷ VaKo otsus 22.03.2012 nr 43-12/128666 AS Pro Ekspert ja OÜ SAP Estonia vs AS Elering

tingimustele vastavat pakkumust. Sel juhul teeb hankija põhjendatud kirjaliku otsuse kõikide pakkumuste sisulise mittevastavuse kohta ning läbirääkimiste alustamise kohta pakkumuste üle. Vaidlustuskomisjoni hinnangul on RHS § 67 lg 1 grammatiline tõlgendus, et läbirääkimisi tuleb pidada peale pakkumuste vastavaks tunnistamist, vastuolus selle sätte süstemaatilise ja teleoloogilise tõlgendusega. Kui vaadelda RHS § 67 lg-t 1 koos teiste RHS sätetega (näiteks § 65 lg 4) või siis lähtuda läbirääkimiste pidamise eesmärgist väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluses, siis tuleb asuda seisukohale, et RHS § 67 lg 1 mõte on sätestada õiguslik alus läbirääkimiste pidamiseks, mitte määratleda seda, millal neid pidada. Seega hankija võis enne pakkumuste vastavuse kontrollimist läbirääkimisi pidada ja alles seejärel kontrollida pakkumuste vastavust.²⁸

Seega tõlgendas vaidlustuskomisjon riigihangete seadust kooskõlas hankedirektiiviga ning leidis, et hankija võib läbirääkimisi pidada ka enne vastavaks tunnistamist.

Sama vaidlus jõudis Ringkonna kohtusse ning Ringkonnakohus sedastas, et RHS §-i 67 lõikest 1 tuleneb selgelt, et esmalt tuleb otsustada pakkumuste vastavaks tunnistamine ning alles vastavaks tunnistatud pakkumuste osas on võimalik läbirääkimiste pidamine. Pakkumuste vastavaks tunnistamine ei ole ka ilmselgelt võimatu osas, milles hankija on pakkumuse tingimused täpselt määratlenud ega soovi nende üle läbirääkimisi pidada s.h pakkumuse formaalsete tingimuste järgimise osas.²⁹ Seega peab hankija enne läbirääkimiste alustamist pakkumused hanketeates määratletud tingimuste osas vastavaks või mittevastavaks tunnistama ning määratletud andmete üle läbirääkimisi toimuda ei saa. Siin tekib aga küsimus, millistele hankedokumentides kehtestatud nõuetele pakkumusi kohandatakse, kui vastavuse ja mittevastavuse otsus on juba tehtud. Igal juhul on riigihangete seaduse § 67 lõike 1 mõte ja eesmärk ebaselge ning tekitab küsimusi. Võib öelda, et kuigi hankedirektiivi läbirääkimiste korraldamist käsitlev sõnastus on väheinformatiivne, tuleneb siit selgelt, hankija ei pea enne pakkumuste läbirääkimisi otsustama pakkumuste vastavuse üle.

Hankedirektiivi sõnastuse kohaselt peetakse pakkujatega läbirääkimisi, et kohandada esitatud pakkumused hanketeates, kirjeldustes ja võimalikes täiendavates dokumentides sätestatud nõuetele. Sellest võib aru saada nii, et andmed, mis on hankija poolt hankedokumentidesse märgitud, võivad samuti olla läbirääkimiste objektiks ning läbirääkimiste käigus võib pakkumusi vajaduse korral kohandada hankedokumentides

²⁸ samas P 12

²⁹ Tallinna Ringkonnakohtu otsus 22.06.2012 nr 3-12-655, p 21

sätetatud nõuetele. Samasuguse sõnastusega on ka riigihangete seaduse § 27 lõige 1, mille kohaselt peab hankija pakkujatega läbirääkimisi, et kohandada nende esitatud pakkumusi hankedokumentides sätestatud nõuetele. Nimetatud sätetest võib aru saada nii, et läbirääkimised hankedokumentides avaldatud andmete üle võivad eelduslikult viia pakkumuse muutmiseni, kuid muudatused peavad jääma kohandamise piiridesse. Rahandusministeeriumi riigihangete nõustamispraktikas leitakse sarnaselt, et hankija peab pakkujatega läbirääkimisi, et kohandada pakkumusi hankija jaoks kõige parema lahenduseni, jäädes seejuures hanketeates ja hankedokumentides sätestatud tingimuste piiridesse, hanke objekt peab jääma oma põhiolemuselt samaks. Nende tingimuste ja nõuete üle, mida hankija ei osanud hanke väljakuulutamisel täpselt kirja panna, hakkab ta läbi rääkima tema poolt sätestatud nõuetele vastavaid pakkumusi esitanud pakkujatega.³⁰ Ühelt poolt võib eeldada, et andmed, mille hankija jätab riigihangete seaduse kohaselt hankedokumentidesse märkimata, on andmed, mille üle ta soovib läbi rääkida ning järelikult andmed, mille hankija hanketeatesse ja hankedokumentidesse märgib, on andmed, mille üle ta ei soovi läbi rääkida ning väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses peavad pakkumused vastama hankija poolt hanketeatesse ja hankedokumentidesse märgitud andmetes toodud tingimustele nagu avatud ja piiratud menetluses. Vastasel juhul ei oleks mõtet kirjutada seadusesse sätet, mille kohaselt hankija jätab hanketeatesse märkimata andmed, mille üle ta soovib läbi rääkida, kui hiljem räägitakse läbi ka nende andmete üle, mis on hanketeatesse märgitud. RHS § 67 lõikest 1 tulenevas vastavaks tunnistamise kohustusest võib järeldada, et kui hankija on märkinud konkreetse tingimuse hankedokumentidesse, millele pakkumus peab vastama, siis selle tingimuse üle läbi ei räägita, vaid hankijal on siin võimalus küsida pakkujalt pakkumuses esitatud teabe põhjendatud selgitamist, piiritlemist või täpsustamist.³¹ Läbirääkimisi RHS § 67 lõike 1 alusel nende andmete üle pidada ei tohi.

Samas, nagu eelnevalt märgitud, hankedirektiivi artikli 30 lõike 2 kohaselt võivad läbirääkimiste objektiks olla ka hankedokumentidesse märgitud andmed ja läbirääkimiste eesmärgiks saab siin olla pakkumuste kohandamine hankedokumentides sätestatud tingimustele. Seega võib direktiivi läbirääkimisi pidada nii avaldamatud kui avaldamata andmete üle, kuid läbirääkimiste ulatus on erinev.

³⁰ Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna nõustamispraktika korduma kippuvad küsimused. Kättesaadav <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/korduma-kippuvad-kusimused> (15.04.13)

³¹ Riigihangete seadus § 56 lõige 3

Väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse kohaldamise alused on loetletud riigihangete seaduse §-s 27, mille lõige 1 puudutab ka läbirääkimiste sisu. Riigihangete seaduse § 27 lõige 1 sätestab, et hankija teeb vähemalt kolmele väljavalitud taotlejale pakkumuse esitamise ettepaneku ning peab nendega läbirääkimisi pakkumuste üle, et kohandada nende esitatud pakkumusi hankedokumentides sätestatud nõuetele ja valida välja edukas pakkumus. Seega sätestab § 27 lõige 1, et läbirääkimisi peetakse esitatud pakkumuste üle, kuid § 67 lõige 1 kohaselt on enne läbirääkimiste pidamist nõutav ka vastavaks tunnistamine. RHS § 27 lõige 1 ei täpsusta, millisel juhul ning millises ulatuses tuleb läbirääkimisi pidada. Kindlasti ei sisaldu viidatud sättes hankija kohustus läbirääkimiste pidamiseks kogu pakkumuste mahu üle, kõikides üksikasjades.³² Samas otsuses on vaidlustuskomisjon sedastanud, et RHS § 66 lõike 3 ja § 67 lõike 1 koosmõju tulemusena võib hankija väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses pidada läbirääkimisi: RHS § 31 lõikes 2 nimetatud, kuid hankedokumentidesse lisamata andmete osas, mille üle hankija soovib hankemenetluse käigus läbi rääkida ning pakkumuste üle nendes osades, mis vajavad kohandamist hanke alusdokumentides sätestatud nõuetega. Viidatud lahendis on võetud aluseks riigihangete seaduse § 67 lõike 1 enne 01.01.2011 kehtinud redaktsioon, mis sätestas sarnaselt direktiivi artikli 30 lõikele 2 läbirääkimiste pidamise esitatud, mitte vastavaks tunnistatud pakkumuste üle. Seega, kui lähtuda hankedirektiivi artikli 30 lõikest 2 ning riigihangete seaduse § 27 lõikest 1, mis sätestavad läbirääkimiste pidamise esitatud pakkumuste üle, võib, nagu juba eelnevalt märgitud, pidada läbirääkimisi nii määratletud kui määratlemata andmete üle, kuigi läbirääkimiste ulatus on nende andmete osas erinev. Võrreldes viidatud otsust eelnevalt kirjeldatud ringkonnakohtu otsusega, nähtub, et riigihangete seaduse muudatus, mis lubab läbirääkimisi pidada vastavaks tunnistatud pakkumuste üle, piiras hankija võimalusi läbirääkimiste pidamiseks ning direktiivi vastava sätte sõnastuse kohaselt on läbirääkimiste ulatus laiem.

Ühes hilisemas lahendis, mille tegemise aluseks oli juba alates 01.01.2011 jõustunud redaktsioon, on VaKo sedastanud, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluses ei ole võimalik pidada läbirääkimisi pakkumuse kohandamiseks nendele hankedokumentides esitatud tingimustele, mis on hankedokumentides üheselt sätestatud ja millele pakkumused peavad vastama pakkumuste esitamise ajahetkel, st esitatud (algne) pakkumus on siduv ning selle korrigeerimine (muutmine, parandamine, täiendamine jne)

³² VaKo otsus 01.02.2011 nr 1-11/119011 Ühispakkujate AS-i Datel ja OÜ Alphagis vs Maa-amet p 8.1

on lubatav üksnes ulatuses, millises osas ei kontrollita pakkumuste vastavust enne läbirääkimiste pidamist ja millises osas on läbirääkimised hankedokumentide kohaselt lubatavad.³³ Eeltoodud tõlgenduse kohaselt võib hankija eristada hankedokumentides määratletud andmete lõikes esiteks andmeid, mis on läbirääkimistele kutsumise eelduseks ehk andmeid, millele pakkumused peavad vastama ning teiseks andmeid, mis ei ole määratletud lõplikena ehk mille üle soovitakse siiski kohandamise eesmärgil läbirääkimisi pidada. Seda tõlgendust toetab ka eelnevalt viidatud Rahandusministeeriumi vastav analüüs, mille kohaselt peetakse läbirääkimisi andmete üle, mida hankija ei osanud hankedokumentides täpselt määratleda.³⁴ Seega võib hankija hankedokumentides eristada ka osaliselt määratletud ehk mittelõplikke andmeid, mille kohta võib hankedokumentides ette näha läbirääkimiste pidamise.

Tuleb märkida, et riigihangete seaduse § 67 lõike 1 kohaselt ei ole hankija kohustatud läbirääkimisi pidama, vaid ta teeb seda vajaduse korral, kui pakkumused vajavad kohandamist hankedokumentides esitatud tingimustele.

21. juuli 2010 lahendis on vaidlustuskomisjon samuti käsitlenud hankedokumentides avaldatud andmete üle läbirääkimise lubatavust ning sedastanud, et väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse puhul ei ole võimalik pidada läbirääkimisi pakkumuste üle nendes osades, mis vastavad hanke alusdokumentides selgelt ja ühemõtteliselt sätestatud nõuetele.³⁵

Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluses esitab pakkuja ühe pakkumuse ja pärast läbirääkimisi kohandab seda algselt esitatud pakkumust, st et läbirääkimiste järgselt ei esitata uut pakkumust. Pakkuja saab kohandada oma pakkumust vaid hankijaga läbiräägitud tingimuste osas. Pakkuja ei saa ise otsustada, et muudab oma pakkumust pärast läbirääkimisi ka neis osades, milles temaga läbi ei räägitud.³⁶ Antud kaasuses põhjendas hankija ühe pakkujaga läbirääkimiste pidamist sellega, et selle pakkuja pakkumus sisaldas hankedokumentides määratlemata lahendusi. Hankija ei või pakkujatega läbirääkimisi pidada, kui ta ei ole seda võimalust hankedokumentides ette näinud. Ka siis, kui pakkuja on omal algatusel lisanud

³³ VaKo otsus 10.05.2012 nr 51-12/122986 Eltel Networks A/S vs Eesti Energia Jaotusvõrk OÜp 7.2

³⁴ K. Look lk 8

³⁵ VaKo otsus 21.07.2010 nr 115-10/108402, Nordecon Infra v Maanteeamet p 10

³⁶ VaKo otsus 22.03.2012 nr 43-12/128666 AS Pro Ekspert ja OÜ SAP Estoni vs AS Elering p 4.3

pakkumusse lisafunktsionaalsusi, ei tohi hankija sel teemal läbirääkimisi pidada, ilma, et see oleks hankedokumentides kehtestatud.³⁷

Seega peavad läbiräägitavad tingimused olema kehtestatud hankija poolt ning läbirääkimiste sisu määrab hankija. Kui hankija lisab läbiräägitavate tingimuste hulka uusi tingimusi vastavalt saadud pakkumustele, siis võib see olla vastuolus võrdse kohtlemise põhimõttega ning anda pakkujale põhjendamatu eelise teiste pakkujate ees.

Eeltoodust tuleneb, et läbirääkimiste ulatus hankedokumentides esitatud andmete üle ei ole riigihangete seaduse ja hankedirektiivi sõnastuste kohaselt ühesugune. Hankedirektiivi sõnastuse järgi võib hankija läbirääkimisi pidada hankedokumentides määratletud andmete üle, et kohandada pakkumused neis dokumentides esitatud tingimustele. Riigihangete seaduse kohaselt ei tohi esialgsete pakkumuste üle läbirääkimisi pidada, kuna hankija peab hankedokumentides määratletud tingimuste alusel enne hindama pakkumuste vastavust ja alles seejärel võib vastavaks tunnistatud pakkumuste üle läbirääkimisi pidada. Kuid siin saab esitada küsimuse, milliseid andmeid kohandatakse hankedokumentides esitatud tingimustele, kui pakkumused on juba vastavaks tunnistatud. Vaidlustuskomisjoni tõlgenduse kohaselt võib hankija lähtuda hankedirektiivi sõnastusest ja ei pea enne läbirääkimiste alustamist hindama pakkumuste vastavust, kuid Ringkonnakohtu praktika kohaselt peab hankija siiski lähtuma riigihangete seaduse sõnastusest, mis kohustab hankijat enne läbirääkimisi kontrollima pakkumuste vastavust. Samas võib vaidlustuskomisjoni tõlgenduse kohaselt märkida hankedokumentidesse määratletud andmeid ja näha siiski ette nende andmete üle läbi rääkimise võimalus, kui hankija seda vajalikuks peab.

Seega toimuvad läbirääkimised nii hankedokumentides määratletud andmete üle ning läbirääkimiste käigus kohandatakse pakkumused nendele andmetele, samuti toimuvad läbirääkimised andmete üle, mida hankija ei ole hankedokumentidesse märkinud, need läbirääkimised on põhjalikumad, kuna siin võivad alles selguda hankija vajadused ja lahendused. Läbirääkimisi ei tohi pidada andmete üle, mis on märgitud sellistena hankedokumentides. Kui hankijal tekib pakkumuses esitatud määratletud andmete kohta küsimusi, võib ta pakkujalt nõuda pakkumuses esitatud teabe põhjendatud selgitamist, piiritlemist või täpsustamist.³⁸

³⁷ samas p 11

³⁸ Riigihangete seadus § 56 lõige 3

Väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses võib läbirääkimisi pidada nii hankedokumentides määratletud kui määratlemata andmete üle. Samas on läbirääkimiste ulatus nende andmete puhul erinev: määratletud andmete puhul peavad läbirääkimised jääma kohandamise piiridesse, määratlemata andmete puhul toimuvad põhjalikud läbirääkimised, kuna läbirääkimiste käigus alles selguvad hankija vajadused ja lahendused.

1.2 Üheselt sätestatud tingimuse muutmise keeld

1.2.1 Tehniline kirjeldus

Järgnevalt uurib autor, kas väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses on võimalik muuta hankedokumentides avaldatud tehnilise kirjelduse tingimusi peale pakkumuste või taotluste esitamise tähtaega.

Riigihangete seaduse § 36 lõike 1 kohaselt võib hankija muuta hanketeadet või hankedokumente enne hanketeates esitatud pakkumuste või hankemenetluses osalemise tähtpäeva. Pärast nimetatud tähtpäeva võib hanketeadet või hankedokumente muuta vaid juhul kui hankemenetlus on peatatud. Antud sätte puhul on tegemist imperatiivse sõnastusega. See tähendab, et juhul, kui hankija soovib muuta hanketeadet või hankedokumente, tuleb seda teha enne nimetatud tähtpäeva ning hilisem muutmise ei ole lubatud. Väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses ei ole sätestatud hanketeate või hankedokumentide muutmise kohta eeltoodust erinevat reeglit, seega võib eeldada, et see reegel kehtib ka antud menetluse korral. Teiselt poolt tekib küsimus, kas erandliku ning võrreldes avatud ja piiratud menetlusega suuremat paindlikkust võimaldav menetlus võib ka hankedokumentide muutmise olla võimalik. Seda küsimust on käsitleanud Riigikohtu halduskolleegium eelotsustuse taotluses Euroopa Kohtule, küsides, kas pakkumuste vastavuse saavutamiseks võib tulla kõne alla tehnilise kirjelduse muutmise ostja poolt.³⁹

Sama hankemenetluse hanketeates esitatud andmete siduvust läbirääkimiste pidamisel on vaidlustuskomisjon käsitleanud lahendis 115-10/108402 26.juulist 2010 Nordecon Infra v Maanteeamet.⁴⁰ Nimetatud lahendis oli hanketeates esitatud nõue esitada pakkumus laiale maantee-eraldusribale ning pakkuja võimaldas kolmandal isikul kohandada pakkumus peale

³⁹ Riigikohtu Halduskolleegiumi määrus 3-3-1-13-12

⁴⁰ VaKo otsus 26.07.2010 nr 115-10/108402, Nordecon Infra v Maanteeamet.

pakkumuste esitamist selliselt, et pakkumus sisaldas kitsast eraldusriba, esialgne pakkumus sisaldas laia eraldusriba. Vaidlustaja asus seisukohale, et pakkumus tulnuks tagasi lükata selle mittevastavuse tõttu hankedokumentidele. Vaidlustuskomisjon rõhutas, et väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse puhul ei ole võimalik pidada läbirääkimisi pakkumuste nendes osades, mis vastavad hanke alusdokumentides selgelt ja ühemõtteliselt sätestatud nõuetele. Läbi räägitakse üksnes nende andmete üle, mis ei ole pakkumuste esitamise hetkel määratletavad või mida ei ole hankedokumentides esitatud.⁴¹ Eelmises alapeatükis leidis autor, et läbirääkimiste ulatus hankedokumentides avaldatud andmete üle ei ole riigihangete seaduse ja hankedirektiivi sõnastuse kohaselt ühesugune ning riigihangete seadus piirab läbirääkimiste ulatust. Siin tuleb aga eristada läbirääkimiste lubatavust pakkumuste kohandamiseks hanketingimustele ning hankedokumentides konkreetselt sätestatud tingimuse, seal hulgas tehnilise kirjelduse, muutmise lubatavust, mille tulemusena muutub algselt kehtestatud tehniline kirjeldus. Viimasel juhul võib olukorras, kus hankija muudab tehnilises kirjelduses sätestatud tingimusi, toimuda vastupidine – tehnilise kirjelduse nõuded kohandatakse pakkumuse tingimustele.

