

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
AVALIKU ÕIGUSE OSAKOND

Dmitri Koroljov

ETTEVÕTJA KÕRVALDAMINE RIIGIHANKEST KONKURENTSIEELISE TÕTTU

Magistritöö

Juhendaja
dr iur Mari Ann Simovart

TARTU
2019

SISUKORD

SISSEJUHATUS	4
I RHS § 95 LÕIKE 4 PUNKTI 7 ALUSEL KÕRVALDAMISE EESMÄRK, KOOSSEIS JA EELDUSED	8
1.1. RHS § 95 lõike 4 punkti 7 alusel kõrvaldamise eesmärk ja koosseis	8
1.2. RHS § 94 lõike 4 punkti 7 alusel kõrvaldamise eeldused	14
1.2.1. Pakkumuse või taotluse koostamisel osalemine	14
1.2.2. Osalemine riigihanke ettevalmistamisel ja muu seos hankijaga	15
1.2.3. Eelis, mis moonutab konkurentsi	20
1.2.4. Muude meetmete puudumine	22
1.3. Kokkuvõtvad järeldused	25
II KONKURENTSIEELISEID NEUTRALISEERIVAD MEETMED	27
2.1. Turu-uuringu korraldamine ja RHS-is selgelt sõnastatud meetmed	27
2.1.1. Turu-uuringust teatamine ja isikute kaasatus turu-uuringusse	27
2.1.2. Turu-uuringus vahetatud teabe jagamine teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele	31
2.1.3. Piisavalt pika tähtaja määramine pakkumuste ja taotluste esitamiseks	35
2.2. Seaduses selgelt sõnastamata meetmed	37
2.2.1. Ümberkorraldused riigihankes osaleva ettevõtja meeskonnas	37
2.2.2. Ümberkorraldused hankija meeskonnas	39
2.2.3. <i>Tailor-made</i> spetsifikatsiooniga seotud konkurentsieelise neutraliseerimine	43
2.2.4. Konkurentsieelist omava ettevõtja lepinguline kohustus jätta pakumuse või taotluse esitamata	46
2.3. Kokkuvõtvad järeldused	49
III KAALUTLUSÕIGUS RHS § 95 LÕIKE 4 PUNKTI 7 ALUSEL ETTEVÕTJA KÕRVALDAMISEL	51
3.1. Hankija kaalutluskohustus	51
3.2. Riigihanke korraldamise üldpõhimõtete tähendus RHS § 95 lg 4 p 7 alusel kõrvaldamisel	53
3.2.1. Võrdse kohtlemise põhimõte	53
3.2.2. Tõhus konkurents	54
3.2.3. Proportsionaalsus <i>stricto sensu</i>	55
3.3. Kaalutlusõiguse teostamise reeglid	58
3.4. Ajaliste piiride ja heastamise arvestamine kaalutlusõiguse teostamisel	60
3.5. Kokkuvõtvad järeldused	63
KOKKUVÕTE	64
PEZIOME	69

KASUTATUD ALLIKAD	75
Kasutatud kirjandus	75
Kasutatud õigusaktid.....	78
Kasutatud kohtupraktika	79
Riigihangete Vaidlustuskomisjoni praktika.....	81
Muud allikad	82
LISAD	84
Lisa 1.....	85
Lisa 2.....	93

SISSEJUHATUS

Riigihange on riigihangete seaduse¹ (RHS) § 4 p 16 järgi asja ostmine, teenuse tellimine, ideekavandi saamine, ehitustöö tellimine või kontsessioonilepingu sõlmimine hankija poolt. Nii nagu tavapärase ostja puhul, on ka hankijal vabadus määrata, millist teenust või asja ta vajab ja hankida soovib.² Oma vajadustele ja soovidele vastava lahenduse leidmiseks on hankijal tihti vaja juba hanke planeerimise etapis uurida turu võimalusi ja turul pakutavaid lahendusi. Selleks otstarbeks ja eelkõige riigihanke eseme piiritlemiseks näevad kaks Euroopa Liidu riigihankeid käsitlevat direktiivi³ ja RHS § 10 hankijale selgesõnaliselt ette turu-uuringu läbiviimise võimaluse. Olgu lisatud, et nn kontsessioonilepingute direktiiv⁴ ja nn kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete direktiiv⁵ ei näe turu-uuringu läbiviimise võimalust selgesõnaliselt ette, kuid turu-uuring ja sellega kaasnevad kohustused võivad olla tuletatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest, seega kontsessioonilepingute direktiivi artiklist 3 ja kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hangete direktiivi artiklist 4.⁶ Mugavuse ja magistritöö parema loetavuse saavutamise eesmärgil viidatakse edaspidi üksnes hankedirektiivile.

Turu-uuringu vahendusel tekib hankijal võimalus konsulteerida asjaomases valdkonnas tegutsevate iseseisvate ekspertide ja ettevõtjatega ning kasutada saadud teavet riigihanke kavandamisel ja korraldamisel (vt RHS § 10 lg 2). Turu-uuringu tulemusel saadud teabe kasutamisega kaasnevad hankijale täiendavad kohustused, mis riigisisest tulenevad eeskätt RHS § 10 lg-test 2–4, § 95 lg 4 p-st 7 ja RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest. RHS § 10 lg 2 võimaldab hankijal kasutada turu-uuringu osana saadud

¹ Riigihangete seadus. – RT I, 13.03.2019, 2.

² TlnHKO 3-17-491 p 14; Riigihangete Vaidlustuskomisjoni (edaspidi VaKo) 12.01.2018 205-17/180426 p 7.

³ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – OJ L 94, 28.3.2014, lk-d 65–242 (edaspidi hankedirektiiv), art-d 40-41; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – OJ L 94, 28.3.2014, lk-d 243–374 (edaspidi võrgustikudirektiiv), art-d 58-59.

⁴ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – OJ L 94, 28.3.2014, lk-d 1–64 (edaspidi kontsessioonilepingute direktiiv).

⁵ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, 13. juuli 2009, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ. – ELT L 216/76 (edaspidi kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete direktiiv).

⁶ M. Steinicke. Art 41/1. – EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. Baden-Baden: C.H.Beck, Hart, Nomos 2018.

nõuandeid riigihanke kavandamisel ja korraldamisel tingimustel, et see ei moonuta konkurentsi ning järgitakse mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtteid. Sama paragrahvi kolmas lõige kohustab hankijat võtma tarvitusele meetmeid, et ära hoida turu-uuringu läbiviimise tagajärjena tekkida võivaid konkurentsi moonutusi. RHS § 10 lg 4 seab hankijale kohustuseks tagada võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine ning selle võimatuse korral annab RHS § 95 lg 4 p 7 hankijale õiguse kõrvaldada ettevõtja riigihanke menetlusest, kui konkurentsi moonutamist ei ole muude vahenditega võimalik vältida. Seega peab hankija turu-uuringut korraldades arvestama, et lisaks positiivsetele tagajärgedele tekivad tal ka täiendavad kohustused.

Ka ettevõtja jaoks toob turu-uuringus osalemine kaasa positiivsed võimalused. Positiivseks on eelkõige hankija abistamine, hankijale mittesiduvalt oma lahenduste, sealhulgas kvaliteedi, oskuste, teadmiste ja meetmete pakkumine.⁷ Teisalt kaasnevad ettevõtjale turu-uuringutega seoses teatud riskid, mis võivad mõjutada tema osalemist turu-uuringule järgnevas riigihankes. Peamiseks riskiks, mis võib pärssida ettevõtja soovi turu-uuringust osa võtta, on hankija võimalus ettevõtja RHS § 95 lg 4 p 7 alusel riigihankest kõrvaldada. Seega ei ole välistatud, et RHS § 95 lg 4 p 7 alusel kõrvaldamise liigselt range praktika viib ettevõtjate loobumiseni turu-uuringus osalemast.

Hankija jaoks tähendab turu-uuringu korraldamata jätmine või ettevõtjate soovimatus osaleda turu-uuringus riski, et piiratud teadmiste ja ebakvaliteetse hanke alusdokumendi korral hangib ta teenust või asja, mis tegelikult ei vasta tema vajadustele või soovidele. Turu-uuringu korraldamisega kaasnevate kohustuste täitmata jätmine või mittekohane täitmine, s.o suutmatust konkurentsi moonutusi ära hoida, pärsib RHS § 2 lg-s 1 sätestatud eesmärkide saavutamist (eelkõige isikute võrdne kohtlemine, läbipaistvus, tõhusa konkurentsi tagamine) ning tekitab ruumi riigihangete õiguse alaste vaidluste pidamiseks, sh seoses RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamisega.

RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamine sõltub paljuski hankija tarvitusele võetavate meetmete piisavusest. RHS § 10 lg 3 nimetab vaid kahte võimalikku meetet, mis põhimõtteliselt võivad neutraliseerida konkurentsi moonutamist. Muid võimalikke meetmeid, v.a ettevõtja kõrvaldamine riigihankest, seadus ega direktiivid ei reguleeri.

Ülaltoodust johtuvalt asub magistritöö autor seisukohale, et konkurentsi moonutuste ärahoidmiseks tarvitusele võetavate meetmete ning RHS § 95 lg 4 p 7 alusel ettevõtja kõrvaldamise võimaluse vahel tuleb saavutada mõistlik tasakaal, mis ühelt poolt julgustaks

⁷ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 26.

hankijaid kasutama RHS §-ga 10 antud võimalusi ja teiselt poolt ettevõtjaid osalema turu-uuringutes, ilma et nad peaksid kartma RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamist. Magistritöö autorile teadaolevalt ei ole Eesti õiguskirjanduses, sealhulgas *Juridica* ajakirjas käesoleva magistritöö teemat seni põhjalikult käsitletud.⁸

Käesoleva magistritöö eesmärgiks on selgitada, millistest kaalutlustest peab hankija lähtuma turu-uuringu korraldamisel ja RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamisel ning koostada vastav tegutsemisstrateegia. Selle eesmärgi saavutamiseks on autoril järgmised vahe-eesmärgid:

- avada RHS § 95 lg 4 p 7 eesmärk, sisustada RHS § 95 lg 4 p 7 kõrvaldamiskooseis ja eeldused;
- avada RHS § 10 lg 3 otseselt nimetatud meetmete tähendus;
- leida täiendavad võimalikud konkurentsi moonutamist ärahoidvad meetmed.

Magistritöö hüpoteesid on järgmised:

- RHS § 95 lg 4 p 7 käsitleb erinevaid konkurentsieeliseid: informatsioonilised ja muud konkurentsieelised;
- RHS § 10 lg-s 3 sisalduv loetelu on lahtine ning RHS § 10 lg-s 3 sõnaselgelt loetletud meetmete tarvituselevõtmisest nii eraldi kui kogumis ei pruugi sobida igas olukorras kõigi võimalike konkurentsieeliste neutraliseerimiseks ja konkurentsimoonutuste vältimiseks;
- isegi siis, kui peale ettevõtja kõrvaldamist muid leebemaid konkurentsimoonutusi vältivaid meetmeid ei ole, ei tähenda see RHS § 95 lg 4 p 7 automaatset rakendamist.

Lähtuvalt püstitatud eesmärkidest on magistritöö jagatud kolme põhiossa. Esimeses osas avatakse RHS § 95 lg 4 p 7 eesmärk, kõrvaldamisaluse koosseis ja eeldused. Magistritöö teises osas käsitleb autor RHS § 10 lg-s 3 sõnaselgelt loetletud konkurentsieeliseid neutraliseerivaid meetmeid ning leiab ja sisustab teised RHS § 10 lg-s 3 otseselt nimetatud meetmed, mis võivad neutraliseerida konkurentsieeliseid, tagada läbipaistvus, võrdne kohtlemine ja tõhus konkurents. Kolmandas osas käsitletakse hankija kaalutusõiguse kasutamist RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamisel. Nimelt avatakse riigihanke korraldamise üldpõhimõtete tähendus RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamisele ja hankija kaalutusõiguse kasutamise reeglid. Samuti käsitletakse kolmandas peatükis RHS § 95 lg-s 5 sätestatud ajalise piiri ja RHS § 97 järgse heastamise instituudi kohaldamist RHS § 95 lg 4 p-s 7 toodud kõrvaldamise aluse kontekstis.

⁸ Välja arvatud D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, lk-d 334-339, 345.

Magistritöö tulemusena koostatakse tegutsemis skeem (lisa 1), mis saab olla abiks nii hankijale turu-uuringu korraldamisel, RHS § 95 lg 4 p 7 kõrvaldamiskoosseisu ja eelduste sisustamisel ja täitmise kontrollimisel ning kõrvaldamisaluse kohaldamisel. Lisaks teeb magistritöö autor lähtuvalt magistritöös käsitletust RHS § 95 lg 4 p 7 ja § 10 lg-te 2 ja 3 muudatusettepanekud (lisa 2).

Magistritöös kasutatakse kombineeritud uurimismeetodit. Kasutamisetstarbe järgi prevaleerivad magistritöös andmekogumis- ja töötlemismeetodid ning analüüs. RHS § 95 lg 4 p-s 7 sisalduva fakultatiivse kohaldamisaluse kõrvaldamiskoosseisu ja eelduste kindlakstegemiseks ning sisustamiseks kogutakse, uuritakse ja süstematiseeritakse vastavasisuline õiguskirjandus ja Euroopa Kohtu praktika, samuti analüüsitakse ka riigisisest riigihangete vaidlustuskomisjoni ja kohtu praktikat. Lähteandmed süstematiseeritakse, mõtestatakse ning üldistatakse. Kogutud, analüüsitud ja süstematiseeritud andmete põhjal toimub püstitatud hüpoteeside kinnitamine või nende ümberlükkamine. Tulemuste esitamise poolest on tegemist kirjaliku ja osaliselt graafilise esitamise viisiga. Iga peatüki lõpus tehakse kokkuvõtavad vahejärelused ning üldised järeldused on koondatud magistritöö kokkuvõttesse. Samuti kajastatakse magistritöö tulemusi graafiliselt magistritöö lisa 1 oleval tegutsemis skeemil. Tegutsemis skeem koostatakse viisil, et teemast huvitatud isikul oleks ka ilma magistritöösse süvenemata võimalik saada lühiülevaade RHS § 95 lg 4 p 7 kõrvaldamiskoosseisust, selle eeldustest ning koosseisu ja eelduste sisustamisest, võimalikest konkurentsieeliste neutraliseerimiseks kasutatavatest vahenditest ning RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamisest, sealhulgas kaalutusõiguse kasutamisest. Sisu poolest on käesoleva magistritöö puhul tegemist kvalitatiiv-süsteemse käsitlusega.

Magistritöö kirjutamisel on peamiseks kasutatavateks allikateks turu-uuringu korraldamist ja käsitatava kõrvaldamisaluse, muu hulgas hankedirektiivi artiklite 40-41, 57 lg 4 *lit f* ning RHS § 10 ja § 95 lg 4 p 7 kohaldamist puudutav õiguskirjandus, Euroopa Kohtu, Eesti Vabariigi kohtute ja riigihangete vaidlustuskomisjoni lahendid. Teoreetiliste allikatena on kasutatud eelkõige M. Steinicke ja P. L. Vesterdorf koostatud raamatut „*EU Public Procurement Law. Brussels Commentary*“ ning õigusajakirja *Public Procurement Law Review* teemakohaseid artikleid, eelkõige S. Treumer artikleid „*Technical dialogue and the principle of equal treatment – dealing with conflicts of interest after Fabricom*“ ja „*Technical dialogue prior to submission of tenders and principle of equal treatment of tenderers*“.

Märksõnad: riigihanked, hankemenetlus, võrdne kohtlemine.

I RHS § 95 LÕIKE 4 PUNKTI 7 ALUSEL KÕRVALDAMISE EESMÄRK, KOOSSEIS JA EELDUSED

1.1. RHS § 95 lõike 4 punkti 7 alusel kõrvaldamise eesmärk ja koosseis

Vastavalt RHS § 95 lg 4 p-le 7 võib hankija kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja või taotleja, kelle pakkumuse või taotluse koostamisel on osalenud isik, kes on osalenud sama hanke ettevalmistamisel või muul viisil hankijaga seotud, ja sellele isikule seetõttu teadaolev info annab talle eelise teiste riigihankes osalejate ees ning sellest tingitud konkurentsi moonutamist ei ole muude vahenditega võimalik vältida.

RHS § 95 lg 4 p 7 eesmärk on vältida olukorda, kus riigihanke ettevalmistavas etapis osalenud või muul viisil hankijaga seotud isik saaks mõjutada riigihanke tingimusi – seega ka pakkumuse või taotluse esitamise tingimusi – tema jaoks soodsamal viisil, muutes tahtmatult⁹ või tahtlikult enda jaoks pakkumuse või taotluse esitamise soodsamaks¹⁰ või olles oma pakkumuse või taotluse koostamisel eelisseisundis teabe tõttu, mille ta sai teada ettevalmistustöid tehes või hankijaga muu seotuse tõttu. Sisuliselt eeldatakse, et isik omandab riigihanke ettevalmistamisel osalemisel informatsioonilise eelise.¹¹ Mõlemad juhtumid kahjustavad konkurentsi ettevõtjate vahel.¹² Seega peab RHS § 95 lg 4 p 7 käsitlema kahte võimalikku konkurentsieelist, s.o informatsiooniline – eelisseisund informatsiooni tõttu – ja muu konkurentsieelis, s.t riigihanke tingimuste mõjutamine enda kasuks.

RHS § 95 lg 4 p 7 sätestab fakultatiivse kõrvaldamise aluse, s.t hankijal on kaalutusõigus otsustamiseks, kas kõrvaldada ettevõtja riigihankest või mitte.¹³ Selleks, et kontrollida, kas hankija tegevuses esineb kaalutusviga fakultatiivse kõrvaldamisaluse kohaldamise osas, tuleb esmalt tuvastada, kas täidetud on kaalutusõiguse sätestava õigusnormi (abstraktne) faktiline koosseis.¹⁴ Seega tuleb esmalt sisustada RHS § 95 lg 4 p 7 alusel kõrvaldamise koosseisud ning kontrollida kõrvaldamiskooseisude eelduste täitmist.

⁹ EKo 03.03.2005 liidetud asjades C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom* p 30.

¹⁰ S. Treumer. Technical dialogue and the principle of equal treatment – dealing with conflicts of interest after *Fabricom*. – Public Procurement Law Review. 2007/2, lk-d 101 ja 110.

¹¹ *Ibid*, lk-d 107-108.

¹² TlnRnKo 3-12-119 p 13; EKo 03.03.2005 liidetud asjades C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom* p-d 29 ja 30; VaKo 27.03.2018 32-18/193000 p, 9.

¹³ VaKo 15.01.2019 261-18/199438 p 14.

¹⁴ VaKo 15.02.2011 14-11/120502 p 8.2.2.

Senise vaidlustus¹⁵- ja kohtupraktika¹⁶ ning riigihangete seaduse eelnõu seletuskirjas väljendatud seisukoha¹⁷ järgi tuleb RHS § 95 lg 4 p-s 7 sisalduvat kõrvaldamisalust nii keeleliselt kui eesmärgipäraselt tõlgendada selliselt, et sätte viimane osa „ja sellele isikule seetõttu teadaolev info annab talle eelise teiste riigihankes osalejate ees ning sellest tingitud konkurentsi moonutamist ei ole muude vahenditega võimalik vältida“ sätestab lisatingimuse mõlema alternatiivi suhtes: nii „isik, kes on osalenud sama riigihanke ettevalmistamisel“ kui „muul viisil hankijaga seotud“.

RHS § 95 lg 4 p 7 sõnastus (eelkõige lauseosa „seetõttu sellele isikule teadaolev info“) jätab mulje, et RHS § 95 lg 4 p 7 käsitleb pelgalt informatsioonilist konkurentsieelist. Informatsioonilise konkurentsieelisega on tegemist näiteks juhul, kui ettevõtja valdab riigihanke ettevalmistamisel osalemise tõttu teavet, mis ei ole kättesaadav teistele ettevõtjale, ning sellise teabe valdamine võimaldab ettevõtjal esitada majanduslikult soodsama pakkumuse.¹⁸ Olgu siin lisatud, et ajalist konkurentsieelist peetakse informatsiooniliste konkurentsieeliste hulka kuuluvaks. Nimelt seisneb ajaline konkurentsieelis selles, et ettevõtja saab võrreldes teiste ettevõtjatega varem informatsiooni ettevalmistatavast riigihankest ja selle tingimustest ning sellest tulenevalt on tal rohkem aega pakkumuse või taotluse koostamiseks ja esitamiseks.¹⁹

Samas ei ole välistatud, et ettevõtja omandab riigihanke ettevalmistamisel osalemise või hankijaga muu seotuse tõttu muu kui informatsioonilise konkurentsieelise.²⁰

Muu kui informatsioonilise konkurentsieelisega on tegemist olukorras, kui ettevõtja mõjutab hanke alusdokumendi sisu või hankija ise ilma ettevõtjapoolse mõju avaldamiseta koostab riigihanke alusdokumendi nii, et tehniline kirjeldus täielikult või olulisel määral peegeldab ettevõtja toote või teenuse omadusi või spetsifikatsioone (nn *tailor-made* spetsifikatsioon)²¹ või riigihanke muu tingimuse (nt kvalifitseerimise tingimus) vahendusel eelistatakse ühte konkreetset ettevõtjat. Sellist konkurentsieelist ei tohi pidada pelgalt informatsiooniliseks - eriti

¹⁵ VaKo 27.03.2018 32-18/193000 p 9; vrd VaKo 15.02.2011 14-11/120502 p 8.2.2

¹⁶ TlnRnKo 3-12-119 p 13.

¹⁷ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 26.

¹⁸ H-J. Priess. Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflict of interest and the involvement of project consultants. – Public Procurement Law Review. 2002/3, lk 165.

¹⁹ S. Treumer (viide 10), joonealune tekst nr 51.

²⁰ EKo 03.03.2005 liidetud asjades C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom* p-d 29 ja 30; D. Minumets, P. Kulm. *Op cit*, lk 334; S. Treumer (viide 10), lk 101.

²¹ S. Treumer. Technical dialogue prior to submission of tenders and principle of equal treatment of tenderers. – Public Procurement Law Review. 1999/3, lk 149; H-J. Priess. (viide 18), lk 166.

siis, kui hanke alusdokument ja riigihanke ettevalmistamisel vahetatud teave on täies ulatuses ja ilma moonutusteta kättesaadav kõigile riigihankest huvitatud ettevõtjatele.²² Samuti võib muu konkurentsieelise tegemist olla siis, kui hankija ja pakkumuse või taotluse koostamisel osaleva isiku vahel on riigihanke ettevalmistamisel osalemise või muu seotuse tõttu tekkinud selline suhe, et hankija teenistujad eelistavad pakkumuste võrdlemise ja hindamise etapil ja riigihankes üldiselt konkreetset ettevõtjat ja tema pakkumust või taotlust.²³

Riigihangete seadus on seotud Euroopa Liidu õigusega.²⁴ RHS § 95 lg 4 p 7 ja RHS § 10 rajanevad hankedirektiivi artikli 57 lg 4 *lit*-l f ning artiklitel 40 ja 41.²⁵ RHS § 95 lg 4 p 7 sisustamisel tuleb arvestada õigusnormi aluseks olevat hankedirektiivi artiklit 57 lg 4 *lit*-t f koostoimes artiklitega 40–41 (ja seega RHS §-ga 10), vastavaid tõlgendamisreegleid, Euroopa Kohtu praktikat²⁶ ja Euroopa Liidu esmast õigust.²⁷ Hankedirektiivi artikli 57 lg 4 *lit* f sõnastusest tuleneb, et vastav kõrvaldamisalus käsitleb mitte ainult informatsioonilisi, vaid ka muid konkurentsieeliseid. Riigisisene õigus ei tohi minna vastuollu direktiivi eesmärkidega²⁸ ning riigisisese õiguse vastuolu korral Euroopa Liidu õigusega tuleb vastuolus olev riigisisene õigus jätta kohaldamata – Euroopa Liidu õiguse ülimuslikkuse põhimõte.²⁹ Siinkohal tuleb märkida, et direktiivile saab otseselt tugineda mitte üksikisiku, vaid riigi vastu.³⁰ Hankedirektiivi artikkel 57 lg 4 *lit* f on suunatud ettevõtja kui üksikisiku vastu, kuna piirab ettevõtja võimalusi osaleda riigihankes. Seega ei oma hankedirektiivi artikkel 57 lg 4 *lit* f vahetut õigusmõju. Samas peab RHS § 95 lg 4 p 7 riigisisese õiguse normina, mis võtab üle hankedirektiivi artiklis 57 lg 4

²² M. Steinicke. Art 41/14. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*; S. Treumer (viide 10), lk 101; S. Treumer (viide 21), lk 154.

²³ S. Treumer (viide 10), lk-d 100-101; S. Treumer (viide 21), lk 151.

²⁴ M. A. Simovart, N. Parrest. Põhimõttest *lex specialis derogat legi generali* riigihankeõiguse näitel. – *Juridica* 2018/4, lk 223; RKPJKm 3-4-1-5-08 p-d 38-42; M. A. Simovart, N. Parrest. RHSK § 1/9-10. – M. Simovart, M. Parind. Riigihangete seadus. Komm vlj. (avaldamata materjal autori valduses).

²⁵ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, Lisa 1, lk 19 (koostoimes HÕNTE (RT I, 29.12.2011, 228) § 40 lg 1 p-ga 5, § 43 lg 1 p-ga 5, §-ga 45).

²⁶ K. Härginen jt. Eraõigusliku juriidilise isiku määratlemine. – *Juridica* 2018/4, lk 237.

²⁷ D. Minumets. Erinõuetele vastamise tingimuste kehtestamine riigihangetes. – *Juridica* 2018/4, lk 251; M. A. Simovart, N. Parrest. RHSK § 1/9, – M. Simovart, M. Parind. *Op cit*; K. Härginen jt. *Op cit*, lk 235; T. Väljaots. C. Ginter. Hankemenetlusest kõrvaldatud pakkuja kaebeõigus riigihankemenetluses. – *Juridica* 2018/3, lk 197.

²⁸ TlnRnKo 3-12-610 p 14.

²⁹ EKo 13.11.1990 kohtuasjas C-106/89, *Marleasing* p 8; EKo 15.04.2008 kohtuasjas C-268/06, *Impact* p-d 98-101; RKHKo 3-3-1-36-10 p-d 19 ja 20.

³⁰ EKo 24.01.2012 kohtuasjas C-282/10, *Maribel Dominguez* p-d 37-38; EKo 26.02.1986 kohtuasjas C-152/84, *Marshall* p-d 48-49; U. Lõhmus. Kuidas liikmesriigi kohtusüsteem tagab Euroopa Liidu õiguse tõhusa toime? – *Juridica* 2007/3, lk 146.

lit-s f sätestatu, sisaldama hankedirektiivi artikli 57 lg 4 *lit-s f* kehtestatud kõrvaldamisaluselise sisu. Teisisõnu, kui hankedirektiiviga on kehtestatud fakultatiivne kõrvaldamisalus, puudub liikmesriigil õigus kitsendada selle kõrvaldamisaluselise sisu. Sellisel juhul on liikmesriigil vaid õigus muuta fakultatiivne kõrvaldamisalus kohustuslikuks.³¹ Sellest johtuvalt peab RHS § 95 lg 4 p 7 sarnaselt hankedirektiivi artikli 57 lg-le 4 *lit-le f* käsitlema nii informatsioonilisi kui ka muid konkurentsieeliseid.