Vaadeldavas lahendis sedastas vaidlustuskomisjon, et pakkumuse korrigeerimine selliste andmete osas toimunud läbirääkimiste tulemusena annab pakkujatele võimaluse esitada pärast läbirääkimiste lõppu kohandatud pakkumus koos uue maksumusega. Eraldusriba nõutud laius oli hankedokumentides selgelt määratletud, seega ei saanud olla eraldusriba laius RHS § 66 lõike 3 alusel olla asjaolu, mille üle hankija soovib läbi rääkida. Hankija muutis nõuet eraldusriba laiusele, kuna leidis, tuginedes eksperthinnangule, et kitsas eraldusriba on antud teelõigul siiski otstarbekam. Hankija tegi kõikidele pakkujatele ettepaneku korrigeerida pakkumusi esitades pakkumus kitsale eraldusribale.

Antud lahendis asus vaidlustuskomisjon seisukohale, et hankija on ületanud läbirääkimiste lubatud piire asudes pakkujatega läbi rääkima hanketeates kehtestatud konkreetsete tingimuste üle. Hankija muutis hankedokumente pärast pakkumuste esitamist, mis ei ole kooskõlas RHS § 36 lg-ga 1; või pidas läbirääkimisi hankedokumentides esitatud andmete üle, mis ei ole kooskõlas RHS § 67 lg-ga 1. Mõlemal juhul on hankija rikkunud riigihangete seadust ja ületanud hankija õigusi väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses.⁴² Seega sedastas vaidlustuskomisjon, et pakkujate poolt esitatud pakkumused

⁴¹ samas

⁴² VaKo otsus 21.07.2010 p 18

ei tohi olla vastuolus hanketeates esitatud tingimustega ehk tingimustega, mille üle läbirääkimisi ei peeta. Riigikohtu halduskolleegium on eespool nimetatud eelotsuse taotluses märkinud, et antud asjas on vastustaja ja kohtud asunud seisukohale, et läbirääkimised on võimalikud vaid pakkumuste üle, mis juba esialgsel kujul vastavad täielikult hankedokumentide kohustuslikele nõuetele, sh tehnilisele kirjeldusele RHS § 32 ja direktiivi 2004/18 artikli 23 mõttes. Muuhulgas on vastustaja, Rahandusministeerium, enda välja antud Riigihangete juhises rõhutanud, et läbirääkimiste käigus ei tohi muuta hanketeadet ja hankedokumente nende andmete osas, mis on seal algselt kirjas, kuivõrd vastasel korral ei ole tegemist pakkujate võrdse kohtlemisega.⁴³

Halduskolleegium kahtleb selle seisukoha vastavuses hankedirektiivi artikli 30 lõikega 2. Kuigi üldjuhul tehnilise kirjelduse nõuded pakkujatele kohustuslikud, siis hankedirektiivi nimetatud sättest jääb lahtiseks, kas pakkumusi on võimalik kohandada ka tehnilise kirjelduse kohustuslikele nõuetele. Kui säärane kohandamine on võimalik, võib eeldada, et on võimalik läbi rääkida ka pakkumuste üle, mis algsel kujul veel ei vasta täielikult kohustuslikele nõuetele. Halduskolleegiumi hinnangul ei anna direktiiv ka selget vastust, kas läbirääkimistega kaasneva kohandamise tulemus peab olema pakkumiste täielik vastavus tehnilisele kirjeldusele ning kas vastavuse saavutamiseks võib kõne alla tulla ka tehnilise kirjelduse muutmine ostja poolt.⁴⁴ Tulenevalt eelmises alapeatükis sisalduvast käsitlest on autor siiski seisukohal, et tehnilise kirjelduse muutmine ei ole lubatav kui sellist võimalust ei ole sätestatud hanketeates või hankedokumentides (läbirääkimiste korras). Samuti ei peaks see olema lubatav võrdse kohtlemise põhimõttest tulenevalt kuna kõigil menetluses osalejatel ei pruugi olla võimalik uuele tingimusele vastavat pakkumust esitada.

Saksa autor R. Losh arutleb samuti küsimuse üle, kas hankedirektiivi artikli 23 lõige 3, mis sätestab tehnilise kirjelduse koostamise kohustuse, on siduv ka väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses, kui hankija on vastavad andmed hanketeatesse märkinud. Direktiivi artikli 30 lõike 2 kohaselt peavad ostjad pakkujatega läbirääkimisi, et kohandada esitatud pakkumused hanketeates, kirjeldustes ja võimalikes täiendavates dokumentides sätestatud nõuetele. See raamistik sätestab artiklis 30 lg 2 mainitud dokumentide kaudu, et ühekordset pakkumust võib läbirääkimistega menetluses oluliselt muuta. Mis puutub läbirääkimiste raamistikku, siis muutmiste võimalikkus peale pakkujate valimist sõltub

⁴³ Riigikohtu halduskolleegiumi määrus 23.11.2012 nr 3-3-1-13-12 p 39

⁴⁴ Samas p 42

peamiselt sellest, kas muudatustega kaasneb pakkumuste oluline muutmine ja/või kas muutused moonutavad osalejate vahelist konkurentsi.⁴⁵ Euroopa kohus on sedastanud, et pakkujate või taotlejate ja nende pakkumuste või taotluste paljususe printsiibi kohaselt tuleb hankemenetlus korraldada selliselt, et hankijal oleks võimalik eri pakkumusi võrrelda ja objektiivsete kriteeriumide alusel soodsaim välja valida.⁴⁶ Kohus selgitas konkurentsi tagamise kohustust näidates, et hankijal ei ole konkurentsipõhimõtet arvestades kohustust tunnistada edukaks hankemenetluses ainsana osalema jäänud ettevõtja pakkumus. See põhimõte on igal juhul arvestatav ka hanketingimuste muutmisel, kui muudatused mõjutavad konkurentsi. Teises otsuses on kohus öelnud, et kui läbirääkimistega menetluse majanduslikud ja tehnilised tingimused on nõuetekohaselt kindlaks määratud ja kohaldatud, on hankija ka väiksema taotlejate arvu juures taganud konkurentsi.⁴⁷

Losh märgib, et kui on lubatud muuta pakkumuse dokumente konkreetsemaks mõnedes punktides, on siiski küsitav, kas on lubatud loobuda mõnedest hankeosadest ja veel keerulisem, kas on lubatud muuta või lisada hankele midagi juurde. Igal juhul oleks see vastuoluline, kui art 23 lõikes 3 toodud reeglit välditaks lubades hankedokumente muuta, mis viiks pakkumuste ulatuse laienemiseni läbirääkimistega menetluses ehk sisuliselt laiendaks läbirääkimiste ulatust.⁴⁸ Kirjanduses on märgitud, et direktiivi artikli 30 lõikest 2 ei selgu, kas kohandamise protsessis võib toimida vastupidiselt kehtestatud juhistele ning kas hankija võib korrigeerida oma nõudmisi (mõistlikkuse piirides) selleks, et lahendused oleksid teostatavad ja majanduslikult võimalikud.⁴⁹

Seega on esitatud erinevaid seisukohti. Leitakse, et hankedokumentides kehtestatud nõudeid ei ole lubatav muuta, teiselt poolt võib siiski olla vajalik, et pakkumuste kohandamise käigus oleks lubatav teha muudatusi, et jõuda hankija vajadustele vastava hankelepinguni, kuid muudatused peavad siiski jääma mõistlikkuse piiridesse. Seda, milline muudatus jääb mõistlikkuse piiridesse ei ole kindlasti võimalik õigusaktis sätestada, vaid selle üle tuleb otsustada iga konkreetse juhtumi puhul eraldi. Selle üle otsustamine võib olla hankija jaoks keeruline kaalutlus. Autori hinnangul tuleb

⁴⁵ Losh, R. Conference Paper. Competitive Dialogue and Negotiated Procedure in the Public sector directive 2004/18 EC.
<http://www.nottingham.ac.uk/prrg/documentsarchive/phdconference2007/ruthloschfinalconferencepaper.pdf>
(21.11.2012)

⁴⁶ EK C-27/98 p 17 viidatud Ojasalu lk 2007 lk 566

⁴⁷ Euroopa Kohtu otsus C-138/08 p 53

⁴⁸ Losh lk 10

⁴⁹ Brown, A. The impact of the new Procurement Directive on large public infrastructure projects: competitive dialogue or better the devil you know? P.P.L.R. 2004 (4) P 165

otsustamisel lähtuda eelkõige võrdse kohtlemise põhimõttest, samas on oluline ka hankemenetluse tulemuse saavutamine. Samuti tuleb siin lähtuda Komisjoni seisukohast, et hankemenetluse tulemusena allakirjutatav leping ei tohi sisaldada elemente, mis on fundamentaalselt erinevad varem avaldatust.⁵⁰

Tehnilise kirjelduse muutmise küsimust on EK käsitlenud *Scan Office Design SA* kohtuasjas⁵¹, millele on viidanud ka Riigikohus.⁵² Nimetatud kaasuses saadeti hankemenetluse käigus pakkujatele uus tehniline kirjeldus. Üks pakkujatest, kes ei olnud hanke tulemuste kohta saanud hankijalt mingit infot, küsis hankijalt muuhulgas tehniliste lahenduste hindamise tabelit ning sai vastuseks, et sellist tabelit ei ole koostatud. Kohtumenetluse käigus tuvastas kohus, et hindamise tabel oli siiski olemas, kuigi hankija oli korduvalt seda eitanud. Kohus märkis, et eitades tegelikult olemasoleva dokumendi eksisteerimist sel põhjusel, et see on konfidentsiaalne, tegi hankija tõsise vea. Antud olukorda on kirjanduses toodud näiteks kui väga keerulist vaidlustaja jaoks, kui tal on tõendamiskoormis ning kus on vajalik toetuda informatsioonile, mida hankija ei avalikusta.⁵³ Kindlasti ei ole selline käitumine kooskõlas läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttega. Lisaks oli antud kaasuses saadetud hankedokumendid ekslikult *Frezza* asemel *Frezza Italie-le* ning hankija põhjendas seda puhkuste perioodile sattunud segaduse ja inimliku eksimusega ja selletõttu ei saanud tegelik adressaat õigel ajal dokumente kätte. Hilisem *Frezza* taotlus pakkumuse esitamise tähtaaja pikendamiseks oli *Frezza* poolt kirjutatud juba peale pakkumuste esitamise tähtaega. Kohus leidis, et hankija ei oleks tohtinud aktsepteerida *Frezza* hilinenud pakkumust.⁵⁴ Seega on ka väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses hilinenud pakkumuste aktsepteerimine keelatud. Lisaks oli antud kaasuses vaidlusküsimuseks *Frezza* esitatud pakkumuse vastavus tehnilisele kirjeldusele. Hankija leidis, et range kinnihoidmine hanke kirjeldusest antud kaasuse puhul oleks viinud kõigi pakkumuste tagasi lükkamiseni kaasa arvatud kaebaja oma. Hankijal on õigus läbirääkimisi pidada ja ta võib aktsepteerida pakkumusi, mis ei ole täielikult kooskõlas tehnilise kirjeldusega, kui nad pakuvad vastuvõetava lahenduse ning see peab olema vastavuses põhimõttega, et kõiki pakkujaid tuleb kohelda võrdselt. Hankija rõhutas, et

⁵⁰ Answer of the Commission to written question E-2798/02 by MEP Lucas.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2002-2798&language=E> (07.03.2013)

⁵¹ Euroopa Ühenduse Esimese Astme Kohtu 28. novembri 2002. a otsuses asjas nr T-40/01 *Scan Office Design*

⁵² Riigikohus 3-3-1-13-12

⁵³ Kalbe, P. Practical remedies for bidders on TACIS contracts: additional comments on case T-160/03, *Afcon Management Consultants, Mullin and Grady v Commission*. P.P.L.R., 2005, 5, P 124

⁵⁴ Euroopa Ühenduse Esimese Astme Kohtu 28. novembri 2002. a otsuses asjas nr T-40/01 p 72

pakkujaid koheldi võrdselt.⁵⁵ Kohus leidis, et hankija viidatud sätted hankija õigusele läbirääkimisi pidada on kehtestatud eesmärgiga sätestada asjaolud, mille esinemisel võib läbirääkimistega menetluse valida ja ei sätesta viisi, kuidas menetlust alustada. Seega leidis kohus, et hankija sellekohane väide oli põhjendamatu.⁵⁶ Kohus märkis, et isegi kui hankijal on teatav valikuvabadus läbirääkimistega menetluse kontekstis, on ta alati seotud tehnilise kirjelduse tingimuste järgimise tagamisega, mille ta on oma vabal valikul teinud kohustuslikuks.⁵⁷ Antud lahendis on hanketingimustesse lisatud mitmed andmed ja mõned neist on nimetatud kohustuslike nõuetena ehk mittevastavused hanke nõuetele, mis viivad pakkumuse tagasi lükkamiseni.⁵⁸ Kohus märkis veel, et hankija poolt pakkujatele saadetud kirjas rõhutati hanke tingimuste olulisust. Hankija rõhutas oma kirjas, et kohustuslike tingimuste mittejärgimine toob kahjuks kaasa hankelt eemaldamise.⁵⁹

Nagu juba eelnevalt mainitud, ei ole väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse sisu kirjanduses ja kohtulahendites põhjalikku kajastamist leidnud. Sellekohast info leiab peamiselt käsitlustest võistleva dialoogi kohta, kus seda on võrreldud väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlusega. Saksa autor R. Losh märgib, et vaatamata mõnedele sarnasustele üldises ülesehituses on väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlusel ja võistleva dialoogil erinev alguspunkt. Väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses toimuvad läbirääkimised esialgsete pakkumuste üle, sellist formaalset algust ei ole võistlevas dialoogis. Seega esialgsed pakkumused väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses lähtuvad hankedokumentidest nagu ka avatud ja piiratud menetluses, pakkumused peavad olema vastavuses kõigi nõutud dokumentidega. Pakkumused⁶⁰, mis ei täida neid nõudeid, ei ole võimalik lõpuni viimistleda, vaid need tuleb kõrvaldada.⁶¹ Kui pakkuja vabatahtlikult lisab tingimusi hanke kirjeldusse, siis need kehtivad kogu menetluse jooksul, kuna pole välistatud, et andmete muutmise tõttu võib osadele hankijatele osutada osalemise edasises menetluses võimatuks.⁶² Sama ütles kohus eespool käsitletud Scan Office Design kohtuasjas nr 40/01.⁶³

⁵⁵ Viide 50 p 72

⁵⁶ Samas p 74

⁵⁷ Samas p 76

⁵⁸ Samas p 78

⁵⁹ Samas p 79

⁶⁰ Siin on silmas peetud esialgseid pakkumusi, mis lähtuvad hanketeatest ja -dokumentidest

⁶¹ R. Losh lk 10

⁶² BGH (German Federal High Court of Justice), X ZR 115/04 of 1.8.2006, viidatud R. Losh kaudu

⁶³ Viide 39

Kohtuasjas C-250/07 uuris kohus, kas läbirääkimistega menetluses muudeti oluliselt algse lepingu esialgseid tingimusi, mille järgimata jätmise tagajärjel kvalifitseeris hankija kõik esialgsed pakkumused mittevastavatenä.⁶⁴ Antud menetluses ei olnud lubatud ükski lahknevus hankija nõuetest ning kohus leidis, et hankija oli toiminud õiguspäraselt.⁶⁵ Sama hanke raames olid teatud tehnilised lahknevused lubatud ning pakkujad võisid need puudused omal kulul kõrvaldada.⁶⁶ Seega võib hankija määrata tingimused, millele peavad pakkumused vastama ning mille üle läbirääkimisi ei peeta. Samuti võib hankija lubada teatud tehnilisi lahknevusi pakkumustest ning näha hankedokumentides ette läbirääkimiste tulemusena lahknevuste kõrvaldamise võimaluse.

Seega määrab hankija kohustuslikud tingimused, mille üle läbirääkimisi ei toimu ning tingimused, mis ei pea täielikult vastama tehnilisele kirjeldusele ning mittevastavusi saab läbirääkimiste käigus kõrvaldada. Õigusaktid ei sätesta tingimusi, mille üle hankija ei tohi läbirääkimisi pidada. Hankedokumentidesse võivad jääda märkimata mitmesugused asjaolud, eriti mis puudutavad hankelepingu eseme tehnilist kirjeldust või hankelepingu tingimusi.⁶⁷

Samas on läbirääkimistega menetluste eesmärk võimaldada hankemenetluse edukat läbiviimist ka keerukama esemega hangete puhul ning seeläbi luua võimalused avalike vahendite otstarbekaks kasutamiseks ilma põhjendamatute lisakuludeta.⁶⁸ Seega võiks nimetatud eesmärkide saavutamiseks lubada hankijale suuremat paindlikkust ka hanketingimuste muutmisel. Siiski peab hankija, kasutades paindliku menetlusega ettenähtud võimalusi, mis on vajalikud hankelepinguni jõudmiseks, järgima riigihangete üldpõhimõtteid ning tagama konkurentsi, võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse.⁶⁹ Küsimust, kuidas saavutada parim tasakaal ühelt poolt paindlikkuse ja teiselt poolt läbipaistvuse ja konkurentsi vahel, on peetud oluliseks nii läbirääkimistega menetluse kohaldamise aluste kui menetluse läbiviimise seisukohalt. Kui hankijad on ausad, hästi õpetatud ja kogunud ja ei ole tundlikud diskrimineerimise survele siseriiklike ettevõtete kasuks, siis ei ole mingit põhjust piirata nende võimalust läbirääkimiste pidamiseks. Eriti siis, kui liikmesriigil või hankijal endal on ostude tulemuste üle järelevalve teostamise süsteem, mis kindlustab raha

⁶⁴ Euroop Kohtu otsus 250/07 Kreeka Vabariik v Euroopa Ühenduste Komisjon p 53

⁶⁵ Samas p 55

⁶⁶ Samas p 56

⁶⁷ Riigihangete juhised lk 119

⁶⁸ Arrowsmith The problem of discussions with tenderers under the E.C. Procurement Directives: the current law and the case for reform. P.P.L.R. 1998, 3 p 71

⁶⁹ Ibid p 72

otstarbeka kasutamise, ei ole detailsed reeglid ja läbipaistva hankemenetluse kehtestamiseks vajalikud.⁷⁰

Eelnevaga tõusetus küsimus, kui läbipaistev ja kontrollitav läbirääkimistega menetlus on. Õiguskirjanduses on märgitud, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlus võimaldab hankijatele suuremat diskretsiooni hanke tingimuste muutmisel ja läbirääkimistel, kuid seetõttu ka suuremat vabadust esitada konfidentsiaalset informatsiooni eelistatud pakkujale. Seetõttu ei ole väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluses läbipaistvuse põhimõte ja võrdse kohtlemise põhimõte tagatud sellisel määral, kui avatud või piiratud hankemenetluses. Lisaks puudub tõhus järelevalve selle üle, mis läbirääkimistel toimub ning millist informatsiooni vahetatakse.⁷¹

Kirjanduses leitakse, et tuleks siiski eelistada reeglitel põhinevat süsteemi, mis nõuab menetluses konkurentsi ja mittediskrimineerimist ja püüab saavutada läbipaistvust nii, et selle üldise printsiibi kohaldamine oleks tõendatav ja teostatav.⁷² Eelmiste direktiivide kehtimise ajal oli tasakaal ärilise paindlikkuse ja läbipaistvuse vahel tugevalt läbipaistvuse kasuks.⁷³

Seega määrab hanketingimuste muutmise lubatavuse suures osas see, kuidas on sellisel juhul täidetud võrdse kohtlemise, konkurentsi tagamise ja läbipaistvuse põhimõte. Kui hankija hankemenetluse käigus muudab hankedokumentides sätestatud tingimusi, siis on võimalik, et kõik pakkujad ei saa näiteks tehnilistel põhjustel uutel tingimustel pakkumust esitada ning otsustades hankemenetluses osaleda on nad arvestanud algselt hankija poolt kehtestatud hanketingimustega.

Seega olukorras, kus hankija muudab algselt kehtestatud kohustuslikke tingimusi, ei pruugi kõigil pakkujatel olla võimalik uutel tingimustel pakkumust esitada. Sellisel viisil pakkujalt hankemenetluses osalemise võimaluse ära võtmine ei ole aga kooskõlas isikute võrdse kohtlemise põhimõttega. Kuna läbirääkimistega menetlus ei ole piisavalt kontrollitav ning läbipaistev, eksisteerib võimalus, et hanketingimuste muutmine hankija poolt võib olla põhjustatud ühe pakkuja eelistamisest teiste ees. Riigihangete seaduse § 32 lõike 1 kohaselt peab tehnilises kirjelduses hankelepingu eseme kirjeldamiseks kasutama

⁷⁰ Arrowsmith, 1998, p 75

⁷¹ Mugur, M. Ginter, C. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse näide. *Juridica* 2010/4 Lk 242

⁷² Arrowsmith 1998 p 75

⁷³ samas

vastavas valdkonnas tegutsevatele isikutele arusaadavat terminoloogiat ja täpsuse astet. Põhimõtteliselt on hankijal vaba voli otsustada, millist kaupa või teenust hankida. Hanke eseme kohta kehtestab hankija nõuded lähtuvalt sellest, milliste funktsionaalsete vajaduste rahuldamiseks hange korraldatakse. Sellele vaatamata peavad hankija kehtestatavad kriteeriumid olema asjakohased ning kooskõlas läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttega (RHS § 32 lg 1), hankija ei tohi seada meelevaldseid ega teadvalt konkurentsi piiravaid tehnilisi tingimusi.⁷⁴ Seega annavad täpsed ja lõplikud hankedokumentides sätestatud tingimused pakkujale kindlustunde, et esitades neile tingimustele vastava pakkumuse, on tal teiste pakkujatega võrdsed võimalused osutada hankes edukaks pakkujaks. Selline kindlustunne peaks olema pakkujatele võimaldatud ka läbirääkimistega menetluse korral, kus hanketeates kohustuslikena esitatud tingimused peaksid kehtima menetluse lõpuni ja ei tohiks muutuda. Siinkohal tuleb veelkord rõhutada, et hankija on kohustatud olema hanke ettevalmistamisel ning hankedokumentide koostamisel eriliselt hoolikas ning selle kohustusega ei ole kooskõlas turu-uuringu tegemine või ekspertide kaasamine alles hankemenetluse käigus. Kirjanduses on märgitud, et võistleva dialoogi menetluses peetava dialoogi maht on oluliselt laiem kui väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses peetavate läbirääkimiste maht. See tähendab, et võistlevat dialoogi võib alustada ka ilma eelnevate teostusvõimaluste uuringute või ettevalmistuseta, mis aga ei ole võimalik väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse korral.⁷⁵ Hankemenetluse ettevalmistamisel on hankijal samuti võimalik kasutada tehnilist dialoogi, eesmärgiga juba enne menetluse algust saada teada, millised on võimalused sobiva lahenduse leidmiseks. Ka tehnilise dialoogi pidamine ei tohi moonutada konkurentsi tulevaste pakkujate vahel.⁷⁶ Hankija võib kasutada abi hankedokumentide koostamisel, kuid ka selle tulemuseks ei tohi olla konkurentsi välistamine. Hanketingimuste muutmise läbirääkimiste käigus on lubamatu kui hankija on hankedokumentides selle selgesõnaliselt märkinud kohustuslikuks tingimuseks, millele pakkumus peab vastama ja mille üle läbi ei räägita. Seega üldreeglina on hankedokumentide muutmise väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses kohustuslike tingimuste osas olema võimalik muuta vaid RHS § 36 sätestatud korras.

⁷⁴ M. A. Simovart. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. *Juridica* 2012 nr 2. Lk 84

⁷⁵ J. S. Schnitzer. The Austrian federal procurement act 2006: the impact of recent EC developments on the Austrian procurement system. – *PPLR*, 2006, 5. P 275

⁷⁶ Riigihangete juhise. Lk 15

1.2.2 Hindamiskriteeriumid

Riigihangete seaduse § 66 lõike 3 alusel jätab hankija hankedokumentidesse lisamata §-i 31 lõikes 2 toodud andmed, mille üle ta soovib pakkujatega läbirääkimisi pidada. Nimetatud sättes ei ole toodud hindamiskriteeriume ega metoodikat, mille alusel hankija etapiviisiliste läbirääkimiste käigus vähendab esitatud pakkumuste arvu. Seega ei saa hankija nimetatud metoodika ja hindamiskriteeriumide osas valida, kas ta esitab need hankedokumentides või jätab läbiräägitavateks. Hankija peab hankedokumentides märkima, kas ta sõlmib hankelepingu majanduslikult soodsaima või üksnes madalaima hinnaga pakkumuse alusel.⁷⁷ Sõlmides hankelepingu majanduslikult soodsaima pakkumuse alusel, peab hankija nimetama ka objektiivsed hindamise kriteeriumid ja nende osakaalu pakkumuste hindamisel.⁷⁸ Samuti peab hankija läbirääkimiste korras sätestama metoodika, mille alusel ta vähendab läbiräägitavate pakkumuste vähendamise metoodikat.⁷⁹

Sellegipoolest on riigihangete praktikas tekkinud küsimus, kas hankija võib hankemenetluse käigus muuta hindamiskriteeriume.⁸⁰ On siiski üheselt selge, et hanketeates esitatud hindamiskriteeriume pärast taotluste esitamise tähtaega muuta ei tohi, kuna vastavalt riigihangete seaduse §-le 36 saab hanketeadet muuta kuni taotluste esitamise tähtajani.⁸¹

Hankijal ei ole võimalik läbirääkimiste käigus asuda muutma hankedokumentides sätestatud tingimusi, kuivõrd hankedokumentide muutmine on rangelt reguleeritud RHSi § 36 ning osundatud paragrahvi lõike 1 kohaselt saab hankedokumente muuta üksnes enne pakkumuste esitamise tähtpäeva. Seega, tuleb hankijal hoolikalt läbi mõelda, milliste tingimuste üle soovitakse läbirääkimisi pidada ning millised on tingimused, millest ei ole võimalik isegi läbirääkimiste käigus taanduda.⁸² Eeltoodud säte ja selle selgitus kehtib ka hindamiskriteeriumide kohta, hankija peab hankemenetlust ette valmistades selgeks tegema, milliste kriteeriumide alusel ta soovib sõlmida hankelepingu. Samuti, kui hankija sõlmib lepingu majanduslikult soodsaima pakkumuse alusel, peab ta kindlaks määrama ka suhtelise osakaalu, mis omistatakse igale kriteeriumile majandusliku soodsuse määramisel.

⁷⁷ Riigihangete seadus § 31 lõige 3

⁷⁸ § 31 lõige 4

⁷⁹ § 31 lõige 6¹

⁸⁰ Viide 29

⁸¹ samas

⁸² Look, K. Lk 5.

Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse tagamiseks on oluline, et kõik asjaolud, mida tellija võtab majanduslikult soodsaima pakkumuse välja selgitamiseks arvesse, ning võimaluse korral nende suhteline tähtsus, oleksid võimalikele pakkujatele teada ajal, mil nad oma pakkumust ette valmistavad.⁸³

Saksa autor R. Losh, on märkinud, et läbirääkimiste ulatuse kindlaksmääramisel tuleb teha vahet hanketingimustel ja hindamise kriteeriumidel ning hindamise kriteeriume menetluse jooksul muuta ei tohi.⁸⁴

Seega kehtib eeltoodud kohtuotsuses sätestatu ka läbirääkimistega menetluses. Hankija ei tohi alustades menetlust sätestada, et hanke võidab pakkuja, kes esitab majanduslikult soodsaima pakkumuse, kuid otsustada võitja üle odavaima hinna alusel. Samuti ei või hankija, kui ta sõlmib pakkumuse majanduslikult soodsaima pakkumuse alusel peale pakkumuste esitamise tähtpäeva muuta hindamiskriteeriume ning nende osakaalu pakkumuste hindamisel. Hankija ei tohi hindamiskriteeriumidena kasutada taotleja või pakkujate sobivusega seotud kriteeriume.⁸⁵

Tuleb märkida, et hindamiskriteeriumid ja pakkumuste vähendamise meetodika läbiräägitavus ei ole hankija otsustada, need tingimused peab hankija sätestama hanketeates või hankedokumentides ning muuta saab neid lähtudes riigihangete seaduse §-st 36.

Samuti peavad hanketeates või hankedokumentides esitatud hindamiskriteeriumid olema sisulised. Vaidlustuskomisjon on sedastanud, et riigihangete seaduse § 31 lõikele 4 vastav hindamise kriteerium peab olema hankelepingu esemega seotud ja objektiivset hindamist võimaldav. Nimetatud tingimustele saab vastata üksnes hindamise kriteerium, mis sisaldab endas kõiki objektiivse hindamise läbiviimiseks vajalikke osi, st nii hindamisele kuuluvaid asjaolusid kui ka punktide omistamise meetodikat. Hindamise kriteeriumi nimetuse järgi (nt pakkumuse tehniline sobivus, pakkuja organisatsiooni, meetodika ja kvaliteedi hinnang, hinnang taotleja meeskonnale) ei saa taotlejad aimata hankija nägemust hindamisele tulevatest asjaoludest, rääkimata sellest, et taotlejatel oleks võimalik hinnata, kas hindamise kriteerium võimaldab ka pakkumuste objektiivset hindamist.⁸⁶ Samuti on

⁸³ EK otsus kohtuasjas C-87/94 viidatud riigihangete juhis lk 159

⁸⁴ R. Losh

⁸⁵ Riigihangete juhis lk 161

⁸⁶ VaKo otsus 08.01.2010 nr 269-09/115703 OÜ Smartlink vs Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium, p 11.2

hindamiskriteeriumide nõuetekohane esitamine hanketeates või hankedokumentides oluline taotlejate kaebeõiguse seisukohalt.⁸⁷

Seega ei kuulu hindamiskriteeriumid andmete hulka, mida võib läbirääkimiste tulemusena muuta.

1.3. Objektiivselt põhjendatud uued tingimused

Hankedirektiivi kohaselt võib väljakuulutamisega läbirääkimistega menetlust kasutada vaid artiklis 30 loetletud kindlalt piiritletud juhtumite korral. On tõenäoline, et suuremahuliste ja keeruliste projektidega kaasneb suurem risk rahalisteks raskusteks. Rahaliste tingimuste muutmiseks on suurem võimalus, kui hankija näeb sellise muudatuse tegemise kavatsuse ette läbirääkimiste- või pakkumuse kutses. Igakord kui muutuvad hanke finantsilised tingimused, peavad pakkujad sellest võimalikult kiiresti teada saama, et nad saaksid pakkumused välja töötada vastavalt uutele nõuetele. Samuti on vajalik, et hankija igakordsel pakkujate arvu vähendamisel hindaks, kas eelistatud pakkujal on võimalik korraldada nõutud rahastamist.⁸⁸

Seega tuuakse õiguskirjanduses välja taas asjaolu, et muudatuste tegemine hankedokumentides on võimalik vähemalt siis, kui selline võimalus nähakse ette hanketeates või peale kvalifitseerimise etappi. Samad autorid viitavad *London Underground* lahendile, kus komisjon põhjendas muudatuste võimalikkust väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse paindliku iseloomuga. Otsuses öeldi, et muudatusi võib aktsepteerida peale eelistatud pakkuja valimist ilma, et need kujutaksid automaatselt diskrimineerimist kui muudatused on seotud asjaoludega, mida ei saanud varem kindlaks määrata ja/või muudatused on põhjustatud välistest faktoritest, mida ei saanud ette näha ja mõjutab mitte ainult eelistatud pakkuja pakkumust, vaid ka mitte-eelistatud pakkujate pakkumusi, näiteks inflatsioon, turu kõikumine.⁸⁹ Seega leitakse kirjanduses, et erandlike juhtumiste puhul, mis tulenevad välistest asjaoludes ehk mis ei tulene hankijast ega pakkujatest, võib olla hankedokumentide muutmine lubatud.

⁸⁷ samas p 11.3

⁸⁸ Roe, S. Dickinson, J. Issues for public procurements resulting from instability in global financial markets. P.P.L.R. 2009, 3, NA 96

⁸⁹ Roe, Dickinson, NA 97

Professor Arrowsmith selgitab võimalust teha muudatusi oma nõudmistes enne võitja valimist. Hankija võib soovida teha muudatusi nõudmistes hankemenetluse jooksul enne võitja valimist. Muudatused hankeeseme projekti detailides on tõenäolisemalt lubatavad läbirääkimistega menetluses kui avatud või piiratud menetluses. Ei ole selgesõnalisi juhiseid, kui ulatuslikud muudatused on lubatud. Kuid isegi mõistlike või põhjendatud, kuid oluliste muudatuste vajaduse korral, mis võivad mõjutada pakkuja olemuslikke omadusi, peab hankija tegema siiski kõik selleks, et niisugust efekti vältida.⁹⁰ Imselt peetakse siin silmas pakkuja positsiooni muutumist hankemenetluses. Kui pakkuja muudatuste tulemusena kaotab oma võistlevas menetluses saavutatud seisundi eelistatud pakkujana, siis ei ole muudatus lubatav. Hankija peab andma hinnangu, kas muudatused on nii olulised, et annavad ühele pakkujale konkurentsieelise teiste ees. Seda toetab *London – Underground* riigiabi komisjoni otsus, kus käsitleti muudatuste lubatavust peale võitja otsustamist. Komisjon järeldas, et hankija peab üle vaatama menetluse ja kui muudatus on mõjutanud menetluse tulemust võitja osas, ei ole muudatus lubatav. Hankija peab minema tagasi menetluse sellesse punkti, kus see muudatus tehti ja hindama, kas tulemus oleks olnud teistsugune, kui muudatust ei oleks tehtud. Teiselt poolt mitteolulised muudatused on tavaliselt lubatud ilma eelnevate etappide ülevaatamiseta.⁹¹

London-Underground lahendis tehti muudatusi tööde teostamise ajas, järjekorras ja teostatava töö mahus, muudatusi lepingu täitmise režiimis ja lepingu täitmise kvaliteedi hindamise meetodites, muudatusi riskide jaotuses ja muudatusi teatud rahastamise tingimustes. Komisjon ei pidanud muudatusi oluliseks ei üksikult ega kogumis, leides, et muudatuste tegemine ei oleks meelitanud pakkumusi tegema uusi potentsiaalseid pakkujaid, kes võib-olla esialgse hanketeate alusel seda teinud ei oleks.⁹² Seega on viidatud lahendis käsitletud muudatuste lubatavust sarnaselt kohtuasjale C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur*, mis puudutas hankelepingu muutmise lubatavust ja milles kohus sedastas, et lepingu algse tingimuse muutmist tuleb käsitada olulisena, kui muudetud tingimus, kui see oli olemas juba alguses menetluses, andis aluse pidada esitatud pakkumusi nõuetele mittevastavaks või lubas pakkumusi esitada teistel kui alguses

⁹⁰ Arrowsmith 2005 p 602

⁹¹ Samas p 603

⁹² *London Underground* p 90 viidatud Taube lk 68

menetluses osalenud pakkujatel.⁹³ Lisaks rõhutas kohus London-Underground kaasuses, et muudatuste lubatavus tuleneb ka läbirääkimistega menetluse paindlikust olemusest.⁹⁴

Tuleb märkida, et vaidlustuskomisjoni ja Eesti kohtute praktika on tehnilise kirjelduse muutmise lubatavuse otsustamisel eelistanud ranget lähenemist ja ei ole lubanud tehnilise kirjelduse muutmist läbirääkimiste käigus, kui vastavad tingimused on üheselt hankedokumentides sätestatud. Nagu eelnevalt mainitud, on Riigikohus esitanud Euroopa Kohtule selles küsimuses eelotsuse taotluse Nordeconi ja Ramboll Eesti kaebuses.

Veel üheks näiteks tehnilise kirjelduse muutmise küsimuses on AS Eleringi kaasus riigihankes Andmeladu. Hankemenetluse ja hankeeseme arendustööde käigus muutusid hankija tehnilised vajadused. Arendustööde ja täiendava analüüsi käigus selgus, et tehniline kirjeldus oli osaliselt ebaotstarbekas ja see muutis projekti kokkuvõttes ka oluliselt kulukamaks. Nimetatud tingimuse eemaldamine tehnilisest kirjeldusest muutis projekti oluliselt lihtsamaks, vähendades töömahtu ja keerukust ning vähendades kordades töökindlusega seotud riske.⁹⁵ Riigihangete seaduse kohaselt võib hankija hankemenetluse kehtetuks tunnistada põhjendatud vajaduse korral omal algatusel.⁹⁶ Vaidlustuskomisjon on öelnud, et kuna RHS ei sätestata konkreetseid aluseid, millistel juhtudel on hankija õigustatud RHS § 29 lg 3 p-s 6 sätestatud otsust tegema, siis võib hankija vajadus olla põhjendatud ka olukorraga, kus hankija nõuded hankelepingu esemele (hankija vajadused) on ajas muutunud ja hankija ei soovi enam hankedokumentides kirjeldatud asja osta/teenust tellida. RHS ei kohusta hankijat riigihanke eesmärkide muutmisel ostma midagi, mida hankija tegelikult ei vaja ja mille nõue oleks ilmses vastuolus hankija kohustusega kasutada rahalisi vahendeid säästlikult ja otstarbekalt (RHS § 3 p 1).⁹⁷

Antud juhtumi puhul oli tegemist ka olukorraga, kus kohtumenetlus oli pooleli ning hankijal oli keelatud lepingut sõlmida, samuti olid pakkumuste jõusoleku tähtajad juba möödas. Vaidlustuskomisjoni otsuse kohaselt võib hankija hankemenetluse kehtetuks tunnistada, kui tema nõudmised on muutunud. Olukorras, kus hankija vajadused on muutunud, kuid tulenevalt tehnilise kirjelduse muutmise keelust peale pakkumuste

⁹³ EK C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur* p 35

⁹⁴ Viide 106

⁹⁵ AS Elering hankemenetluse kehtetuks tunnistamise otsus riigihankes nr 128666. P 2.2.2.2. Kättesaadav http://elering.ee/public/Elektriturg/Andmeladu/Riigihanke_Andmeladu_kehtetuks_tunnistamise_otsus_Elerin_g_AS_juhatus_08062012.pdf (12.04.2012)

⁹⁶ RHS § 29 lõige 3 punkt 6 teine lauseosa

⁹⁷ VaKo otsus 04.05.2012 nr 82-12/120741 p 12

esitamise tähtaega, ei pea hankija jätkama hankemenetlust, mille tulemus ei ole talle vajalik. Hankemenetluse kehtetuks tunnistamise korral on tõenäoliselt ka väiksem risk hankija tegevuse vaidlustamiseks. Autori arvates võib hankija sellisel juhul samuti hankemenetluse RHS § 29 lõike 3 punkti 6 alusel kehtetuks tunnistada ka siis, kui ta kavatses muutunud tingimuste ja kirjeldustega alustada uut hankemenetlust.