Riigisisest õigust ja eelkõige selliseid õigusakte, mis on vastu võetud direktiiviga kehtestatud nõuete täitmiseks,³² tuleb tõlgendada kooskõlas Euroopa Liidu õigusega võimalikult suures ulatuses Euroopa Liidu õiguse sõnastust ja eesmärki arvestades ning seeläbi tagada Euroopa Liidu õiguse tõhus toime ja direktiivi eesmärgiga kooskõlas olev tulemus (s.o kooskõlaline ehk direktiivikonformne tõlgendamine).³³ Riigisisese õiguse direktiivikonformsel tõlgendamisel on teatud piirid, milleks on eelkõige õiguskindluse põhimõte, mis sisuliselt tähendab riigisisese õiguse *contra legem* tõlgendamise keeldu.³⁴ *Contra legem* tõlgendamine on selline tõlgendamine, mis läheb vastuollu riigisisese sätte sõnastuse endaga.³⁵ Teisisõnu, õigusnormi tõlgendamisel ei tohi jätta tähelepanuta õigusnormi sõnastust. Nimelt ei tohi seaduse teksti tõlgendada nii, et mingi osa sellest jääb tarbetuks või tähtsusetuks. Ükski seadusetekesti element ei ole tähtsusetu.³⁶ Seega, sõltumata hankedirektiivi artikli 57 lg 4 *lit f* sõnastusest ei saa jätta tähelepanuta RHS § 95 lg 4 p-s 7 sisalduvaid sõnu „seetõttu teadaolev info“. Samas tuleb direktiivikonformsel tõlgendamisel arvestada riigisisest õigust tervikuna ning kasutada tunnustatud tõlgendusmeetodeid.³⁷ Magistritöö autor on seisukohal, et RHS § 95 lg 4 p 7 direktiivikonformsel tõlgendamisel omab tähtsust asjaolu, et sisuliselt on riigihanke ettevalmistamisel ja seejärel ettevõtja pakkumuse või taotluse koostamisel osalemine huvide

³¹C. P. Moukiou. The Principles of Transparency and Anti-Bribery in Public Procurement: A Slow Engagement with the Letter and Spirit of the EU Public Procurement Directives. – European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2016/2, lk 84.

³² EKo 05.10.2004 liidetud kohtuasjades C-397/01 ja C-403/01, *Pfeiffer* jt p 113.

³³ D. Minumets. *Op cit*, lk 251; K. Härginen jt. *Op cit*, lk 235; EKo 19.04.2016 kohtuasjas C-441/14, *Dansk Industri*, kohtujurist Y. Bot ettepanek p-d 43 ja 46; EKo 04.07.2006 kohtuasjas C-212/04, *Adeneler* jt p 111; U. Lõhmus. *Op cit*, lk 147.

³⁴ EKo 16.07.2009 kohtuasjas C-12/08, *Mono Car Styling SA* p 61; RKHKo 3-3-1-26-12 p 15; vrd U. Lõhmus, *Op cit*, lk 149.

³⁵ EKo 19.04.2016 kohtuasjas C-441/14, *Dansk Industri*, kohtujurist Y. Bot ettepanek p 68.

³⁶ A. Aarnio. Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn: Avatud Eesti Fond 1996, lk 200.

³⁷ EKo 04.07.2006 kohtuasjas C-212/04, *Adeneler* jt p 111; EKo 24.01.2012 kohtuasjas C-282/10, *Maribel Dominguez* p 27; RKKKo 3-1-1-125-06 p 10.

konflikti erikoosseis.³⁸ Huvide konflikti käsitleb hankedirektiivi artikli 57 lg 4 *lit e*, artikkel 24 ning vastavalt RHS § 95 lg 4 p 6 ja § 4 p 8. RHS § 95 lg 4 p 6 ja § 4 p 8 aluseks olevad hankedirektiivi artikli 57 lg 4 *lit e* ja artikli 24 fookus on samuti suunatud tõhusa konkurentsi ja võrdse kohtlemise põhimõtete tagamisele.³⁹ Kui asuda seisukohale, et RHS § 95 lg 4 p 7 käsitleb ainult informatsioonilisi konkurentsieeliseid, tuleb riigihanke ettevalmistamisel osalemise tõttu muu kui informatsioonilise konkurentsieelise kasutanud ettevõtja kõrvaldamist kaaluda RHS § 95 lg 4 p 6 kui üldkoosseisu alusel. Sellest johtuvalt asub magistritöö autor seisukohale, et tõlgendamise variant, mille järgi käsitleb RHS § 95 lg 4 p 7 nii informatsioonilisi kui muid konkurentsieeliseid, ei lähe vastuollu riigisisese õigusega kui tervikuga, jääb piiridesse, mida võimaldab RHS (eelkõige RHS § 95 lg 4 p-d 6 ja 7), ei loo ettevõtja jaoks uusi riigisiseses õiguses sätestamata kõrvaldamisaluseid ning seega ei ole vastuolus õiguskindluse põhimõtte ja *contra legem* tõlgenduse keeluga.

Lähtuvalt ülaltoodust ning arvestades seda, et hankedirektiivi artikkel 57 lg 4 *lit f* on üle võetud riigisisesse õigusesse RHS § 95 lg 4 p 7 vahendusel, liikmesriigil on õigus kehtestada muud hankedirektiivis käsitlemata kutse- ja ametialaste kriteeriumidega mitteseotud fakultatiivsed kõrvaldamisalused⁴⁰ ning tuginedes RHS § 95 lg 4 p-de 7 ja 6 sõnastusele ja eesmärkidele ning direktiivikonformsele, subjektiiv-teleoloogilisele ja süstemaatilisele tõlgendamisele, asub magistritöö autor seisukohale, et RHS § 95 lg 4 p 7 käsitleb nii informatsioonilisi kui muid konkurentsieeliseid ning sisaldab kahte järgmist fakultatiivset kõrvaldamiskooseisu:

- pakkumuse või taotluse koostamisel on osalenud isik, kes osales sama riigihanke ettevalmistamisel ja see annab ettevõtjale informatsioonilise või muu eelise teiste ettevõtjate ees ning sellest tingitud konkurentsi moonutamist ei ole muude vahenditega võimalik vältida;
- pakkumuse või taotluse koostamisel on osalenud isik, kes on muul viisil hankijaga seotud ja see annab ettevõtjale informatsioonilise või muu eelise teiste ettevõtjate ees ning sellest tingitud konkurentsi moonutamist ei ole muude vahenditega võimalik vältida.

³⁸ S. Treumer (viide 10), lk 101; C. R. Hamer. Art 57/58 ja M. Steinicke. Art 24/20. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*; EKo 03.03.2005 liidetud asjades C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom* p 30; S. Arrowsmith. EU Public Procurement Law: an introduction. *Sine loco: sine anno*, lk 147; D. Soloveicik, K. Šimanskis. The Evolving Concept of „Conflict of Interests“ in the EU Public Procurement Law. – European Procurement & Public Private Partnership Law Review. 2017/2, lk 129.

³⁹ M. Steinicke. Art 24/5-8. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

⁴⁰ EKo 16.12.2008 kohtuasjas C-213/07, *Michaniki AE* p 24; S. Arrowsmith. (viide 38), lk 148.

Õigusnormid peavad olema sõnastatud piisavalt täpselt, et igäüks saaks aru, mida temalt nõutakse, mis on tema kohustused ning et riigi tegevus oleks piisavalt ette ennustatav. Teisisõnu peavad õigusnormid olema kooskõlas õigusselguse põhimõttega.⁴¹ Magistritöö autor ei välista, et arvestades direktiivikonformse tõlgendamise vahendusel tuletatud RHS § 95 lg 4 p 7 kõrvaldamiskoosseise, võib RHS § 95 lg 4 p 7 kehtiva redaktsiooni sõnastus tekitada teatud ulatuses selgusetuse ning seega vajada vastavalt ka korrigeerimist. Vastav RHS muudatusettepanek on toodud magistritöö lisas 2.

Lähtuvalt RHS § 95 lg 4 p 7 kõrvaldamiskoosseisudest ja nende sõnastustest tuleb asuda seisukohale, et RHS § 95 lg 4 p 7 sätestab neli kumulatiivset eeldust:

- isik osales pakkumuse või taotluse koostamisel;
- sama isik osales riigihanke ettevalmistamisel või on muus seoses hankijaga;
- ettevõtja saab sellise riigihanke ettevalmistamisel osalemise või muu seotuse tõttu hankijaga konkurentsieelise;
- konkurentsimoonutust ei saa teisiti vältida.

Hankedirektiiv kohaldub vaid siis, kui sõlmitava hankelepingu eeldatav maksumus on vähemalt võrdne rahvusvahelise piirmääraga.⁴² RHS-ga kujundatud regulatsiooni järgi aga kehtivad nii rahvusvahelist piirmäära ületavate kui sellest piirmäärast allapoole jäävate hangete suhtes paljuski samad reeglid ja lahendused. RHS § 95 lg 4 p 7 on kohustuslik hankemenetluses nii avalikus (vt RHS § 15 lg-t 2) ja võrgustiku sektoris (vt RHS § 156 lg-t 2) kui ka kaitsehangetes (vt RHS § 177 lg-t 3) ja kontsessioonilepingute sõlmimisel (vt RHS § 137 lg-t 3). Teistes menetlustes ei ole RHS § 95 lg 4 p 7 otse kohaldatav, kuid võib olla kohaldatav hankija valikul lihthankemenetluses (vt RHS § 125 lg-t 2), sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses (vt RHS § 126 lg-t 2).⁴³ Välistatud ei ole rangemate menetlusreeglite n-ö laiendamine (vt RHS § 15 lg-t 11 ja 12).⁴⁴ Kõrvaldamisaluste kohaldamist peetakse *a fortiori* õigustatuks riigihangete puhul, mis jäävad alla hankedirektiivi asjakohast rahalist piirmäära ning mille suhtes ei kohaldata seetõttu hankedirektiivis ette nähtud konkreetseid ja rangeid menetlusi.⁴⁵ Kuigi allapoole rahvusvahelist

⁴¹ T. Annus. Riigiõigus. Tallinn: Juura 2006, lk 100; RKÜKo 3-4-1-5-02 p 31; RKÜKo 3-4-1-2-05 p 31.

⁴² VaKo 21.09.2017 136-17/188738 p 9.

⁴³ VaKo 12.11.2018 218-18/194960 p 19; VaKo 30.01.2018 209-17/192679 p 18; VaKo 10.04.2019 34-19/206183 p 5; VaKo 11.04.2019 39-19/206397 p 7.

⁴⁴ M. A. Simovart, N. Parrest. § 1/6,18. – M. Simovart, M. Parind. *Op cit.*

⁴⁵ C. R. Hamer. Art 57/58. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*; EKo 18.12.2014 kohtuasjas C-470/13, *Generali-Providencia* p 36; *argumentum a fortiori* kohta A. Aarnio. *Op cit.*, lk 201 ja J. Sootak (koost). Karistusõigus. Üldosa. Tallinn: Juura 2018, lk-d 97-98.

piirmäära jäävate riigihangete puhul ei ole direktiivi järgimine kohustuslik, on õigustatud direktiivi arvestamine riigisisese õigusnormi tõlgendamisel, kui riigisisene õigusnorm näeb ette sama lahenduse, mida kohaldatakse direktiivi reguleerimisalas.⁴⁶ Seega peavad ülalpool toodud RHS § 95 lg 4 p 7 kõrvaldamiskoosseisud ja eeldused kehtima ka selliste riigihangete puhul, mis jäävad välja hankedirektiivi kohaldamisalast, kuid mille puhul RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldub kas otse, hankija valikul või läbi rangemate menetlusreeglite laiendamise.

1.2. RHS § 94 lõike 4 punkti 7 alusel kõrvaldamise eeldused

1.2.1. Pakkumuse või taotluse koostamisel osalemine

RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamise esimeseks eelduseks on isiku osalemine pakkumuse või taotluse koostamisel. Riigihankes pakkumuse või taotluse koostamisel osalemist võib sisustada läbi otsese osalemise või õiguslikul suhtel põhineva osalemise,⁴⁷ n-õ kaudse osalemise. Otsese osalemisega on tegemist näiteks juhul, kui ettevõtja töötaja faktiliselt ehk otseselt osaleb ettevõtja pakkumuse või taotluse koostamisel. Kaudse osalemisega pakkumuse või taotluse koostamisel on tegemist siis, kui isik vahetult ei tegele ettevõtja pakkumuse või taotluse koostamisega, kuid riigihanke ettevalmistamisel osalemise või muu seose tõttu hankijaga on selle isiku valduses olevat konkurentsieelist kasutatakse ettevõtja pakkumuse või taotluse koostamisel. Olgu lisatud, et lähtuvalt väljakujunenud praktikast ja õiguskirjanduses väljendatud seisukohtadest ei ole alust lugeda isikut pakkumuse või taotluse koostamisel osalevaks, kui ta pelgalt andis nõusoleku osaleda hankelepingu täitmisel alltöövõtja⁴⁸ või vastutava spetsialistina.⁴⁹ Kaudse osalemise puhul on oluline, et pelgalt lepingulisest (nt tööleping, konsultatsioonileping⁵⁰) või lepingusarnasest suhtest (nt ühinguõiguslik suhe)⁵¹ riigihanke ettevalmistamisel osalenud isiku ja ettevõtja vahel ei piisa. Pakkumuse või taotluse koostamisel kaudse osalemise puhul on oluline tuvastada, et riigihanke ettevalmistamisel osalenud isiku poolt

⁴⁶ RKHKo 3-3-1-24-13 p 14; RKHKo 3-3-1-65-11 p 35; EKo 16.03.2006 kohtuasjas C-3/04, *Poseidon* p 16; EKo 17.07.1997 kohtuasjas C-28/95, *Leur-Bloem* p-d 32-33; VaKo 26.09.2018 178-18/197342 p 15.

⁴⁷ D. Minumets, P. Kulm. *Op cit*, lk 335.

⁴⁸ *Ibid*, lk-d 335-336.

⁴⁹ VaKo 08.12.2010 238-10/119076 p 14.

⁵⁰ Olgu märgitud, et riigihanke ettevalmistamisel osalemiseks sõlmitav (konsultatsiooni)leping võib samuti olla hankeleping, mille sõlmimisele võib kohalduda RHS.

⁵¹ M. Steinicke. Art 41/9. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*; A. S. Graells. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 2 tr. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing 2015, lk 373; VaKo 27.03.2018 32-18/193000 p 9.2.2.

omandatud informatsioonilist või muud konkurentsieelist võidakse kasutada ettevõtja pakkumuse või taotluse koostamisel.⁵² Kaudne osalemine pakkumuse või taotluse koostamisel ja riigihanke ettevalmistamisel osalenud isiku omandatud konkurentsieelise kasutamise võimalikkus ettevõtja poolt ning seega RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamise võimalus võib olla muu hulgas välistatud ka ettevõtja poolt nn *Chinese Walls* meetodi eduka kasutamise korral. *Chinese Walls* meetodi kasutamise puhul korraldatakse ettevõtja meeskond nii, et riigihanke ettevalmistamisel omandatud konkurentsieeliste kasutamine pakkumuse või taotluse koostamisel muutub võimatuks (vt magistritöö punkti 2.2.1.).

1.2.2. Osalemine riigihanke ettevalmistamisel ja muu seos hankijaga

RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamise teiseks eelduseks on isiku osalemine riigihanke ettevalmistamisel või muu seos hankijaga. Osalemine riigihanke ettevalmistamisel on üldiselt öelduna riigihanke ettevalmistavas etapis riigihanget puudutava nõu andmine või ettepanekute tegemine.⁵³ Samuti võib osalemine riigihanke ettevalmistamisel tähendada ka hanke alusdokumendi osaks oleva eriteadmisi nõudva tehnilise kirjelduse koostamist ettevõtja poolt ning koostatud dokumendi kasutamist riigihanke menetluses.⁵⁴ Osalemine riigihanke ettevalmistamisel võib lähtuvalt riigihanke sisust, hankija teadmistest, soovidest ja muudest asjaoludest olla erineva sisu ja intensiivsusega.⁵⁵ Nii innovatiivsete ja standardtoodete ostusoovi puhul vajab hankija eeldatavasti erineva sisu ja intensiivsusega nõu ja ettepanekuid.⁵⁶ Osalemiseks riigihanke ettevalmistamisel peetakse hankedirektiivi artikli 57 lg 4 *lit f* ja artiklite 40 ja 41 ning RHS § 10 pealkirja ja lg 3 ning § 95 lg 4 p 7 tähenduses osalemist esialgses turu-uuringus ja muul moel kaasatust riigihanke ettevalmistamisse.

⁵² M. Steinicke. Art 41/9. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*; informatsioonilise konkurentsieelise kohta VaKo 27.03.2018 32-18/193000 p 9.2.2.

⁵³ M. Steinicke. Art 41/10. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

⁵⁴ D. Minumets, P. Kulm. *Op cit*, lk 336.

⁵⁵ M. Steinicke. Art 41/13. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

⁵⁶ O. P. Voda, C. Jobse. Rules and Boundaries Surrounding Market Consultation on Innovation Procurement: Understanding and Addressing the Legal Risks. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. – 2016/3, lk 180; M. Steinicke. Art 41/13. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

Turu-uuringu läbiviimine tähendab turul olemasoleva ja tuleviku olukorraga tutvumist⁵⁷ ehk hankija küsib ja sõltumatud eksperdid ja asutused või ettevõtjad annavad riigihanke eset puudutavat teavet.⁵⁸ Nii näiteks kasutati Inglismaal turu-uuringut selleks, et välja selgitada, kas ettevõtjad on huvitatud riigile vanglate pidamise teenuse osutamisest. Turu-uuring näitas, et ettevõtjad ei ole valmis osutama riigile taolist teenust riigi soovitud tingimustel.⁵⁹ Varem ei olnud turu-uuringu instituuti Euroopa Liidu õiguse tasandil põhjalikult käsitletud, kuid varasema hankedirektiivi põhjenduse 8 kohaselt oli võrdset kohtlemist mitterikkuv tehniline dialoog (sisuliselt turu-uuring) aktsepteeritav.

Turu-uuring teenib kahte eesmärki. Esiteks on turu-uuringu eesmärgiks „teavitada ettevõtjaid oma hankeplaanidest ja nõuetest“. See eesmärk ei ole riigihangete seaduse tekstist tuletatav, kuid on sõnaselgelt väljendatud hankedirektiivi artiklis 40. Nimetatud eesmärgi püstitamine lähtub eeldusest, et hästi informeeritud ettevõtjatel on parem võimalus pakkuda hankija seatud tingimustele vastavaid lahendusi. Siinkohal tuleb lisada, et nimetatud eesmärgi saavutamiseks on ka teisi riigihankeõiguse instituute, eelkõige eel- ja hanketeade ning hankeplaan (vt RHS §-t 9, §-t 75). Ettevõtjate teavitamine oma hankeplaanidest ja nõuetest turu-uuringute raames võib vajalikuks osutada eelkõige innovaatiliste toodete väljatöötamise soovi korral.⁶⁰ Teisteks turu-uuringu läbiviimise eesmärkideks on lähtuvalt hankedirektiivi artikli 40 sõnastusest „küside ja vastu võtta nõuandeid sõltumatutelt ekspertidelt või asutustelt või turul osalejatelt“, „hankelepingu eseme täpsem piiritlemine“ ja „riigihanke ettevalmistamine“. Sisuliselt annab turu-uuring hankijale võimaluse ette valmistada sobiv hanke alusdokument (sealhulgas tehniline kirjeldus) või kontrollida juba koostatud hanke alusdokumendi sobivust hankija eesmärkide saavutamiseks,⁶¹ näiteks teatud kvaliteediga asja või teenuse hankimiseks. Olgu lisatud, et just sobiva hanke alusdokumendi, sealhulgas tehnilise kirjelduse koostamise ja rahuldava kvaliteediga asja või teenuse hankimise soov koostoiimes hankija nõrkade teadmistega hangitava teenuse või asja spetsifikatsiooni osas annab riigihanke ettevalmistamisel osalevale ettevõtjale

⁵⁷ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 26, S. Arrowsmith. The problem of discussions with tenderers under the E.C. Procurement Directives: the current law and the case for reform. – Public Procurement Law Review. 1998/3, lk 65.

⁵⁸ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18 EÜ, 31 märts 2004, ehitustööde, riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – EÜT L 134, 30.04.2004, lk 114, põhjendus 8.

⁵⁹ S. Arrowsmith (viide 57), lk 66.

⁶⁰ O. P. Voda, C. Jobse. *Op cit.*

⁶¹ *Ibid*, lk 179; S. Arrowsmith (viide 57), lk 67.

võimaluse luua ja tagada endale muu kui informatsiooniline konkurentsieelis,⁶² näiteks eriti taunitav nn *taylor-made* spetsifikatsioon, mida Eestis nimetatakse ka suunatud riigihankeks.

Turu-uuringu raames saab hankija esitada küsimusi, mis puudutavad hinnataset (eeldatava maksumuse määramiseks ja vastava menetlusliigi valimiseks),⁶³ ettevõtjate teadmisi, vahendeid, oskusi, pakutavate esemete kvaliteeti (nt tehnilise kirjelduse koostamiseks), tehnoloogiate arengut või suutlikkust rahuldada hankija või lõpptarbijate vajadusi.⁶⁴ Nii on hankijal turu-uuringu vahendusel võimalus uurida ettevõtjatelt, kas hankijale sobiv toode või tehnoloogia on turul olemas või tuleb turule laskmiseks täiendavalt teostada töid, näiteks läbida teatud katsed, formaalsused vms; kas hankija soovitatav tehnoloogia või toode on sobiv hankija vajaduste rahuldamiseks.⁶⁵ Lisaks võib turu-uuring kaasa aidata erinevate riigihanke menetluste vahel sobiva valiku tegemisele: näiteks kui turul tegutseb suur hulk hankija soovitud toodet või teenust pakkuvaid ettevõtjaid, võib olla otstarbekam valida piiratud hankemenetlus.⁶⁶ Turu-uuringu esemeks võib olla hangitava teenuse või asja maksumus ning sellest võib sõltuda näiteks lihthankemenetluse kohaldamise võimalus või vajadus jagada riigihange osadeks (vt RHS § 27 lg-t 2).⁶⁷ Samuti võivad turu-uuringu esemeks olla hankelepingu tingimused ning seega võidakse turu-uuringus käsitleda järgmisi küsimusi ja aspekte: kas ettevõtjad on valmis rahuldama hankija vajadusi hankija määratud tingimusi järgides ja hankija rahaliste võimaluste piires; lepinguliste riskide jagamise võimalused; intellektuaalset omandit puudutavad küsimused⁶⁸ jms. Kuigi turu-uuringu esemeks ei või olla kvalifitseerimise ega pakkumuste hindamise kriteeriumid iseenesest,⁶⁹ võib turu-uuring anda hankijale pidepunktid kvalifitseerimis- ja hindamistingimuste sisustamiseks. Nii võib turu-uuring näidata, et tõhusa konkurentsi tagamise eesmärgil ning väike- ja keskmise suurusega ettevõtjate kaasamiseks riigihankesse võivad või isegi peavad kvalifitseerimistingimused olema esialgu planeeritust leebemad ja konkurentsi efektiivseks kasutamiseks võib hindamiskriteeriumide abil edendada innovatsiooni.⁷⁰

⁶² S. Treumer (viide 10), lk 110.

⁶³ O. P. Voda, C. Jobse. *Op cit*, lk 192.

⁶⁴ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 26; S. Arrowsmith (viide 57) lk 66.

⁶⁵ O. P. Voda, C. Jobse. *Op cit*, lk-d 179-180.

⁶⁶ D. Minumets, P. Kulm. *Op cit*, lk 449.

⁶⁷ O. P. Voda, C. Jobse. *Op cit*, lk-d 180-181.

⁶⁸ S. Arrowsmith (viide 57), lk 74.

⁶⁹ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 26.

⁷⁰ O. P. Voda, C. Jobse. *Op cit*, lk-d 180, 192-193

RHS ega Euroopa Liidu õigus ei sätesta turu-uuringu läbiviimise vormi⁷¹ ning turu-uuring võib olla läbi viidud näiteks teabepäringute,⁷² vastavasisulise konsultatsioonilepingu,⁷³ individuaalse kontakti, küsimustike või infopäevade kujul.⁷⁴ Teabepäringust peab olema selge, et tegemist ei ole riigihankega, vaid riigihanke ettevalmistamise staadiumiga, ning teabe vahetamine hankija ja ettevõtja vahel ei ole siduv.⁷⁵ Kuigi ei hankedirektiiv ega RHS ei sätesta turu-uuringu läbiviimise vormi ega täpsemat korda, tuleb turu-uuringu läbiviimisel järgida RHS § 10 lg-tes 2 ja 4 ning §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid. Eriti mahukate ja keerukamate turu-uuringute, eelkõige innovatiivseid tooteid puudutavate turu-uuringute puhul on soovitatav enne turu-uuringu läbiviimist lahendada intellektuaalset omandit puudutavad õiguslikud aspektid.⁷⁶ Nii võib hankija ja ettevõtja vahel olla sõlmitud ainu- või lihtlitsentsi-, rendi- või tasuta kasutamise leping, mille esemeks on intellektuaalse vara ehk ettevõtja loometöö tulemuste, samas ka oskusteabe (ja ärisaladuse)⁷⁷ kas tasu eest või tasuta kasutamise tingimused hankija poolt.

Kuigi turu-uuringu mõiste on nii hankedirektiivis kui RHS-is laialt sisustatud, käsitlevad hankedirektiivi artikkel 41 ning RHS § 10 lg-d 3 ja 4 ka sellist kategooriat kui „muul moel riigihanke ettevalmistamisse kaasamine“. Riigihanke ettevalmistamisse kaasamise puhul on tegemist nn *catch-all* kategooriaga. Nimelt on riigihanke ettevalmistamisse kaasamine igasugune kommunikatsioon hankija ja ettevõtja või sõltumatu eksperdi või asutuse vahel, mis on seotud riigihanke ettevalmistamisega.⁷⁸ Sisuliselt ei mängi rolli, kas kaasatust riigihanke ettevalmistamisse käsitletakse turu-uuringuna või mitte.⁷⁹ Igal juhul kohalduvad hankedirektiivi artikkel 41 ja RHS § 10 ning vastavalt asjaoludele ka RHS § 95 lg 4 p 7. Mugavuse ja magistritöö parema loetavuse saavutamise eesmärgil kasutatakse edaspidi vaid turu-uuringu alternatiivi, kuigi kõik magistritöös sisalduvad järeldused laienevad ka muul moel riigihanke ettevalmistamisse kaasamisele.

Ettevõtja tegevuse kvalifitseerimisel turu-uuringuna tuleb meeles pidada, et pelgalt ühe või teise asja ostmise või teenuse osutamise vajalikkust või mingi objekti (näiteks maa-ala, ehitise)

⁷¹ *Ibid*, lk 182.

⁷² Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 26.

⁷³ M. Steinicke. Art 41/10. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

⁷⁴ O. P. Voda, C. Jobse. *Op cit*, lk-d 182-183.