Hankijal on võimalus hankemenetluse läbipaistvamaks ja selgemaks muutmiseks sätestada läbirääkimiste pidamine võimalikult täpselt läbirääkimiste korras. Läbirääkimiste pidamiseks peab hankija väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses kehtestama läbirääkimiste korra.⁹⁸ Läbirääkimiste korra kehtestamise kohustus lisati seadusesse 01.01.2011 jõustunud muudatustega. Kuna riigihangete seadus ja hankedirektiiv ei anna hankijatele konkreetseid juhiseid läbirääkimiste korraldamiseks, siis on hankija ülesanne kehtestada läbirääkimiste korras võimalikult konkreetseid sammud, millest läbirääkimiste läbi viimisel lähtuda. Samas on lahendeid, kus vaidlustuskomisjon on leidnud, et ka hankija poolt kehtestatud läbirääkimiste kord on üldsõnaline ning eeldab, et hankija selgitab pakkujatele, mida konkreetsetelt hakatakse läbi rääkima.⁹⁹ See näitab, et hankijatel jääb puudu teadmised ja oskused läbirääkimiste korraldamisel ning alati ei ole hankijal selget visiooni hanke läbi viimisest. Riigihangete seaduse seletuskirja kohaselt on läbirääkimiste korras avaldatav teave läbirääkimisi sisaldavates hankemenetlustes olulise tähtsusega, kuivõrd see tagab hankemenetluse läbipaistvust ning ka kontrollitavust.¹⁰⁰ Hankija on kohustatud läbirääkimiste korras määratlema, kuidas ja millistel alustel ta läbirääkimisi läbi viia kavatses, millistest reeglitest läbirääkimistel lähtub ning seal hulgas sätestab, millise meetodika alusel vähendab läbiräägitavaid pakkumusi või lahendusi.¹⁰¹ Seega on läbirääkimiste kord läbirääkimiste käigus oluliseks orientiiriks nii hankijale kui pakkujatele, milles sätestatud reegleid tuleb järgida. § 66 lõike 3 kohaselt on läbirääkimiste objektiks eelkõige pakkumuse esitamise ettepaneku hetkel hankedokumentides määratlemata andmed või need andmed, mille üle hankija soovib kindlasti läbirääkimisi pidada. Sellise info märgib hankija ära läbirääkimiste korras. Samuti võib eeldada, et hankedokumentidesse märkimata jäetud või läbiräägitavatena märgitud andmete üle toimuvad põhjalikud läbirääkimised, kuna on võimalik, et läbirääkimiste käigus alles selguvad hankija vajadused ja lahendused.

⁹⁸ RHS § 31 lg 61

⁹⁹ VaKo 14.05.2012 p 8

¹⁰⁰ Seletuskiri riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse juurde. Kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems2&emshelp=true&eid=1215935&u=20130418093812>

¹⁰¹ *samas*

Vahekokkuvõte (1.peatükk)

Eelnevast selgus, et hankedokumentides avaldatud andmete üle läbirääkimiste ulatus ei ole hankedirektiivis ja riigihangete seaduses ühesugune. Hankedirektiivi kohaselt võib esitatud pakkumuste üle läbirääkimisi pidada eesmärgiga kohandada pakkumused hanketingimustele. Riigihangete seaduse kohaselt tuleb pakkumused enne läbirääkimisi vastavaks tunnistada ning seejärel pidada läbirääkimisi kohandamise eesmärgiga. Seejuures sätestab riigihangete seadus väljakuulutamisega läbirääkimistega kasutamise aluseid loetlevates sätetes läbirääkimiste pidamise esitatud pakkumuste üle sarnaselt direktiivile.

Tehnilise kirjelduse muutmine on üldjuhul keelatud ja võimalik on see eelkõige erandlikel juhtudel. Muutmise keeld lähtub eelkõige võrdse kohtlemise põhimõttest, sest kui esialgseid tingimusi muudetakse, ei pruugi kõigil menetluses osalejatel olla võimalik menetluses jätkata. Kuna ei ole konkreetseid juhiseid selles küsimuses, on seda lahendatud liikmesriikides erinevalt, kohtab nii paindlikku kui ranget lähenemist. Paindliku lähenemise kohaselt peetakse lubatavaks isegi tingimuste muutmist vastavalt pakkumustele ja kui muutmisel on väga kaalukas põhjus, näiteks efektiivse tulemuse saavutamine. Hankija ei tohi põhjendamatult hanketingimusi muuta, põhjuseks võivad olla välised asjaolud, mida ei olnud hanke ettevalmistamisel võimalik ette näha.

Hindamiskriteeriumide muutmine allub hankedokumentide ja hanketeate muutmise regulatsioonile ja neid tohib muuta ainult enne taotluste või pakkumuste esitamise tähtpäeva.

2. Läbirääkimised esitatud pakkumuste üle

2.1 Pakkumuse muutmise keeld

Riigihangete seaduse § 67 lõike 1 kohaselt kohandatakse esitatud pakkumused läbirääkimiste teel hankedokumentides sätestatud tingimustele. Nagu juba eelnevalt mainitud, ei anna seaduse seletuskiri toodud sätte kohta mingit sisulist selgitust, korrates vaid seaduse teksti.¹⁰² Eesti keele seletav sõnaraamat annab kohandamise (direktiivis *ingl adaptation*, kirjanduses ka *adjust*) mõistele järgmise seletuse: teatud tingimustele, olukorrale vastavaks, kohaseks, sobivaks muutma, millegagi kokkusobitama, kooskõlla viima.¹⁰³ Muutmine on aga oluline, järsk, tunduv, otstarbekas muudatus.¹⁰⁴ Seega on muutmine tunduvalt ulatuslikuma sisuga mõiste kui kohandamine. Kuna nii direktiiv (direktiivis *ingl adaptation*, kirjanduses ka *adjust*) kui riigihangete seadus kasutavad sõna „kohandama“ ja mitte „muutma“, siis võiks eeldada, et läbirääkimiste käigus tehtavad muudatused ei saa olla väga olulised muudatused ning kohandamine tähendab pakkumuste hankija nõudmistele vastavaks, sobivaks muutmist. Avatud ja piiratud menetluses võib hankija nõuda pakkujalt pakkumuses esitatud andmete põhjendatud selgitamist, piiritlemist ja täpsustamist.¹⁰⁵ Ka väljakuulutamise läbirääkimistega menetluses on kohaldatav nimetatud võimalus, kuid lisaks saab selles menetluses pakkumusi kohandada hankedokumentides toodud tingimustele, mis on põhjalikum muudatus kui täpsustamine, selgitamine ja piiritlemine.

Avatud ja piiratud menetluses on läbirääkimised fundamentaalsetes küsimustes taotlejate ja pakkujatega keelatud, lubatud on vaid arutelu pakkumuste sisu selgitamise eesmärgil. Vajaduse sellise keelu järele on mõistetav, kuna läbirääkimiste pidamine võib hankijale anda subjektiivseid hindamise võimalusi.¹⁰⁶

¹⁰² Seletuskiri riigihangete seadus juurde. 816 SE I. Kättesaadav:

http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=060180002
(15.04.13)

¹⁰³ Eesti keele seletav sõnaraamat. <http://www.eki.ee/dict/ekss/index.cgi?Q=kohandama&F=M> (15.04.13)

¹⁰⁴ *samas* <http://www.eki.ee/dict/ekss/index.cgi?Q=muutmine&F=M> (15.04.13)

¹⁰⁵ Riigihangete seadus § 56 lg 3

¹⁰⁶ Bovis, C.H. EU Public procurement law. Cheltenham, Northampton. Edward Elgar, 2007. P 77

Võib öelda, et läbirääkimiste eesmärk ongi pakkumuste muutmine, sest kui läbirääkimised on keelatud, on välistatud ka muudatuste tegemine esitatud pakkumustes.¹⁰⁷ Küsimus on selles, milline võib olla muudatuste ulatus. Arvutusvead, mitmetimõistetavus, ebaloogilisus, ilmselt puudulik hankedokumentide lugemine, mis võivad samuti olla mitmeti mõistetavad - need on vead, mille muutmiseks pakkumustes on pakkujal õigus ja hankija on lausa kohustatud seda lubama. Samas võib pakkumuse muutmise lubatavus mõjutada negatiivselt kogu hankemenetlust välistades ka pakkumuste võrdlemise võimaluse.¹⁰⁸

Kuna väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses võib hankija korraldada läbirääkimisi etapiviisiliselt ning igale läbirääkimiste etapile järgneb pakkumuste esitamine, kohandatakse pakkumusi eelmises läbirääkimiste etapis esitatud tingimustele. Pakkumuste kohandamine toimub igas etapis uuesti, pakkumusi kohandatakse eelmises läbirääkimiste etapis kokkulepitud tingimustele.

Vaidlustuskomisjoni praktika kohaselt kehtib väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse läbiviimisel nõue, et läbirääkimiste tulemusena ei esitata uut pakkumust, vaid algselt esitatud pakkumust on võimalik läbirääkimiste tulemusena kohandada.¹⁰⁹ Tõenäoliselt on uue pakkumuse esitamisega tegemist siis, kui pakkumust muudetakse oluliselt või muudetakse pakkumuse olulisi tingimusi. Euroopa Kohus on öelnud, et oluliseks saab pidada sellist tingimust, mis, juhul, kui see oleks muudetud kujul algselt olnud sätestatud hanketingimustes, oleks võimaldanud pakkujatel esitada oluliselt erinevaid pakkumusi.¹¹⁰ Pakkumuste olulise tingimusena on toodud välja pakkumuse maksumust ja riskide jaotust lepingus, samuti toote, teenuse, ehitustöö omadusi ning kõiki omadusi, milles sisaldub võistlev element.¹¹¹

Eelpool viidatud vaidlustuskomisjoni lahendis vaieldi selle üle, kas hankija võis pakkujatega läbirääkimisi pidada ja selle tulemusena esitada uue pakkumuse. Vaidlustuskomisjon leidis, et hankedokumentide kohaselt olid läbirääkimised lubatud ning pakkuja võis korrigeerida tehnilist lahendust ja selle muutumisest lähtuvalt ka pakkumuse

¹⁰⁷ Arrowsmith, S. Davis, D. Public Procurement: Global Revolution. Kluwer Law International. 1998. K. Krüger 1998 p 188-189

¹⁰⁸ Samas p 189

¹⁰⁹ VaKo otsus 14.05.2012 nr 83-12/129514 Elisa eesti AS ja Eltel Networks AS vs Eesti Post p 9

¹¹⁰ Euroopa Kohtu otsus 29.04.2004, C-496/99, *Succhi di Frutta* p 116 viidatud K.Taube lk 10

¹¹¹ K. Taube lk 11

hinda.¹¹² Seega on väljakuulutamise läbirääkimistega menetluses uue pakkumuse esitamisega tegemist siis, kui pakkumuses on muudetud tingimusi, mis hankedokumentide kohaselt ei olnud läbi räägitavad ning nagu eelnevalt märgitud, ei tähenda pakkumuse muutmise alati väljakuulutamise läbirääkimistega menetluses uue pakkumuse esitamist.

Läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise kohustus seab piiranguid läbirääkimiste korraldamisele. Lihtne näide on siin *Walloon Buses* kaasus, kus hankija soovis peale pakkumuste esitamist lubada ühel pakkujal muuta oma pakkumust, kuid lähtudes võrdsuse põhimõttest peab pakkuja andma pakkumuse muutmise võimaluse ka teistele pakkujatele, see kehtib nii avatud kui läbirääkimistega menetluses.¹¹³

Võrdse võimaluse pakkumuse muutmiseks annab hankija pakkujatele samasuguse info jagamisega ning samadel teemadel läbirääkimiste pidamisega. Läbirääkimised peavad olema kõigi pakkujatega sisulised ja ühesuguse põhjalikkusega.

Kaasuses, kus vaidlustajad väitsid, et hilisem hanke võitja ei oleks tohtinud oma pakkumust muuta, kuna muutmise aluseks olevad asjaolud ei olnud läbirääkimiste objektiks, tuvastas vaidlustuskomisjon, et muutmise oli õiguspärane, kuna läbirääkimised olid hankedokumentide kohaselt lubatavad ning pakkumust muutnud ja hiljem hanke võitnud pakkujaga toimusid neil teemadel põhjalikud läbirääkimised.

Samas tuvastas vaidlustuskomisjon, et vaidlustajatega ei peetud sisulisi läbirääkimisi, mis andnuks ka neile võimaluse oma pakkumust muuta.¹¹⁴

Seega ei ole pakkumuse muutmise õiguspärane, kui muutmiseks ei ole antud kõigile pakkujatele võrdseid võimalusi. Läbirääkimiste ajal ei tohi hankija eelistada üht pakkujat teiste ees ning hankija peab pakkujatega läbirääkimisi pidama ühtviisi põhjalikult, et kõik pakkujad saaksid esitada pakkumused võrdsetel alustel. Samas vaidluses otsustas ka Tallinna Halduskohus, et kuna hankija ei pidanud mõlema pakkujaga läbirääkimisi samas mahus, on ta rikkunud pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet.¹¹⁵

Vaidlustuskomisjon on ka varasemates lahendites sedastanud, et väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetluses ei saa läbirääkimiste tulemusena tekkida uut pakkumust ja esitatud pakkumust on võimalik üksnes kohandada. Antud lahendis oli hankija

¹¹² Samas p 12

¹¹³ Arrowsmith, 1998, p 75

¹¹⁴ VaKo 14.05.2012 p 13

¹¹⁵ Tallinna Halduskohtu 29.06.2012 otsus 3-12-1076 p 12

kehtestanud tingimuse, et hangitavale esemele esitatud miinimumnõuded ei ole läbiräägitavad, mistõttu peavad need olema lõplikud ja vastama hankedokumentides ja selle lisades toodud nõuetele.¹¹⁶ Hankija soovis saada pakkumusi, milles kehtestatud lahendus vastaks kehtestatud miinimumnõuetele ning piiritleks ka võimalike läbiräägitavate tingimuste ulatuse.¹¹⁷ Kuid pakkuja ei esitanud lõpplahenduse tehnilist joonist ja lahenduse spetsifikatsioon ei vastanud täielikult hankedokumentides toodud lahenduse miinimumnõuetele.¹¹⁸ Sellegipoolest eeldas pakkuja, et temaga peetakse läbirääkimisi ning leidis, et hankija rikkus riigihangete seadust, lükates pakkumuse läbirääkimisi pidamata tagasi. Vaidlustuskomisjon leidis, et hankija on toiminud õiguspäraselt ning esitatud algne pakkumus on siduv ning selle korrigeerimine (muutmine, parandamine, täiendamine jne) on lubatav üksnes ulatuses, millises osas on läbirääkimised hankedokumentide kohaselt lubatavad. Hankedokumentides sätestatud miinimumnõuded peavad olema täidetud, hankija peab kontrollima nende täitmist ja pakkuja ei saa nõuda läbirääkimiste pidamist tingimuste osas, mis hankedokumentide kohaselt ei ole läbiräägitavad.¹¹⁹

Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluses ei esitata pärast läbirääkimisi mitte uut pakkumust, vaid RHS § 67 lg 1 alusel peab hankija pakkujatega esitatud pakkumuste osas läbirääkimisi, et kohandada neid vajaduse korral hanketeates ja hankedokumentides sätestatud nõuetele ning valida välja edukas pakkumus. Seega pakkuja esitab pakkumuse, mille kohandamiseks peetakse läbirääkimisi ja nn kohandatud pakkumust ei saa käsitleda uue pakkumusena.¹²⁰ Pakkuja kontrollib pakkumuste vastavust, peab läbirääkimisi pakkumuste kohandamiseks ning võtab vastu täiendava pakkumuse ning kui see on vajalik, peab järgmises etapis taas läbirääkimisi.¹²¹

Siinkohal tuleb märkida, et nii hankija kui pakkuja peavad läbirääkimiste pidamisel järgima hankedokumentides ja läbirääkimiste korras esitatud tingimusi ning vastavad tingimused kehtestab hankija järgides õigusaktides sätestatud nõudeid. Pakkuja ei saa esitada tingimusi ega nõudmisi läbirääkimiste korraldamise osas ning läbiräägitavad tingimused on hankija otsustada.

¹¹⁶ VaKo otsus 27.12.2010 nr 259-10/120113 Mindware OÜ vs AS-i Eesti Post punkt 4.3

¹¹⁷ samas p 5.3

¹¹⁸ samas p 7

¹¹⁹ VaKo 27.12.2010 p 8

¹²⁰ VaKo otsus 14.04.2010 nr 55-10/113700 Smartlink OÜ ja Cybernetica AS vs Riigi Infosüsteemide Arenduskeskus p 8

¹²¹ samas

Pakkumuse lubamatu muutmisena on vaidlustuskomisjon käsitlenud hankedokumentides konkreetse tingimusena sätestatud nõudmisele mittevastava lahenduse pakkumist. Antud lahendis oli kehtestatud kindlad mõõtmed hangitavatele elektriarvestitele. Vaidlustaja esitas pakkumuse tootele, mille mõõtmed olid erinevad hankedokumentides sätestatust. Vaidlustuskomisjon leidis, et hankija ei ole selgituste küsimata jätmisega rikkunud riigihangete seaduse § 56 lõiget 3. Nimetatud säte annab hankijale õiguse nõuda pakkujalt selgitusi pakkumuses esitatud teabe selgitamiseks, piiritlemiseks või täpsustamiseks. Vaidlustaja pakkumusest nähtus üheselt, et pakutavate arvestite mõõtmed ei vasta hankedokumentides esitatud tingimustele. Vaidlustaja väitis, et nad võiksid vahetada pakutud arvestite katted välja uutega, millisel juhul arvestid vastaksid hankedokumentides mõõtmetele esitatud tingimustele. Vaidlustuskomisjon asus seisukohale, et selgituste andmisega ei oleks vaidlustaja saanud nimetatud mittevastavust kõrvaldada ning see oleks sisuliselt käsitlev pakkumuse muutmisena.¹²² Vaidlustuskomisjon selgitas veel, et tuvastatud puudus ei ole üksnes vormiline, kuna ostetavate asjade mõõdud iseloomustavad hankelepingu eset sisuliselt, hankija on omistanud vaieldavale nõudele tähenduse, millest pakkujad pidid pakkumust esitades aru saama, et nende täitmine on pakkumuse vastavaks tunnistamiseks kohustuslik. Puudus pakkumuses ei ole käesoleval juhul kõrvaldatav ka selgituste andmisega ega läbirääkimistega.¹²³

Seega väljub hankedokumentides esitatud väga konkreetse tingimuse üle läbirääkimine ja selle tulemusena pakkumuse muutmise kohandamise raamidest ja sellisel kujul uue pakkumuse esitamine on väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses vaidlustuskomisjoni praktika kohaselt lubamatu.

Sarnane olukord on kirjeldatud ka *Storeabalt* otsuses, kus üks pakkujatest oli samuti esitanud pakkumuse, milles ei olnud järgitud kõiki nõudeid, kuid hankija aktsepteeris seda pakkumust ning ei lükanud pakkumust tagasi. Sellises olukorras on tegemist pakkujate ebavõrdse kohtlemisega ning hankija poolt ei ole aus aktsepteerida pakkumust, mis ei vasta kõigile tingimustele.¹²⁴

¹²² VaKo otsus 13.12.2011 nr 232-11/122986 Ühispakkujate Merko Infra AS-i, Iskraemeco d.d ja Merko Ehitus AS-i vs Eesti Energia Jaotusvõrk OÜ p 8

¹²³ Samas p 9

¹²⁴ Arrowsmith, S. Kunzlik, P. Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions. Cambridge, UK; New York : Cambridge University Press, 2009, p 100. Viidatud K. Taube lk 23

Kirjanduses on pakkumuse kohandamist ja muutmist väljakuulutamise läbirääkimistega menetluses avatud võrdluse kaudu võistleva dialoogi menetlusega. Saksa autor R. Losh on märkinud, et võistlev dialoog ei baseeru siduvatele pakkumustele, aga pakkujate poolt tehtavates ettepanekutes peavad olema täidetud hankija vajadused. Seaduslikke piiranguid, kuidas eemaldada osalejaid dialoogist, ei ole, kuna osalejad ei anna üle täielikult välja töötatud pakkumusi või ettepanekud ei pea vastama hanketeates sätestatud vajadustele ja nõudmistele.¹²⁵ Seega võib väljakuulutamise läbirääkimistega menetlust pidada menetluseks, kus läbirääkimiste pidamisel etapiviisiliselt peab osalejate arvu vähendamine baseeruma pakkumuse mittevastavusele hankija konkreetsetele nõudmistele. Teine pakkumuste esitamise tähendus läbirääkimistega menetluses on see, et iga uus pakkumus muudab eelmise kehtetuks.¹²⁶

Seega ei ole lubatud muuta pakkumist, kui see ei vasta hankija konkreetsetele nõudmistele ning selline pakkumus tuleb tagasi lükata.