⁷⁵ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 26; O. P. Voda, C. Jobse. *Op cit*, lk 185.

⁷⁶ O. P. Voda, C. Jobse. *Op cit*, lk-d 180, 184-185.

⁷⁷ P. Kalamees jt. Lepinguõigus. Tallinn: Juura 2017, lk-d 251-252; O. P. Voda, C. Jobse. *Op cit*, lk-d 180, 184-185.

⁷⁸ M. Steinicke. Art 41/2. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

⁷⁹ A. S. Graells. *Op cit*, lk 373.

kasutamise põhimõttelisi valikuid ja võimalusi puudutav nõu ei pruugi olla käsitatav turu-uuringus osalemisena.⁸⁰ Nii ei saa turu-uuringuks pidada olukorda, kui kohaliku omavalitsuse tarbeks üldplaneeringu koostamist korraldanud ettevõtja soovib osaleda riigihankes, mis puudutab samas linnas asuvale maa-alale (seega üldplaneeringu objekti osaks olevale maale, vt PlanS⁸¹ § 74 lg-t 1) projekteeritud hoone ehitamist. Üldplaneering käsitleb vaid linna või valla territooriumi või selle osa ruumilise arengu põhimõtteid ja suundumusi, tegevusi, mis sobivad vastavasse piirkonda, ning hoonestust (nt korruselamute ala, eramute ala, kõrghoonete ala).⁸² Isegi, kui asuda seisukohale, et sellist põhimõttelist valikut või võimalusi andvat nõu tuleb pidada turu-uuringuks, on RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamine välistatud ülejäänud eelduste täitmata jäämise tõttu, eelkõige jäetakse konkurentsieelis omandamata. Selline nõuanne ilmselgelt ei too kaasa võimaliku konkurentsieelise teket ja võrdse kohtlemise või tõhusa konkurentsi tagamise põhimõtte rikkumist. Tegemist ei ole hankedirektiivi artikli 40 või 41 kohaldamisalasse kuuluva eelneva kommunikatsiooniga hankija ja ettevõtja vahel, mis võiks luua ettevõtjale konkurentsieelise või võiks rikkuda võrdse kohtlemise või tõhusa konkurentsi põhimõtteid.

Muu seos hankijaga RHS § 95 lg 4 p 7 tähenduses on jäetud avatuks ehk määratlemata õigusmõisteks. Sisuliselt võib tegemist olla igasuguse asjaoluga, mis hankijat ja pakkumuse või taotluse koostamisel osalenud isikut ühendab.⁸³ Nii võib selliseks asjaoluks olla ühinguõiguslik seos, mille puhul üks ja sama isik on ettevõtja juhatause liige ja hankija nõukogu liige;⁸⁴ hankija ja ettevõtja kuuluvad ühte kontserni äriseadustiku⁸⁵ § 6 mõistes; hankijal on õigus nimetada ettevõtja üle poole järelevalvenõukogu, halduskogu või teda seaduslikult esindava organi liikmetest; hankijal on õigus juhtida ettevõtja äritegevust vms.⁸⁶

Hankedirektiivi artikkel 57 lg 4 *lit* 7 ei sisalda hankijaga muu seose alternatiivi. Eeldatavasti⁸⁷ oli seadusandja soov luua kuni 31. augustini 2017. a kehtinud riigihangete seaduse⁸⁸ § 38 lg 2 p-ga 4 identne kõrvaldamisalus. Nimetatud kõrvaldamisalus hõlmas nii huvide konflikti kui huvide

⁸⁰ M. Steinicke. Art 40/3. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

⁸¹ Planeerimisseadus. – RT I, 12.12.2018, 2.

⁸² H. Veinla jt. Keskkonnaõigus. Tallinn: Juura 2016, lk-d 141-142.

⁸³ D. Minumets, P. Kulm. *Op cit*, lk 336.

⁸⁴ VaKo 15.02.2011 14-11/120502 p 8.2.2.; D. Soloveicik, K. Šimanskis. *Op cit*, lk 115.

⁸⁵ Äriseadustik. – RT I, 28.02.2019, 1.

⁸⁶ Analoogia korras A. S. Graells. *Op cit*, lk 373 ja Nõukogu määrus (EÜ) nr 139/2004, 20. jaanuar 2004, kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle. – OJ L 24, 29.1.2004, lk-d 1-22, art 5 lg 4.

⁸⁷ Paraku ei sisalda kuni 31. augustini 2017. a kehtinud riigihangete seaduse seletuskiri (Seletuskiri seaduse eelnõu 816 SE I juurde) teavet vastavasisulise kõrvaldamisaluse kohta.

⁸⁸ Riigihangete seadus. – RT I, 1.07.2017, 1.

konflikti erikoosseisuks olevat riigihanke ettevalmistamisel osalemist RHS § 95 lg 4 p-de 6 ja 7 tähenduses. Kuni 31. augustini 2017. a kehtinud riigihangete seadus ei sisaldanud RHS § 95 lg 4 p-ga 6 identset õigusnormi. Mugavuse ja magistritöö parema loetavuse saavutamise eesmärgil viidatakse edaspidi üksnes turu-uuringule, kuigi magistritöös sisalduvad järeldused laienevad ka muule seosele hankijaga.

1.2.3. Eelis, mis moonutab konkurentsi

RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamise kolmandaks eelduseks on konkurentsi moonutava eelise omamine. Osalemine turu-uuringus ei tähenda keeldu samas riigihankes pakkumust või taotlust esitada.⁸⁹ Ettevõtja obligatoorne kõrvaldamine riigihanke menetlusest pelgalt põhjusel, et tema pakkumuse või taotluse koostamisel kas otseselt või kaudselt osaleb isik, kes osales turu-uuringus, läheks vastuollu riigihanke korraldamise üldpõhimõtetega, eelkõige proportsionaalsuse ja võrdse kohtlemise,⁹⁰ samuti ka tõhusa konkurentsi põhimõtetega. Esineb ka vastupidine arvamus, mille kohaselt automaatne kõrvaldamine riigihanke menetlusest riigihanke ettevalmistamisel osalemise tõttu, ilma et peaks olema tuvastatud konkurentsieelis teiste ettevõtjate ees, on proportsionaalne meede, mis tagab võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja tõhusa konkurentsi põhimõtete järgimist.⁹¹ Kõnesoleva kõrvaldamisaluse kohaldamiseks peab ettevõtja isiku turu-uuringus osalemise tulemusena⁹² omandama eelise teiste ettevõtjate ees,⁹³ mis moonutab konkurentsi ja rikub võrdse kohtlemise põhimõtet.⁹⁴

Konkurentsieelist võib olla kahte tüüpi: informatsiooniline või muu konkurentsieelis. Need järeldused on tehtud magistritöö punktis 1.1. Ajalise või muu tõhusat konkurentsi moonutava eelise võimalikust esinemisest võib märku anda olukord, kui riigihanke raames on pakkumuse või taotluse esitanud vaid ettevõtja, kelle pakkumuse või taotluse koostamisel osalenud turu-uuringust osavõtnud isik⁹⁵ või kui ainult selle ettevõtja pakkumus vastab kõigile tehnilises

⁸⁹ M. Steinicke. Art 41/10. - Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

⁹⁰ S. Treumer (viide 10), lk 105; S. Treumer (viide 21), lk 151; EKo 03.03.2005 liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom* p-d 32, 34-35; VaKo 27.07.2010 127-10/118823 p 11.

⁹¹ EKo 03.03.2005 liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom*, kohtujurist P. Leger ettepanek p-d 32, 34-35.

⁹² A. S. Graells. *Op cit*, lk 375.

⁹³ TlnRnKo 3-12-119 p 14; S. Treumer (viide 21), lk 159; S. Arrowsmith (viide 57), lk 68; D. Soloveicik, K. Šimanskis. *Op cit*, lk 116; EÜKo 20.03.2013 kohtuasjas T-415/10, *Nexans France* p 116.

⁹⁴ VaKo 27.03.2018 32-18/193000 p-d 9.2.2. ja 10.2.; VaKo 27.07.2010 127-10/118823 p 11.

⁹⁵ S. Treumer (viide 21), lk-d 153-154.

kirjelduses sätestatud tingimustele või pakkumuste hindamisel saab selline ettevõtja märkimisväärselt rohkem punkte, mis tagab tema pakkumuse edukaks tunnistamise või kui riigihankes esitati oodatust vähem pakkumusi või taotlusi.⁹⁶

Loomulik konkurentsieelis (nn *de facto* olemuslik konkurentsieelis),⁹⁷ mis võib tekkida ettevõtjal varasemate kogemuste kaudu, sealhulgas ka samale hankijale varem sama teenust osutades,⁹⁸ ei täida kõnealuse fakultatiivse kõrvaldamisaluse koosseisu.⁹⁹ Vastasel korral poleks üks kord hankelepingu sõlminud ja nõuetekohaselt täitnud ettevõtjal võimalust osaleda järgmistes sama hankija sama esemega riigihangetes (*argumentum ad absurdum*). Veelgi enam, hankijal on õigus ja isegi kohustus kasutada varem või riigihanke ettevalmistamise ajal riigihanke esemeks olevat teenust osutava ettevõtja valduses olevat teavet riigihanke tehnilise kirjelduse koostamiseks piisava detailsusega. Näiteks võib hankija jäätmeveo riigihanke puhul taotleda jäätmeveopiirkonnas korraldatud jäätmeveo teenust osutavalt ettevõtjalt teavet, mis puudutab jäätmekonteinerite arvu ja mahtu ning teatud perioodi jooksul väljaveetud jäätmete liike ja kogust.¹⁰⁰ Eesti kontekstis vt selle kohta JäätS¹⁰¹ § 71¹ lg-t 2. Kuigi RHS § 95 lg 4 p 7 koosseis ei ole *de facto* olemusliku konkurentsieelise puhul täidetud, peab hankija lähtuma RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest ning tagama võrdset kohtlemist, riigihanke menetluse läbipaistvust ja konkurentsi tõhusust ning võimalikult suurel määral neutraliseerida kõik loomulikud konkurentsieelised.¹⁰² Nii näiteks võib jäätmeveo teenust osutava ettevõtja valduses oleva jäätmeveoteenust puudutava teabe (konteinerite maht, arv, tühjenduste sagedus jms) teistele ettevõtjatele jagamata jätmise tähendada võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist.¹⁰³ Loomulike konkurentsieeliste neutraliseerimise vahendiks võib loomuliku konkurentsieelise puhul olla muu hulgas RHS-is sätestatud pikema tähtaja määramine pakkumuse või taotluse ettevalmistamiseks ja esitamiseks (vt RHS §-d 92-94, § 125 lg-t 4), konkurentsivõimelise pakkumuse koostamiseks vajaliku ja loomuliku konkurentsieelist andva teabe edastamine teistele

⁹⁶ A. S. Graells. *Op cit*, lk 376; S. Treumer (viide 21), lk-d 153-154 (v.a muu seos hankijaga).

⁹⁷ A. R. Apostol. Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness? – Public Procurement Law Review, 2012/6, lk 225; EÜKo 12.03.2008 kohtuasjas T-345/03, *Evropaiki Dynamiki* p 70.

⁹⁸ EÜKo 12.03.2008 kohtuasjas T-345/03, *Evropaiki Dynamiki* p 70.

⁹⁹ M. Steinicke. Art 41/13. - Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*; M. Minumets, P. Kulm. *Op cit*, lk 337.

¹⁰⁰ S. Treumer (viide 21), lk 158.

¹⁰¹ Jäätmeseadus. – RT I, 13.03.2019, 3.

¹⁰² EÜKo 12.03.2008 kohtuasjas T-345/03, *Evropaiki Dynamiki* p-d 73-76.

¹⁰³ Analoogia korras M. Steinicke. Art 18/121. - Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

riigihankest huvitatud ettevõtjatele,¹⁰⁴ piisava ettevalmistamisperioodi võimaldamine hankelepingu esemeks olevate teenuste teostamise või osutamise alustamiseks.¹⁰⁵

1.2.4. Muude meetmete puudumine

RHS § 95 lg 4 p 7 alusel ettevõtja kõrvaldamise neljandaks kumulatiivseks eelduseks on see, et konkurentsimoonutamist ei ole muude vahenditega võimalik vältida. Konkurentsieeliste neutraliseerimiseks ja seega konkurentsimoonutuste vältimiseks tarvitusele võetavate meetmete loetelu (vt RHS § 10 lg-t 3) ei ole ammendav ning juhtumipõhiselt võivad kõne alla tulla ka teised meetmed, mis peab kasutama kas koos hankedirektiivis sõnaselgelt loetletud vahenditega või nendest eraldi.¹⁰⁶ Vastavalt olukorrale võib olla asjakohane kasutada ka mingeid muid meetmeid.¹⁰⁷ Nii käsitleb RHS § 10 lg 3 aluseks olev hankedirektiivi artikkel 41 lg 2 esmase lahendusena¹⁰⁸ ainult kahte turu-uuringule järgneval riigihankel võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete tagamise¹⁰⁹ vahendit. Juba RHS § 95 lg 4 p-s 7 sätestatud kõrvaldamise aluses nimetab seadusandja täiendava, RHS § 10 lg-s 3 sõnaselgelt nimetatata proportsionaalsuse põhimõttel baseeruva¹¹⁰ *ultima ratio* meetme, milleks on ettevõtja kõrvaldamine riigihankest. Seega ei ole konkurentsieeliseid neutraliseerivad meetmed hankedirektiivis ja RHS-is loetletud ammendavalt.

Hankijal ei ole mitte õigus, vaid kohustus võtta tarvitusele meetmed konkurentsieeliste neutraliseerimiseks ja seeläbi võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi tagamiseks.¹¹¹ Sisuliselt konkretiseerib seadusandja RHS § 95 lg 4 p-s 7 riigihanke korraldamise üldpõhimõtte, mis on sätestatud RHS §-s 3 ja mille kohaselt kohustub hankija tegutsema riigihanke korraldamisel /.../ proportsionaalselt (RHS § 3 p 1), /.../ kõik isikutele seatavad piirangud peavad olema riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud (RHS § 3 p 2). Seega on hankija poolt teiste konkurentsieeliseid neutraliseerivate vahendite valimisel ja rakendamisel oluline roll RHS § 3 p-s 1 nimetatud ja RHS § 95 lg 4 p-s 7 konkretiseeritud proportsionaalsuse põhimõttel.

¹⁰⁴ VaKo 27.07.2010 127-10/118823 p 11.

¹⁰⁵ VaKo 17.12.2014 299-14/156377 p 9; VaKo 21.01.2019 266-18/203466 p 11; VaKo 01.09.2017 124-17/188025 p 10.

¹⁰⁶ M. Steinicke. Art 41/26. - Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*

¹⁰⁷ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 26.

¹⁰⁸ A. S. Graells. *Op cit.*, lk 374.

¹⁰⁹ C. P. Moukiou. *Op cit.*, lk 83.

¹¹⁰ *Ibid*, lk-d 83-84.

¹¹¹ M. Steinicke. Art 41/26. - Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*; D. Soloveicik, K. Šimanskis. *Op cit.*, lk 117.

Proportsionaalsuse põhimõtte rakendamine RHS § 95 lg 4 p 7 ja § 10 lg 3 puhul ei ole hankija jaoks uudne, kuna hankija peab arvestama proportsionaalsuse põhimõtet lisaks riigihankes piirangute ja kriteeriumide seadmisele ka nende rakendamisel.¹¹² Nii on proportsionaalsus sama oluline ka fakultatiivsete kõrvaldamisaluste kohaldamise korral – proportsionaalsuse põhimõtet tuleb arvestada kõigi fakultatiivsete kõrvaldamisaluste kohaldamisel.¹¹³ Meetme, piirangu või kriteeriumi proportsionaalsust kontrollitakse kolmel astmel: sobivus ehk kohasus,¹¹⁴ vajalikkus¹¹⁵ ja proportsionaalsus kitsamas tähenduses (nn proportsionaalsus *stricto sensu*)¹¹⁶ ehk mõõdukus.¹¹⁷ Samuti on lähenemisi, kus proportsionaalsust kontrollitakse kahes etapis: sobivus ja vajalikkus, kusjuures vajalikkuse tasandil võidakse kontrollida proportsionaalsust kitsamas tähenduses.¹¹⁸

Meede on kohane, kui ta aitab kaasa eesmärgi saavutamisele.¹¹⁹ RHS § 95 lg 4 p-i 7 eesmärk koostoimes RHS §-ga 10 on vältida olukorda, kus turu-uuringus osalenud isik on eelisseisundis ehk tuleb tagada ettevõtjate võrdne kohtlemine ja konkurentsi tõhusus. Järelikult peavad RHS § 95 lg 4 p-i 7 järgsed „muud vahendid“ olema suunatud eelkõige konkurentsieeliste neutraliseerimisele ning võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete tagamisele. Juhul, kui see on nii, peetakse valitud meetet kohaseks. Kohasuse lävi on madal ja ebasobivaks võivad meetmed olla üksnes erandkorral.¹²⁰ Samas tuleb lisada, et üks ja sama meede võib olla ühe

¹¹² T. Kuusmann. RSK § 3/38. – M. Simovart, M. Parind. *Op cit.*

¹¹³ H.-J. Priess. The rules of exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive. – Public Procurement Law Review. 2014/3, lk-d 113-114; Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 88; hankedirektiivi artikli 57 lg-te 1 ja 4 kontekstis A. Semple, M. Andrecka. Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A Critical Look at the Public Sector Procurement Directive. – European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 2015/3, lk 182.

¹¹⁴ G. S. Hayken. Comparative study: the evolution of organisational conflicts of interest law in Europe and the United States. – Public Procurement Law Review 2006/3, lk-d 139-140.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ M. Triipan. Proportsionaalsuse printsiip riigi- ja haldusõiguses. – Juridica 2001/V, lk 307.

¹¹⁷ M. Steinicke. 0/21 ja 18/156 koos joonealuse tekstiga 43. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*; T.-I. Harbo. The Function of the Proportionality Principle in EU Law. – European Law Journal 2010/2, lk 165.

¹¹⁸ T.-I. Harbo. *Op. cit.* lk 172; D. Koroljov. Proportsionaalsuse põhimõtte kvalifitseerimise tingimuste sisustamisel. Uurimistö II. Tartu Ülikooli õigusteaduskond. Tartu 2017 (avaldamata allikas autori valduses), lk 5.

¹¹⁹ EÜKo 10.12.2009 kohtuasjas T-195/08, *Antwerpse* p 75; EKo 05.05.1998 kohtuasjas C-157/96, *The Queen* p 60; A. S. Swett, J. Mathews. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. – Yale Law School. Yale Law School Legal Scholarship Repository. March 2008, lk 2; B. Shueler. Methods of Application of the Proportionality Principle in Environmental Law. – Legal Issues of Economic Integration 2008/3. Kluwer Law International, lk 232.

¹²⁰ M. Triipan. Proportsionaalsuse põhimõtte Euroopa Liidu õiguses. – Juridica 2006/III, lk 151.

konkurentsieelise neutraliseerimiseks kohane, kuid teise jaoks mitte. Nii on informatsioonilise konkurentsieelise neutraliseerimiseks ja seeläbi võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi tagamiseks sobivad üldjuhul RHS § 10 lg-s 3 otseselt nimetatud meetmed, s.o turu-uuringus vahetatud teabe jagamine teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele ja piisava tähtsaja määramine pakkumuse või taotluse esitamiseks. Samas aga ei ole loetletud meetmed kohased võrdse kohtlemise ja konkurentsi tõhususe ja seega RHS § 95 lg 5 p 7 eesmärgi saavutamiseks näiteks olukorras, kui turu-uuringus osalenud ettevõtja mõjutas hanke alusdokumendi sisu või hankija ise ilma ettevõtjapoolse mõju avaldamiseta koostab riigihanke alusdokumendi nii, et tehniline kirjeldus täielikult või olulisel määral peegeldab turu-uuringus osalenud ettevõtja toote või teenuse omadusi või kui hankija ja pakkumuste või taotluse koostamisel osaleva isiku vahel on turu-uuringus osalemise tõttu tekkinud selline suhe, et hankija töötajad eelistavad pakkumuste võrdlemise ja hindamise etapil ja riigihankes üldiselt konkreetset ettevõtjat ja tema pakkumust või taotlust. Seega tuleb vahendi kohasust hinnata juhtumipõhiselt, lähtuvalt neutraliseeritava konkurentsieelise iseloomust.

Meede on vajalik, kui eesmärki ei ole võimalik saavutada mõne teise, kuid vähem koormava abinõuga,¹²¹ mis on vähemalt sama efektiivne ehk sama mõjus kui esimene.¹²² Nii tuleb vajalikkuse tasemel vastata küsimusele, kas on võimalik leida mõni teine, kuid pehmem meede, mis võimaldab taotletavat eesmärki samaväärselt saavutada.¹²³ Kuna RHS § 95 lg 4 p-s 7 on sätestatud *ultima ratio* meede konkurentsieeliste neutraliseerimiseks ja seeläbi võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi tagamiseks,¹²⁴ on ettevõtja kõrvaldamine riigihankest meetmeks, mis vajab hindamist proportsionaalsuse põhimõtte teisel ehk vajalikkuse astmel. Nimelt tuleb hankijal vastata küsimusele, kas ettevõtja kõrvaldamine riigihankest on vajalik konkurentsieelise neutraliseerimiseks, võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete tagamiseks või esineb teisi sama efektiivseid, kuid leebemaid meetmeid. Kui teist leebemat, kuid sama efektiivset

¹²¹ T-I. Harbo. *Op cit*, lk 165; P. P. Craig. Proportionality, Rationality and Review. – University of Oxford. Legal research series. 2011/5, lk 267; B. Shueler. *Op cit*, lk 232.

¹²² EÜKo 10.12.2009 kohtuasjas T-195/08, *Antwerpse* p 75; EKo 05.05.1998 kohtuasjas C-157/96, *The Queen* p 60; M. A. Simovart, D. Koroljov. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes. – *Juridica* 2016/I, lk 48; D. Koroljov. *Op cit*, lk 15.

¹²³ M. Steinicke. 0/21. - Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*; T. Annus. *Op. cit.* lk 246.

¹²⁴ C. R. Hamer. Art 57/85. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*; D. Soloveicik, K. Šimanskis. *Op cit*, lk 116; D. Dragos, A. Horvathova. Addressing Conflict of Interests in Public Procurement in the European Union and the Legal Challenges in Romania and Slovakia. – *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. 2017/3, lk-d 275-276.

meetet ei ole, ning teised RHS § 95 lg 4 p 7 eeldused on täidetud, tuleb hankijal kohaldada RHS § 95 lg 4 p 7.

Ülaltoodust johtuvalt tuleb asuda seisukohale, et RHS § 95 lg 4 p 7 kontekstis peavad muud meetmed olema kohased ehk sobivad konkurentsieeliste neutraliseerimiseks ning võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete tagamiseks ning seeläbi konkurentsimoonutuste vältimiseks. Kui meede on kohane, peab see ühtlasi olema ka leebem, kuid sama efektiivne kui ettevõtja kõrvaldamine riigihankest.

Kuna proportsionaalsus *stricto sensu* mängib rolli RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamisel ja mitte muu kohase ja vajaliku meetme valiku tegemisel, käsitletakse proportsionaalsuse kolmandat astet magistriritöö peatükis III.

Järgnevas peatükis käsitletakse RHS § 10 lg-s 3 sõnaselgelt nimetatud ja nimetamata meetmeid, mis võivad olla vastavalt juhtumi asjaoludele kohased ja vajalikud informatiivsete ja muude konkurentsieeliste neutraliseerimiseks ning seeläbi võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete tagamiseks.

1.3. Kokkuvõtvad järeldused

1. RHS § 95 lg 4 p 7 eesmärk on vältida olukorda, et riigihanke ettevalmistavas etapis osalenud või muul viisil hankijaga seotud isik võiks olla oma pakkumuse või taotluse koostamisel eelistatud.
2. Konkurentsieeliseid on RHS § 95 lg 4 p 7 tähenduses kahte tüüpi: informatsiooniline ja muu konkurentsieelis.
3. Informatsiooniline on selline eelis, kui üks ettevõtja valdab turu-uuringus osalemise tõttu teavet, mis ei ole kättesaadav teisele ettevõtjale, ning sellise teabe valdamine võimaldab ettevõtjal esitada majanduslikult soodsama pakkumuse. Informatsiooniliseks eeliseks on ka ajaline konkurentsieelis.
4. Muu kui informatsioonilise konkurentsieelisega on tegemist olukorras, kui ettevõtja mõjutab hanke alusdokumendi sisu või hankija ise ilma ettevõtjapoolse mõju avaldamiseta koostab hanke alusdokumendi nii, et tehniline kirjeldus täielikult või olulisel määral peegeldab turu-uuringus osalenud ettevõtja toote või teenuse omadusi või spetsifikatsioone (nn *taylor-made* spetsifikatsioon) või muul viisil soodustab konkreetse ettevõtja osalemist riigihankes. Eestis nimetatakse seda ka suunatud hankeks.

5. RHS § 95 lg 4 p 7 sisaldab kahte järgmist fakultatiivset kõrvaldamiskoosseisu: (1) pakkumuse või taotluse koostamisel on osalenud isik, kes osales sama riigihanke ettevalmistamisel ja see annab ettevõtjale eelise teiste ettevõtjate ees, ning sellest tingitud konkurentsi moonutamist ei ole muude vahenditega võimalik vältida; (2) pakkumuse või taotluse koostamisel on osalenud isik, kes on muul viisil hankijaga seotud ja see annab ettevõtjale eelise teiste ettevõtjate ees ning sellest tingitud konkurentsi moonutamist ei ole muude vahenditega võimalik vältida.
6. Turu-uuringu läbiviimine tähendab turul olemasoleva või tuleviku olukorraga tutvumist. Ettevõtja muul moel riigihanke ettevalmistamisse kaasamine hõlmab kõiki võimalikke olukordi. Sisuliselt ei mängi rolli, kas kaasatust riigihanke ettevalmistamisse käsitletakse turu-uuringuna või mitte. Mõlemal juhul kohaldub RHS § 10 ning vastavalt asjaoludele RHS § 95 lg 4 p 7.
7. Samas riigihankes pakkumuse või taotluse koostamisel osalemine võib olla otsene või kaudne.
8. Otsese osalemisega on tegemist näiteks juhul, kui ettevõtja töötaja faktiliselt ehk tegelikult osaleb nii turu-uuringus kui ka pakkumuse koostamisel.
9. Pakkumuse või taotluse koostamisel kaudse osalemisega on tegu siis, kui isik vahetult ei tegele ettevõtja pakkumuse või taotluse koostamisega, kuid turu-uuringus osalemise tõttu on ettevõtjal konkurentsieelised, mida kasutatakse pakkumuse või taotluse koostamisel.
10. Muu seos hankijaga on igasugune asjaolu, mis hankijat ja isikut ühendab, näiteks ühinguõiguslik seos, mille puhul üks ja sama isik on ettevõtja juhatuse liige ja hankija nõukogu liige, hankija ja ettevõtja kuuluvad ühte kontserni või muud seosed nagu ühised (kuid turu-uuringus mitteosalenud) töötajad.
11. Loomulik konkurentsieelis (nn *de facto* olemuslik konkurentsieelis), mis võib tekkida ettevõtjal varasemate kogemuste kaudu, sealhulgas ka samale hankijale varem sama teenust osutades, ei täida RHS § 95 lg 4 p 7 koosseisu.
12. Hankedirektiivi artikkel 41 lg 2 ja RHS § 10 lg 3 ei loetle võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtteid tagavaid meetmeid ammendavalt. Kõne alla võib tulla ka teiste meetmete kohaldamine. Teised ehk muud meetmed RHS § 95 lg 4 p 7 tähenduses peavad olema kohased ja vajalikud.

II KONKURENTSIEELISEID NEUTRALISEERIVAD MEETMED

2.1. Turu-uuringu korraldamine ja RHS-is selgelt sõnastatud meetmed

2.1.1. Turu-uuringust teatamine ja isikute kaasatus turu-uuringusse

Kõige parem meetod vältida konkurentsieeliste tekkimist ning võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi tagamise põhimõtete võimalikku rikkumist on kaasata turu-uuringusse isikuid, kes vabatahtlikult ei osale järgnevas riigihankes. Eelkõige võivad sellisteks isikuteks olla iseseisvad ja sõltumatud eksperdid, kellel pole huvi hankelepingu sõlmimise vastu ning kelle peategevuseks on teatud valdkonnas konsultatsiooniteenuse osutamine. Kui hankijal on võimalik kaasata turu-uuringusse sellised iseseisvad ja sõltumatud eksperdid, kes vabatahtlikult ei osale järgnevas riigihankes ega osuta konsultatsiooniteenust ettevõtjatele samas riigihankes pakkumuse või taotluse koostamisel, ei ole RHS § 95 lg 4 p 7 eeldus „osalemine pakkumuse või taotluse koostamisel“ täidetud. Järelikult ei teki kõrvaldamisaluse kohaldamise küsimust, kõrvaldamisaluse eeldused ei ole täidetud. Seega tuleb RHS § 10 lg 2 esimest lauset ja hankedirektiivi artikli 40 teise lõigu esimest lauset tõlgendada nii, et eelkõige tuleb hankijal leida sõltumatud eksperdid ja asutused ning alles siis, kui sõltumatute ekspertide kaasamine turu-uuringusse ei osutu võimalikuks, pöörduda asjaomase nõu saamiseks ja turu-uuringusse kaasamiseks riigihankest huvitatud ettevõtjate poole. Samas tuleb arvestada asjaoluga, et selliste iseseisvate ja sõltumatute konsultantide leidmine, kes on sõltumatud riigihankest huvitatud ettevõtjatest, võib osutada ülemäära raskeks¹²⁵ või isegi võimatuks ning seetõttu ei ole hankijal tihti muud võimalust kui läbi viia turu-uuring, kaasates sinna riigihankest huvitatud ettevõtjad.

Lähtuvalt RHS § 10 lg 2 teisest lausest peab hankija turu-uuringu tegemisel /.../ tagama mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimise. Mittediskrimineerimise keeld on üldise võrdse kohtlemise põhimõtte eriliik,¹²⁶ mille sisuks on keeld kohelda isikuid ebavõrdselt nende rahvuse või päritolu tõttu.¹²⁷ Võrdse kohtlemise põhimõtte on laiem kui mittediskrimineerimise keeld.¹²⁸ Nimelt ei käsitle võrdse kohtlemise põhimõtte ainult ettevõtja

¹²⁵ H-J. Priess. (viide 18), lk 167.

¹²⁶ T. Kuusmann. RHSK § 3/45. – M. Simovart, M. Parind. *Op cit*; S. Arrowsmith (viide 38), lk 129.

¹²⁷ F. Weiss, D. Kalogeras. The principle of non-discrimination in procurement for development assistance. – *Public Procurement Law Review* 2005/1, lk 4.

¹²⁸ M. Steinicke. Art 18/12-13. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

päritolu ning nõuab, et ettevõtjatele oleksid tagatud võrdsed võimalused.¹²⁹ Diskrimineerimise keeld ja võrdse kohtlemise põhimõte ei ole absoluutsed: *Government Procurement Agreement*¹³⁰ (*GPA*) liikmeks mitteolevast riigist pärit ettevõtja lubamine riigihankele on vastuolus *GPA*-lepinguga, kuna *GPA*-lepingu eesmärk on luua konkurents *GPA* liikmesriikide sees, väljastpoolt *GPA*-d ettevõtja riigihankele lubamine ei too kaasa Eesti ettevõtja lubamist *GPA* liikmeks mitteoleva riigi hanketurule ning järelikult on *GPA*-st väljastpoolt ettevõtja mittelubamine riigihankele avalikes huvides.¹³¹ Seega peab hankija võrdselt kohtlema neid ettevõtjaid, kelle elu- või asukoht on Eestis, mõnes muus Euroopa Liidu liikmesriigis, muus Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigis või *GPA*-liikmesriigis. Seega teoreetiliselt ei ole välistatud olukord, kui hankija ei kaasa turu-uuringusse ega jaga RHS § 7 lg 3 teise alternatiivi alusel turu-uuringu käigus saadud teavet riigihankes osalevale ettevõtjale, kelle elu- või asukoht ei ole *GPA*-liikmesriigis. Sellisel juhul on ettevõtjad ebavõrdses olukorras, kuid ebavõrdne kohtlemine (sisuliselt diskrimineerimine) on sellisel juhul objektiivselt põhjendatav avalike huvidega.

Magistritöö autor on seisukohal, et arvestades RHS § 10 lg 4 sõnastust (kui hankija võetud meetmed ei taga võrdse kohtlemise põhimõtte järgimist /.../) ja hankijale RHS § 3 p-st 2 tulenevaid kohustusi, tuleb RHS § 10 lg 2 viimast lauset tõlgendada laiendavalt ning pidada hankija kohustuseks tagada turu-uuringu läbiviimisel mitte ainult mittediskrimineerimise, vaid ka võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine. Sisuliselt tähendab hankija kohustus tagada võrdne kohtlemine muu hulgas seda, et turu-uuringus võivad vastavasisulise huvi esinemise korral osaleda nii kohalikud ettevõtjad kui ka need ettevõtjad, kelle asukohaks on Euroopa Liidu liikmesriik, Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriik ja *GPA*-osalisriik.¹³² Nii ei tohi ilma objektiivse põhjusega omavahel ebavõrdselt kohelda ka kohalikke ettevõtjaid ning jätta kohalik ettevõtja turu-uuringusse põhjendamatuult kaasamata. Vastav RHS muudatusettepanek on toodud magistritöö lisas 2.

Samas tuleb silmas pidada, et hankija ei ole kohustatud läbi viia turu-uuringut kõigi turu-uuringust ja sellele järgnevast riigihankest huvitatud ettevõtjatega. Selline kohustus muudaks turu-uuringu läbiviimist kulukaks ja seega ebamõistlikuks.¹³³ Seega peab hankijal olema õigus

¹²⁹ S. Smith, J. Mathews, *Op cit*, lk 90; EKo 04.05.2017 kohtuasjas C-387/14, *Esaprojekt* p 36; EKo 07.04.2016 kohtuasjas C-324/14, *Partner* p 61; EKo 02.06.2016 kohtuasjas C-27/15, *Pippo Pizzo* p 36; EKo 18.10.2001 kohtuasjas C-19/00, *SIAC* p 34.

¹³⁰ World Trade Organisation. Agreement on Government Procurement.

¹³¹ TlnRnKo 3-12-2670 p 11; VaKo 03.05.2017 53-17/182204 p 15.1.; VaKo 23.01.2018 210-17/191431 p 10.3.

¹³² O. P. Voda, C. Jobse. *Op cit*, lk 185.

¹³³ S. Arrowsmith (viide 57), lk 67.

piirata turu-uuringus osalevate ettevõtjate arvu objektiivsetel ja mittediskrimineerivatel tingimustel.

RHS § 10 lg 2 viimases lauses mainitud läbipaistvuse põhimõtte tuleneb võrdse kohtlemise põhimõttest¹³⁴ ja seda nimetatakse ka võrdse kohtlemise põhimõtte abiprintsiibiks¹³⁵ või paariliseks.¹³⁶ Sisuliselt võimaldab läbipaistvuse põhimõtte koos võrdse kohtlemise põhimõttega tagada tõhusat konkurentsi.¹³⁷ Läbipaistvuse kohustusest tuleb hankijale esmajoones avalikustamise nõue. Nimelt peab hankija riigihankest huvitatud ettevõtjale riigihankega seotud asjaoludest, sealhulgas hankija tegevustest¹³⁸ eelnevalt teada andma, et viimased teaksid riigihankest osaleda.¹³⁹ Läbipaistvuse kohustuse täitmiseks ei piisa vaid avalikustamise faktist, vaid avaldatud teave peab olema selge, täpne ja üheselt mõistetav. See on vajalik, et kõigil tavapäraselt tähelepanelikel ettevõtjatel oleks võimalik mõista riigihanke täpset ulatust ja saada riigihanke tingimustest ühtemoodi aru, et luua endale konkreetne ettekujutus tehtavatest töödest ja nende tegemise kohast ning võimalus koostada sellest lähtudes oma pakkumus. On äärmiselt oluline, et hanketingimustes sätestatud mõistetaks võimalikult sõnasõnaliselt ning igasugused loomingulised tõlgendused oleksid välistatud.¹⁴⁰ Nii peab see olema ka turu-uuringu puhul. Nimelt peab turu-uuringut puudutav ja teistele ettevõtjatele jagatav teave olema selge, täpne ja üheselt mõistetav. Lisaks peab turu-uuringus osaleva ettevõtja jaoks olema selge, et turu-uuringu puhul ei ole tegemist riigihankega, vaid üksnes riigihanke ettevalmistamisega, turu-uuringuga saadud teave jagatakse teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele, sõltumata nende osalemisest turu-uuringus ning teatud eelduste täitmisel võidakse turu-uuringus osalenud ettevõtja riigihankest kõrvaldada.¹⁴¹

¹³⁴ EKo 19.06.2008 kohtuasjas C-454/06, *pressetext* p-d 31, 32; EÜKo 19.03.2010 kohtuasjas T-50/05, *Evropäiki Dynamiki* p-d 56-57, 60.

¹³⁵ S. Mars. The Limits of General Principles: A Procurement Case Study. – *European Law Review* 2013/3, lk 322.

¹³⁶ M. Steinicke. Art 18/123. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*; EÜKo 19.03.2010 kohtuasjas T-50/05, *Evropäiki Dynamiki* p 58.

¹³⁷ EKo 13.04.2010 kohtuasjas C-91/08, *Wall AG* p 36; M. Steinicke. Art 18/123. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

¹³⁸ M. Steinicke. Art 18/124. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

¹³⁹ T. Kuusmann. RHSK § 3/21. – M. Simovart, M. Parind. *Op cit*.

¹⁴⁰ EKo 09.02.2006 liidetud asjades C-226/04 ja C-228/04, *La Cascina* jt p 32; EKo 02.06.2016 kohtuasjas C-27/15, *Pippo Pizzo* p 36; EÜKo 19.03.2010 kohtuasjas T-50/05, *Evropäiki Dynamiki*, p 58.

¹⁴¹ O. P. Voda, C. Jobse. *Op cit*. lk-d 185-186.

Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete tagamine võib olla turu-uuringus saavutatud nii, et hankija teatab tema kavandatud turu-uuringust ette¹⁴² ning kaasab turu-uuringusse rohkem omavahel konkureerivaid ettevõtjaid. Sellel otstarbel võib hankija kasutada oma või selleks eraldi loodud veebilehte.¹⁴³ Lisaks peavad turu-uuringu korraldamist ja selles osalemist puudutavad reeglid ja võimalikud tagajärjed olema teatatud kõigile turu-uuringus osalemisest huvitatud ettevõtjatele mõistlik aeg ette.¹⁴⁴

Kuigi riigihangete register ei näe ette turu-uuringu läbiviimise ja sellega seotud teadete avalikustamise võimalust,¹⁴⁵ võiks magistritöö autori arvates turu-uuringust teatamine ja selle läbiviimine riigihangete registri vahendusel ja selleks otstarbeks infotehnoloogilise lahenduse loomine olla kasulik RHS § 10 lg 2 teises lauses nimetatud põhimõtete järgimiseks ja ühtlasi ka RHS § 10 lg 3 järgseks meetmeks võimaliku informatsioonilise konkurentsieelise neutraliseerimiseks. Samuti ennetab konkureerivate ettevõtjate kaasamine turu-uuringusse suunatud hankeid. Nimelt tasakaalustavad turu-uuringus osalevad ja omavahel konkureerivad ettevõtjad üksteise ärilisi huvisid ega võimalda ühele turu-uuringus osalevale ettevõtjale suruda hankijale peale nn *tailor-made* spetsifikatsioonid või vähemalt juhivad hankija tähelepanu võimalikule ebavõrdsele ja ühte või teist ettevõtjat põhjendamatult eelistavale hanketingimusele. Lisaks eeltoodule on hankija suurema kaasatuse puhul sunnitud pidama dialoogi mitme omavahel konkureeriva ettevõtjaga. Seega peaks suurem kaasatus välistama või vähemalt takistama hankija ja turu-uuringus osaleva isiku vahel sellise suhte tekkimise, milles hankija teenistujad eelistavad turu-uuringule järgnevas riigihankes konkreetset ettevõtjat kas pakkumuste hindamisel või riigihankes üldiselt.

Ettevõtja ja hankija vahel turu-uuringus vahetatud teabe jagamisel peetakse oluliseks probleemiks seda, et tihti jagatakse teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele üksnes osa turu-uuringus vahetatud teabest.¹⁴⁶ Riigihangete registri baasil turu-uuringu läbiviimiseks mõeldud infotehnoloogilise lahenduse vahendusel võiks koguda ja jäädvustada turu-uuringu raames

¹⁴² *Ibid*, lk 186.

¹⁴³ AS-i Riigi Kinnisvara teade turu-uuringu algatamisest ja ettevõtjate kaasamisest. – <https://www.rkas.ee/uudised/kutse-osalemiseks-politsei-ja-piirivalveameti-riiete-ning-varustuse-laopinna-kontsessiooni> (25.02.2019); AS-i Eesti Raudtee teade turu-uuringu algatamisest ja ettevõtjate kaasamisest. – <http://www.transit.ee/as-eesti-raudtee-kutsu-osalema-raudteeuuesoidu-automaatikalahenduse-turu-uuringus> (25.02.2019); rahvusvahelisel tasandil kasutatav turu-uuringute läbiviimise platvorm HAPPI. – <http://www.happi-project.eu/Project-plan/2/3> (26.02.2019).

¹⁴⁴ O. P. Voda, C. Jobse. *Op cit*, lk-d 185-186.

¹⁴⁵ Riigihangete registri põhimäärus. VVm 31.08.2017 nr 137. – RT I, 1.09.2017, 13.

¹⁴⁶ S. Treumer (viide 10), lk 109.

vahetatud teavet, mis aitaks kaasa vastava teabe edastamisele moonutusteta ja täies ulatuses teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele. Sellisel viisil võiks olla täidetud hankijale RHS § 10 lg 3 p-st 1 tulenev kohustus.

Kuna teavitamine kavandatavast turu-uuringust ning omavahel konkureerivate ettevõtjate kaasamine aitab kaasa nii informatsiooniliste kui muude konkurentsieeliste tekkimise vältimisele, võib suuremat kaasatust ja kavandatavast turu-uuringust teatamist, samuti turu-uuringu läbiviimiseks infotehnoloogilise lahenduse loomist ja kasutamist pidada kohasteks ja vajalikeks võimalike konkurentsieeliste tekkimist ennetavateks meetmeteks RHS § 10 lg 3 tähenduses.

2.1.2. Turu-uuringus vahetatud teabe jagamine teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele

Üheks konkurentsieelist neutraliseerivaks vahendiks on RHS § 10 lg 3 p 1 järgi hankija kohustus esitada hanke alusdokumendis teave, mis edastati turu-uuringus osalenud isikule. Tegemist on informatsioonilise konkurentsieelise neutraliseeriva vahendiga, mis üldjuhul peab tagama ettevõtjate võrdset kohtlemist ja tõhusat konkurentsi riigihankest.¹⁴⁷

Turu-uuringu käigus toimub hankija ja ettevõtjate vahel dialoog ehk mõttevahetus – mitte ainult hankija ei edasta ettevõtjale, vaid ka ettevõtja edastab hankijale riigihanget puudutavat teavet. Hankedirektiivi artikli 41 teise lõigu sõnastuse järgi edastatakse teistele taotlejatele või pakkujatele oluline teave, mida on vahetatud¹⁴⁸ seoses sellise taotleja või pakkuja hankemenetluse ettevalmistamises osalemisega või selle tulemusena /.../. Kuna eelistatakse Eesti õiguse tõlgendamist võimalikult kooskõlas Euroopa Liidu õigusega,¹⁴⁹ tuleb magistritöö autori arvates tõlgendada RHS § 10 lg 3 p 1 nii, et mitte ainult ettevõtjale turu-uuringu raames edastatud teave, vaid ka kogu teave, mida hankija ja ettevõtjad omavahel vahetavad, peab olema jagatud teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele. Seega ka turu-uuringus osalenud ettevõtjalt hankijale edastatud teave peab olema jagatud teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele.¹⁵⁰ RHS

¹⁴⁷ S. Treumer (viide 21), lk-d 154-155.

¹⁴⁸ Hankedirektiivi inglisekeelses versioonis „*relevant information exchanged*“, hankedirektiivi saksakeelses versioonis „*in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens ausgetauscht wurden*“. Direktiivi tõlgendamisel direktiivi teiste ametlike versioonide kasutamise kohta: EKo 09.06.2011 kohtuasjas C-52/10, *ALTER CHANNEL* p 23; VaKo 15.01.2019 261-18/199438 p 12; U. Lõhmus. *Op cit*, lk 147.

¹⁴⁹ RKHKo 3-3-1-85-07 p 38; K. Härginen jt. *Op cit*, lk 235.

¹⁵⁰ S. Treumer (viide 10), joonealune tekst nr 45.

§ 10 lg 3 p 1 selline tõlgendamine aitab kaasa muu hulgas nn *tailor-made* spetsifikatsioonide tuvastamisele, kuna *tailor-made* spetsifikatsiooni tuvastamiseks tuleb võrrelda lõplikku hanke alusdokumenti ettevõtja poolt hankijale edastatud teabega.¹⁵¹ Vastav RHS muudatusettepanek on toodud lisas 2.

Sellest järeldusest tuleb teha järeleandmisi olukorras, kui läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine võib kahjustada konkurentsi, s.t tekib kollisioon läbipaistvuse ja konkurentsi ärakasutamise põhimõtete vahel.¹⁵² Sellest johtuvalt tuleb järgida, et turu-uuringus osalemist puudutav ja teistele ettevõtjatele jagatav teave ei rikuks turu-uuringus osalenud ettevõtja õigustatud huve ja õigusi, eelkõige ärisaladust. Samuti ka läbipaistvuse põhimõttest lähtuvalt kohustub hankija magistritöö autori arvates teatama ettevõtja kaasamisest riigihanke ettevalmistamisse ka siis, kui turu-uuring osutus hankija jaoks edutuks. Turu-uuringut võib lugeda edutuks näiteks olukorras, kus ettevõtja keeldus turu-uuringus osalemast või hankija jättis ettevõtja nõuanded kasutamata. Nii esimesel kui teisel juhul võib ettevõtja omandada muu hulgas, kuid mitte ainult ajalise konkurentsielise. Ajakohane informeerimine võimaldab teistel riigihankest huvitatud isikutel vajadusel vaidlustada pakkumuste või taotluste esitamiseks määratud tähtaja pikkust, osutades muu hulgas ebavõrdsele kohtlemisele või konkurentsi moonutusele või muul viisil kaitsta enda õigusi ja huvisid.

Põhimõtteliselt võib turu-uuringus vahetatud teavet jagada teistele ettevõtjatele erinevatel viisidel, sealhulgas korraldades turu-uuringus mitteosalenud ettevõtjatele infopäevi, edastades teavet kirjalikus vormis vms.¹⁵³ RHS § 10 lg 3 p 1 sätestab konkreetse viisi teabe jagamiseks. Nimelt peab teave olema jagatud hanke alusdokumendi vahendusel ehk sisalduma hanke alusdokumendis. Seejuures ei mängi rolli, kui palju ettevõtjaid oli kaasatud turu-uuringusse.¹⁵⁴ Nii peab vastavasisuline teave sisalduma riigihanke alusdokumendis ka siis, kui hankijale tundub, et turu-uuringus osalesid kõik ettevõtjad, kes võivad esitada pakkumuse või taotluse riigihankes.

Tihti jagatakse teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele üksnes osa turu-uuringu raames vahetatud teabest.¹⁵⁵ Tähtaegselt vaidlustamata ja enne pakkumuste esitamise tähtaega muutmata hanke alusdokument, milles peab RHS § 10 lg 3 p 1 järgi sisalduma turu-uuringu raames

¹⁵¹ M. Steinicke. Art 41/14. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*

¹⁵² Analoogia korras T. Kuusmann. RHSK § 3/35. – M. Simovart, M. Parind. *Op cit.*

¹⁵³ S. Treumer (viide 10), lk 108.

¹⁵⁴ M. Steinicke. Art 41/17. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*

¹⁵⁵ S. Treumer (viide 10), lk 109.

vahetatud teave, on hankijale siduv.¹⁵⁶ Nimelt ei või hankija muuta hanke alusdokumenti pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva saabumist. Pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva saabumist ei saa enam olla vaidlust hanke alusdokumendis ega selles, kas on see kooskõlas õigusaktidega.¹⁵⁷ Juhul, kui hanke alusdokument ei sisalda mis tahes teavet turu-uuringus vahetatud teabe kohta või esitatud teave on lünklik, võib magistritöö autori arvates turu-uuringus osalenud ettevõtjal olla kasulik RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamise riskide maandamiseks vaidlustada hanke alusdokument, kohustamaks hankijat jagama turu-uuringus vahetatud teavet teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele ning seega viima riigihanke alusdokument RHS § 190 lg 4 p 2 alusel kooskõlla RHS § 10 lg 3 p-s 1 sätestatuga. Vaidlustusmenetlus lähtub isiku subjektiivsete õiguste kaitsest. Turu-uuringule järgnevas riigihankes RHS § 10 lg 3 p-des 1 ja 2 sisalduvate konkurentsieelist neutraliseerivate vahendite rakendamata jätmise korral seisneb turu-uuringus osalenud ettevõtja subjektiivse õiguse rikkumine hankelepingu sõlmimise võimaluse kaotamises, mis on riigihankes osalemise peaesmärk.¹⁵⁸ Kui turu-uuringus osalenud ettevõtja minetab hanke alusdokumendi õigeaegse vaidlustamise õiguse ning hiljem leiab tõendamist, et turu-uuringus osalemise tõttu oli ettevõtjal pakkumuse või taotluse esitamisel informatsiooniline konkurentsieelis ning muud konkurentsieelist neutraliseerivat meetet ei ole, tuleb kaaluda ettevõtja kõrvaldamist riigihankes. Vastavalt RHS § 96 lg 5 teisele lausele ei osale kõrvaldatud ettevõtja edasises riigihankes. Seega ei saa ettevõtja sellisel juhul jõuda hankelepingu sõlmimiseni. Eeldatavasti pärast pakkumuste või taotluste esitamise tähtpäeva saabumist ei osutu ettevõtjal võimalikuks leida teisi informatsioonilisi konkurentsieeliseid neutraliseerivaid vahendeid ja seeläbi RHS § 10 lg 4 alusel tõendada konkurentsieelise puudumist või muul moel välistada RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamist, välja arvatud *Chinese Walls* meetodi edukal kasutamisel (vt magistritöö punkti 2.2.1.), loomuliku konkurentsieelise omamisel (vt magistritöö punkti 1.2.3.) või kõrvaldamise kui meetme rakendamise ebaproportsionaalsuse puhul (vt magistritöö punkti 3.2.3.). Samuti kinnitab hanke alusdokumendi vaidlustamise otstarbekust ja isegi vajadust ka see, et riigihangete seadus ei sätesta õiguslikku alust kohustamaks hankijat tunnistama riigihanke menetlus kehtetuks põhjendatud vajaduse korral hankija omal algatusel RHS § 73 lg 3 p 6 alusel. Magistritöö autori arvates ei ole selleks kohane ka RHS § 185 lg 2 p 8, kuna puudub RHS § 185 lg 2 p 8 kohaldamise eelduseks olev „*muu riigihangete seaduse alusel tehtud hankija otsus*“. Lisaks kinnitab hanke alusdokumendi vaidlustamise otstarbekust ka see, et

¹⁵⁶ VaKo 04.07.2018 114-18/195081 p 36; RKHKo 3-3-1-50-15 p 14.2.

¹⁵⁷ VaKo 18.05.2018 74-18/195025 p 11.

¹⁵⁸ TlnHKo 3-12-1149 p 18; VaKo 09.06.2017 78-17/180639 p 10; VaKo 08.06.2017 77-17/180639 p 25; VaKo 19.07.2017 116-17/188917 p 7; TlnHKo 3-11-2947 p 1; VaKo 19.07.2017 99-17/184418 p 11.3; TlnHKo 3-13-966 p-d 11 ja 12; VaKo 14.08.2017 112-17/183043 p 12.2.

kahju hüvitamise taotluse või kaebuse esitamine ei tundu sellisel juhul olevat perspektiivne, kuna hanke alusdokumendi vaidlustamata jätmise korral ei osutu täidetuks RHS § 202 lg 1 ja RVastS¹⁵⁹ § 7 lg 1 nn esmaste õiguskaitsevahendite kasutamise eeldus.¹⁶⁰ Kui esmaste õiguskaitsevahendite kasutamata jätmine on kannatanule etteheidetav, langeb kahju hüvitamise nõue ära.¹⁶¹ Esmase õiguskaitsevahendi kasutamise eeldus tuleneb kannatanu mõistlikust¹⁶² kohustusest püüda ära hoida kahju tekkimist või aidata kaasa selle vähendamisele.¹⁶³ Esmase õiguskaitsevahendi kasutamise eeldust tuleb tõlgendada teleoloogiliselt ning kahju hüvitamise eelduseks on asjakohaste õiguskaitsevahendite kasutamine ehk RVastS § 7 lg-s 1 loetletud õiguskaitsevahendite loetelu ei ole ammendav.¹⁶⁴ Vajadusel tuleb kannatanul kasutada ka muid kohaseid õiguskaitsevahendeid. Vastasel korral ei ole kahju hüvitamise eeldused täidetud või kahju hüvitamise ulatust võidakse vähendada RVastS § 13 lg 1 p 4 alusel.¹⁶⁵ Seega, kui ettevõtjal oli mõistlik võimalus vaidlustada hanke alusdokument ning ettevõtja jättis selle võimaluse kasutamata, ei tundu RHS § 202 lg 1 alusel koostoimes RVastS § 7 lg-ga 1 esitatav kahju hüvitamise taotlus või kaebus olevat perspektiivne. Seega hanke alusdokumendi vaidlustamata jätmise korral esineb risk, et ettevõtja kõrvaldatakse riigihankest ning hankeleping jääb temaga sõlmimata, samas puudub ettevõtjal ka võimalus korvata saamata jäänud tulu kahju hüvitamise taotluse või kaebuse esitamise teel.