Hankedirektiivi artikli 30 lõiget 2, mis sätestab läbirääkimiste tulemusena pakkumuste kohandamise hankija nõudmistele, on kirjanduses tõlgendatud kui pakkumuse muutmise lubatavust. Direktiivi artikli 30 lõike 2 kohaselt peavad ostjad pakkujatega läbirääkimisi, et kohandada esitatud pakkumused hanketeates, kirjeldustes ja võimalikes täiendavates dokumentides sätestatud nõuetele. See raamistik sätestab artiklis 30 lg 2 mainitud dokumentide kaudu, et ühekordset pakkumust võib oluliselt muuta. Mis puutub läbirääkimiste raamistikku, siis muutmiste võimalikkus peale pakkujate valimist sõltub peamiselt sellest, kas muutused tõenäoliselt muudavad osalejate olulisi omadusi ja/või kas muutused moonutavad osalejate vahelist konkurentsi.¹²⁷

2.2 Pakkumuse lubatud muutmine

Riigihangete seaduse kohaselt on avatud ja piiratud menetluses ning võistleva dialoogi menetluses pakkumuse muutmise peale pakkumuse esitamise tähtpäeva keelatud. Väljakuulutamise ja väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlustes on hankelepingu

¹²⁵ R. Losh lk 6

¹²⁶ R. Losh lk 11

¹²⁷ Losh, R. Lk 13

tingimuste üle läbirääkimiste pidamine lubatud.¹²⁸ RHS § 56 lõige 3 annab hankijale võimaluse nõuda pakkujalt pakkumuses esitatud teabe põhjendatud selgitamist, piiritlemist või täpsustamist. Rõhutada tuleb, et pakkumuse muutmise ei ole lubatav, kui muutmisega kaasneb mittevastava pakkumuse muutmise vastavaks või muutub pakkumuse majanduslik soodsus.¹²⁹ Teiselt poolt, kui pakkumuse muutmise seisneb ilmse vea või ebatäpsuse parandamises ja sellise muudatusega ei rikuta võrdse kohtlemise põhimõtet, ei ole hankijal alust keelduda muudatuse tegemisest.¹³⁰

Riigihangete vaidlustuskomisjon on pakkumuse hinna muutmist käsitlenud 10.05.2012 lahendis. RHS kohaselt võib läbirääkimiste objektiks olla ka pakkumuse hind kui läbirääkimisi peetakse mõne hankedokumentides määratlemata tingimuse üle, mille muutumisel võib muutuda ka hind. Antud lahendis vähenes läbirääkimiste tulemusena vaidlustajate pakkumuse hind 2,36 %, hanke võitja esitatud pakkumuse hind vähenes 24%. Vaidlustaja väitis, et nii suur hinnamuutus väljub § 66 lg 3 ja § 67 lõike 1 piiridest. Vaidlustuskomisjon märkis, et RHS ei sätesta õiguslikke tagajärgi juhaks, kui tuvastatakse, et väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetluses on pakkuja vähendanud läbirääkimiste tulemusena pakkumuse maksumust suuremas ulatuses, kui see RHS § 66 lg-d 3 ja §-i 67 lg-d 1 arvestades võimalik oleks. Tuleb eeldada, et seadusandja on pidanud küllaldaseks RHS §-s 48 sätestatud regulatsiooni, mis kuulub kohaldamisel juhul, kui hankija peab esitatud pakkumuse maksumust põhjendamatult madalaks.¹³¹ Samas otsuses on vaidlustuskomisjon märkinud, et hinnapakumuse suuruse kujundamine pakkuja poolt on kolmandate isikute, s.h hankija ning vaidlustuskomisjoni poolt kontrollitav üksnes piiratud ulatuses. Pakutava hinna komponendid ning selle kujundamise mehhanism ei ole hankemenetluses hankijale üldjuhul kunagi lõpuni teada, mistõttu hankijal puudub ka võimalus hinna kujunemise kontrollimiseks.¹³²

Seega pidas vaidlustuskomisjon võimalikuks, et lubamatu pakkumuse muutmise võis siiski toimuda, kuid hankemenetluse läbipaistmatuse tõttu ei ole seda võimalik tõendada. Professor Arrowsmith on märkinud, et läbirääkimistega menetluses on hankijal menetluse läbipaistmatuse tõttu võimalus diskrimineerimist varjata isegi siis, kui on sätestatud selged

¹²⁸ Taube lk 3

¹²⁹ Taube, K. Pakkumuse muutmise riigihankemenetluses pärast pakkumuse esitamise tähtaega. Magistritöö. Juhendaja M. A. Simovart. Tartu Ülikooli õigusteaduskond eraõiguseinstituut. Tallinn: 2012. Lk 71.

¹³⁰ *Ibid*, lk 72

¹³¹ VaKo 10.05.2012 p18

¹³² Vako 10.05.2012 p 14

nõuded läbipaistvusele ja mittediskrimineerimisele. Näiteks sõlmitakse leping väga madala hinnaga, kuid hiljem tõstetakse hinda, mis on tavaline praktika mõnedes riikides.¹³³

Thessaloniki metroohanke korraldamisel tekkinud vaidluse tulemusena on Komisjon selle kohta avaldatud otsuses leidnud, et pakkujate võrdse kohtlemise rikkumist ei ole toimunud, kuna kõik pakkujad said läbirääkimisi pidada hankedokumentides sätestatud tingimustel, mis jätsid väga laia tõlgendamisruumi. Samuti leidis Komisjon, et asjaolu, et viimane lepingu versioon erineb hankedokumentides sätestatust, ei kujuta endast mitteaktsepteeritavat muudatust, kuna hankedokumentidega nähti ette selline muutmise võimalus.¹³⁴

Hankedirektiivi kohaselt võib väljakuulutamise läbirääkimistega menetlust kasutada vaid artiklis 30 loetletud kindlalt piiritletud juhtumite korral. On tõenäoline, et suuremahuliste ja keeruliste projektidega kaasneb suurem risk rahalisteks raskusteks. Rahaliste tingimuste muutmiseks on suurem võimalus, kui hankija näeb sellise muudatuse tegemise kavatsuse ette läbirääkimiste- või pakkumuse kutses. Igakord kui muutuvad hanke finantsilised tingimused peavad pakkujad sellest võimalikult kiiresti teada saama, et nad saaksid pakkumused välja töötada uute nõuete taustal. Samuti on vajalik, et hankija igakordsel pakkujate arvu vähendamisel hindaks, kas eelistatud pakkujal on võimalik korraldada nõutud rahastamist.¹³⁵ Seega toovad autorid välja taas asjaolu, et muudatuste tegemine pakkumustes on võimalik vähemalt siis, kui selline võimalus nähakse ette hanketeates või peale kvalifitseerimise etappi. Samad autorid viitavad taas *London Underground* lahendile, kus Komisjon, viidates menetluse paindlikule iseloomule pidas muudatusi lubatavaks. Otsuses öeldi, et muudatusi võib aktsepteerida peale eelistatud pakkuja valimist ilma, et need kujutaksid automaatselt diskrimineerimist, kui muudatused on seotud asjaoludega, mida ei saanud varem kindlaks määrata ja/või muudatused on põhjustatud välistest faktoritest, mida ei saanud ette näha ja mõjutab mitte ainult eelistatud pakkuja pakkumust, vaid ka mitte-eelistatud pakkujate pakkumusi, näiteks inflatsioon, turu kõikumine.¹³⁶

¹³³ Arrowsmith, S. The problem of discussions with tenderers under the E.C. Procurement Directives: the current law and the case for reform. P.P.L.R. 1998, 3 p 75

¹³⁴ Commission press release IP/03/601: 30.04.2003. Public procurement: Commission gives green light to Thessaloniki metro contract.

¹³⁵ Roe, S. Dickinson, J. Issues for public procurements resulting from instability in global financial markets. P.P.L.R. 2009, 3, NA 96

¹³⁶ Roe, Dickinson

Arrowsmith kirjutab, et mõnikord võib tekkida vajadus teha muudatusi, kui edukas pakkumus on valitud, kuid leping ei ole veel sõlmitud. See on tõenäolisemalt võimalik läbirääkimistega menetluses kui avatud või piiratud menetluses, kuna siin on tähendusrikas võimalus jätta asjaolusid avatuks ja rääkida neid läbi edaspidi eelistatud pakkujaga. Võib tekkida vajadus muuta projekti ennast, hankija sätestatud tingimusi või eelistatud pakkuja poolt pakutud tingimusi, et võtta arvesse läbirääkimiste tulemusena väljajäänud küsimused.¹³⁷ Näiteks on siinkohal toodud majanduslikud võimalused, mis esmapilgul tundub olevat niivõrd oluline hankemenetluse küsimus, mis peaks olema päevakorras palju varem, kui alles enne hankelepingu sõlmimist. Ühelt poolt näitab see seisukoht aga paindlikku lähenemist väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlusele. Teiselt poolt põhjendatakse paindliku lähenemise vajadust asjaoluga, et partnerlusprojektide välised rahastajad ei soovi alati võtta kohustusi enne, kui eelistatud pakkuja on valitud ning enne kohustuse võtmist võivad nad nõuda muudatuste tegemist kokkulepitud tingimustes. Lõpuks võib kogu protsessi vältel tekkida vajadus muudatuste järele tulenevalt välistest põhjustest.¹³⁸

Viidates *London Underground* lahendile märgib S. Arrowsmith, et selle lahendi kohaselt nähtub märkimisväärne võimalus muudatusteks. See projekt koosnes kolmest pikaajalise tähtajaga lepingust, mis sisaldasid Londoni metroo renoveerimist ja hooldust. Otsustades, kas selle projekti puhul oli antud ebaseaduslikku riigiabi pidi Komisjon kaaluma, kas menetlus oli kooskõlas väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse reeglitega. Antud kaasuse lahendamisel oli taas oluliseks punktiks see, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses võivad mõned asjaolud jääda lahtiseks ja kokkuleppimata ning läbirääkimiseks peale eelistatud pakkuja valimist. Läbirääkimised kestsid peaaegu aasta ja tulemuseks olid mõned muudatused tingimustes, mis olid kokkulepitud siis, kui eelistatud pakkuja iga projekti jaoks oli määratud, kaasaarvatud tingimused, mis olid jäänud lahtiseks, võttes arvesse väliseid sündmusi nagu 11.09.2001, mille järel tuli tunnistada olulist terrorismi ohu kasvu, mis pidi kajastuma ka muutunud nõudmistes teenusele. Mõningases ulatuses selgusid muudatused lihtsalt läbirääkimiste tulemusena kõigi tehingu aspektide üle.¹³⁹

¹³⁷ Arrowsmith, S. *The Law of Public and Utilities Procurement*. Sweet & Maxwell, London, 2005. P 604

¹³⁸ *samas*

¹³⁹ Viide 101

Seega ilmneb siin vajadus pakkumuste muutmiseks eriti keerulise hankeesemega hangete puhul. Hankijale ei pruugi hanget alustades olla võimalik kõiki vajadusi, tehnilist, majanduslikku jne keerukust ette näha. Läbirääkimiste käigus võib ilmned vajadus juba eelnevalt kokkulepitud tingimuste muutmiseks. Samas ei vähenda selline võimalus hankija kohustusi hanke hoolikal ettevalmistamisel ning ulatuslikke muudatusi võib aktsepteerida vaid väga erandlikel juhtudel.

Komisjon järeldas, et läbirääkimistega menetluses ei ole absoluutset reeglit, mille kohaselt pooled ei tohi muuta kehtestatud tingimusi peale eelistatud pakkuja valikut.¹⁴⁰ Siiski kehtivad siin mõned piirangud. Esiteks, muutused ei tohi olla nii olulised, et need mõjutavad konkurentsi. See tähendab, et muudatused ei tohi olla sellised, et kui need oleksid lisatud juba esialgsesse hanketeatesse, oleks see andnud võimaluse osaleda menetluses mõnel pakkujal, kes algselt avaldatud tingimuste alusel osalema ei tulnud. Komisjoni otsus toetas seda põhimõtet olukorras, kus muudatus tehakse peale võitja valimist.¹⁴¹

Direktiivi artikli 29 lõikes 6 on sätestatud hankija tegevus võistleva dialoogi menetluses peale lõpliku pakkumuse esitamist ja enne parima pakkumuse valikut. Teatud tingimustel on pakkumusi võimalik selgitada, piiritleda, täpsustada. Vastav säte puudub väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse puhul, kuid võiks eeldada, et sarnane või isegi paindlikum lähenemine peaks olema õigustatud.¹⁴² Kirjanduses märgitakse, et võistlevas dialoogis on hankijal peale lõplike pakkumuste esitamist võimalus muudatusteks üsna piiratud, läbirääkimised on siin vastandatud millegagi, mis on palju piiratuma ulatusega, nimelt selgitamise ja kinnitamisega.¹⁴³ Samuti märgitakse, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlus on eriti läbipaistmatu selles etapis, kus eelistatud pakkuja on valitud ning Suurbritannias on laialt levinud „soovide nimekirja“ kasutamine, mis sisaldab eesmärke, mida soovitakse eelistatud pakkumuses saavutada.¹⁴⁴ Väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlus võimaldab oluliselt ulatuslikke läbirääkimisi peale pakkumuste esitamist, kuid samas on siin piiratud võimalus valida

¹⁴⁰ Arrowsmith 2005 p 604

¹⁴¹ samas

¹⁴² Saul lk 63

¹⁴³ Williams, R. The Commission's explanatory notes. PPLR 2006, 4, p 112

¹⁴⁴ Kennedy-Loest, C. What can be done at the preferred bidder stage in competitive dialogue? P.P.L.R. 2006, 6, p 325

võitja lõplike ja täielike pakkumuste alusel.¹⁴⁵ Lisaks on väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse puhul levinud praktika lahendada paljud hankelepingu aspektid alles peale parima pakkumuse valikut.¹⁴⁶ Veel on märgitud, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse puhul võimaldab hankedirektiiv märkimisväärseid muudatusi võrreldes võistleva dialoogiga, mistõttu viimati mainitud menetluse puhul on hea planeerimine ja ettevalmistustöö erilise tähtsusega.¹⁴⁷

Seega võib öelda, et väljakuulutamise ja läbirääkimiste menetluses võimaldab läbirääkimiste pidamine etappide kaupa jätta hankelepingu asjaolusid lahtiseks menetluse lõpp-etapini. Kuna osalejaid võib selles etapis olla vaid üks, siis ei ole konkurents nii hästi tagatud ning küsitav on ka läbipaistvuse tagamise võimalus selles etapis.

Samas, kui hankija on juba hankedokumentides ette näinud, et mõned hankelepingu olulised aspektid otsustatakse alles enne hankelepingu sõlmimist, ei pruugi siin olla tegemist võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumisega ning oluliste asjaolude otsustamine lõpp-etapis ongi omane väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlusele. Seoses on juba eelnevalt mainitud *London-Underground* ja *Thessaloniki metro* kaasustega on esile tõstetud paindliku lähenemise hilisemas pakkumuste ja hankelepingu muutmisel. On ka leitud, et ei ole mingit vahet, kas läbirääkimisi peetakse enne või peale eelistatud pakkumuste valikut, paindlik lähenemine kehtib väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse mõlemas etapis.¹⁴⁸

Läbirääkimistega menetluses on järjestikkused pakkumuste voorud selgelt lubatud ning ilmneb, et muutused on võimalikud nende faaside vahel ning samuti võib muuta hanketingimusi vastavalt saadud pakkumustele. Läbirääkimistega menetluses võib hanketingimustes muudatusi teha vastavalt saadud pakkumustele. Pakkumuse saamise ja võitja väljakuulutamise vahel ei saa muudatusi teha isegi siis, kui uued pakkumused vastaksid plaanitud muutustele teises ringis. Lisa pakkumuste faas on tavaliselt lubatud läbirääkimistega menetluses isegi peale lõplikku pakkumust kui hankija ei ole seda selgelt välistanud, üks põhjus võib selleks olla muutuste tegemine järgnevates kirjeldustes või tingimustes. Kui ta on välistanud pakkumuse muutmise, on see endiselt vaieldav, kas

¹⁴⁵ Bovis, C. H. The new public procurement regime of the European Union: A critical analysis of policy, law and jurisprudence. ELR, 2005, 5. P 615

¹⁴⁶ Saul lk 63

¹⁴⁷ Samas lk 64

¹⁴⁸ Verschuur, S. Competitive dialogue and the scope for discussion after tenders and before selecting the preferred bidder – what is fine-tuning etc.- PPLR, 2006, 6. P 330.

muudetud pakkumused on lubatud kui kirjelduste või tingimuste muutmiseks on hea väline põhjus. Samas lubades hankijal teha muutusi peale pakkumuste saamist loob teoreetilise ohu eelistada mingit kindlat pakkujat. Sellised ohud on aktsepteeritavad kui eesmärgiks on võimalikult efektiivselt jõuda tulemuseni.¹⁴⁹ Viimane seisukoht väljendab väga selgelt Suurbritannia paindlikku lähenemist muudatustele, mille lubatavuse hindamisel lähtutakse eelkõige efektiivsusest ja riigihangete üldpõhimõtted on jäetud pigem tahaplaanile.