Ülaltoodust johtuvalt tuleb magistritöö autori arvates asuda seisukohale, et RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamise riski maandamise eesmärgil peaks ettevõtja ise olema huvitatud ja järgima, et turu-uuringule järgnevas riigihankes jagaks hankija turu-uuringus kogu vahetatud teabe riigihanke alusdokumendi vahendusel. Vajaduse korral on ettevõtjal võimalus vaidlustada hanke alusdokument, kohustamaks hankijat viima see kooskõlla RHS § 10 lg 3 p-s 1 sätestatuga.

Turu-uuringus vahetatud teabe kogumisele, jäädvustamisele ja jagamisele teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele võib kaasa aidata ka riigihangete registri baasil turu-uuringu korraldamiseks vastavasisulise infotehnoloogilise lahenduse kasutuselevõtt, vt magistritöö punkti 2.1.1.

¹⁵⁹ Riigivastutuse seadus. – RT I, 17.12.2015, 1.

¹⁶⁰ VaKo 18.05.2017 12.2-9/1848 p 8; VaKo 06.06.2017 12.2-9/2378 p 8; D. Minumets, P. Kulm. *Op cit*, lk 567.

¹⁶¹ E. Andresen. Riigivastutus. Tartu: Riigikohus 2009, lk 50.

¹⁶² RKHKo 3-3-1-47-08 p-d 22 ja 24; RKHKo 3-3-1-11-02 p 16.

¹⁶³ RKHKo 3-3-1-85-09 p 114; RKHKo 3-3-1-51-03 p 12.

¹⁶⁴ RKHKo 3-3-1-47-08 p 22.

¹⁶⁵ E. Andresen. *Op cit*, lk 51.

2.1.3. Piisavalt pika tähtaja määramine pakkumuste ja taotluste esitamiseks

Vastavalt RHS § 10 lg 3 p-le 2 on üheks konkurentsieelise neutraliseerimise vahendiks pakkumuste või taotluste esitamiseks piisavalt pika tähtaja määramine. Piisavalt pika tähtaja määramine on kasutatav eelkõige ajalise konkurentsieelise neutraliseerimise vahendina ega saa olla kohane meede, tagamaks võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete järgimist muude konkurentsieeliste puhul, näiteks nn *tailor-made* spetsifikatsioon või hankija teenistujate ja turu-uuringus osalenud isiku vahel sellise suhte tekkimine, mille puhul hankija teenistujad eelistavad konkreetset ettevõtjat pakkumuste hindamisel või riigihankes üldiselt.

RHS § 10 lg 3 p-s 2 sätestatud meetme eesmärk on neutraliseerida selline konkurentsieelis, mille puhul üks ettevõtja, teades riigihanke tingimusi varem kui teised temaga konkureerivad ja hankelepingu sõlmimisest huvitatud ettevõtjad, omab võrreldes teiste ettevõtjatega rohkem aega pakkumuse või taotluse detailsemaks ettevalmistamiseks ja esitamiseks. Viimane toob kaasa võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete rikkumise.¹⁶⁶ Muu hulgas võib ajaline konkurentsieelis mõjutada ettevõtja pakkumuse edukust:¹⁶⁷ kui hankelepingu täitmise tähtaeg on üheks või ainsaks hindamiskriteeriumiks (vt RHS § 85 lg-d 1, 7 ja lg 8 p 3), võib eelnev teadmine kavandatavast riigihankest ja selle tingimustest anda ettevõtjale võimaluse ette valmistada hankelepingu täitmise ette ning seeläbi esitada majanduslikult soodsam pakkumus.¹⁶⁸ Samuti ei ole välistatud, et arvestades hankija määratud pakkumuste või taotluste esitamise tähtaja ebapiisavust ning hanke alusdokumentide mahukust ja keerukust jätavad teised ettevõtjad pakkumused või taotlused esitamata, kuna näiteks ei jõua hankija poolt pakkumuste või taotluste esitamiseks määratud tähtaja jooksul saavutada kokkuleppeid võimalike alltöövõtjatega.¹⁶⁹ Sellisel juhul võib ajalist konkurentsieelist omav ettevõtja jääda riigihankes ainsaks pakkujaks või taotlejaks.¹⁷⁰

RHS § 10 lg 3 p 2 kohase informatsioonilise konkurentsieelise neutraliseerimise vahendi kasutamisel ei tohi hankija kindlasti määrata pakkumuste või taotluste esitamiseks RHS-s sätestatud minimaalset tähtaega ning seda enam rakendada tähtaegade lühendamist.¹⁷¹ Magistritöö autor on seisukohal, et turu-uuringule järgnevas riigihankes peaks hankija

¹⁶⁶ S. Treumer (viide 10), lk 111; M. Steinicke. Art 41/19. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*

¹⁶⁷ M. Steinicke. Art 41/19. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*

¹⁶⁸ M. Steinicke. Art 41/19 koos joonealuse tekstiga 10. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*

¹⁶⁹ S. Treumer (viide 21), lk 154.

¹⁷⁰ M. Steinicke. Art 41/19-22. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*; S. Treumer (viide 21), lk 154;

¹⁷¹ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 26.

pakkumuste või taotluste esitamise tähtaja määramisel lähtuma RHS § 92 lg-st 1 koostoimes RHS § 10 lg 3 p-ga 2, mille kohaselt määrab hankija pakkumuste või taotluste esitamise tähtaja lähtuvalt hankelepingu esemest, eelkõige selle keerukusest ja kogusest, mahust või hulgast. Seejuures ei tohi RHS § 92 lg 1 ja § 10 lg 3 p 2 alusel määratav tähtaeg olla lühem vastavalt RHS § 93 lg-s 1, § 94 lg-tes 1 ja 3 ning § 125 lg-s 4 toodud minimaalsetest tähtaegadest.

Lisaks eelöeldule tuleb arvestada, et üldjuhul peab piisavalt pikk tähtaeg pakkumuste või taotluste esitamiseks olema võimaldatud riigihanke algatamisest alates.¹⁷² Nii ei pruugi piisavalt pika tähtaja andmisega olla tegemist näiteks juhul, kui hanketeate avaldamisel määrab hankija pakkumuste või taotluste esitamiseks RHS järgse minimaalse või lühendatud tähtaja ning seejärel pikendab seda RHS § 82 lg 4 alusel. Kuigi määratud pakkumuste või taotluste esitamise tähtaeg summeerituna koos kõigi pikendustega võib tunduda piisav, on see tegelikult tükeldatud osadeks ning selline tegevus läheb vastuollu RHS § 10 lg 3 p-s 2 sisalduva meetme eesmärgiga. Kui esialgne ja ebapiisav tähtaeg pakkumuste või taotluste esitamiseks oli riigihanke algatamise aja seisuga 15 päeva, siis vahetult enne pakkumuste esitamise tähtpäeva tähtaja pikendamine 15 päeva võrra ei pruugi olla piisav pakkumuste või taotluste esitamiseks ajalist konkurentsieelist mitteomava ettevõtja jaoks, kuna tegelikult jääb talle pakkumuste või taotluste esitamiseks 15 päeva ehk sama palju aega nagu algselt oligi. Teisisõnu, selline pakkumuste või taotluste esitamiseks pikendatud tähtaeg ei paranda ajalist konkurentsieelist mitteomava ettevõtja olukorda. Kui ajalist konkurentsieelist mitteomav ettevõtja oleks hanketeate avalikustamisest alates teadlik, et tal on tegelikult 30 päeva pakkumuse või taotluse esitamiseks, oleks ta võinud koostada pakkumuse või taotluse ja osalenud riigihankes. Juhul, kui piisavaks tähtajaks tuleks asjaolusid arvestades lugeda 30 päeva, siis peaks hankija sellisel juhul pikendama tähtaega vähemalt 30 päeva võrra.¹⁷³

Ka siis, kui hankija ei määranud piisavalt pikka tähtaega pakkumuste või taotluste esitamiseks, omab ajalist konkurentsieelist omav ettevõtja võimalust vaidlustada hanke alusdokument eesmärgil kohustada hankijat viima see kooskõlla RHS § 10 lg 3 p-s 2 sätestatuga. Kaebeõiguse kohta vt magistritöö punkti 2.1.2.

¹⁷² M. Steinicke. Art 41/20. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*

¹⁷³ Analoogia korras M. Steinicke. Art 41/23. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*

2.2. Seaduses selgelt sõnastamata meetmed

2.2.1. Ümberkorraldused riigihankes osaleva ettevõtja meeskonnas

Üheks võimalikuks vahendiks neutraliseerida konkurentsieelis ja seeläbi tagada võrdne kohtlemine ja tõhus konkurents turu-uuringule järgnevas riigihankes, on enne pakkumuse või taotluse koostamist korraldada konkurentsieelist omava ettevõtja meeskond nii, et füüsilised isikud, kes olid kaasatud turu-uuringusse, ei osaleks ettevõtja pakkumuse või taotluse koostamisel ega suhtleks füüsiliste isikutega, kes tegelevad pakkumuse või taotluse koostamisega.¹⁷⁴ Ümberkorraldus ettevõtja meeskonnas tähendab eelkõige seda, et isikud (nt ettevõtja töötajad), kes osalesid turu-uuringus, on füüsiliselt ning võimaluse korral ka funktsionaalselt ja organisatsiooniliselt eraldatud töötajatest, kes tegelevad samas riigihankes pakkumuse või taotluse koostamisega.¹⁷⁵ Sisuliselt tähendab selline ettevõtja meeskonna ümberkorraldamine seda, et ettevõtja ei oma pakkumuse või taotluse koostamisel informatsioonilist konkurentsieelist. Samas ei ole sellisel juhul võimalik ette heita turu-uuringus osalenud isiku ei otsest ega kaudset osalemist pakkumuse või taotluse koostamisel.

Kõnesolev meede on aktsepteeritav peamiselt informatsiooniliste konkurentsieeliste puhul. Nii võib ümberkorraldus ettevõtja meeskonnas olla kohaseks ja vajalikuks vahendiks siis, kui ettevõtja töötajad, kes osalesid turu-uuringus, valdavad teistele ettevõtjatele jagamata ja samal ajal konkurentsieelist loovat teavet. Muude konkurentsieeliste puhul ei pruugi ümberkorraldus ettevõtja meeskonnas olla kohane meede tõhusa konkurentsi ja ettevõtjate võrdse kohtlemise tagamiseks. Nii ei ole nimetatud meede kohane, kui konkurentsieelis tuleneb sellest, et tehniline kirjeldus täielikult või olulisel määral peegeldab konkreetse ettevõtja toote või teenuse omadusi ja spetsifikatsioone (nn *tailor-made specification*).¹⁷⁶

Ettevõtja meeskonna ümberkorraldamise meetet kasutatakse finantsõiguses, et võidelda muu hulgas nn *insider trading* probleemiga. Finantsõiguses nimetatakse vastavat vahendit „*Chinese walls*“.¹⁷⁷ *Insider trading* keelu üheks eesmärgiks on ausa ja investorite võrdsel kohtlemisel põhineva väärtpaberituru toimimise tagamine. *Insider trading* tähendab sisuliselt seda, et isik, olles väärtpaberi emitendi täisosanik, juhtimis- või järelevalveorgani liige või omades osalust

¹⁷⁴ H-J. Priess. (viide 18), lk 167; M. Steinicke. Art 41/31. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*; S. Treumer (viide 10), lk 112.

¹⁷⁵ M. Steinicke. Art 41/21, 31. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

¹⁷⁶ M. Steinicke. Art 41/31. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

¹⁷⁷ H-J. Priess. (viide 18), lk 167; M. Steinicke. Art 41/31. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

väärtpaberi emitendis või oma töö, elukutse või kohustuste tõttu või seoses toimepandud süüteoga, valdab ja kasutab otseselt või kolmanda isiku vahendusel finantsinstrumendi või sellega seotud tuletisväärtpaberi omandamiseks või võõrandamiseks avalikustamata fakte või eelseisvaid asjaolusid või sündmusi käsitlevat teavet, mis otseselt või kaudselt puudutavad finantsinstrumendi ja selle emitenti ja mis avalikustatuna võivad tõenäoliselt oluliselt mõjutada finantsinstrumendi või sellega seotud tuletisväärtpaberi hinda. Sisuliselt valdab ja kasutab isik avalikustamata siseteavet, mis võib olla hinnatundlik.¹⁷⁸ *Chinese walls* on meetmed ja protseduurid, mis takistavad konfidentsiaalse informatsiooni liikumist eri isikute vahel.¹⁷⁹ Selliste meetmete hulka kuuluvad muu hulgas töötajate üksteisest füüsiline eraldamine nii majasiseselt kui -väliselt; arvutisüsteemide lahushoidmine nii, et ühe osakonna töötaja ei saaks kasutada teise osakonna töötaja arvutit ja selles sisalduvat teavet; ettevõttesisesed liikumispiirangud;¹⁸⁰ piirangud ettevõttesisesel töökoha ja positsiooni vahetamisele jms.¹⁸¹

Kõnesoleva vahendi puuduseks on eelkõige see, et turu-uuringus osalenud töötajal jääb teatud huvi tema tööandjaks oleva ettevõtjaga hankelepingu sõlmimise vastu ning tegelikkuses sõltumata töötajate või osakondade füüsilisest eraldatusest¹⁸² on raske adekvaatselt vältida suhtlemist ettevõtte eri osakondade töötajate vahel.¹⁸³ Samuti võib kontakt eri isikute vahel toimuda jätmata mis tahes jälgi.¹⁸⁴ Näiteks ei ole välistatud, et konkurentsieelist loov teave jäetakse ettevõtja sisedokumentidesse ning pakkumuse või taotluse koostamisega tegelev töötaja omal algatusel leiab selle teabe üles.¹⁸⁵ Töötaja huvi hankelepingu sõlmimise vastu võib olla põhjendatud erinevate eluliste asjaoludega, näiteks tööboonuste teenimine, lähitulevikus töö tagamine nii enda kui kolleegide jaoks.¹⁸⁶

Samuti tuleb nõustuda seisukohaga, et kõnesolevad ümberkorraldused riigihankes osaleva ettevõtja meeskonnas eeldavad ettevõtja omaalgatuslikku aktiivset tegevust juba enne riigihankes

¹⁷⁸ K. Kessler. KarSK § 397/1.1.-13. – Karistusseadustik. Komm vlj. 4. tr. Tallinn: Juura 2015.

¹⁷⁹ K. Connolly. Use of Chinese Walls: efficacy of Chinese Walls called into question. Case comment. – Journal of International Financial Market. 1999/1(2), lk 12; K. K. Mwenda. Banks and The Use of Chinese Walls in Managing Conflict of Duties. – Web Journal of Current Legal Issues. 2000/2; L. Herzel, D. E. Colling. Chinese Walls and Conflict of Interest in Banks. – Business Lawyer, 1978/1, lk 74.

¹⁸⁰ K. K. Mwenda. *Op cit.*

¹⁸¹ L. Herzel, D. E. Colling. *Op cit.*, lk-d 89-91.

¹⁸² S. Treumer (viide 21), lk 152.

¹⁸³ M. Steinicke. Art 41/31. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ S. Treumer (viide 10), lk 113.

¹⁸⁶ *Ibid.*, joonealune tekst nr 59.

osalemist.¹⁸⁷ Samas võib nn *Chinese Walls* meetodi juurutamine osutada võimatuks ettevõtja meeskonna väiksuse tõttu,¹⁸⁸ eriti siis, kui ettevõtja meeskond koosneb vaid mõnest töötajast.

Ülaltoodule tuginedes võib järeldada, et nn *Chinese Walls* meetodi kasutamine riigihangetes ei ole kindel vahend tagamaks võrdset kohtlemist ja tõhusat konkurentsi. Vahendi kasutamine sõltub paljuski ettevõtja enda aktiivsusest ja huvitatusest. Arvestamata ei tohi jätta ka asjaolu, et võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete järgimise kohustus lasub hankijal, mitte ettevõtjal.¹⁸⁹ Seega võib magistritöö autori arvates kasutada *Chinese Walls* meetodit abistava meetmena, mis aitab maandada RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamise riski, kui pärast pakkumuste või taotluste tähtpäeva saabumist selgub, et mitte kogu turu-uuringus vahetatud teave oli jagatud teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele.

2.2.2. Ümberkorraldused hankija meeskonnas

Üheks võimalikuks konkurentsieeliseks on hankija ja pakkumuse või taotluse koostamisel osaleva isiku vahel riigihanke ettevalmistamisel tekkinud suhte tõttu konkreetse ettevõtja ja tema pakkumuse või taotluse eelistamine hankija teenistujate poolt pakkumuste võrdlemise ja hindamise etapis ja riigihankes üldiselt.¹⁹⁰ Tegemist on muu (muu kui informatsioonilise) konkurentsieeliselega. Magistritöö autori arvates võib selline konkurentsieelis esineda eelkõige pakkumuste hindamise etapil, kui hankija kasutab hindamismeetodit, mille järgi võetakse arvesse kas ainult (vt RHS § 85 lg-t 7) või lisaks pakkumuse maksumusele või kulu suurusele ka kvalitatiivseid kriteeriume ja nende põhjal omistatakse pakkumusele väärtuspunkte (vt RHS § 85 lg-t 3, lg 8 p-d 1 ja 2). Mittekvantitatiivsed hindamiskriteeriumid tekitavad alati kahtluse subjektiivsusest.¹⁹¹ Sellisel juhul sisaldab pakkumuste hindamine olulisel määral subjektiivseid elemente ehk hankijal on sellisel juhul ulatuslik kaalutusõigus¹⁹² asjaolude osas, mida võtta arvesse pakkumusele väärtuspunktide andmisel.¹⁹³ Kuna vaidlustuskomisjon ega kohus ei teosta kaalutusõigust hankija asemel,¹⁹⁴ on kontroll hankija selliste otsuse õiguspärasuse üle piiratud

¹⁸⁷ *Ibid*, lk 113.

¹⁸⁸ Analoogia korras L. Herzel, D. E. Colling. *Op cit*, lk-d 91-92.

¹⁸⁹ RKKKo 3-1-1-89-15 p 24; M. A. Simovart, N. Parrest. RHSK § 1/8. – M. Simovart, M. Parind. *Op cit*.

¹⁹⁰ S. Treumer (viide 10), lk-d 100-101; S. Treumer (viide 21), lk 151.

¹⁹¹ E. Karindi-Kask. Hankelepingu sõlmimine majanduslikult kõige soodsamatel tingimustel. Tallinn: Rahandusministeerium 2013, lk 1.

¹⁹² S. Treumer (viide 10), lk-d 113-114.

¹⁹³ VaKo 15.01.2019 262-18/201709 p 10.

¹⁹⁴ TrtRnKo 3-15-1683 p 24.

menetlusnormide järgimise, asjaolude sisulise paikapidavuse, otsuse põhjenduste ja ilmselgete kaalutusvigade esinemisega.¹⁹⁵ Seega võib RHS § 95 lg 4 p-s 7 sisalduva kõrvaldamisaluse kohaldamise võimalus olla eriti atraktiivne olukorras, kui esitatud pakkumuse edukus sõltub kvalitatiiivsetest kriteeriumitest.

Kõnesoleva konkurentsieelise neutraliseerimiseks ning ühtlasi ettevõtjate võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete tagamiseks võib kasutada kohtu- ja haldusmenetluses tuntud meetodit, mille kohaselt asendatakse huvide konfliktis olev kohtunik või teenistuja teise kohtuniku või teenistujaga.¹⁹⁶ Nii näevad HKMS¹⁹⁷ § 13 lg 1, TsMS¹⁹⁸ § 23 p 7 ja KrMS¹⁹⁹ § 49 lg 6 ette kohtuniku ning HMS²⁰⁰ § 10 lg 1 p 4 teenistuja taandumis- või taandamistaotluse esitamise kohustuse olukorras, kui esineb kahtlus, et kohtunik või teenistuja on erapoolik. Loetletud sätete eesmärk on muu hulgas tagada aus, objektiivne ja erapooletu (kohtu- või kohtuväline) menetlus.²⁰¹ Mida suurem on otsustamisõigus, seda enam kasvab isikliku seotuse tõttu väärotsustuse oht. Seetõttu tuleb huvikonflikti sattunud teenistuja otsustamiselt diskvalifitseerida.²⁰² Seega võib kirjeldatud konkurentsieelist neutraliseerida nii, et pakkumuste hindamisel ja üldiselt riigihanke läbiviimisel ei osale hankija teenistujad, kes turu-uuringus suhtlesid isikuga, kes turu-uuringule järgnevas riigihankes kas otseselt või kaudselt osaleb pakkumuse või taotluse koostamisel. Analoogselt ei tohi pakkumuste hindamisest osa võtta nõustaja, kes osutas pakkumuse või taotluse esitanud ettevõtjale sama riigihanget puudutava nõustamisteenuse.²⁰³ Sisuliselt võib sama meede olla kasutatav ka üldkoosseisus oleva huvide konflikti vältimiseks²⁰⁴ RHS § 95 lg 4 p 6 tähenduses.

Hankija struktuurisene teenistujate asendamine võib olla komplitseeritud hankija meeskonna väiksuse tõttu. Seega, alternatiivselt hankija struktuurisesele teenistujate asendamisele võib

¹⁹⁵ VaKo 15.01.2019 262-18/201709 p 10; RKHko 3-3-1-51-16 p 17.2.

¹⁹⁶ S. Treumer (viide 10), lk 112; H.-J. Priess (viide 18), lk 158.

¹⁹⁷ Halduskohtumenetluse seadustik. – RT I, 13.03.2019, 2.

¹⁹⁸ Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I, 19.03.2019, 2.

¹⁹⁹ Kriminaalmenetluse seadustik. – RT I, 13.03.2019, 2.

²⁰⁰ Haldusmenetluse seadus. – RT I, 13.03.2019, 2.

²⁰¹ P. Sarv. HKMSK § 13/A.I. – Halduskohtumenetluse seadustik. Komm vlj. Tallinn: Juura 2013; A. Pärsimägi. TsMSK § 23/1. – Tsiviilkohtumenetluse seadustik I. Komm vlj. Tallinn: Juura 2017; E. Kergandberg. KrMSK § 49/3. – Kriminaalmenetluse seadustik. Komm vlj. Tallinn: Juura 2012; A. Aedmaa jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004, lk-d 54-55.

²⁰² A. Aedmaa jt. *Op cit*, lk 55.

²⁰³ S. Treumer (viide 21), lk-d 152-153.

²⁰⁴ Tavapärase huvide konflikti kontekstis H.-J. Priess (viide 18), lk-d 156-161; M. Steinicke. Art 41/21. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*; D. Dragos, A. Horvathova. *Op cit*, lk-d 275 ja 278.

kõne alla tulla hankija asendamine muu hankijaga või riigihanke menetluste läbiviimise teenuseid pakkuva ettevõtjaga.²⁰⁵ Nimelt viib riigihanke menetluse läbi hankija asemel, kuid tema nimel, arvel ja juhiste järgi selleks volitatud muu hankija või vastavaid teenuseid pakkuv ettevõtja.

Teiseks hankijaks kõnesolevas konkurentsieelise kontekstis võiks olla vabatahtlik keskne hankija RHS § 4 p 10 ja § 42 lg 1 mõistes, välja arvatud kohustusliku keskse hankimise osas (s.o valitsusasutuste ja nende hallatavate riigiasutuste süle- ja lauaarvutite, lamekuvarite ning printerite riigihanked).²⁰⁶ Keskne hankija saab korraldada riigihankeid teise hankija eest viimasega sõlmitud kokkuleppe alusel.²⁰⁷ Sõlmitavas kokkuleppes võib piirata keskse hankija volitusi, näiteks volitada kesksel hankijat viima läbi üksnes pakkumuste hindamise menetluse. Lähtuvalt riigihalduse ministri 14. novembri 2017. a määruse nr 84 „Riigi Tugiteenuste Keskuse põhimäärus“²⁰⁸ § 7 p-st 6, § 16 p-dest 1–6 ja §-st 8 on valitsusasutustele ja nende hallatavate riigiasutuste riigihangete korraldamiseks vabatahtlikuks keskseks hankijaks Riigi Tugiteenuste Keskus. Seega on valitsusasutustel ja nende hallatavatel riigiasutustel põhimõtteliselt võimalus tellida vastavasisuline teenus Riigi Tugiteenuste Keskuselt. Samuti tegutsevad Eestis vabatahtliku hankija rollis info- ja kommunikatsioonitehnoloogia valdkonna riigihangetes Registrate ja Infosüsteemide Keskus (RIK), Siseministeeriumi Infotehnoloogia- ja Arenduskeskus (SMIT) ning Rahandusministeeriumi Infotehnoloogiakeskus (RMIT).²⁰⁹ Vabatahtlikul kesksel hankijal on õigus kokku leppida tasus osutatavate teenuste eest.²¹⁰ Kohaliku omavalitsuse üksuse, tema asutuse või kohalike omavalitsuste ühenduse volitusel võib tema eest RHS § 42 lg 7 järgi riigihanget korraldada kohaliku omavalitsuse korralduse seaduse²¹¹ § 62 lg 1 p 3 sätestatud koostöövormis asutus (s.o kohalike omavalitsuste liit või muu ühendus) või muu keskse hankijana tegutsev ühing, seega ka Riigi Tugiteenuste Keskus, samuti vastavalt riigihanke valdkonnale RIK, SMIT või RMIT.

RHS § 4 p 10 kohaselt võib keskne hankija muu hulgas pakkuda riigihanke tugiteenuseid. RHS § 42 lg 10 kohaselt on riigihanke tugiteenus riigihanget toetav tegevus, sealhulgas /.../ riigihanke

²⁰⁵ S. Treumer (viide 10), lk 112.

²⁰⁶ Kohustusliku keskse hankija määramine infotehnoloogia valdkonna riigihangetes. VVk 30.06.2016 nr 225. – RT III, 5.07.2016, 11.

²⁰⁷ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 56.

²⁰⁸ Riigi Tugiteenuste Keskuse põhimäärus. RHm 14.11.2017 nr 84. – RT I, 18.01.2019, 15.

²⁰⁹ Vabatahtliku keskse hankija määramine info- ja kommunikatsioonitehnoloogia valdkonna riigihangetes. VVk 12.10.2017 nr 281. – RT III, 14.10.2017, 7.

²¹⁰ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 55.

²¹¹ Kohaliku omavalitsuse korralduse seadus. – RT I, 5.02.2019, 2.

ettevalmistamine ja toimingute tegemine hankija nimel. Seega lähtuvalt RHS § 42 lg-st 10 ja § 4 p-st 10 võib alternatiiviks riigihanke läbiviimisele vabatahtliku keskse hankija poolt olla see, et keskne hankija viib läbi turu-uuringu. Seejärel korraldab hankija riigihanke iseseisvalt. Ka sellisel juhul peaks magistritöö autori arvates konkurentsieelis olema neutraliseeritud.