Samuti väljendub paindlik suhtumine pakkumuse muutmisse läbirääkimistega menetluses kaasusest, kus Komisjonile esitati küsimus, kas ei ole võimalik uuesti läbi vaadata pakkumuse hinda või teisi pakkumuse olulisi aspekte peale seda kui see teema on juba läbi räägitud ja lõpetatud väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse võistlevas faasis.¹⁵⁰ Komisjon vastas, et tuleb vahet teha ühelt poolt avatud ja piiratud menetlusel ja teiselt poolt läbirääkimistega menetlusel. Ühendus ja Komisjon on juba varem deklareerinud, et avatud ja piiratud menetluses on igasugused läbirääkimised taotlejate ja pakkujatega oluliste aspektide ja variantide üle, mis võivad moonutada konkurentsi, sealjuures eriti hinna üle, keelatud. Arutelu võib pidada taotlejate või kandidaatidega pakkumuste või hankija nõuete selgitamise või täiendamise eesmärgil ning selline tegevus ei tohi kaasa tuua diskrimineerimist.¹⁵¹

Väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse kasutamise korral pakkumuse olulise muutmise keeld ei kohaldu, eelkõige seetõttu, et see menetlus lubab pakkumuste olulist muutmist läbirääkimiste jooksul. Kuna direktiiv ei anna mingeid sätteid läbirääkimistega menetluse läbiviimise kohta, siis lubatu või lubamatu üle otsustamine peab tuginema võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse printsiibi hindamisel. See tähendab hankijale seda, et iga muutus või uus element peab olema vastavuses hankija poolt määratud tingimuste ja hankedokumentidega. Lisaks tuleb pakkujaid kohelda võrdselt, hankija ei tohi avaldada informatsiooni, mis annaks ühele pakkujale eeliseid teiste ees või lubada muutmissetpanekutega ühele pakkujale rohkem võimalusi kui teistele. Lõpuks ei tohi allakirjutatud leping sisaldada elemente, mis on fundamentaalselt erinevad

¹⁴⁹ Samas

¹⁵⁰ Answer of the Commission to written question E-2798/02 by MEP Lucas.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2002-2798&language=E> (07.03.2013)

¹⁵¹ Samas

varem avaldatust. Et hinnata, kas see põhimõte kohaldub, tuleb hinnata asjaolusid ja kirjeldusi iga individuaalse kaasuse puhul eraldi. Seetõttu ei ole võimalik abstraktselt määrata, kas iga hinna või muu elemendi muutus, mis varem oli kokkulepitud eelistatud pakkujaga läbirääkimistega menetluses, on selle põhimõtte rikkumine.¹⁵²

Eeltoodust võib järeldada, et kirjeldatud küsimustes on võrdse kohtlemise põhimõtet järgides väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses võimalik märksa paindlikum lähenemine kui avatud või piiratud menetluses. Siin oli tegemist olukorraga, kus menetlus on juba sisuliselt lõppenud ja võitja välja selgitatud. Vastusest järeldub, et pakkumuse muutmine väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses ei tähenda ainult pakkumuses esitatud teabe põhjendatud selgitamist, piiritlemist, täpsustamist.¹⁵³ Lubatavad võivad olla palju olulisemad muudatused, mille kohaldamist tuleb otsustada iga konkreetse juhtumi puhul eraldi lähtudes just selle kaasuse konkreetsetest asjaoludest.

Võrreldes Euroopa Esimese Astme Kohtu otsust *London-Underground* asjas, pressiteadet *Thessaloniki* metroo asjas ja eelmises lõigus käsitletud Komisjoni kirjalikku vastust palju varem tehtud *Strorebaelt*¹⁵⁴ kohtuotsusega, võib öelda, et viimati mainitud otsuses olid kohtu seisukohad oluliselt rangemad. Nimetatud kohtuotsuses nimetati hanke oluliseks tingimuseks sellist tingimust, mille täitmata jätmist pakkujate poolt hankija aktsepteerib ning selle tagajärjel saab pakkujate olulise eelise teiste pakkujate ees.¹⁵⁵ Antud kaasuses oli hankija kutsunud läbirääkimistele pakkujate, kelle pakkumus ei vastanud hanke olulisele tingimusele.

Läbirääkimiste tulemuseks peab olema pakkumuste kohandamine hankija nõuetega, mis peavad olema sätestatud hankedokumentides ja mistahes lisadokumentides.¹⁵⁶ Kuna läbirääkimistega menetlus on paindlik menetlus ning läbirääkimiste eesmärk on jõuda hankelepinguni, mille tingimused vastavad hankija nõudmistele, siis teiselt poolt võiks eeldada pakkumuse muutmise ulatuslikumat lubatavust selles menetluses. Liiga rangeid reegleid kehtestades ei pruugi hankemenetluse eesmärk olla saavutatav. Nimetatud kaalutlused sisaldasid ka eespool kirjeldatud kaasustes.

¹⁵² samas

¹⁵³ RHS § 56 lg 3

¹⁵⁴ EK 22.06.1993, C-243/89, EÜ Komisjon v Taani Kuningriik

¹⁵⁵ Taube, K. Lk 10.

¹⁵⁶ Bovis, 2007. P 244

Ranged ja konkreetsete reeglid soodustavad ausust ja läbipaistvust menetluses ning sunnivad nii hankijat kui pakkujaid toetuma formaalsetele pakkumustele. Hankija on negatiivselt mõjutatud jäigast ja bürookraatlikust reeglistikust ja neil on vähemtõenäoline jõuda innovaatiliste toodete ja teenusteni ja lõpuks on raskem saavutada rahaliste vahendite otstarbekat kasutamist. Samas, kui menetlus on väga lahtine, ilma kindlate reeglitega, siis on pakkujatel raske kontrollida, kuidas on hinnatud erinevaid pakkumusi. Lõpuks seisavad nad probleemi ees, kuidas tõendada, et menetlus ei ole olnud aus või õiguspärane või mittediskrimineeriv.¹⁵⁷

Professor Arrowsmith märgib, et hankija võiks lubada pakkujal, kes on esitanud olulises ulatuses mittevastava pakkumuse, kohandada pakkumust, et viia see vastavusse. See peab olema lubatud läbirääkimistega menetluses, kuna läbirääkimistega menetluse piirid sisaldavad sellise muudatuse lubatavust.¹⁵⁸ Seega saab ühe võimalusena kohandamise sisustamisel lähtuda läbirääkimistega menetluse lubatavuse eesmärgist. Samas tuleb sellise tõlgenduse korral kindlasti jälgida, et kõik pakkujad saaksid muudatusteks võrdsed võimalused. Treumer märgib, et üldisel läbirääkimiste keelul on oluline tähendus võrdse kohtlemise põhimõttele ja enamik menetlusi sisaldavad keeldu, mille kohaselt läbirääkimised hankija ja pakkujate vahel ning muutused lepingus on välistatud. Sellest tulenevalt peavad pakkumused olema vastavuses hanke tingimustega ja hankija ei saa tavaliselt aktsepteerida pakkumusi, mis erinevad nendest tingimustest.¹⁵⁹ Hankedirektiiviga kehtestati mõned selgitused võistleva läbirääkimistega menetluse läbiviimise kohta. Artikli 30 lõige 2 sätestab, et hankija peab esitatud pakkumuste osas läbirääkimisi, et kohandada neid hanketeates, kirjeldustes ja mistahes muudes lisadokumentides sätestatud nõuetele. On märgitud, et see säte ei valgusta menetlust millegi uuega. See näitab, et läbirääkimiste üks eesmärk on kohandada pakkumused hankija nõuetele. Ei ole aga selge, kas kohandamise protsessis võib toimida vastupidiselt kehtestatud juhistele ning kas hankija võib korrigeerida oma nõudmisi (mõistlikkuse piirides) selleks, et lahendused oleksid teostatavad ja majanduslikult võimalikud.¹⁶⁰

Seega on leitakse õiguskirjanduses, et pakkumuste kohandamise käigus peaksid muudatused olema lubatavad, et jõuda hankija vajadustele vastava hankelepinguni, kuid

¹⁵⁷ Boch, Ch., The implementation of the Public Procurement Directives in the UK: devolution and divergence? Public Procurement Law Review, 2007, 6, p 421

¹⁵⁸ Arrowsmith P 599

¹⁵⁹ Treumer, S. Enforcement of the EC public procurement rules in Denmark. P.P.L.R., 2005, 6, p 188

¹⁶⁰ Brown, A. The impact of the new Procurement Directive on large public infrastructure projects: competitive dialogue or better the devil you know? P.P.L.R. 2004 (4) P 165

muudatused peavad siiski jääma mõistlikkuse piiridesse. Seda, milline muudatus jääb nimetatud piiridesse ei ole kindlasti võimalik õigusaktis sätestada, vaid selle üle tuleb otsustada iga konkreetse juhtumi puhul eraldi. See selgus ka eelmisest peatükist, et uusi tingimusi võib lisada erandlikel ja objektiivselt põhjendatud juhtudel ning hankija peab kaaluma muudatuste olulisust võrdse kohtlemise ja konkurentsi tagamise põhimõttega.

Peale iga pakkumuste järgset arutelu esitavad menetlusesse jäänud pakkujad uuendatud pakkumused, see on vajalik menetluse läbipaistvuse tagamiseks.¹⁶¹ S. Arrowsmith märgib, et iga kord, kui hankija on konsulteerinud pakkujaga, seisab ta vastamisi võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttest tulenevate nõuetega.¹⁶² Seega peab hankija ühe pakkujaga läbi rääkides kaaluma, kas juhul, kui ta teiste pakkujatega samas küsimuses läbirääkimisi ei pea, tekitab see konkureerimisel eelise pakkujale, kellega ta läbirääkimisi pidas.

Üldine võrdsuse põhimõte kuulub ühenduse õiguse põhiprintsiipide hulka. See põhimõte nõuab, et võrdseid olukordi ei tohi kohelda erineval viisil ja erinevaid olukordi võrdväärsetena.¹⁶³ Kohustus järgida võrdse kohtlemise põhimõtet on riigihangete direktiivide kandvaks mõtteks, kuna direktiivide eesmärk on eelkõige tõhusa konkurentsi edendamine vastavates valdkondades, mis on nende kohaldamisalas ja mis niisuguse konkurentsi tagamiseks kehtestavad hankelepingu sõlmimise kriteeriumid.¹⁶⁴

Hilisemates lahendites on võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte sisu selgitatud Üldkohtu 19.03.2010 otsuses.¹⁶⁵ Pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte eesmärk on soodustada hankemenetluses osalevate ettevõtjate vahelise terve ja reaalse konkurentsi arengut. See tähendab seda, et kõigile pakkujatele peavad pakkumuse koostamisel olema tagatud võrdsed võimalused ning tähendab seega, et kõigi pakkujate esitatud pakkumustele peavad kehtima samad tingimused. Võrdse kohtlemise põhimõtte tähendab ka läbipaistvust, et tagada selle põhimõtte kontrollitavus.¹⁶⁶ Läbipaistvuse tagamise põhimõtte eesmärk on tagada ennekõike see, et puuduks oht, et hankija eelistab soosikuid või tegutseb omavoliliselt. See tähendab, et kõik hankemenetluse tingimused ja eeskirjad peavad olema hanketeates või hankedokumentides sõnastatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt. Seega tähendab läbipaistvuse põhimõtte ka seda, et kogu asjakohane tehniline teave peab

¹⁶¹ Arrowsmith 2005 p 602

¹⁶² Arrowsmith, 1998 p

¹⁶³ EK 08.10.1980 otsus kohtuasjas C-810-79 p 16 viidatud M. Ojasalu lk 53.

¹⁶⁴ EK 22.06.1993 otsus kohtuasjas C-243/89 p 33

¹⁶⁵ Üldkohtu 19.03.2010 otsus T-50/05 Evropaiki Dynamiki vs Euroopa Komisjon

¹⁶⁶ T-50/05 punktid 56 ja 57

hanketeate või hankedokumentide mõistmise huvides olema nii varakult kui võimalik kõigile hankelepingu sõlmimise menetluses osalevatele ettevõtjatele kättesaadavaks tehtud nii, et ühelt poolt võimaldaks see kõigil piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikel pakkujatel mõista selle täpset ulatust ja sellest ühtemoodi aru saada ning teiselt poolt võimaldaks hankijal kontrollida, kas pakkujate esitatud pakkumused vastavad tegelikult kõnealuse hankelepingu sõlmimise kriteeriumidele.¹⁶⁷

Väljakuulutamisega läbirääkimistega menetlust reguleerivates sätetes on eraldi välja toodud hankija kohustused neid põhimõtteid järgida.¹⁶⁸ Hankija peab valima taotlejad pakkumuse esitamiseks objektiivsete ning mittediskrimineerivate kriteeriumide alusel ning läbirääkimiste ajal peab hankija tagama pakkujate võrdse kohtlemise.

Seega on õiguskirjanduses pakkumuse muutmise lubatud ulatuse kohta esitatud erinevaid seisukohti. Paindlikuma lähenemise kohaselt võib öelda, et läbirääkimistega menetluse piirid sisaldavad pakkumuse vastavaks kohandamise lubatavust ka siis, kui pakkuja on esitanud olulises osas mittevastava pakkumuse. Samas peab hankija hanget ettevalmistades olema eriti hoolikas. Hankedokumentide koostamine on hankemenetluse kõige olulisemaid etappe. Ebaselgete, ebatäpsete ja mitmeti mõistetavate hankedokumentide tõttu ei pruugi esitatud pakkumused olla võrreldavad ning seetõttu võib nende hindamine osutuda keerukaks või koguni võimatuks.¹⁶⁹ Kui hanketeade on sõnastatud selgelt, annab see kõigile potentsiaalsetele, piisavalt arukatele, kogunud ja mõistlikult hoolsatele pakkujatele objektiivse võimaluse luua endale konkreetne ettekujutus teostavatest töödest ja nende tegemise kohast ning võimaluse koostada sellest lähtudes oma pakkumus.¹⁷⁰ Kui hankija on selliselt toiminud hanke ettevalmistamisel ja alustamisel, on pakkujatel võrdsed võimalused pakkumuste esitamiseks.

Kui sellises olukorras esitab pakkuja siiski oluliselt mittevastava pakkumuse, siis võrdse kohtlemise põhimõttest tulenevalt peab muudatuste lubatavus olema objektiivselt põhjendatud. Võib öelda, et paindlik suhtumine lähtub hankemenetluse eesmärgist, pidades oluliseks majanduslikku aspekti ning tulemuse saavutamist võimalikult väikeste kuludega. Teine seisukoht, mis aktsepteerib pakkumuse muutmise lubatavust vaid väga erandlikel

¹⁶⁷ Ibid punktid 58 ja 59

¹⁶⁸ RHS § 65 lg 2, § 67 lg 2 ja 3, hankedirektiiv art 30 lg 2

¹⁶⁹ Ibid Lk 115

¹⁷⁰ Euroopa Kohtu 22. aprill 2010. a otsus kohtuasjas C-423/07. P 58.

ning põhjendatud asjaolude esinemise korral, lähtub aga pakkuja hoolsuskohustusest ning läbipaistvuse ning võrdse kohtlemise põhimõttest. Seejuures peavad lubatavad muudatused jääma mõistlikkuse piiridesse. Seda, milline muudatus jääb nimetatud piiridesse ei ole kindlasti võimalik õigusaktis sätestada, vaid selle üle tuleb otsustada iga konkreetse juhtumi puhul eraldi.

Hankija ei ole aga ostja nagu iga teine ja seetõttu ei saa teda kohelda kui ostjat, kes võib muutuda sõltuvalt välisest turust ja selle efektiivsusest. Hankija on ostja, kes samal ajal peab silmas pidama riigihangete sekundaarseid eesmärgi.¹⁷¹ Majandusliku efektiivsuse taotlemisega soovitakse vältida hanke ebaõnnestumist ning hankereeglid peaksid aitama vähendada võimalikke kahjulikke mõjusid.¹⁷² Seega kehtivad hankijale teatud piirangud, ta ei allu ainult turumajanduse reeglitele, samas peab hankija kehtestatud regulatsioonide ja reeglite kaudu püüdma vältida kahjulikke mõjusid hanke läbiviimisele. Viimati nimetatut võib sisaldada ka suuremat võimalust paindlikkusele eriti erandlike menetluste ja keerukamate hangete korral.

Samuti võib lubatu ja lubamatu üle otsustamisel juhendada ka sellest, et Euroopa Liidu hankeõigus seab täiendavaid piiranguid lepinguvabadusele. Piirangud pärinevad võrdse kohtlemise kohustusest. Siin avaldub hankelepingu spetsiifiline olemus: lepinguvabadus on piiratud ning eraõiguse rakendamine peab toimuma kooskõlas riigihankeõiguse üldpõhimõtetega, hankeõigusega otseselt reguleerimata küsimuses aga Euroopa Liidu aluspõhimõtetega.¹⁷³ Hankelepinguni jõudmisel sobiva hankemenetluse kaudu ei saa lähtuda vaid ärielistest eesmärkidest ning lepingu sõlmimise õiguspärasuse tagamisel tuleb hankijal silmas pidada eelkõige hankeõigust mitte eraõigust. Seega lepingu sõlmimine on piiratud riigihangete üldpõhimõtete ja Euroopa Liidu aluspõhimõtetega. Autor on seisukohal, et eeltoodu kehtib ka menetluse läbiviimisel väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses.

Teiselt poolt tekitab siin erandlike menetluste paindlikust iseloomust tulenevalt küsimus, kui suur paindlikus on lubatud ja kas teatud asjaoludel on lubatud ka võrdse kohtlemist riive.

¹⁷¹ Trepte, P. *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford University Press, 2004. P 67

¹⁷² Samas

¹⁷³ M. A. Simovart. *Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele*. Doktoritöö. Juhendajad C. Ginter ja I. Kull. Tartu Ülikooli kirjastus, 2010. Lk 41

Väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse kohaldamisaluste rakendamise kohta on samuti kirjanduses märgitud, et riigihangete direktiivide kohaldamise praktika ja suhtumine erandlike menetluste lubamisele on liikmesriikides erinev.¹⁷⁴ Suurbritannia lähenemist peetakse märkimisväärselt paindlikuks ning suuremat rõhku pannakse hankemenetluse tõhusale läbiviimisele. Suurbritannia paindlik ja pragmaatiline lähenemisviis paistavad olevat vägagi erinevad Põhja-Euroopas asuvate liikmesriikide tapsest direktiivide reeglite järgimise praktikast. Ka Saksa kohtud tõlgendavad läbirääkimistega menetlust erandliku menetlusena ja seega tõenäoliselt piiravad väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse kohaldamisala, mis tuleneb Saksamaa võrdlemisi rangest hankedirektiivi järgimise praktikast.¹⁷⁵ Suurbritannias pannakse vähem rõhku võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete rakendamisele ning esikohale on seatud efektiivse rahakasutuse saavutamine üldjuhul läbi konkurentsi.¹⁷⁶

Tuleb märkida, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse kohaldamise ala on riigihangete seaduse kohaselt laiem kui hankedirektiivis. Viimane näeb menetluse kasutamise ette vaid väga piiritletud aluste esinemise korral. RHS lubab väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlust kasutada kõigi hangete korral, mille maksumus jääb allapoole rahvusvahelist piirmäära.¹⁷⁷ On leitud, et nimetatud säte tuleks kehtetuks tunnistada ja hankija peaks alati põhjendama väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse valikut kui RHSi järgi tuleks korraldada riigihange.¹⁷⁸ EL roheline raamat 2011.aastast käsitleb EL hankepoliitika ajakohastamist ja Euroopa hanketuru tõhustamist¹⁷⁹. Küsimuses, kas pooldada väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse kasutamise muutmist üldiseks, on Eesti Vabariik on asunud seisukohale, et hetkel kehtivad väljakuulutamise ja hankemenetluse kasutamise alused on piisavad ega vaja täiendamist¹⁸⁰ (kuna Eestis juba kehtib selline kord).

¹⁷⁴ Mugur 2009, lk 16

¹⁷⁵ Samas lk 17

¹⁷⁶ samas

¹⁷⁷ RHS § 27 lg 3

¹⁷⁸ M. Mugur. Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamise alused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistr töö. Juhendaja C. Ginter. Tartu Ülikooli õigusteaduskond avaliku õiguse instituut. Tallinn: 2009. Lk 85

¹⁷⁹ Roheline raamat. ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta Euroopa hanketuru tõhustamine. Brüssel 27.1.2011 KOM(2011) 15 lõplik. Kättesaadav <https://riigihanked.riik.ee> (14.02.2013)

¹⁸⁰ Eesti Vabariigi seisukohad riigihangete rohelise raamatu osas. Kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee> Lk 11 (14.02.2013)

Läbirääkimistega menetluse kohaldamisala laiendamise poolt on ka valdav osa teisi liikmesriike.¹⁸¹

Uute direktiivide eelnõud ei näe ette täpsemaid ja selgemaid juhiseid läbirääkimiste korraldamiseks. Seetõttu oleks soovitatav liikmesriikidel kehtestada konkreetsemad reeglid, millest hankijad saaksid menetluse korraldamisel juhinduda.