Kõnesolevat konkurentsieelist võib neutraliseerida ka ühise hankimise instituudi kasutamise abil. RHS § 43 lg 1 kohaselt on ühishange kahe või enama hankija sõlmitud kokkuleppe alusel korraldatud ühine riigihange, kus üks ühishankes osalevatest hankijatest korraldab volituse alusel riigihanke teiste hankijate eest. Ühise hankimise korral võib üks hankija muu hulgas läbi viia riigihanke nii enda kui teise hankija tarbeks.²¹²

Riigihanke menetluse või selle osa korraldamise ja läbiviimise teenuseid võib osutada ka ettevõtja,²¹³ välja arvatud kohustusliku keskse hankimise osas.²¹⁴ Siinkohal tuleb arvestada asjaolu, et RHS ei sisalda seaduslikku alust otsustuspädevuse üleandmiseks sellisele ettevõtjale ning vastavasisulisi otsuseid (s.o vastavaks tunnistamine, edukaks tunnistamine, kvalifitseerimine) peaks hankija tegema ise.²¹⁵ Lisaks võib riigihanke menetluse läbiviimise teenuseid pakkuva ettevõtja puhul esineda ettevõtjate võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete rikkumise risk, kuna ettevõtja on hankijaga rahaliselt seotud või võib olla huvitatud pidevast koostööst hankijaga, seega võib ettevõtja arvesse võtta ja eelistada hankija teenistujate turu-uuringu tulemusel väljakujunenud arvamusi ja eelistusi konkreetsete ettevõtjate ja pakkumuste või taotluste kohta.²¹⁶ Keskse ja ühise hankimise puhul sellist probleemi tekkima ei pea, kuna ühis- ja kesksel hankijal rahastatakse üldjuhul riigi- või kohaliku omavalitsuse eelarvest ning nende tegevus ja eksistents vähemalt otseselt ei sõltu tellitavate teenuste mahust.

Ei tohi jätta tähelepanuta asjaolu, et pakkumuste hindamise etapis võib alternatiiviks hankija meeskonnas ümberkorralduste teostamisele olla madalaima maksumuse sätestamine ainsa hindamiskriteeriumina ja seeläbi hankija diskretsiooniõiguse vähendamine nullini. Nimetatud meede peaks neutraliseerima kõnesoleva konkurentsieelise.²¹⁷ Tuleb möönda, et vastavalt RHS § 85 lg-le 4 võib hankija majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel arvestada ainult pakkumuse hinda või kulu üksnes juhul, kui hankija jaoks sõltub pakkumuse majanduslik

²¹² C. R. Hamer. Art 38/4. - Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*

²¹³ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 56.

²¹⁴ Kohustusliku keskse hankija määramine infotehnoloogia valdkonna riigihangetes. VVk 30.06.2016 nr 225.– RT III, 5.07.2016, 11.

²¹⁵ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 56.

²¹⁶ S. Treumer (viide 10), lk 112.

²¹⁷ *Ibid*, lk-d 114-115 (analoogia korras).

soodsus ainult pakkumuse hinnast või kulust ja kõik muud tulevase hankelepingu tingimused /.../ on hanke alusdokumentides ammendavalt kindlaks määratud. Seega on madalaima maksumuse hindamiskriteerium mõeldud pigem erandlikuna ja seda on lubatud kasutada üksnes juhul, kui mingeid muid kriteeriume ei ole hankijal vaja hinnata ja kõik hankelepingu eset puudutavad kriteeriumid on ammendavalt määratletud²¹⁸ ehk pakkumuse majanduslik soodsus sõltub tõepoolest üksnes hinnast või kaasnevatest kuludest.²¹⁹ Kuna riigihangete õigus on üks vahenditest saavutamaks Strateegia „Euroopa 2020“ eesmärgi, s.o keskkonnakaitse, innovatsiooni edendamine ja sotsiaalse võrdsuse tagamine, ergutab hankedirektiiv hankijaid rohkem kasutama kvalitatiivseid hindamiskriteeriume, tagamaks kvaliteetsed ehitustööd, asjad ja teenused. Seega tuleb pakkumuse maksumusele pigem eelistada kvalitatiivsete kriteeriumite kasutamist.²²⁰ Parima kvaliteedi poole suundumise eesmärgil on liikmesriikidel õigus keelata majanduslikult soodsaima pakkumuse hindamise ainult hinna või kulude alusel või sellist hindamist piirata.²²¹ Sellest johtuvalt ei või hankija diskretsiooniõiguse vähendamine pakkumuse madalaima maksumuse ainsa hindamiskriteeriumina määramise teel alati olla õigustatud ning võib minna vastuollu riigihankeõiguse eesmärkidega.

Seega võib konkurentsieelis, mis seisneb ettevõtja ja tema pakkumuse eelistamises pakkumuste hindamisetapil või riigihankes üldiselt, olla neutraliseeritud vastavasisuliste ümberkorralduste teostamisega hankija meeskonnas või alternatiivselt kasutades ühis- ja keskse hankija ning kolmandate isikute teenuseid. Väga piiratud juhtudel võib vastavasisuliseliseks meetmeks olla pakkumuse madalaima maksumuse määramine ainsaks hindamiskriteeriumiks.

2.2.3. *Tailor-made* spetsifikatsiooniga seotud konkurentsieelise neutraliseerimine

Isik, kes võtab osa turu-uuringust, võib mõjutada riigihanke alusdokumendi sisu osas, mis puudutab hangitava teenuse või asja tehnilisi ja muid näitajaid või muid riigihanke tingimusi ning seeläbi tagada konkreetsele ettevõtjale konkurentsieelise.²²² Sellise mõju tagajärjeks on näiteks see, et hanke alusdokument ja eriti selle tehniline kirjeldus täielikult või suuremas osas

²¹⁸ D. Minumets, P. Kulm. *Op cit*, lk 220.

²¹⁹ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 73.

²²⁰ P. B. Faustino. Award criteria in the new EU Directive on public procurement. – Public Procurement Law Review. 2014/3, lk-d 124-125; hankedirektiivi põhjendus 92; T. Inden. Art 67/36. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

²²¹ Hankedirektiivi põhjendus 90.

²²² M. Steinicke. Art 41/14. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

peegeldab ühe konkreetse ettevõtja toote või teenuste spetsifikatsioone²²³, nn *tailor-made* spetsifikatsioon. Sellisel juhul on tegemist ühe kindla ettevõtja toodete või teenuste soosimisele suunatud riigihankega. Tuvastamaks, kas isik on mõjutanud hanke alusdokumendi sisu ja seeläbi tekitanud konkreetsele ettevõtjale konkurentsieelise, tuleb võrrelda omavahel riigihanke alusdokumendi sisu ja teavet, mis oli vahetatud turu-uuringu raames.²²⁴ Seega on kõnesoleva konkurentsieelise tuvastamise ja neutraliseerimise seisukohalt oluline RHS § 10 lg 3 p-s 1 sätestatud meetme rakendamine, s.o turu-uuringus vahetatud teabe jagamine teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele. Teisisõnu mängib turu-uuringu raames vahetatud teabe kogumise, jäädvustamise ja jagamise kohustus *tailor-made* spetsifikatsioonide ja muude suunatud hanketingimuste tuvastamisel ja neutraliseerimisel abistavat rolli.

Tailor-made spetsifikatsioonist tulenev konkurentsieelis võib olla neutraliseeritud mitmel teel nii hankija kui ka teiste riigihankest huvitatud ettevõtjate poolt. Nii on konkurentsieelist mitteomaval ettevõtjal võimalus vaidlustada riigihanke alusdokument RHS § 185 lg 2 p 1 alusel, kui ta leiab, et tehnilises kirjelduses või muu hanke alusdokumendi osas sisalduv tingimus on vastuolus riigihangete seaduses sätestatuga, näiteks hanketingimus on ebaproportsionaalne ja see rikub vaidlustaja subjektiivseid õigusi. Siinkohal on oluline, et hankijal ei ole kohustust määrata riigihanke tingimused viisil, et pakkumused võiksid esitada kõik seda soovivad ettevõtjad.²²⁵ Nimelt ei ole hankija kohustatud arvestama kõigi riigihanke osalemisest huvitatud ettevõtjate võimalustega ja huvidega ning sel viisil ise täiendavat konkurentsi looma.²²⁶ Teisisõnu, hankija ise otsustab selle üle, millist toodet või teenust ta osta soovib ega pea ostma toodet või teenust, mis tema vajadusi ei rahulda.²²⁷ Teiselt poolt vastavasisulise vaidluse tekkimise korral peab hankija olema võimeline kehtestatud nõuete ja piirangute vajadust põhjendama ning hankija põhjendused peavad olema objektiivsed ja veenvad.²²⁸ Seega ei ole hankija vabadus määratleda hankelepingu ese ja muud tingimused absoluutne ning kõik hankija määratavad tingimused peavad olema objektiivselt põhjendatud ja vajalikud²²⁹ ehk proportsionaalsed. RHS § 88 lg 7 järgi peab tehniline kirjeldus tagama kõigile ettevõtjatele võrdsed tingimused pakkumuse esitamiseks ega tohi tekitada objektiivselt põhjendamatuid takistusi riigihanke avamisel

²²³ M. Steinicke. Art 41/23. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*

²²⁴ M. Steinicke. Art 41/14. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.*

²²⁵ VaKo 20.03.2017 30-17/182599 p 12; VaKo 30.06.2017 90-17/185468 p 8.4.; VaKo 12.01.2018 205-17/180426 p 10.3; TrtHKO 3-09-1624.

²²⁶ VaKo 15.12.2010 233-10/120633 p-d 13-14.

²²⁷ VaKo 02.12.2010 228-10/120741 p 5.

²²⁸ VaKo 14.06.2017 81-17/187280 p-d 22-23; VaKo 08.12.2017 187-17/192426 p 18.

²²⁹ VaKo 20.03.2017 30-17/182599 p 6.

konkurentsile. Seega, juhul kui hankija põhjendab ühe või teise tingimuse proportsionaalsust, ei osutu see tingimus õigusvastaseks ning jääb kehtima.

Hankija ise võib asuda samme *tailor-made* spetsifikatsioonide vältimiseks ja sellest tulenevate konkurentsieeliste neutraliseerimiseks. Nii takistab ettevõtjate suurem kaasatus turu-uuringusse *tailor-made* spetsifikatsioonide pealesurumist hankijale, vt magistritöö punkti 2.1.1. Teiseks võib hankija ise muuta tehnilise kirjelduse või muu tingimuse leebemaks eesmärgil tõhustada konkurentsi riigihankes.²³⁰ Lisaks võib asjakohaseks meetmeks olla alternatiivsete lahenduste esitamise võimaldamine²³¹ RHS § 77 lg 4 p 3 teise alternatiivi alusel ehk ilma põhilahenduseta alternatiivsete lahenduste esitamise lubamine.²³² Alternatiivsete lahenduste esitamise võimaldamise mõtte seisneb selles, et ettevõtja võib pakkuda hankijale esialgselt oodatust teistsuguse, riigihanke tingimustele mittevastava, kuid hankija eesmärgi saavutamist ja seega hankija vajadusi rahuldamist võimaldava alternatiivse lahenduse.²³³ Seejuures tuleb arvestada asjaoluga, et lähtuvalt võrdse kohtlemise põhimõttest tuleb hankijal määrata hanke alusdokumendis minimaalsed tingimused, millele peavad alternatiivsed lahendused vastama (vt hankedirektiivi art 45 lg 2; RHS § 118 lg 2),²³⁴ mis võib hankijale tekitada teatud raskusi. Alternatiivsete lahenduste esitamine, eriti siis, kui neid lubatakse esitada ilma põhilahenduseta, peaks tõhustama konkurentsi,²³⁵ kuna riigihankest huvitatud ettevõtjatel on võimalus esitada riigihankele tehnilises kirjelduses toodud tingimustega vastuolus olevad, kuid hankija määratud miinimumnõuetele vastavad pakkumused.

Kui hanke alusdokument sisaldab *tailor-made* spetsifikatsioone, siis eeldatavasti esitab pakkumuse ainult üks, s.o *tailor-made* spetsifikatsiooni või muu tingimusega soodustatud ettevõtja või ainult tema pakkumus tunnistatakse vastavaks. RHS § 95 lg 4 p 7 eelduste täitmise korral tuleb see ettevõtja kõrvaldada riigihankest ning alustada uus hange, kusjuures hankijal tuleb nuginii muuta riigihanke alusdokument tõhustamiseks konkurentsi ja tagamaks võrdset kohtlemist. Vastasel korral esitab ka järgmises riigihankes pakkumuse ainult üks ettevõtja, kes tuleb riigihanke menetlusest RHS § 95 lg 4 p 7 alusel kõrvaldada. Ei ole välistatud, et uue

²³⁰ A. R. Apostol. *Op cit*, lk 224.

²³¹ S. Treumer (viide 10), lk 115.

²³² A. S. Graells. *Op cit*, lk 398; Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk-d 69-70.

²³³ A. S. Graells. *Op cit*, lk-d 392, 397-398; M. Steinicke. Art 45/4-5. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

²³⁴ EKo 16.10.203 kohtuasjas C-421/01, *Traunfellner GmbH* p-d 27-29; EÜKo 23.11.2011 kohtuasjas T-514/09, *bpost NV* p 81.

²³⁵ A. S. Graells. *Op cit*, lk-d 397, 398.

riigihanke korraldamiseks tuleb hankijal taas läbi viia turu-uuring.²³⁶ Seega peaks hankija ise olema algusest peale huvitatud *tailor-made* spetsifikatsiooni ja muude suunatud tingimuste pealesurumise välistamisest ja sellega seotud konkurentsieeliste neutraliseerimisest.

2.2.4. Konkurentsieelist omava ettevõtja lepinguline kohustus jätta pakkumus või taotlus esitamata

Hankedirektiiv näeb ette kõrvaldamisaluste kohaldamise *ex post* lahendusena. Nimelt kõrvaldab hankija ettevõtja riigihanke menetlusest pärast riigihanke menetluse käivitamist ja pakkumuste või taotluste esitamist.²³⁷ Sama lahendus on vastavalt ka riigihangete seaduses. Ühe võimalusena neutraliseerida võimalik konkurentsieelis ning seeläbi tagada ettevõtjate võrdne kohtlemine ja tõhus konkurents on ettevõtja lepinguline kohustus jätta pakkumus või taotlus esitamata, s.o ettevõtja eemaldamine riigihankest võlaõigusliku lepingu alusel enne riigihanke menetluse käivitamist. Kuigi ettevõtja kõrvaldamine riigihanke menetlusest pelgalt põhjusel, et tema töötaja või muu ettevõtjaga seotud isik osales riigihanke ettevalmistamisel, ei ole proportsionaalne ning läheks vastuollu võrdse kohtlemise ja seega tõhusa konkurentsi tagamise põhimõttega,²³⁸ ei ole siiski välistatud võimalus saavutada ettevõtjaga kokkulepe, mille kohaselt ettevõtja loobub esitamast pakkumus või taotlus asjakohases riigihankes. Selline lepinguline kohustus peaks olema aktsepteeritav, kui see on suunatud võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete tagamisele.²³⁹

Kuna võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete rikkumise ja konkurentsieelise omandamise tuvastamine turu-uuringus osalemise tõttu on võrdlemisi keerukas, tundub võimaliku probleemi lahendamine läbi ettevõtja lepingulise kohustuse mitte osaleda riigihankes olevat lihtsam ja selgem.²⁴⁰ Siinkohal tuleb nõustuda seisukohaga, et ettevõtja lepinguline kohustus jätta pakkumus või taotlus esitamata ilma, et oleksid täidetud asjakohase kõrvaldamisaluse eeldused, moonutab konkurentsi. Samuti rikub see võrdse kohtlemise põhimõtet, kuna viimane kaitseb mitte ainult teiste ettevõtjate õigusi, vaid ka ettevõtjat, kellega vastav kokkulepe sõlmitakse. Nimelt ei tohi sellist ettevõtjat kohelda ebavõrdselt, kui ebavõrdselt kohtlemiseks puudub mõistlik põhjendus, milleks on RHS § 95 lg 4 p 7 kontekstis

²³⁶ M. Steinicke. Art 41/23. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

²³⁷ C. P. Moukiou. *Op cit*, lk 84.

²³⁸ S. Treumer (viide 10), lk 105; S. Treumer (viide 21), lk 151; EKo 03.03.2005 liidetud asjades C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom* p-d 32, 34-35; VaKo 27.07.2010 127-10/118823 p 11.

²³⁹ M. Steinicke. Art 41/28. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*; S. Treumer (viide 10), lk 114.

²⁴⁰ S. Treumer (viide 10), lk 114.

konkurentsieelise omamine ja selle neutraliseerimise võimatus teiste vähem koormavate meetmete abil. Seega, hankija ja ettevõtja vaheline kokkulepe jääda riigihankest eemale ei tohi vabastada hankijat kohustusest tuvastada ettevõtja suhtes RHS § 95 lg 4 p-s 7 sätestatud kõrvaldamisaluse eelduste esinemine ja kaaluda ettevõtjaga taolise kokkuleppe sõlmimise proportsionaalsust (sisuliselt mõõdukust).²⁴¹ Teisisõnu, ettevõtja lepinguline kohustus mitte osaleda riigihankes ei tohi asendada hankija tuvastamis- ja kaalumiskohustust, mis tuleneb RHS § 95 lg 4 p-st 7 koostoimes RHS §-ga 10. Seega, kui tavapäraselt kontrollitakse kõrvaldamisaluste esinemist ja vastavasisuliste eelduste täitmist riigihanke menetluse ajal pärast pakkumuste või taotluste esitamist, siis lepingulise kohustuse puhul nihkub RHS § 95 lg 4 p-st 7 ja RHS §-st 10 tulenev eelduste kontrollimis- ja kaalutluskohustus riigihanke ettevalmistamise etappi. Seega peab hankija ettevõtjaga sellise kokkuleppe sõlmimise korral kontrollima RHS § 95 lg 4 p-s 7 sätestatud eelduste täitmist *ex ante*.

Ettevõtja kohustus mitte osaleda riigihankes annab siiski teatud eelistusi nii hankijale kui ettevõtjatele. Esiteks, vastavasisulise kohustuse võtnud ettevõtja eeldatavasti ei osale riigihankes ning järelikult välditakse asjakohase kõrvaldamisaluse kohaldamist või kohaldamata jätmist puudutavat vaidlust: ettevõtja ega teised riigihankest huvitatud ettevõtjad ei vaidlusta lepingulist kohustust jääda riigihankest eemale.²⁴² Ettevõtja, kes ei esita pakkumust või taotlust riigihankes, ei ole pakkuja, taotleja või huvitatud ettevõtja RHS § 185 lg 1 mõistes. Teistel ettevõtjatel ei ole õigust vaidlustada kõnealust kokkulepet, kuna see ei riiva nende subjektiivseid õigusi ega too neile kasu ehk ei mõjuta riigihanke menetluses osalemise eesmärgi saavutamist, milleks on jõuda hankelepingu sõlmimiseni.²⁴³ Nimelt ei kontrolli vaidlustuskomisjon ega kohus hankija otsuste seaduslikkust, kui see ei puuduta vaidlustaja õigusi.²⁴⁴ Riigihangetes ei ole nn populaar- või kolmandate isikute õiguste kaitsmisele suunatud vaidlustuste menetlemine lubatud.²⁴⁵

Reeglina ettevõtjad, kes on pädevad turu-uuringust osa võtma, on huvitatud ka järgnevast riigihankest.²⁴⁶ Seega on lepingulise kohustuse puhul jääda riigihankest eemale esmaseks

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ TlnHKo 3-12-1149 p 18; VaKo 09.06.2017 78-17/180639 p 10; VaKo 08.06.2017 77-17/180639 p 25; VaKo 19.07.2017 116-17/188917 p 7; TlnHKo 3-11-2947 p 1; VaKo 19.07.2017 99-17/184418 p 11.3; TlnHKo 3-13-966 p-d 11 ja 12; VaKo 14.08.2017 112-17/183043, p 12.2.

²⁴⁴ VaKo 09.06.2017 78-17/180639 p 9; VaKo 08.06.2017 77-17/180639 p 24; VaKo 19.07.2017 99-17/184418 p 11.3.; VaKo 06.07.2017 94-17/178501 p 8.3.1.; VaKo 14.08.2017 112-17/183043 p 12.1.

²⁴⁵ TlnRnKo 3-17-252 ja 3-17-255 p 8; VaKo 16.01.2018 211-17/191039 p 23; VaKo 23.03.2018 31-18/194366 p 19.

²⁴⁶ H-J. Priess. (viide 18), lk 165.

puuduseks see, et eeldatavasti eelistab enamik ettevõtjaid turu-uuringus osalemisele osalemist riigihankest²⁴⁷ ning see asjaolu muudab raskeks ettevõtja leidmise, kes oleks valmis osalema riigihanke ettevalmistamisel.²⁴⁸

Küsitavusi võib tekitada olukord, kui ettevõtja, kes vastavasisulise kokkuleppega võttis enda kanda kohustuse jääda riigihankest eemale, esitab pakkumuse või taotluse ja seega rikub kokkulepet. Sellisel juhul ei peaks lepingulise kohustuse rikkumine kaasa tooma ettevõtja automaatset kõrvaldamist riigihankest.²⁴⁹ Nimelt peaks hankija sellisel juhul lähtuma RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamise tavapärasest kontrollskeemist: eelkõige tuvastada RHS § 95 lg 4 p-s 7 sätestatud eelduste esinemine, seejärel kaalutusõiguse alusel otsustada ettevõtja kõrvaldamise üle. Kui vastavasisuline kontroll oli nõuetekohaselt teostatud enne ettevõtjaga asjakohase kokkuleppe sõlmimist, ei peaks hankijal tekkima probleeme kõrvaldamisaluse kohaldamisel *ex post*.²⁵⁰ Siinkohal tuleb mõõnda, et ettevõtjal on lähtuvalt RHS § 185 lg-st 1 ja lg 2 p-st 2 õigus vaidlustada hankija vastavasisuline ettevõtja kõrvaldamist puudutav otsus. Vaidlustuskomisjoni ega kohus sõltumatu vaidluste lahendamise organina ei ole seotud hankija ja ettevõtja vahelise kokkuleppega. Sisuliselt on tegemist võlaõigusliku *inter partes* kokkuleppega ning on siduv ainult kokkuleppe pooltele.²⁵¹ Vaidlustuskomisjon ja kohus kontrollivad hankija otsuste õiguspärasust.²⁵² Seega, sõltumata kokkuleppes, kohustub vaidlustuskomisjon või kohus kontrollima ettevõtja riigihankest kõrvaldamise otsuse õiguspärasust. Ei ole välistatud, et kokkulepe loob RHS § 95 lg 4 p-s 7 ja RHS §-s 10 sätestatud tingimuste täitmise eelduse ning sisuliselt pöörab tõendamiskoormise ümber, kohustades ettevõtjat tõendama konkurentsieelise puudumist. Juhul, kui vaidlustuskomisjon või kohus leiab, et hankija otsus kõrvaldada ettevõtja riigihankest RHS § 95 lg 4 p 7 alusel on õiguspärane, ei osale ettevõtja RHS § 96 lg 5 teise lause järgi edasises riigihankest. Juhul, kui vaidlustuskomisjon või kohus leiab, et hankija otsus kõrvaldada ettevõtja riigihankest RHS § 95 lg 4 p 7 alusel on õigusvastane, osaleb ettevõtja edasises riigihankest, kuna sisuliselt ei esine võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi tagamise põhimõtete rikkumist. Sellisel juhul osutub hankija ja ettevõtja vaheline kokkulepe, mille sisuks on ettevõtja kohustus jääda riigihankest eemale, vastuolus olevaks võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtetega. Hankijale tulenev keeld tegutseda vastuolus võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtetega on tuletatav RHS § 10 lg-test 2 ja 4, samuti ka RHS § 3 p-dest

²⁴⁷ H-J. Priess. (viide 18), lk-d 167 ja 168.

²⁴⁸ S. Treumer (viide 10), lk 115.

²⁴⁹ M. Steinicke. Art 41/28. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

²⁵⁰ S. Treumer (viide 10), lk 115.

²⁵¹ I. Kull. VÕSK § 60/4.2. – Võlaõigusseadus I. Komm vlj. Tallinn: Juura 2016.

²⁵² VaKo 18.08.2017 123-17/187924 p-d 13 ja 12; VaKo 08.09.2017 125-17/188223 p 34.

2 ja 3. Seega tuleb magistritöö autori arvates sellisel juhul käsitleda hankija ja ettevõtja vahelist kokkulepet TsÜS²⁵³ § 87 alusel tühiseks. Tühist tehingut ei pea täitma.²⁵⁴

2.3. Kokkuvõtvad järeldused

1. RHS § 10 lg 2 esimest lauset ja hankedirektiivi artikli 40 teise lõigu esimest lauset tuleb tõlgendada nii, et eelkõige peab hankija proovima leida sõltumatud eksperdid ja asutused ning alles siis, kui see ei osutu võimalikuks, kaasama turu-uuringusse riigihankes osalemisest huvitatud omavahel konkureerivaid ettevõtjaid.
2. Turu-uuringust etteteatamine aitab kaasata turu-uuringusse rohkem omavahel konkureerivaid ettevõtjaid, mis takistab hankijale nn *tailor-made* spetsifikatsioonide või muude ühte või teist ettevõtjat eelistavaid hanketingimuste pealesurumist. Samuti peetakse sel juhul dialoogi mitme ettevõtjaga, tänu millele välistatakse või takistatakse hankija ja ettevõtja vahel sellise suhte tekkimist, milles hankija teenistujad eelistavad turu-uuringule järgnevas riigihankes teatud ettevõtjat tema pakkumuse hindamisel või riigihankes üldiselt.
3. Turu-uuringus vahetatud teabe kogumist ja jäädvustamist võimaldava infotehnoloogilise lahenduse kasutamine aitab kaasa vahetatud teabe edastamisele moonutamata kujul ja täies mahus teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele.
4. Reeglina peab piisavalt pikk tähtaeg pakkumuste või taotluste esitamiseks olema võimaldatud riigihanke algatamisest peale.
5. RHS § 10 lg 3 p 1 tuleb tõlgendada nii, et jagamisele kuulub mitte ainult ettevõtjatele turu-uuringu raames edastatud, vaid kogu teave, mis on vahetatud hankija ja ettevõtjate vahel.
6. Kui turu-uuringus vahetatud teavet on jagatud teistele ettevõtjatele vaid osaliselt või hankija ei ole määranud piisavalt pikka tähtaega pakkumuste või taotluste esitamiseks, on ka konkurentsieelist omaval ettevõtjal õigus vaidlustada hanke alusdokument.
7. Informatsioonilise konkurentsieelise neutraliseerimiseks võib korraldada ettevõtja meeskond nii, et turu-uuringus osalenud füüsilised isikud ei osaleks pakkumuse või taotluse koostamisel ja oleksid füüsiliselt, funktsionaalselt või organisatsiooniliselt eraldatud isikutest, kes tegelevad pakkumuse või taotluse koostamisega.
8. Hankija ja pakkumuse või taotluse koostamisel osaleva isiku vahelisest erilisest isiklikust suhtest tulenevat konkurentsieelist võib neutraliseerida nii, et pakkumuste hindamisel ja üldiselt riigihanke läbiviimisel ei osale teenistujad, kes turu-uuringus suhtlesid isikutega, kes

²⁵³ Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I, 30.10.2018, 1.