Vahekokkuvõte (2.peatükk)

Väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses ei saa pakkumuste kohandamise tulemuseks olla uue pakkumuse esitamine pakkujate poolt. Uue pakkumuse esitamisega on tegemist siis, kui pakkumuses on muudetud tingimusi, mis hankedokumentide kohaselt ei olnud läbi räägitavad. Allakirjutatav leping ei tohi sisaldada elemente, mis fundamentaalselt erinevad hankedokumentides või läbirääkimiste käigus hankija poolt esitatud tingimustest. Hankija peab järgima läbirääkimiste pidamisel võrdse kohtlemise põhimõtet ning selle põhimõtte kontrollitavuse tagamiseks kindlustama menetluse läbipaistvuse.

Pakkumuse muutmise on lubatav, kui selline võimalus on hankedokumentides sätestatud ja hankija on pakkujatega sel teemal ka läbirääkimisi pidanud. Pakkujate ei tohi omal algatusel pakkumust muuta, kui temaga ei ole vastaval teemal läbirääkimisi peetud.

Olulisim muutmise lubatavuse tingimus on see, et kõigile pakkujatele tuleb anda muutmiseks võrdsed võimalused. Selle tingimuse täitmiseks peab hankija pidama pakkujatega läbirääkimisi võrdses ulatuses, et pakkujad saaksid esitada oma pakkumused võrdsetel alustel. Pakkujate ei saa nõuda läbirääkimisi ja muudatuste tegemise võimalust pakkumuses asjaolude suhtes, mis hankedokumentide kohaselt ei ole läbiräägitavad.

Paindlikuma seisukoha järgi väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse kasutamise korral pakkumuse olulise muutmise keeld ei kohaldu, eelkõige seetõttu, et see menetlus lubab pakkumuste olulist muutmist läbirääkimiste jooksul ning pakkumuse muutmise on lubatav eelkõige erandlike asjaolude esinemise korral, mida ei olnud võimalik ette näha.

¹⁸¹ Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market. Synthesis of replies. European Commission. Kättesaadav: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216408&folderId=180565&name=DLFE-9010.pdf (01.03.2013)

Kuna direktiiv ei anna mingeid sätteid läbirääkimistega menetluse läbiviimise kohta, siis lubatu või lubamatu üle otsustamine peab tuginema võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse printsiibi hindamisel.

3. Läbirääkimiste ajalised piirid

3.1 Võrdlus dialoogi ajaga võistleva dialoogi menetluses

Läbirääkimiste pidamist väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluses reguleerivad RHS § 27 lõige 1 § 66 lõige 3 ja RHS § 67. Hankedirektiivis reguleerivad väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse kohaldamise aluseid ja menetluse läbiviimist artikli 1 punkti 11 alapunkt d ning artiklid 30 ja 40. Artikli 1 punkti 1 alapunkti d kohaselt konsulteerib hankija läbirääkimistega menetlus korral enda poolt valitud ettevõtjatega ja peab ühe või mitmega neist läbirääkimisi lepingu tingimuste suhtes.¹⁸² Riigihangete seaduse¹⁸³ ja Eesti praktika kohaselt peetakse väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses läbirääkimisi peale pakkumuste esitamist.¹⁸⁴

Väljakuulutamisega läbirääkimistega menetlus toimub mitme-etapilisena, peale hanketeate avaldamist esitavad huvitatud isikud hankemenetluses osalemise taotluse koos kvalifitseerimist tõendavate dokumentidega. Seejärel teeb hankija RHS-i kohaselt kõigile kvalifitseeritud taotlejatele samaaegselt pakkumuse esitamise ettepaneku. Hankedirektiivi artikkel 40 sätestab, et piiratud menetluste, konkurentidega peetavaid dialooge hõlmava menetluse ja väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse puhul artikli 30 tähenduses teevad ostjad kõigile väljavalitud kandidaatidele samaaegselt ja kirjalikult ettepaneku esitada oma pakkumused või osaleda läbirääkimistel või dialoogis kui kasutatakse konkurentidega peetavat dialoogi. Hankedirektiivi artikli 1 lõike 11 punkti d kohaselt konsulteerib hankija enda valitud ettevõtjatega ja peab ühe või mitmega neist läbirääkimisi lepingutingimuste suhtes. Toodud sättes eristatakse konsulteerimist ja läbirääkimisi. Menetluse edasise käigu kohta sätestab RHS § 67 lõige 1, et hankija avab pakkumused (välja arvatud juhul kui väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse kasutamise põhjus on asjaolu, et avatud menetlusena, piiratud menetlusena või võistleva dialoogina alustatud menetluse tulemusena ei esitatud ühtegi vastavat pakkumust ja pakkumused juba on avatud) ja peab pakkujatega vastavaks tunnistatud pakkumuste osas läbirääkimisi, et

¹⁸² Märkus: siin on antud ühtne definitsioon läbirääkimiste kohta nii väljakuulutamiseta kui väljakuulutamisega menetluse korral, väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses peab hankija läbirääkimisi vähemalt kolme enda poolt valitud ettevõtjaga, vastavalt RHS § 65 lõikele 2

¹⁸³ § 27 lõige 1, § 67 lõige 1

¹⁸⁴ Riigikohus 3-3-1-13-12 p 43,

kohandada neid vajaduse korral hanketeates ja hankedokumentides sätestatud nõuetele ja valida välja edukas pakkumus. Hankedirektiivi artikli 30 lõike 2 kohaselt peavad ostjad pakkujatega läbirääkimisi, et kohandada esitatud pakkumused hanketeates, kirjelduses ja võimalikes täiendavates dokumentides esitatud nõuetele ning leida parim pakkumine. Tuleb märkida, et hankedirektiivi sätetest ei tulene üheselt, et enne pakkumuste esitamist on konsultatsioonid pakkujatega keelatud.

Väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlusele sarnased menetlusliigid on piiratud hankemenetlus ja võistlev dialoog. Viimati nimetatud menetlusliik kehtestati uue hankemenetluse liigina direktiivis 2004/18. Võistleva dialoogi kehtestamise vajaduse tingis see, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse kasutamine on lubatud vaid ammendavalt loetletud juhtumite korral. Võistlev dialoog osutus vajalikuks kui paindlikum menetlus, mille eesmärgiks oli tagada mitte ainult ettevõtjate vaheline konkurents, vaid anda hankijale võimalus arutada iga taotlejaga hankelepingu kõiki tahke¹⁸⁵. Eestis on direktiivi ja riigihangete seaduse üldiseid sätteid rakendatud selliselt, et enne pakkumuste esitamist ei tohi väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses läbirääkimisi pidada. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna nõustamispraktikas on toodud võistleva dialoogi ja väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse ühe erinevusena välja see, et võistleva dialoogi puhul esitavad pakkujad pakkumused peale dialoogi pidamist, väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses esitatakse pakkumused enne läbirääkimisi.¹⁸⁶ Ka riigihangete juhise kohaselt on väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses pakkumused läbirääkimiste aluseks.¹⁸⁷ Pakkumused saavad olla läbirääkimiste aluseks juhul, kui pakkumused esitatakse enne läbirääkimiste pidamist. Seega ei või läbirääkimisi pidada enne pakkumuste esitamist. Riigikohus on samuti öelnud, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses toimuvad läbirääkimised peale pakkumuste esitamist.¹⁸⁸ Riigihangete seaduse sõnastusest on võimalik üheselt välja lugeda, et läbirääkimised toimuvad väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses peale pakkumuste esitamist. Teistsuguseks arusaamiseks annab võimaluse võistleva dialoogi kohta avaldatud tõlgendav teatis ning hankedirektiivi artikkel 40. Võistleva dialoogi kohta avaldatud Euroopa Komisjoni tõlgendavas teatises märgitakse, et võistlev dialoog erineb

¹⁸⁵ Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive. European Commission. Kättesaadav http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf (14.02.13)

¹⁸⁶ Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna nõustamispraktika korduma kippuvad küsimused

¹⁸⁷ Riigihangete juhise Lk 94 .

¹⁸⁸ Riigikohtu Halduskolleegiumi määrus 23.11.2012 nr 3-3-1-13-12 p 43

väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlusest sellepöolest, et võistlevas dialoogis on läbirääkimised piiratud menetluse teatud etapiga.¹⁸⁹ Riigihangete seaduse § 64 lõike 3 kohaselt on selleks ajaks, millal võib võistleva dialoogi menetluses läbirääkimisi pidada pakkumuste esitamise eelne etapp. Nii väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses ja kui võistleva dialoogi menetluses võib hankija pidada läbirääkimisi etapiviisiliselt, seega on menetlused nimetatud osas sarnased. Kui nende menetluste erinevus seisneb selles, et võistlevas dialoogis on läbirääkimised piiratud teatud etapiga ehk läbirääkimisi võib pidada vaid enne pakkumuste esitamist, siis võiks eeldada, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses ei ole läbirääkimiste pidamine piiratud teatud etapiga ning läbirääkimisi võib pidada nii enne kui peale pakkumuste esitamist. Hankedirektiivis reguleerib artikkel 40 piiratud menetluse, võistleva dialoogi ja väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse kvalifitseerimise etapile järgnevat hankija tegevust. Artikli 40 kohaselt piiratud menetluse, võistleva dialoogi ja väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse puhul artikli 30 tähenduses teeb hankija kõigile kvalifitseeritud taotlejatele samaaegselt ja kirjalikult ettepaneku esitada pakkumused või osaleda läbirääkimistel või dialoogis, kui kasutatakse võistlevat dialoogi. Seega võib direktiivi artikli 40 sõnastusest aru saada, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluses järgneb kvalifitseerimise etapile läbirääkimiste etapp.

3.2 Läbirääkimiste aeg Suurbritannia ja Saksa õiguses

Suurbritannia riigihangete regulatsiooni kohaselt kutsub hankija peale kvalifitseerimise etappi vähemalt 3 sobivat kandidaati läbirääkimistele.¹⁹⁰ Sama selgub Suurbritannia ülevaatlükust juhise riigihangete korraldamise kohta, mille kohaselt pakkumuste esitamisele eelneb läbirääkimiste etapp, kus hankija peab läbirääkimistele kutsuma vähemalt kolm kandidaati, väljaarvatud juhul, kui sobivaid kandidaate on vähem. Hankija võib läbirääkimisi pidada kuni on jõutud sobiva pakkumuseni.¹⁹¹

Professor Arrowsmith eristab piiratud menetluse, väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse ja võistleva dialoogi puhul peale hanketeate avaldamist kvalifitseerimise etappi,

¹⁸⁹ Tõlgendav teatis võistleva dialoogi kohta. Lk 6

¹⁹⁰ The Public Contract Regulations. Available: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/5/regulation/17/made>

¹⁹¹ UK Public Procurement Quickguides. P 14. Available: www.ashurst.com/doc.aspx?id_Resource=4628 (18.02.13)

milles valitakse välja sobivad kandidaadid, kellele tehakse pakkumuse esitamise ettepanek. Võistleva dialoogi ja väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse korral järgneb kvalifitseerimise etapile vastavalt dialoog või läbirääkimised, mille sisu on sarnane. See etapp sisaldab esialgseid ettepanekuid, arutelusid ning mõne osaleja eemaldamist¹⁹². Kas enne seda on väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses esialgne pakkumus esitatud, ei täpsustata. Kuna võistlevas dialoogis peetakse läbirääkimisi ainult enne pakkumuse esitamist ja nimetatud etappide kirjeldused on võistleva dialoogi ja väljakuulutamisega menetluse korral sarnased, siis võib eeldada, et väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses ei ole läbirääkimised enne pakkumuste esitamist keelatud.

Kirjanduses on märgitud, et direktiivi artikli 1 punkti 11 alapunkti d ja 40 sõnastus ei välista, et konsultatsioonid võivad toimuda ka enne pakkumuste esitamist. Direktiivist ei ilmne formaalse pakkumuse nõue selles faasis, vaid vastav säte viitab ainult läbirääkimiste kutsele.¹⁹³ Autori arvates võib see olla hankija määrata, kas kvalifitseerimise etapi järgselt soovib ta läbirääkimisi pidada või jätkab pakkumuste etapiga.

Samas, osade juhtumite korral ei olegi nõutav esitada formaalne pakkumus, kui väljakuulutamisega läbirääkimistega menetlust kasutatakse siis kui avatud või piiratud menetlus ei ole õnnestunud ja on vähetõenäoline, et teine etapp toimuks muul viisil kui mõnede kirjalike ettepanekute esitamine.¹⁹⁴ Seega ei nõua direktiiv enne läbirääkimiste alustamist selgesõnaliselt pakkumuste esitamist ning seega võib pidada ka enne esialgsete pakkumuste esitamist ning näiteks Suurbritannia juhiste kohaselt on see võimalik. Samas märgitakse Suurbritannias võistleva dialoogi juhises, et hankijate tavaline praktika väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses on, et hankijad esitavad pakkumused, mis on läbirääkimistele kutsumise aluseks.¹⁹⁵

¹⁹² EU Public Procurement Law: an introduction. S. Arrowsmith. 2010. P 137

<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf> (01.02.2013)

¹⁹³ Trepte, P. Public Procurement in EU. A Practitioner's Guide. Oxford University Press 2007 p 434

¹⁹⁴ samas

¹⁹⁵ Competitive Dialogue in 2008. OGC/HMT joint guidance of using the procedure. P 21. Kättesaadav:

http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100503135839/http://ogc.gov.uk/documents/OGC_HMT_2008_Guidance_on_Competitive_Dialogue.pdf (19.03.2013)

Saksa autor R. Losh annab võistleva dialoogi ja läbirääkimistega menetluse võrdlevas käsitluses ülevaate hankemenetluste etappidest.¹⁹⁶ Nimetatud käsitluses ei ole väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse puhul välja toodud läbirääkimisi enne pakkumuste esitamist. Avatud ja piiratud menetluse struktuur ja väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse üldine struktuur erinevad vaid sellepolest, et kahe esimese menetluse korral järgneb pakkumuste esitamisele nende hindamine ning läbirääkimistega menetluses toimuvad peale pakkumuste esitamist läbirääkimised.¹⁹⁷ Seega ei ole ka Saksa riigihangete alastes juhistes ette nähtud läbirääkimisi enne esialgsete pakkumuste esitamist. Samuti märgib Losh, et väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses toimuvad läbirääkimised esitatud pakkumuste üle ning sellist formaalset algust ei ole võistleva dialoogi menetluses, kus dialoogi peetakse enne pakkumuste esitamist.¹⁹⁸ Kuna hankedirektiiv keela selgesõnaliselt läbirääkimiste pidamist enne pakkumuste esitamist, siis autori arvates võib selle üle otsustada hankija, kas ta konsulteerib või peab pakkujatega läbirääkimisi enne pakkumuse esitamise tegemist. Seejuures tuleb hankijal järgida läbipaistvuse, konkurentsitagamise ja võrdse kohtlemise põhimõtet.

Vahekokkuvõte (3.peatükk)

Kolmandast peatükist selgus, et direktiiv ei välista konsulteerimist ja läbirääkimiste pidamist enne pakkumuste esitamist. Suurbritannia juhiste kohaselt võib hankija peale kvalifitseerimise etappi kutsuda osalejad läbirääkimistele, kuigi kasutatakse ka praktikat, mille järgi on esialgsed pakkumused läbirääkimistele kutsumise aluseks. Saksamaa regulatsiooni kohaselt on läbirääkimised enne esialgsete pakkumuste esitamist on välistatud. Ka Eesti praktika kohaselt ei peeta läbirääkimisi enne esialgsete pakkumuste esitamist. Hankedirektiiv ei ole selles küsimuses selgesõnaline ning autori arvates võiks olla see hankija otsustada, kas ta soovib enne esialgsete pakkumuste esitamist pakkujatega konsulteerida, seejuures peab hankija tagama pakkujate võrdse kohtlemise.

¹⁹⁶ Losh lk 1-2

¹⁹⁷ Losh

¹⁹⁸ samas

Kokkuvõte

Väljakuulutamisega läbirääkimistega menetlus on erandlik riigihankemenetlus, mille eesmärk on võimaldada hankijal jõuda hankelepinguni ka keerulisemate hangete korral. Läbirääkimistega menetlus on olemuselt paindlik menetlus, kuid samas ka vähem läbipaistev ning praktikas on tekkinud probleeme ja küsimusi menetluse õiguspärase läbiviimise kohta.

Töö esimeseks uurimiseesmärgiks oli selgitada välja, millises ulatuses võib väljakuulutamisega läbirääkimistega riigihankemenetluses läbirääkimisi pidada hankedokumentides esitatud andmete üle. Käsitluse tulemusena selgus, et nimetatud läbirääkimiste ulatus ei ole riigihangete seaduses ja hankedirektiivis ühesugune. Riigihangete seaduse kohaselt tuleb enne läbirääkimiste alustamist esialgsed pakkumused hankedokumentides määratletud andmete osas vastavaks tunnistada. Hankedirektiivi läbirääkimiste korraldamist reguleeriva sätte kohaselt võib läbirääkimisi pidada esitatud pakkumuste üle ning pakkumuste vastavuse hindamine enne läbirääkimisi ei ole nõutav. Samas ilmneb ka vastuolu riigihangete seaduse regulatsioonis, mis nõuab pakkumuste vastavaks tunnistamist ning järgnevalt sätestab vastavaks tunnistatud pakkumuste kohandamise hankedokumentides sätestatud tingimustele. Vaidlustuskomisjon on tõlgendanud nimetatud sätet kooskõlas hankedirektiivi vastava sätte sõnastusega ning leidnud, et läbirääkimisi võib pidada ka enne vastavaks tunnistamist. Ringkonnakohus on aga leidnud, et hankija peab siiski lähtuma riigihangete seaduse sõnastusest ja enne läbirääkimiste pidamist otsustama pakkumuste vastavuse üle. Käesoleva töö autor on seisukohal, et lähtuda tuleks siiski siseriikliku õiguse kooskõllalisest tõlgendamisest Euroopa Liidu õigusega. Samas selgus riigihangete vaidlustamispraktikast ka see, et hankija võib hankedokumentides ja läbirääkimiste korras ette näha, milliste andmete vastavust ta enne läbirääkimiste alustamist kontrollib ilma läbirääkimisi pidamata ning milliste avaldatud andmete üle soovib läbirääkimisi pidada. Sellegipoolest tuleb teha järeldus, et riigihangete seaduse läbirääkimiste korraldamist reguleeriv sätte on vastuoluline.

Töö esimesest peatükist selgus veel, et tehnilises kirjelduses määratletud andmete muutmine läbirääkimiste käigus ei ole üldjuhul lubatud. Selle põhjuseks on eelkõige oht

rikkuda isikute võrdse kohtlemise põhimõtet. Muutmine ei ole tavaliselt lubatav, kui see muudab pakkuja seisundit hankemenetluses, näiteks kui pakkuja peale muudatuste tegemist kaotab võistlevas menetluses saavutatud eelistatud pakkuja seisundi. Samas on muutmine lubatav, kui hankija on sellise võimaluse ette näinud hankedokumentides või kui muutmise põhjuseks on teatud välised asjaolud. Muudatuste lubatavust peab hankija alati kaaluma võrdse kohtlemise põhimõttega.

Töö teiseks küsimuseks oli, milline on läbirääkimiste lubatud ulatus esitatud pakkumuste üle ja millised on pakkumuste muutmise võimalused etapiviisiliste läbirääkimiste käigus. Võib öelda, et tulenevalt konkreetsete juhiste puudumisest on selles küsimuses erinevaid seisukohti ja lähenemisi. Paindliku lähenemise kohaselt on olulised hankemenetluse eesmärk ning ärilised huvid ning pakkumuse olulise tingimuse muutmise keeld ei kohaldu. Nimetatud lähenemise kohaselt võib öelda, et läbirääkimistega menetluse piirid sisaldavad pakkumuse vastavaks kohandamise lubatavust ka siis, kui pakkuja on esitanud olulises osas mittevastava pakkumuse. Samas peab hankija siin taas pidama silmas, et oleks tagatud pakkujate võrdne kohtlemine. Teine seisukoht on, et pakkumuse muutmine on lubatav vaid väga erandlike ja objektiivselt põhjendatud asjaolude esinemise korral ning pakkuja peab olema eriliselt hoolas pakkumuse ettevalmistamisel ning muutmise lubatavus võib ohtu seada menetluse läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise.

Pakkumuse muutmine on lubatav, kui selline võimalus on hankedokumentides sätestatud ja hankija on pakkujatega sel teemal ka läbirääkimisi pidanud. Pakkuja ei saa nõuda läbirääkimisi ja muudatuste tegemise võimalust pakkumuses asjaolude suhtes, mis hankedokumentide kohaselt ei ole läbiräägitavad ning milles ei ole kokkulepitud läbirääkimiste eelmises etapis. Hankija peab igas etapis pakkumusi hinnates otsustama, kas pakkumuse puudused on olulised või võib puudusi kõrvaldada läbirääkimiste teel ilma pakkujale põhjendamatu eelise andmiseta.

Olulisim muutmise lubatavuse tingimus on see, et kõigile pakkujatele tuleb anda muutmiseks võrdsed võimalused. See eeldab, et hankija on pakkujatega pidanud läbirääkimisi ühesuguses ulatuses ning pakkujad saavad esitada pakkumused ühesugustel alustel.

Autor on nõus seisukohaga, et pakkumuse muutmise tulemuseks ei tohi olla uue pakkumuse esitamine ning muudatused ei tohi rikkuda ausa konkurentsi põhimõtet. Kuna õigusaktid ei anna konkreetseid juhiseid läbirääkimistega menetluse läbiviimise kohta, siis

lubatu või lubamatu üle otsustamine peab tuginema võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse printsiibi hindamisel.

Töö kolmandas peatükis uuris autor läbirääkimiste ajalist ulatust. Autori hinnangul ei välista hankedirektiiv läbirääkimiste pidamist enne esialgsete pakkumuste esitamist. Samas on riikide valdav praktika see, et enne esialgsete pakkumuste esitamist läbirääkimisi ei peeta, kuigi näiteks Suurbritannia riigihangete juhistest selgub, et see ei ole ka otseselt keelatud. Autor on seisukohal, et kuna direktiiv ei välista läbirääkimiste pidamist enne esialgsete pakkumuste esitamist, siis võiks see olla hankija otsustada, kas ta nõuab enne läbirääkimiste alustamist formaalsete pakkumuste esitamist või mitte. Nagu kõigis läbirääkimiste etappides tuleb ka siin tagada pakkujate võrdne kohtlemine.

Kokkuvõtvalt võib öelda, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse õiguspärane korraldamine põhineb eelkõige hanke hoolikal ettevalmistamisel, vajadusel turu-uuringu tegemisel enne menetluse algust, et välistada vajadus olulisteks muudatusteks menetluse käigus. Lisaks tuleb kõik võimalikud tingimused ning muudatused ette näha hankedokumentides ja läbirääkimiste korras, et need oleksid osalejatele algusest peale teada. Kuna õigusaktides sisalduvad juhised on üldsõnalised, siis peab hankija lubatu ja lubamatu hindamisel lähtuma läbipaistvuse, konkurentsitagamise ja võrdse kohtlemise põhimõtetest.

Autor leiab, et vastuolud riigihangete seaduse ning hankedirektiivide regulatsioonide vahel on ületatavad siseriikliku õiguse kooskõlalisel tõlgendamisel Euroopa Liidu õigusega. Uute direktiivide ülevõtmisel Eesti õigusesse tuleks aga siiski tagada riigihangete seaduse vastavate sätete sõnastuste kooskõla direktiiviga ning näha ette konkreetsemad juhised väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluses läbirääkimiste korraldamiseks.

The Permissible Extent of Negotiations in a Negotiated Public Procurement Procedure with Prior Publication of Contract Notice

Summary

Negotiated procedure with prior publication of a contract notice is an exceptional public procurement procedure intended to allow the contracting authority to reach a public contract also in case of more complicated procurements. Although the negotiated procedure is considered a flexible one, problems and issues related to the legitimate implementation of the procedure have arisen in practice.

The first research objective of the thesis was to determine the extent to which the information presented in the contract documents may be negotiated in a public procurement procedure with prior publication of a contract notice. The investigation led to the conclusion that the scope of such negotiations is different in the Public Procurement Act and the Procurement Directive. Pursuant to the Public Procurement Act, indicative tenders must be declared suitable with regard to the information stipulated in the contract documents before negotiations commence. Pursuant to the provision of the Procurement Directive regulating the organisation of negotiations, negotiations may be held on submitted tenders, and an assessment of the suitability of the tenders before the negotiations is not required. At the same time, a discrepancy is also found in the regulation of the Public Procurement Act, which requires the declaration of the suitability of the tenders and then provides for the adjustment of the tenders deemed suitable to the requirements stipulated in the contract documents. The Appeal Committee has interpreted this provision in accordance with the wording of the respective provision of the Procurement Directive, finding that negotiations can also be held before the declaration of suitability. However, the Circuit Court has found that the contracting authority must nevertheless proceed from the formulation of the Public Procurement Act and judge the suitability of the tenders before starting any negotiations. The author of the thesis believes that domestic law should be interpreted in accordance with European Union law. At the same time, the appeals practice also demonstrates that the contracting authority may stipulate in the contract documents and in the negotiations procedure the data whose compliance it is going to check before the negotiations and the information it wishes to

negotiate. Nevertheless, it must be concluded that the provision of the Public Procurement Act regulating the organisation of negotiations is contradictory.

The first chapter of the thesis also showed that alteration of the data stipulated in the procurement documents is generally not allowed. This is primarily due to the risk of violating the principle of equal treatment of persons. Alterations are not typically permissible if they change the standing of the tenderer in the procurement procedure, for example if the tenderer loses the status of a preferred tenderer attained in a competing procedure. On the other hand, changes are permissible if the contracting authority has provided for this possibility in the contract documents or if the alteration was necessitated by certain external circumstances. The contracting authority must always weigh the permissibility of changes against the principle of equal treatment.

The second question posed by the thesis concerned the permissible extent of negotiations on the submitted tenders and the options for changing the tenders during negotiations held in successive stages. It can be said that due to a lack of specific guidelines, opinions and approaches vary in that regard. According to the flexible approach what matters is the objective and the business interests of the procurement procedure, and no restriction should be applied on changing a major clause of the tender. On the basis of this more flexible approach one could say that the adjustment of a tender to make it suitable is permissible within the limits of a negotiated procedure, even if the tenderer has submitted a tender that is unsuitable in a major respect. At the same time the contracting authority must here, too, make sure that the tenderers are treated in an equal manner. According to another view, the alteration of a tender is permissible only under extremely exceptional circumstances, a tenderer must take particular care when preparing a tender and the admissibility of changes might threaten the adherence to the principle of transparency and equal treatment.

The alteration of a tender is permissible if such an option has been stipulated in the contract documents and the contracting authority has also held negotiations with the tenderers on that issue. Tenderers must not change their tenders of their own volition unless negotiations have been held with them in that regard. The most important condition on the permissibility of alterations is the granting of equal opportunity for making changes to all tenderers. A tenderer may not request negotiations and the opportunity to change the tender with regard to matters which are not negotiable pursuant to the contract documents and which have not been agreed on during the previous stage of the negotiations. When

evaluating the tenders the contracting authority must decide in every stage whether the deficiencies of the tender are substantial or whether they can be eliminated through negotiations without giving the tenderer an unjustified advantage.

The author agrees with the view that the alteration of a tender must not result in the submission of a new tender and the changes must not violate the principle of fair competition. The changes must not be such that, had they been added to the original contract notice, this would have provided potential admission to the tender to some tenderers who did not participate on the basis of the originally published requirements. As the legislation provides no specific guidelines for conducting a negotiated procedure, deciding what is permissible or impermissible must proceed from the evaluation of the principles of equal treatment, non-discrimination and transparency.

The third research objective of the thesis concerned the time limits of negotiations. Pursuant to the Public Procurement Act and the practice applied in Estonia, negotiations must not be held before the submission of indicative tenders; in addition, the tenders must be declared suitable with regard to the information stipulated in the contract documents before negotiations commence. Pursuant to the Directive, on the other hand, negotiations may also be held before the submission of indicative tenders and with regard to all of the requirements provided in the contract documents. Therefore, the Public Procurement Act is not consistent with the Directive when it comes to the time limits of negotiations. Given that the Directive does not exclude the possibility of negotiations before the submission of indicative tenders, the author finds that it should be up to the contracting authority to decide whether or not to request the submission of formal tenders before commencing negotiations.

In conclusion, it can be said that the legitimate organisation of a negotiated procedure with prior publication of a contract notice is, above all, based on careful preparation of the procurement - on conducting market research, if necessary - in order to eliminate the need for substantial changes in the course of the procedure. Furthermore, all possible requirements and changes must be provided in the contract documents and the negotiations procedure so that they would be available to the participants from the start. As the guidelines provided by the legislation are highly general by nature, the contracting authority must proceed from the principles of transparency, fair competition and equal treatment upon assessing what is permissible or impermissible.

The author believes that the discrepancies between the regulations of the Public Procurement Act and the Procurement Directive can be overcome by interpreting our domestic law in accordance with European Union law. However, with the adoption of new directives into Estonian law, the accordance of the formulation of the respective provisions of the Public Procurement Act with the Directive should be ensured and more specific guidelines should be provided for organising negotiations in the framework of a negotiated procurement procedure with prior publication of a contract notice.

Kasutatud materjalide loetelu

Õigusaktid

1. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT, L134, 30.04.2004).
2. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT, L134, 30.04.2004)
3. Riigihangete seadus. Vastu võetud 24.01.2007. Riigi Teataja I 2007, 15, 76.

Kirjandus

4. Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement. Sweet & Maxwell, London, 2005
5. Trepte, P. Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation. Oxford University Press, 2004
6. Bovis, Christopher H. EU Public procurement law. Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar, 2007
7. Arrowsmith, S. Davis, D. Public Procurement: Global Revolution. Kluwer Law International, 1998
8. Arrowsmith, S. EU Public Procurement Law: an introduction. S. Arrowsmith. 2010 <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf> (01.02.2013)
9. Trepte, P. Public Procurement in EU. A Practitioner's Guide. Oxford University Press 2007
10. Boch, Ch., The implementation of the Public Procurement Directives in the UK: devolution and divergence? Public Procurement Law Review, 2007 (6) 410-434
11. Arrowsmith, S. The problem of discussions with tenderers under the E.C. Procurement Directives: the current law and the case for reform. P.P.L.R. 1998, 3, 65-82
12. Brown, A. The impact of the new Procurement Directive on large public

- infrastructure projects: competitive dialogue or better the devil you know? P.P.L.R. 2004, 4, 160-177
13. Treumer, S. Enforcement of the EC public procurement rules in Denmark. P.P.L.R., 2005, 6
 14. Verschuur, S. Competitive dialogue and the scope for discussion after tenders and before selecting the preferred bidder – what is fine-tuning etc.- PPLR, 2006, No 6, 327-331
 15. Kennedy-Loest, C What can be done at the preferred bidder stage in competitive dialogue. – PPLR, 2006, No 6.
 16. J. S. Schnitzer. The Austrian federal procurement act 2006: the impact of recent EC developments on the Austrian procurement system. – PPLR, 2006, No 5, p 266.
 17. Kalbe, P. Practical remedies for bidders on TACIS contracts: additional comments on case T-160/03, Afcon Management Consultants, Mullin and Grady v Commission. P.P.L.R, 2005, 5, NA121 - 127
 18. Simovart, M. A. Riigihangete üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Juridica 2012/2. Lk 83-89.
 19. Mugur, M. Ginter, C. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankementluse näide. Juridica 2010/4. Lk 239-247.
 20. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsitagamise põhimõte. Juridica 2007/8. Lk 564-572.
 21. Williams, R. The Commission's Explanatory Notes. PPLR, 2006, 4
 22. Bovis, C. H. The new public procurement regime of the European Union: A critical analysis of policy, law and jurisprudence. ELR, 2005, 5
 23. Roe, S. Dickinson, J. Issues for public procurements resulting from instability in global financial markets. P.P.L.R. 2009, 3, NA 95-97
 24. M. Mugur. Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamise alused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja C. Ginter. Tartu Ülikooli õigusteaduskond avaliku õiguse instituut. Tallinn: 2009
 25. M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad C. Ginter ja I. Kull. Tartu Ülikooli kirjastus, 2010.

26. Saul, T. Võistlev dialoog Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja C. Ginter. Tartu Ülikooli õigusteaduskond avaliku õiguse instituut. Tallinn, 2007.
27. K. Taube. Pakkumuse muutmine riigihankemenetluses pärast pakkumuse esitamise tähtaega. Magistritöö. Juhendaja M- A Simovart. Tartu Ülikooli õigusteaduskond eraõiguseinstituut. Tallinn, 2012
28. T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopäühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja A. Reenumägi. Tartu Ülikooli õigusteaduskond. Avaliku õiguse instituut. Tallinn, 2006.

Vaidlustuskomisjoni praktika

29. VaKo otsus 22.03.2012 nr 43-12/128666 AS Pro Ekspert ja OÜ SAP Estonia vs AS Elering
30. VaKo otsus 14.05.2012 nr 83-12/129514 Elisa eesti AS ja Eltel Networks AS vs Eesti Post
31. VaKo otsus 14.04.2010 nr 55-10/113700 Smartlink OÜ ja Cybernetica AS vs Riigi Infosüsteemide Arenduskeskus
32. VaKo otsus 26.08.2009 nr 183-09/113014 Ühispakkujate AS-i Koger & Partnerid ja AS-i Matek vs Sauga Vallavalitsus
33. VaKo otsus 01.02.2011 nr 1-11/119011 Ühispakkujate AS-i Datel ja OÜ Alphagis vs Maa-amet
34. VaKo otsus 10.05.2012 nr 51-12/122986 Eltel Networks A/S vs Eesti Energia Jaotusvõrk OÜ
35. VaKo otsus 13.12.2011 nr 232-11/122986 Ühispakkujate Merko Infra AS-i, Iskraemeco d.d ja Merko Ehitus AS-i vs Eesti Energia Jaotusvõrk OÜ
36. VaKo otsus 08.01.2010 nr 269-09/115703 OÜ Smartlink vs Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium
37. VaKo otsus 27.12.2010 nr 259-10/120113 Mindware OÜ vs AS-i Eesti Post
38. VaKo otsus 26.07.2010 nr 115-10/108402, Nordecon Infra v Maanteeamet.
39. VaKo otsus 04.05.2012 nr 82-12/120741, Inversion Software Eesti OÜ v Eesti Loodusmuuseum

Kohtupraktika

40. Riigikohtu Halduskolleegiumi määrus 23.november 2012 nr 3-3-1-13-12
41. Tallinna Ringkonnakohtu otsus 22.juuni 2012 nr 3-12-655
42. Tallinna Halduskohtu otsus 29.06.2012 nr 3-12-1076 AS Eesti Post kaebus riigihangete vaidlustuskomisjoni (VAKO) 14.05.2012 otsuse nr 83-12/129514 tühistamiseks osas, millega tunnistati kehtetuks AS Eesti Post juhatuse 05.04.2012 koosoleku otsus nr 1.2.
43. Euroopa Kohtu otsus C-250/07 Kreeka Vabariik v Euroopa Ühenduste Komisjon
44. Euroopa Esimese Astme Kohtu otsus N-264/2002 London-Underground
45. Euroopa Ühenduse Esimese Astme Kohtu 28. 11. 2002. a otsuses asjas nr T-40/01 Scan Office Design
46. Euroopa Kohtu 22. aprill 2010. a otsus kohtuasjas C-423/07: Euroopa Komisjon vs Hispaania Kuningriik.
47. Euroopa Kohtu otsus C-138/08 Hochtief AG, Linde-Kca-Dresden GmbH v Közbeszerzés Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság.
48. Euroopa Kohtu otsus 22.06.1993, C-243/89, EÜ Komisjon v Taani Kuningriik
49. Euroopa Kohtu otsus C-470/99, Universale-Bau and Others, 2002, Viidatud Bovis kaudu
50. Euroopa Kohtu otsus C-454/06 Preetext Nachrichtenagentur
51. BGH (German Federal High Court of Justice), X ZR 115/04 of 1.8.2006, viidatud R. Losh

Muud allikad

52. K. Look. Läbirääkimistega hankemenetluste rakendamise alused: Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna analüüs. Kättesaadav https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_1_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-13802.pdf (11.11.2012)

53. Eesti Vabariigi seisukohad riigihangete rohelise raamatu osas. Kättesaadav:
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216408&folderId=180565&name=DLFE-9011.pdf (14.02.2013)
54. Roheline raamat. ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta
 Euroopa hanketuru tõhustamine. Brüssel 27.1.2011 KOM(2011) 15 lõplik.
 Kättesaadav
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216408&folderId=180565&name=DLFE-9009.pdf (14.02.2013)
55. Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive. European
 Commission. Kättesaadav
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf (14.02.2013)
56. Losh, R. Conference Paper. Competitive Dialogue and Negotiated Procedure in
 the Public sector directive 2004/18 EC.
<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdconference2007/ruthloschfinalconferencepaper.pdf> (21.11.2012)
57. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna nõustamispraktika
 korduma kippuvad küsimused. Kättesaadav
<https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/korduma-kippuvad-kusimused>
 (21.11.2012)
58. Riigihangete juhised. Rahandusministeerium 2012. Kättesaadav
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-13802.pdf (21.11.2012)
59. Seletuskiri riigihangete seadus juurde. 816 SE I. Kättesaadav:
http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=060180002 (15.04.13)
60. Commission press release IP/03/601: 30.04.2003. Public procurement:
 Commission gives green light to Thessaloniki metro contract. Kättesaadav:
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-601_en.htm#PR_metaPressRelease_bottom
 (02.04.2013)
61. UK Public Procurement Quickguides.
www.ashurst.com/doc.aspx?id_Resource=4628 (18.02.13)

62. Answer of the Commission to written question E-2798/02 by MEP Lucas.
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2002-2798&language=E> (07.03.2013)
63. Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market. Synthesis of replies. European Commission. Kättesaadav:
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216408&folderId=180565&name=DLFE-9010.pdf (01.03.2013)
64. Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement. Kättesaadav:
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216329&folderId=216182&name=DLFE-11508.pdf (15.01.2013)
65. Competitive Dialogue in 2008. OGC/HMT joint guidance of using the procedure. Kättesaadav:
http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100503135839/http://ogc.gov.uk/documents/OGC_HMT_2008_Guidance_on_Competitive_Dialogue.pdf (19.03.2013)
66. Eesti keele seletav sõnaraamat. <http://www.eki.ee/dict/ekss/> (15.04.13)
67. The Public Contract Regulations. Available:
<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/5/regulation/17/made> (19.03.2013)
68. AS Elering hankemenetluse kehtetuks tunnistamise otsus riigihankes nr 128666. Kättesaadav
http://elering.ee/public/Elektriturg/Andmeladu/Riigihanke_Andmeladu_kehtetuks_tunnistamise_otsus_Elering_AS_juhatus_08062012.pdf (12.04.2012)

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Liina Palmsaar

(sünnikuupäev: 05.04.1972)

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

Läbirääkimiste lubatud ulatus väljakuulutamise ja läbirääkimistega riigihankemenetluses,

mille juhendaja on 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.
- 1.3. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

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

Tallinnas, 06.05.2013