²⁵⁴ P. Varul. TsÜSK § 87/3.5. – Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2010.

osalevad ettevõtja pakkumuse või taotluse koostamisega. Alternatiivselt hankija struktuurisisesele teenistujate asendamisele võib kõne alla tulla hankija asendamine muu hankijaga või riigihanke menetluste läbiviimise teenuseid pakkuva ettevõtjaga. Väga piiratud juhtudel võib vastavasisuliselt meetmeks olla pakkumuse madalaima maksumuse kasutamine ainsa hindamiskriteeriumina.

9. *Tailor-made* spetsifikatsioonist tulenevat konkurentsieelist saab neutraliseerida mitmel teel. Nii on konkurentsieelist mitteomaval ettevõtjal võimalus vaidlustada riigihanke alusdokument RHS § 185 lg 2 p 1 alusel. Samuti võib hankija ise muuta hanketingimusi leebemaks eesmärgil tõhustada konkurentsi riigihankes või võimaldada ettevõtjatel esitada alternatiivseid lahendusi ilma põhilahenduseta.
10. Konkurentsieeliste neutraliseerimise vahendiks on ka ettevõtja lepinguline kohustus jätta pakkumus või taotlus esitamata, s.o ettevõtja eemaldamine riigihankest võlaõigusliku lepingu alusel enne riigihanke menetluse käivitamist. Kui tavapäraselt kontrollitakse kõrvaldamisaluste esinemist *ex post*, siis lepingulise kohustuse puhul nihkub eelduste kontrollimis- ja kaalutluskohustus riigihanke ettevalmistamise etappi. Juhul, kui vaatamata kokkuleppele osaleb ettevõtja riigihankes, tuleb hankijal kõrvaldada ta riigihanke menetlusest RHS § 95 lg 4 p 7 alusel. Ettevõtjal on lähtuvalt RHS § 185 lg-st 1 ja lg 2 p-st 2 õigus vaidlustada hankija otsus tema kõrvaldamise kohta. Kui hankija otsus osutub õiguspäraseks, ei osale ettevõtja RHS § 96 lg 5 teise lause järgi edasises riigihankes. Juhul, kui hankija otsus osutub õigusvastaseks, osaleb ettevõtja edasises riigihankes ning hankija ja ettevõtja vahel sõlmitud kokkulepe osutub TsÜS § 87 järgi tühiseks.

III KAALUTLUSÕIGUS RHS § 95 LÕIKE 4 PUNKTI 7 ALUSEL ETTEVÕTJA KÕRVALDAMISEL

3.1. Hankija kaalutluskohustus

RHS-i järgi antakse hankijale fakultatiivsete kõrvaldamisaluste puhul igakordselt konkreetse juhtumi asjaolusid arvestades võimalus kaaluda isiku riigihanke menetlusest kõrvaldamise üle, välja arvatud riiklike maksude ja sotsiaalkindlustusmaksude tasumise kohustuse osas (vt hankedirektiivi artiklit 57 lg-t 2 ja RHS § 95 lg 1 p 4). Teisisõnu, Eesti seadusandja jättis hankijale õiguse ja ühtlasi ka kohustuse igakordselt asjaolusid arvestades kaaluda, kas ettevõtja tuleb riigihanke menetlusest kõrvaldada, kui ettevõtja on ühes või mõnes RHS § 95 lg-s 4 loetletud olukorras.²⁵⁵ See tähendab, et isegi siis, kui vastavad faktilised asjaolud esinevad ehk fakultatiivse kõrvaldamisaluse eeldused on täidetud, ei too see kaasa ettevõtja automaatset kõrvaldamist, vaid hankija peab neid asjaolusid uurima ja analüüsima.²⁵⁶

RHS § 95 lg 4 p 7 näeb ette võimaluse valida, kas kõrvaldada ettevõtja riigihanke menetlusest või mitte. Sisuliselt on tegemist otsustusdiskretsiooniga, mis tähendab, et otsustuse tegijal on õigus otsustada, kas rakendada õiguslikku tagajärge või mitte.²⁵⁷ Diskretsiooni iseloomust tulenevalt peab otsus olema põhjendatud selliselt, et võimaldab mõista, millest lähtudes ja milliseid asjaolusid arvestades on kaalutusotsuse tegija oma otsuse teinud.²⁵⁸ Seega peab hankija otsus kõrvaldada ettevõtja riigihankest olema põhjendatud ja kontrollitav.²⁵⁹ Hankija põhjendamata otsus on vastuolus läbipaistvuse, kontrollitavuse ja proportsionaalsuse põhimõtetega.²⁶⁰ Kuna kõrvaldamata jätmise otsust hankija tegema ei pea, esitab ta esmakordselt vastavasisulised põhjendused isiku menetlusest kõrvaldamata jätmise kohta vaid võimalikus vaidlustusmenetluses.²⁶¹ Kõrvaldamisaluste esinemise kontroll võib leida aset igas riigihanke menetluse etapis,²⁶² kuid enne hankelepingu sõlmimist.²⁶³ Seega saab ettevõtja kõrvaldamata

²⁵⁵ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 86.

²⁵⁶ VaKo 27.03.2018 32-18/193000 p 9.

²⁵⁷ K. Merusk. Administratsiooni diskretsioon ja selle kohtulik kontroll. Tartu: Tartu Ülikool, 1997, lk-d 25 ja 27.

²⁵⁸ VaKo 12.09.2017 133-17/187865 p 12.

²⁵⁹ RKHKo 3-3-1-24-13 p 26; RKHKo 3-3-1-54-03; TlnRnKo 3-12-119; VaKo 14.07.2017 96-17/184558 p 8; VaKo 26.05.2017 62-17/185341 p 19; VaKo 19.07.2017 99-17/184418 p 9.

²⁶⁰ VaKo 06.07.2017 94-17/178501 p 8.2.2.

²⁶¹ VaKo 19.07.2017 99-17/184418 p 9.

²⁶² C. R. Hamer. Art 57/57, 101. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*; H-J. Priess. (viide 113), lk-d 113-114; VaKo 27.07.2010 127-10/118823 p 9; VaKo 08.12.2010 238-10/119076 p 14.

jätmist vaidlustada pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamise kaudu, kuna pakkumuse edukaks tunnistamise menetlusega valib hankija isiku, kellega kavatseb hankelepingu sõlmida. Hankija ei saa hankelepingut sõlmida isikuga, kelle suhtes kohalduvad kõrvaldamise alused.²⁶⁴

Kaalutusõiguse teostamisel on kahtlemata oluline silmas pidada riigihangete seaduse eesmärke ja riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid.²⁶⁵ Nimelt võib hankija kõrvaldada ettevõtja RHS § 95 lg 4 p 7 alusel vaid siis, kui on tõendatud RHS § 95 lg 4 p 7 kaitsealasse kuuluva RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtte selline rikkumine, mis ei võimaldaks vastava põhimõtte järgimist riigihanke menetluses muude meetoditega tagada.²⁶⁶ Kui ei ole tuvastatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtte rikkumine, ei ole ettevõtja kõrvaldamine riigihanke menetlusest õigustatud. RHS § 95 lg 4 p 7 puhul nii õigusnormi kui RHS-i eesmärgist lähtuvalt on asjakohasteks RHS §-s 3 sätestatud põhimõteteks võrdne kohtlemine, sealhulgas diskrimineerimise keeld (RHS § 3 p 2, vt ka RHS § 2 lg-t 1, § 10 lg-t 2 ja 4) ja tõhusa konkurentsi tagamise põhimõtte (RHS § 3 p 3, vt ka RHS § 2 lg-t 1, § 10 lg-d 2-4). Seega tuleb ettevõtja kõrvaldamiseks RHS § 95 lg 4 p-s 7 sätestatud fakultatiivse kõrvaldamisaluse alusel tuvastada võrdse kohtlemise või tõhusa konkurentsi tagamise põhimõtte rikkumine. Lisaks tuleb kaalutusõiguse teostamisel riigihangetes lähtuda kaalutusõiguse teostamise üldistest reeglitest.²⁶⁷

Alljärgnevalt käsitleb magistritöö autor RHS § 95 lg 4 p 7 kaitsealas olevaid võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi tagamise põhimõtteid ning nende mõju ettevõtja kõrvaldamisele RHS § 95 lg 4 p 7 alusel. Kuna kaalutusotsuse langetamisel tuleb muu hulgas arvestada proportsionaalsuse põhimõtet,²⁶⁸ mis on ühtlasi riigihanke korraldamise üldpõhimõtteks²⁶⁹ (vt RHS § 3 p 2), käsitletakse ka proportsionaalsuse põhimõtet RHS § 95 lg 4 p 7 kontekstis, s.o proportsionaalsus *stricto sensu*. Seejärel käsitleb magistritöö autor üldiseid kaalutusõiguse teostamise reegleid RHS § 95 lg 4 p 7 puhul ning RHS § 95 lg 5 ja § 97 kohaldamata jätmist.

²⁶³ TlnRnKo 3-12-119 p 12; VaKo 15.02.2011 14-11/120502 p-d 8.1. ja 8.2.1.

²⁶⁴ VaKo 19.07.2017 99-17/184418 p 8.1.-8.3.; VaKo 05.09.2017 126-17/187197 p 18; VaKo 27.07.2010 127-10/118823 p 9; VaKo 15.02.2011 14-11/120502 p 8.2.1.; VaKo 08.12.2010 238-10/119076 p 14.

²⁶⁵ TlnRnKo 3-12-119 p 12.

²⁶⁶ VaKo 27.07.2010 127-10/118823 p 10; VaKo 08.12.2010 238-10/119076 p 14.

²⁶⁷ M. A. Simovart, N. Parrest. *Op cit*, lk 225.

²⁶⁸ VaKo 15.01.2019 261-18/199438 p 14.

²⁶⁹ J. M. Hebby, J. Meesters. Netherlands: The Proportionality Principle in the Dutch Public Procurement Act. – European Procurement & Public Private Partnership Law Review. 2014/4, lk 266; D. Koroljov. *Op cit*, lk-d 4-5.

3.2. Riigihanke korraldamise üldpõhimõtete tähendus RHS § 95 lg 4 p 7 alusel kõrvaldamisel

3.2.1. Võrdse kohtlemise põhimõte

Võrdne kohtlemine nõuab, et ettevõtjatele oleksid tagatud pakkumuste või taotluste koostamisel võrdsed võimalused.²⁷⁰ Ühtegi ettevõtjat ei tohi ilma objektiivse põhjuseta eelistada teisele. Selline eelistus kahjustab konkurentsi ning seab kahtluse alla maksumaksja raha sihipärase kasutamise. Turu-uuringus osalenud isiku puhul ei pruugi tegemist olla sama olukorraga, kui isiku puhul, kes turu-uuringus osalenud ei ole.²⁷¹ Seega peab hankija suurema tähelepanuga suhtuma pakkumustesse või taotlustesse, mis on esitatud ettevõtjate poolt, kelle pakkumuse või taotluse koostamisel on osalenud isik, kes ühtlasi osales ka turu-uuringus. Kuna sellised ettevõtjad on võrreldes teiste ettevõtjatega erinevas olukorras, võib ka nende eriviisiline kohtlemine olla objektiivselt põhjendatud.²⁷²

Ebavõrdse kohtlemise tuvastamiseks tuleb läbida kolmeastmeline test:

- tegemist on võrdsete (võrreldavate²⁷³ või sarnaste²⁷⁴) isikutega või olukordadega;²⁷⁵
- eksisteerib ebavõrdne kohtlemine;
- ebavõrdne kohtlemine ei ole objektiivselt põhjendatud.²⁷⁶

Isikuteks, keda tuleb võrrelda RHS § 95 lg 4 p 7 kontekstis, on riigihankes osalemisest huvitatud ettevõtjad, kellel on tegelik huvi ja võimalus riigihankes osaleda.²⁷⁷ Ebavõrdseks kohtlemiseks RHS § 95 lg 4 p 7 ja RHS § 10 mõistes tuleb pidada olukorda, kus ühel ettevõtjal on teatud konkurentsieelis teiste riigihankes osalemisest huvitatud ettevõtjate ees. Sellise ettevõtja võrdseks kohtlemiseks teiste ettevõtjatega peab eksisteerima õiguspärane eesmärk,²⁷⁸ nimelt

²⁷⁰ EKo 04.05.2017 kohtuasjas C-387/14, *Esaprojekt* p 36; EKo 07.04.2016 kohtuasjas C-324/14, *Partner* p 61; EKo 02.06.2016 kohtuasjas C-27/15, *Pippo Pizzo* p 36; EKo 18.10.2001 kohtuasjas C-19/00, *SIAC* p 34.

²⁷¹ EKo 03.03.2005 liidetud asjades C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom* p-d 27-28.

²⁷² A. S. Graells. *Op cit*, lk 375.

²⁷³ RKÜKo 3-3-1-86-15 p 47.

²⁷⁴ T. Annus. *Op cit*, lk 421.

²⁷⁵ S. Arrowsmith (viide 38), lk 130; RKPKo 3-4-1-51-14 p 62.

²⁷⁶ S. Arrowsmith (viide 38), lk 130; EKo 14.12.2004 kohtuasjas C-434/02, *Arnold Andre* p 68; EKo 09.09.2004 kohtuasjas C-304/01, *Hispaania Kuningriik* p 31; EKo 14.12.2004 kohtuasjas C-210/03, *Swedish Match* jt p 70.

²⁷⁷ TlnHKm 3-14-50374 p 7.

²⁷⁸ G. L. Goga. The General Principle of non Discrimination and Equal Treatment in the Legislation and Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. – Acta Universitatis Danubius. Vol 5. 2013/1, lk 142;

tuleb kontrollida, kas samas riigihankes konkurentsieelist omava ja mitteomava ettevõtja võrdne kohtlemine on sobiv ning vajalik. Ilmselge, et teiste ettevõtjate ees turu-uuringus osalemise tõttu konkurentsieelist omava ettevõtja võrdne kohtlemine teiste ettevõtjatega ei ole objektiivselt põhjendatav. Turu-uuringus osalemise tõttu konkurentsieelise omamine kahjustab ehk moonutab konkurentsi ning tõhusa konkurentsi tagamata jätmine rikub võrdse kohtlemise põhimõtet.²⁷⁹ Seetõttu kohustavad nii hankedirektiiv kui RHS hankijat võtma tarvitusele meetmed ettevõtjate vahel võrdse kohtlemise ja ausa konkurentsi tagamiseks (vt hankedirektiivi artikkel 41, RHS § 10 lg 2 viimane lause ja lg 4) ja seda just omandatud konkurentsieelise neutraliseerimise teel. Võrdse kohtlemise põhimõtet võib pidada konkurentsieesmärgi teenistuses olevaks.²⁸⁰

Tarvitusele võetud meetmetega võrdse kohtlemise põhimõtte tagamata jätmise korral suunab RHS § 10 lg 4 hankijat RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamise juurde, seega sisuliselt *ultima ratio* meetme juurde, mille kohaselt kohustub hankija kaaluma ettevõtja kõrvaldamist riigihankest. Ettevõtja kõrvaldamise teel neutraliseeritakse konkurentsieelis ning tagatakse ettevõtjate võrdne kohtlemine ja seeläbi nendevaheline tõhus konkurents.

3.2.2. Tõhus konkurents

Tõhus konkurents eeldab muu hulgas ka ettevõtjate võrdset kohtlemist.²⁸¹ Tõhusa konkurentsi tagamise seisukohalt on oluline, et oleks tagatud ettevõtjate võrdne kohtlemine, nimelt ükski ettevõtja ei tohi olla õigusvastaselt eelistatud. Hankijal on keelatud luua konkurentsieeliseid mõnele ettevõtjatest.²⁸² Seega on võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtted omavahel seotud.²⁸³ Võrdse kohtlemise põhimõtte ja mittediskrimineerimise keelu järgimine on moonutusteta konkurentsi eeldus. Kui eelistatakse põhjendamatult teatud ettevõtjat, ei saa rääkida moonutusteta konkurentsi tekkimisest.²⁸⁴ Nii näiteks peetakse ausa konkurentsi tagavaks meetmeks muu hulgas seda, et sama teave ja samad võimalused peavad olema tagatud kõigile riigihankest huvitatud isikutele.²⁸⁵ Sama kohustus, s.o kõigile ettevõtjatele võrdsete võimaluste

T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu Ülikool 2006. Juhendaja prof Aare Reenumägi, lk 55-56.

²⁷⁹ S. Treumer (viide 10), lk 103.

²⁸⁰ T. Ojasalu. *Op cit*, lk-d 86-87.

²⁸¹ A. S. Graells. *Op cit*, lk 108.

²⁸² D. Minumets. P. Kulm. *Op cit*, lk 26.

²⁸³ M. Steinicke. Art 18/169. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

²⁸⁴ T. Ojasalu. *Op cit*, lk 86.

²⁸⁵ O. P. Voda, C. Jobse. *Op cit*. lk 185.

tagamine on nimetatud ka võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise eeldusena.²⁸⁶ Samuti peeti RHS § 95 lg 4 p-ga 7 sisult identse kuni 31. augustini 2017. a kehtinud riigihangete seaduse § 38 lg 3 p-s 4 sisalduva fakultatiivse kõrvaldamisaluse eesmärgina silmas muu hulgas ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõtte elluviimist: ühele ettevõtjale eelisseisundi võimaldamine tähendab tema eelistamist võrreldes teiste ettevõtjatega, mis rikub võrdse kohtlemise põhimõtet.²⁸⁷

Seega, võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumine moonutab konkurentsi ja vastupidi, kui konkurents on moonutatud, ei saa olla tagatud ettevõtjate võrdne kohtlemine. Seetõttu käsitlevad RHS § 10 lg-s 3 loetletud meetmed võrdse kohtlemise põhimõtte tagamist ja selle tagamise võimatuse korral suunab RHS § 10 lg 4 hankijat RHS § 95 lg 4 p 7 juurde, mis käsitleb konkurentsi moonutamist. Sellest johtuvalt tuleb asuda seisukohale, et RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamiseks piisab ühe põhimõtte rikkumise tuvastamisest: kas võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumise või konkurentsi moonutuse tuvastamisest. Tavaliselt on kergem tuvastada võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist kui konkurentsi moonutust.²⁸⁸

Olgu lisatud, et ülaltoodu ei tähenda, et võrdse kohtlemise või tõhusa konkurentsi põhimõtte rikkumise jaatamisel ja seega RHS § 97 lg 4 p 7 kohaldamisel ei ole kohustuslik tuvastada konkurentsieelise omandamist. Sisuliselt toimub konkurentsieelise tuvastamine võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise kontrolli teisel tasandil. Nimelt tähendab teiste ettevõtjate ees konkurentsieelise omamine ebavõrdse olukorra olemasolu riigihankest huvitatud ettevõtjate vahel.

3.2.3. Proportsionaalsus *stricto sensu*

Proportsionaalsust kontrollitakse kolmel astmel: sobivus ehk kohasus, vajalikkus ja mõõdukus. Kaks esimest astet, s.o sobivus ja vajalikkus, mängivad magistritöö autori arvates rolli eelkõige RHS § 95 lg 4 p 7 järgsete muude konkurentsieeliseid neutraliseerivate meetmete tuvastamisel ja kasutamisel. Proportsionaalsuse kahe esimese astme kohta RHS § 95 lg 4 p 7 kontekstis vt magistritöö punkti 1.2.4.

Kaalutusõiguse teostamisel RHS § 95 lg 4 p 7 puhul aga omab magistritöö autori arvates rolli proportsionaalsuse põhimõtte kolmas aste, milleks on mõõdukus ehk proportsionaalsus *stricto*

²⁸⁶ EKo 04.05.2017 kohtuasjas C-387/14, *Esaprojekt* p 36; EKo 07.04.2016 kohtuasjas C-324/14, *Partner* p 61; EKo 02.06.2016 kohtuasjas C-27/15, *Pippo Pizzo* p 36.

²⁸⁷ D. Minumets. P. Kulm. *Op cit*, lk 27.

²⁸⁸ M. Steinicke. Art 40/8. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

sensu. Mõõdukus on proportsionaalsuse testi kõige raskem osa,²⁸⁹ mis on tihti seotud väärtushinnanguga ja määravaks võib saada hindaja subjektiivne arvamus.²⁹⁰ Seega on proportsionaalsuse põhimõtte kolmas aste enim kaalumist nõudev osa.²⁹¹

Proportsionaalsuse kitsamas mõttes (proportsionaalsus *stricto sensu*²⁹² või ingl k *balancing of interests* või *proportionality in the narrow sense*²⁹³) olemus seisneb selles, et piirangud ei tohi kahjustada kaitstud õigust rohkem, kui see on normi legitiimse eesmärgiga põhjendatav.²⁹⁴ Meetme mõõdukuse ehk proportsionaalsuse kitsamas mõttes kontrollimisel toimub kaalumise, kas meetme kasulikkus (eesmärgi tähtsus) kaalub üles isikute õiguste piiramise (sekkumise intensiivsuse ja ulatuse).²⁹⁵ Teisisõnu nõuab proportsionaalsus kitsamas mõttes erinevate väärtuste kaalumist ehk kas piiramise intensiivsus vastab kaitstava õigushüve väärtusele. Sel astmel toimub erinevate huvide tasakaalustamine – otsitakse, kas piirang ja selle kohaldamise põhjendus on omavahel mõistlikus vahekorras,²⁹⁶ adekvaatses proportsioonis.²⁹⁷

Mõõdukuse puhul tuleb arvestada, et põhimõtted annavad tegevuseks vaid umbkaudseid juhendeid, mistõttu põhimõtteid võib järgida „enam-vähem“. Teatud takistused võivad tingida selle, et põhimõtet ei arvestata. Kõrvalekalde võib tekitada juhtumit puudutav norm või mõni teine põhimõte.²⁹⁸ Riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid tuleb kohaldada vastastikusel mõjul, üht või teist põhimõtet esiplaanile seadmata.²⁹⁹ Konflikt ehk kollisioon põhimõtete vahel lahendatakse, vaagides põhimõtteid suhetes üksteisega.³⁰⁰ Nii ei ole välistatud kollisioon võrdse kohtlemise ja konkurentsi tõhusa tagamise ning proportsionaalsuse põhimõtete vahel, mille tulemusel eelistatakse konkreetse juhtumi asjaolusid, arvestades ühte või teist põhimõtet.³⁰¹

Hankedirektiivi põhjenduse 101 kolmanda lõigu kohaselt peaksid avaliku sektori hankijad fakultatiivseid kõrvalejätmise põhjuseid kohaldades pöörama erilist tähelepanu

²⁸⁹ T-I. Harbo. *Op. cit.* lk 165.

²⁹⁰ T. Annus. *Op. cit.* lk 247.

²⁹¹ N. Parrest. A. Aedmaa. Ülevaatluk õppematerjal haldusõigusest. Tallinn: Riigikantselei 2003.

²⁹² T-I. Harbo. *Op. cit.* lk 165; M. Triipan. (viide 116), lk 307.

²⁹³ B. Shueler. *Op. cit.* lk 232.

²⁹⁴ M. Ernits. PS § 11/3.1.– Eesti Vabariigi põhiseadus. Komm vlj. 3. trk. Tallinn: Juura 2012.

²⁹⁵ M. Ernits. PS § 11/3. ja 3.3.1. – Ü. Madise jt (koost). *Op cit*; T-I. Harbo. *Op. cit.* lk 165.

²⁹⁶ N. Parrest., A. Aedmaa. *Op cit.*

²⁹⁷ M. Triipan. (viide 116), lk 307; D. Koroljov. *Op cit*, lk 16.

²⁹⁸ A. Aarnio. *Op cit*, lk 68.

²⁹⁹ T. Kuusmann. RHSK § 3/8. – M. Simovart, M. Parind. *Op cit.*

³⁰⁰ A. Aarnio. *Op cit*, lk 69.

³⁰¹ T. Kuusmann. RHSK § 3/8. – M. Simovart, M. Parind. *Op cit.*

proportsionaalsuse põhimõttele. Väikesed rikkumised peaksid ainult erandjuhtudel viima ettevõtja kõrvaldamiseni. /.../ Magistritöö autori arvates käsitleb hankedirektiivi põhjendus 101 just proportsionaalsust kitsamas mõttes. Nimelt tuleb magistritöö autori hinnangul tõlgendada hankedirektiivi artikli 57 lg-t 4 *lit* f, hankedirektiivi põhjendust 101 ja vastavalt ka RHS § 95 lg 4 p 7 nii, et isegi siis, kui võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete tagamiseks ei ole muid kohaseid ja vajalikke meetmeid ning RHS § 95 lg 4 p 7 on täidetud, peab hankija siiski kaaluma ettevõtja kõrvaldamise mõõdukust. Sisuliselt peab hankija vaagima ettevõtja kõrvaldamise proportsionaalsust suhtes võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtetega. Piirang osaleda riigihankes ja selle kohaldamise põhjendus ehk võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi tagamine peavad olema omavahel mõistlikus vahekorras, adekvaatses proportsioonis. Võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete väheolulised rikkumised ei tohi kaasa tuua ettevõtja kõrvaldamist riigihankest. Nimelt ei peaks RHS § 95 lg 4 p 7 eelduste täitmine tähendama ettevõtja automaatset kõrvaldamist. Kui ettevõtja kõrvaldamine riigihankest kui tagajärg ei ole mõistlikus vahekorras taotletava eesmärgiga, tuleb jätta ettevõtja siiski kõrvaldamata.

Magistritöö autori arvates ei ole ettevõtja kõrvaldamine riigihankest mõõdukas ja seega proportsionaalne näiteks järgmises hüpoteetilises olukorras: ettevõtja omandatud informatsiooniline konkurentsieelis puudub üksnes väheolulist osa riigihanke esemest ning kas või RHS § 10 lg 4 alusel antud seletuste vahendusel tõendatud on asjaolu, et kuigi teabe valdamine oleks põhjustanud eelisseisundis oleva ettevõtja pakkumuse või teiste pakkujate pakkumuste korrigeerimise konkurentsieelist mitteomavate ettevõtjate jaoks soodsamas suunas, poleks see lõppkokkuvõttes mõjutanud riigihanke menetluse lõpptulemust.³⁰² Teisisõnu, ettevõtja kõrvaldamine riigihanke menetlusest võib minna vastuollu proportsionaalsuse põhimõttega, kui RHS § 95 lg 4 p 7 eeldused on täidetud, hankijal ei ole võimalik võtta tarvitusele muid meetmeid, kuid konkurentsieelis on niivõrd minimaalne, et see ei mõjuta riigihanke menetluse lõpptulemust, kuigi teatud määral rikub ettevõtjate võrdset kohtlemist ja tõhusat konkurentsi.

³⁰² M. Steinicke. Art 41/15. – Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit.* (analoogia korras).

3.3. Kaalutusõiguse teostamise reeglid

Hankija poolt kaalutusõiguse teostamine peab toimuma kaalutusõiguse piires, s.t hankija ei tohi ületada kõrvaldamisalusega ette antud kaalutuspiire.³⁰³ Nii ei tohi hankija jätta ettevõtjat RHS § 95 lg 4 p 7 alusel kvalifitseerimata, kuna ettevõtja kvalifitseerimine või kvalifitseerimata jätmine ei sõltu kohustuslike või fakultatiivsete kõrvaldamisaluste esinemisest.³⁰⁴ Kaalutusõiguse teostamine on kohustuslik. Nii ei tohi hankija RHS § 95 lg 4 p-s 7 sätestatud eelduste täitmise korral jätta ettevõtja riigihanke menetlusest kõrvaldamist kaalumata.³⁰⁵ Kaalutusõiguse realiseerimisel tuleb arvestada diskretsiooninormi eesmärki ja õiguse üldpõhimõtteid. Kuna RHS § 95 lg 4 p 7 eesmärgiks on tagada ettevõtjate võrdne kohtlemine ja tõhus konkurents,³⁰⁶ ei tohi ettevõtjat kõrvaldada riigihanke menetlusest, kui kõrvaldamine ei mõjuta ehk ei paranda ettevõtjate võrdset kohtlemist ega taga tõhusat konkurentsi.

Kaalutlemisel tuleb arvestada ka muid olulisi asjaolusid, sealhulgas RHS § 10 lg 4 vahendusel saadud selgitusi ja tõendeid, riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid;³⁰⁷ jätta tuginemata asjasse puutumatutele kaalutlustele,³⁰⁸ samuti ei tohi kaalutusõigust kuritarvitada.³⁰⁹

Vastavalt RHS § 10 lg-le 4, kui hankija võetud meetmed ei taga võrdse kohtlemise põhimõtte järgimist, annab hankija enne RHS § 95 lg 4 p 7 rakendamist ettevõtjale mõistliku tähtaja jooksul võimaluse selgitada ja tõendada, et tema kaasatus riigihanke ettevalmistamisse ei moonuta konkurentsi. RHS § 10 lg 4 näol on tegemist Euroopa Kohtu seisukoha kodifitseerimisega, mille kohaselt oleks hankelepingute sõlmimist reguleerivate direktiividega vastuolus säte, mis keelab hankijaga või hankeobjektiga seotud isikul pakkumuse esitamise absoluutselt, ilma et talle oleks jäetud võimalus tõendada, et konkreetse juhtumi asjaolusid arvestades ei kahjustaks saadud kogemus (sh riigihanke ettevalmistamisel osalemine) konkurentsi.³¹⁰ Sisuliselt sarnaneb RHS §

³⁰³ VaKo 26.09.2018 178-18/197342 p 24.

³⁰⁴ VaKo 19.07.2017 99-17/184418 p 8.1.-8.3.; VaKo 05.09.2017 126-17/187197 p 18; VaKo 15.02.2011 14-11/120502 p 8.1.

³⁰⁵ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 86.

³⁰⁶ TlnRnKo 3-12-119 p 12, 13; EKo 03.03.2005 liidetud asjades C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom* p-d 29 ja 30; VaKo 27.03.2018 32-18/193000 p 9.

³⁰⁷ TlnRnKo 3-12-119 p 12; hankedirektiivi põhjendus 101.

³⁰⁸ VaKo 17.04.2018 47-18/194852 p 18.

³⁰⁹ A. Aedmaa jt. *Op cit*, lk-d 277-285.

³¹⁰ A. S. Graells. *Op cit*, lk-d 374-375; EKo 03.03.2005 liidetud asjades C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom* p 36; EÜKo 12.03.2008 kohtuasjas T-345/03, *Evropaiki Dynamiki* p-d 71 ja 72; sisuliselt on hankedirektiivi artikkel 57 lg 4 lit f

10 lg 4 ärakuulamisõigusele HMS § 40 lg 1 tähenduses. Vaatamata HMS § 2 lg-s 2 sätestatule on hankelepingu sõlmimiseni viiv menetlus olemuslikult haldusmenetlus juhul, kui hankijaks on haldusorgan. HMS § 2 lg-t 2 on mõistlik tõlgendada nii, et ainult HMS 2. peatüki osas kehtib RHS kui eriseadus haldusorganiks oleva hankija suhtes. HMS-i ei kohaldata selliste hankijate suhtes, kes ei ole haldusorganiks HMS § 8 lg 1 mõistes. Hankekohustuse fakt ei muuda isikut haldusorganiks HMS § 8 lg 1 tähenduses, kuid analoogia korras ja lähtuvalt läbipaistvuse põhimõttest peab HMS 2. peatükk vastavalt kohalduma ka mitte-haldusorganist hankijate puhul.³¹¹

Sisuliselt annab ärakuulamise õigus ettevõtjale õiguse esitada arvamusi, vastuväiteid, selgitusi ja tõendeid hankija kavandatava kõrvaldamisotsuse kohta.³¹² Ärakuulamise õiguse andmine tagab hankija parema informeerituse, ettevõtja huvidega arvestamise ja otsuse sisulise kvaliteedi.³¹³ Samuti aitab see hankijal vältida võimalikke kaalutusvigasid,³¹⁴ eelkõige oluliste asjaolude arvesse võtmata jätmist, kaalutusõiguse kuritarvitamist. Nimelt võib ettevõtja RHS § 10 lg 4 alusel esitada andmed, selgitused ja tõendid, mida tuleb käsitleda oluliste asjaoludena kaalutusõiguse teostamisel, nt ettevõtjal võib osutada võimalikuks tõendada, et konkurentsieelist ei ole või tegemist on *de facto* olemusliku ehk loomuliku konkurentsieelisega, mille puhul RHS § 95 lg 4 p 7 ei kohaldata. Samuti võib ettevõtja, kasutades RHS § 10 lg-s 4 sisalduvat võimalust, seletada või tõendada, et tegelikult ei mõjuta konkurentsieelse olemasolu riigihanke tulemust ning tema kõrvaldamine riigihankest ei ole mõõdukas ehk proportsionaalne *stricto sensu*.

Pärast ettevõtjale RHS § 10 lg 4 alusel selgituste ja tõendite esitamise võimaluse andmist peab hankija lähtuvalt ettevõtjalt saadud tõenditest ja selgitustest veelkord kontrollima RHS § 95 lg 4 p 7 eelduste täidetust ja eelduste täitmise korral kaaluma ettevõtja kõrvaldamist riigihankest, eelkõige arvestades kõrvaldamise mõõdukust.

tervikuna Euroopa Kohtu *Fabricom* kohtuasjas väljendatud seisukoha kodifitseerimine, D. Soloveicik, K. Šimanskis. *Op cit*, lk-d 129-130.

³¹¹ M. Simovart, N. Parrest. § 1/28-31. – M. Simovart, M. Parind. *Op cit*.

³¹² RKHKo 3-3-1-46-12 p 24; RKHKo 3-3-1-76-12 p 10.

³¹³ RKHKo 3-3-1-56-02 p 9.

³¹⁴ RKHKo 3-3-1-49-14 p 26; A. Aedmaa jt. *Op cit*, lk-d 216-217.

3.4. Ajaliste piiride ja heastamise arvestamine kaalutusõiguse teostamisel

RHS § 95 lg 5 kohaselt kohaldatakse RHS § 95 lg-t 4 ehk fakultatiivseid kõrvaldamisaluseid hankemenetlustes, mis on alanud kolme aasta jooksul RHS § 95 lg-s 4 nimetatud teo toimepanemisest või aluse esinemisest arvates.

Seoses RHS § 95 lg 5 võimaliku arvestamisega RHS § 95 lg 4 p 7 järgse kõrvaldamisaluse puhul tuleb esmalt märkida, et RHS § 95 lg 4 p-s 7 (ja vastavalt ka punktis 6) sisalduvad fakultatiivsed kõrvaldamisalused on oma olemuselt erinevad kõikidest muudest RHS § 95 lg-tes 1 ja 4 loetletud kõrvaldamisalustest. Kui ülejäänud kõrvaldamisalused käsitlevad asjaolusid, mis puudutavad ettevõtja usaldusväärstust (RHS § 95 lg 1 p-d 1–3, 5, lg 4 p-d 2, 4–5, 8–11) ja tema võimet hankelepingat täita (RHS § 95 lg 1 p 4, lg 4 p-d 1, 3), siis RHS § 95 lg 4 p-d 6 ja 7 eksisteerivad pelgalt eesmärgil tagada ettevõtjate võrdne kohtlemine ja tõhus konkurents. RHS § 95 lg 4 p-des 6 ja 7 nimetatud kõrvaldamisaluste esinemist võib kontrollida ainult juhtumipõhiselt iga riigihanke puhul eraldi, kuna tegemist ei ole selliste kõrvaldamisalustega, mis võiksid samaaegselt kehtida kõigi riigihangete suhtes. Seega ei saa RHS § 95 lg-t 5 kohaldada ei RHS § 95 lg 4 p-s 6 ega p-s 7 sätestatud fakultatiivse kõrvaldamisaluse suhtes.³¹⁵

Sama seisukohta kinnitab ka see, et RHS § 95 lg 5 aluseks olev hankedirektiivi artikkel 57 lg 7 käsitleb kõrvaldamisperioodi maksimaalset pikkust, kui ettevõtja ei võtnud heastamise meetmeid oma usaldusväärseuse tõendamiseks. Seega kohaldub hankedirektiivi artikli 57 lg 7 järgi kehtestatud kõrvaldamisperioodi maksimaalne pikkus üksnes nende kõrvaldamisaluste puhul, mille suhtes on ettevõtjal võimalik võtta tarvitusele heastamise meetmed ehk enda parandada.³¹⁶

RHS § 97 annab pakkujale ja taotlejale võimaluse võtta tarvitusele meetmed oma usaldusväärseuse taastamiseks (heastamine ehk *self-cleaning*). Heastamise mõtte on anda ettevõtjale võimalus heastada enda varem toimepandud rikkumised, enda parandada,³¹⁷ n-õ alustada algusest peale.³¹⁸ Riigihanke korraldamise üldpõhimõtete vahetuks adressaadiks on hankija, mitte ettevõtja.³¹⁹ Nii kohustab RHS § 3 hankijat järgima riigihanke korraldamise

³¹⁵ Analoogia korras H-J. Priess. (viide 113), lk-d 120-121, 123.

³¹⁶ A. S. Graells. *Op cit*, lk 291: *determine the maximum period of exclusion if no [self-cleaning] measures /.../ are taken by the economic operator to demonstrate its reliability.*

³¹⁷ K. Härginen, M. A. Simovart. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? – *Juridica* 2013/IX, lk 629.

³¹⁸ C. R. Hamer.. Art 57/103. - Steinicke/Vesterdorf (edit). *Op cit*.

³¹⁹ RKKKo 3-1-1-89-15 p 24; analoogia korras keskkonnaõiguse põhimõtete kohta H. Veinla. *Op cit*, lk-d 56-57; M. A. Simovart, N. Parrest. RHSK § 1/8. – M. Simovart, M. Parind. *Op cit*.

üldpõhimõtteid. Sama on ka RHS § 95 lg 4 p 7 ja RHS § 10 lg-te 2 ja 4 puhul, mis panevad hankijale (mitte ettevõtjale) kohustuse võtta tarvitusele asjakohased meetmed läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete tagamiseks (vt RHS § 10 lg-te 2–4 sõnastust: tagab hankija mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimise; võtab hankija tarvitusele meetmed konkurentsi moonutamise ärahoidmiseks; kui hankija võetud meetmed ei taga võrdse kohtlemise põhimõtte järgimist). Seega ei ole RHS § 97 alusel hankija riigihanke korraldamise üldpõhimõtete järgimise ja tagamise kohustuse ülekandmine ettevõtjale õigustatud. Samas peavad võimalikud konkurentsieelised RHS § 95 lg 4 p 7 kontekstis olema neutraliseeritud enne pakkumuste või taotluste esitamist. RHS § 10 lg 4 näeb ettevõtjale ette võimaluse esitada vastavasisulised tõendid ja selgitused konkurentsimoonutuste puudumise kohta pärast pakkumuste või taotluste esitamist. RHS § 97 lg 1 kohustab ettevõtjat esitama tõendid ja selgitused samal ajal koos pakkumusega või taotlusega. Tuleb lisada, et RHS § 97 lg-s 1 sätestatud ajaline piirang võib olla vastuolus hankedirektiivi artikli 57 lg-ga 6, kuna viimane ei määra konkreetset aega heastamismeetmete tarvituselevõtmiseks. Teisisõnu võib RHS § 97 lg 1 olla ebaproportsionaalne ja minna vastuollu tõhusa konkurentsi tagamise põhimõttega ning seega ka Euroopa Liidu õigusega.³²⁰ Kuna RHS § 10 lg 4 käsitleb eranditult RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamist, on alust asuda ka seisukohale, et RHS § 10 lg 4 ja RHS § 97 on eri- ja üldnormi vahekorras (*lex specialis derogat legi generali*). Kuna RHS § 95 lg 4 p 7 ei käsitle ettevõtja usaldusväärst, ei ole RHS § 95 lg 5 ja § 97 kohaldatav RHS § 95 lg 4 p-s 7 sätestatud kõrvaldamisaluse suhtes.

RHS § 95 lg 5 kohaldamise osas tuleb veel rõhutada, et konkurentsieelise omamine turu-uuringus osalemise tõttu on oma olemuselt ühe konkreetse riigihankega seotud ajutine seisund, mis lakkab olemast vastavasisuliste meetmete tarvitusele võtmisega hankija poolt või riigihanke lõppemisega. Teiste RHS § 95 lg-s 4 käsitletud kõrvaldamisaluste puhul on ette nähtud karistusõiguslikud (RHS § 95 lg 4 p-d 2, 5, 9–11 ja KarS³²¹ § 81), tsiviilõiguslikud (RHS § 95 lg 4 p 2–5, 8–10 ja TsÜS § 142 jj) ja haldusõiguslikud (RHS § 95 lg 4 p-d 1 ja 11 ning MKS³²² §-d 98 ja 132) aegumistähtajad. Nimelt jäetakse teatud aja möödumisel teatud teod ja seisundid arvesse võtmata. Seega võib ka RHS § 95 lg 5 kohaldamine olla selliste kõrvaldamisaluste puhul õigustatud. Mis puudutab teisi fakultatiivseid kõrvaldamisaluseid, siis RHS § 95 lg 4 p-s 3

³²⁰ M. A. Simovart, K. Härginen. Estonia: faithful in transposing, stumbling and domestic needs. – S. Treumer, M. Comba. *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing 2018, lk 52.

³²¹ Karistusseadustik – RT I, 13.03.2019, 2.

³²² Maksukorralduse seadus – RT I, 13.03.2019, 2.

kirjeldatud seisundis olev ettevõtja ei tohi PankrS³²³ § 35 lg 1 p 4 ning ÄS § 372 lg 3, § 117 lg 2 (ja § 125 lg 2), § 209 lg 3 järgi sisuliselt äritegevuses osaleda. Likvideerimise puhul on vastuolus likvideerimise eesmärgiga juriidilise isiku põhikirjaliste eesmärkide saavutamisele suunatud tegevus, äriühingu puhul majandustegevuse jätkamine senisel viisil, sealhulgas võimalike pikemaajaliste investeeringute kavandamine ja abinõude rakendamine nende elluviimiseks.³²⁴ Seega võib hankija kaalutusõigus RHS § 95 lg 4 p 3 kohase kõrvaldamisaluse esinemise puhul redutseerida nullini. Nii mõningatel (fakultatiivsetel) kõrvaldamisalistel peaks siiski kõrvaldamine igal juhul toimuma, nt isiku pankrot.³²⁵ Leidub ka teisi arvamusi, mille kohaselt likvideerimisel oleva ettevõtja osavõtt riigihankest on siiski lähtuvalt juhtumi asjaoludest võimalik.³²⁶

Kohaliku maksu maksuvõla esinemine (RHS § 95 lg 4 p 1) on sarnaselt RHS § 95 lg 4 p-s 7 sätestatud konkurentsieelise omamisele ka ajutine seisund. RHS § 95 lg 6 sätestab erireegli RHS § 95 lg 5 suhtes (*lex specialis derogat legi generali*). Nimelt peab ettevõtjal esinev maksuvõlg olema tasutud või ajatatud hankija määratud tähtaja jooksul. Samas ei ole RHS § 95 lg-s 5 sätestatud tähtaja saabumine maksuvõla esinemise puhul võimalik. Nimelt on tähtpäevaks tasumata maksusummalt arvestatud tasumata intress maksuvõlaks MKS tähenduses (vt MKS § 32 p 4).³²⁷ Intressi arvestatakse jooksvalt kogu viivituse aja eest, seega lükkuks RHS § 95 lg-s 5 sätestatud tähtaeg pidevalt (selle kohaldamise korral) edasi. Sama on ka RHS § 95 lg 4 p 7 järgse konkurentsieelisega, mis sisuliselt esineb seni, kuni tarvitusele võetakse asjakohased meetmed ehk RHS § 95 lg-s 5 sätestatud tähtaeg (selle kohaldamise korral) lükkuks pidevalt edasi.

Objektiivsuse eesmärgil tuleb sedastada, et esineb ka teistsugune arvamus, mille kohaselt RHS § 95 lg 4 p 7 aluseks oleva hankedirektiivi artikli 57 lg 4 *lit f* puhul arvutatakse maksimaalset kõrvaldamisperioodi alates ajast, kui konkurentsieelist ei ole muude vahenditega võimalik vältida.³²⁸

Ülaltoodust johtuvalt asub magistritöö autor seisukohale, et nii RHS § 95 lg 5 kui RHS § 97 ei kohaldu RHS § 95 lg 4 p-s 7 sätestatud fakultatiivse kõrvaldamisaluse puhul.

³²³ Pankrotiseadus – RT I, 19.03.2019, 2.

³²⁴ K. Saare. TsÜSK § 41/3.4. – P. Varul jt. (viide 254).

³²⁵ Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde, lk 86.

³²⁶ M. A. Simovart, K. Härginen. *Op cit*, lk 49.

³²⁷ L. Lehis. Maksuõigus. Tallinn: Juura 2012, lk-d 156-158.

³²⁸ EXPP Transposition WIKI (avalikustamata allikas Rahandusministeeriumi valduses).

3.5. Kokkuvõtvad järeldused

1. RHS § 95 lg 4 p 7 näeb ette otsustusdiskretsiooni: hankijal on kohustus otsustada ettevõtja kõrvaldamise üle.
2. Hankija võib kohaldada RHS § 95 lg 4 p 7 ainult siis, kui on tuvastatud võrdse kohtlemise või tõhusa konkurentsi tagamise põhimõtte rikkumine.
3. Reeglina tähendab võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumine ka konkurentsi moonutamist, seega tõhusa konkurentsi tagamise põhimõtte rikkumist ja *vice versa*.
4. Kaalutusõiguse kasutamisel tuleb arvestada kõrvaldamise mõõdukust. Nii võib ettevõtja kõrvaldamine riigihankest olla ebaproportsionaalne *stricto sensu*, kui turu-uuringus osalemise tõttu omandatud konkurentsieelis on niivõrd minimaalne, et see ei mõjuta riigihanke menetluse lõpptulemust, kuigi teatud määral rikub ettevõtjate võrdset kohtlemist ja tõhusat konkurentsi.
5. RHS § 10 lg-s 4 sätestatud ärakuulamise õiguse andmine tagab hankija parema informeerituse, ettevõtja huvidega arvestamise, otsuse sisulise kvaliteedi. Samuti aitab see hankijal vältida võimalikke kaalutusvigu, eelkõige oluliste asjaolude arvesse võtmata jätmist ja kaalutusõiguse kuritarvitamist.
6. RHS § 95 lg 5 ega § 97 ei kohaldu RHS § 95 lg 4 p-s 7 sätestatud fakultatiivse kõrvaldamisaluse puhul.

KOKKUVÕTE

Käesoleva magistritöö eesmärgiks oli selgitada, millistest kaalutlustest peab hankija lähtuma turu-uuringu korraldamisel ja RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamisel ning koostada vastav tegevemisskeem. Selle eesmärgi saavutamiseks seadis magistritöö autor järgmised vaheeesmärgid: avada RHS § 95 lg 4 p 7 eesmärk; sisustada RHS § 95 lg 4 p 7 kõrvaldamiskooseis ja eeldused; avada RHS § 10 lg-s 3 otseselt nimetatud meetmete tähendus; leida täiendavad võimalikud konkurentsi moonutamist ärahoidvad meetmed.

Magistritöö käigus leiti, et RHS § 95 lg 4 p 7 eesmärk on vältida olukorda, kus riigihanke ettevalmistavas etapis osalenud või muul viisil hankijaga seotud isik võiks olla oma pakkumuse või taotluse koostamisel eelistatud. RHS § 95 lg 4 p 7 sisaldab kahte fakultatiivset kõrvaldamiskooseisu:

- pakkumuse või taotluse koostamisel osales isik, kes osales sama riigihanke ettevalmistamisel ja see annab ettevõtjale informatsioonilise või muu eelise teiste pakkujate või taotlejate ees, ning sellest tingitud konkurentsi moonutamist ei ole muude vahenditega võimalik vältida;
- pakkumuse või taotluse koostamisel osales isik, kes on muul viisil hankijaga seotud ja see annab ettevõtjale informatsioonilise või muu eelise teiste pakkujate või taotlejate ees ning sellest tingitud konkurentsi moonutamist ei ole muude vahenditega võimalik vältida.

Sisustatud kõrvaldamiskooseisudest tulenevalt sisaldab RHS § 95 lg 4 p 7 järgmisi kumulatiivseid eeldusi:

- isik osales pakkumuse või taotluse koostamisel;
- sama isik osales riigihanke ettevalmistamisel või on muus seoses hankijaga;
- ettevõtja saab sellise riigihanke ettevalmistamisel osalemise või muu seotuse tõttu hankijaga konkurentsieelise;
- konkurentsimoonutust ei saa teisiti vältida.

Pakkumuse või taotluse koostamisel osalemine võib olla otsene või kaudne. Otsene osalemine tähendab faktilist osalemist pakkumuse või taotluse koostamisel. Kaudse osalemisega on tegu siis, kui isik, kes võttis turu-uuringust osa, vahetult ei tegele ettevõtja pakkumuse või taotluse koostamisega, kuid turu-uuringus osalemise tõttu tema valduses olevat informatsioonilist või muud konkurentsieelist kasutatakse ettevõtja pakkumuse või taotluse koostamisel.

Hankedirektiiv ja RHS käsitlevad kahte liiki osalemist riigihanke ettevalmistamisel: turu-uuring ja muu kaasatus riigihanke ettevalmistamisse. Turu-uuringu läbiviimine tähendab turul olemasoleva või tuleviku olukorraga tutvumist. Muu kaasatus riigihanke ettevalmistamisse hõlmab kõiki võimalikke olukordi. Nii turu-uuringu kui muu kaasatuse puhul kohaldub hankedirektiivi artikkel 41 ja RHS § 10 ning kui asjakohased eeldused on täidetud ka RHS § 95 lg 4 p 7. Muu seos hankijaga RHS § 95 lg 4 p 7 tähenduses on igasugune asjaolu, mis hankijat ja isikut ühendab, näiteks ühinguõiguslik seos või muud seosed nagu ühised (kuid turu-uuringus mitteosalenud) töötajad jm.

RHS § 95 lg 4 p 7 käsitleb kahte liiki konkurentsieeliseid: informatsiooniline ja muud konkurentsieelised. Informatsioonilised konkurentsieelised on seotud turu-uuringus vahetatud teabe kasutamisega. Ajalist eelist peetakse samuti informatsiooniliseks konkurentsieeliseks. Muu konkurentsieelis võib seisneda eeskätt nn *tailor-made* spetsifikatsioonides või muudes konkreetset ettevõtjat soodustavates hanketingimustes (nn suunatud hanked). Samuti tuleb muu konkurentsieeliseks käsitleda olukorda, kui hankija ja pakkumuse või taotluse koostamisel osaleva isiku vahel on turu-uuringu või muu seose tõttu tekkinud selline suhe, et hankija töötajad eelistavad pakkumuste võrdlemise ja hindamise etapil või riigihankes üldiselt konkreetset ettevõtjat ja tema pakkumust või taotlust. Loomuliku ehk *de facto* konkurentsieelise puhul RHS § 95 lg 4 p 7 ei kohaldu.

RHS § 95 lg 4 p 7 sätestab n-ö *ultima ratio* meetme konkurentsieelise neutraliseerimiseks ning võrdse kohtlemise põhimõtte ja tõhusa konkurentsi tagamiseks. Nimelt võib ettevõtja riigihankest kõrvaldada vaid siis, kui teist vähem koormavat, kuid sama efektiivset ehk kohast ja vajalikku meetet konkurentsieelise neutraliseerimiseks ja seeläbi võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi põhimõtete tagamiseks ei ole. RHS § 10 lg-s 3 toodud meetmete loetelu on lahtine ning sõnaselgelt loetletud meetmetest nii eraldi kui kogumis ei pruugi piisata kõigi võimalike konkurentsieeliste neutraliseerimiseks ja konkurentsimoonutuste vältimiseks. Teised meetmed RHS § 95 lg 4 p 7 ja § 10 lg 3 tähenduses peavad vastama proportsionaalsuse põhimõttele.

Turu-uuringu kavandamisest tuleb teatada mõistlik aeg ette. Turu-uuringu kavandamise teave peab sisaldama muu hulgas infot, mis puudutab turu-uuringu läbiviimise reegleid. Samuti peavad turu-uuringus osalemist planeerivad ettevõtjad olema teadlikud, et turu-uuring ei ole ühelegi poolele siduv, turu-uuringus vahetatud teavet jagatakse ka teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele ning turu-uuringus osalemise tagajärjel võidakse ettevõtja RHS § 95 lg 4 p 7 eelduste täitmise korral riigihankest kõrvaldada. Etteteatamine võimaldab kaasata turu-uuringusse võimalikult palju pädevaid ettevõtjaid, iseseisvaid ja sõltumatuid eksperte. Kõige

parem meetod vältida võrdse kohtlemise ja tõhusa konkurentsi tagamise põhimõtete võimalikku rikkumist on kaasata turu-uuringusse ainult iseseisvaid ja sõltumatuid eksperte, kes ei oma huvi hankelepingu sõlmimise vastu ning kelle peategevuseks on teatud valdkonnas konsultatsiooniteenuste osutamine. Eelkõige tuleb hankijal proovida leida sõltumatud eksperdid ja asutused ning alles siis, kui see ei osutu võimalikuks, kaasata turu-uuringusse riigihankes osalemisest huvitatud omavahel konkureerivaid ettevõtjaid. Omavahel konkureerivate ettevõtjate kaasamine aitab takistada nn *tailor-made* spetsifikatsioonide hankijale pealesurumist ja hankija ja pakkumuse või taotluse koostamisel osaleva isiku vahel sellise suhte tekkimist, kus hankija teenistujad eelistavad turu-uuringule järgnevas riigihankes konkreetset ettevõtjat tema pakkumuse hindamisel või riigihankes üldiselt. Turu-uuringus vahetatud teabe kogumist ja jäädvustamist võimaldava infotehnoloogilise lahenduse väljatöötamine ja kasutamine aitaks kaasa vahetatud teabe edastamisele teistele riigihankest huvitatud ettevõtjatele moonutamata kujul ja täies mahus.

Piisavalt pika tähtaja määramisel pakkumuste või taotluste esitamiseks tuleb lähtuda RHS § 92 lg-st 1 koostoimes RHS § 10 lg 2 p-ga 2. Mingil juhul ei tohi määrata riigihangete seaduses sätestatud minimaalseid ja lühendatud tähtaegu. Reeglina peab piisavalt pikk tähtaeg olema võimaldatud riigihanke algatamisest peale.

RHS § 10 lg 3 p 1 järgi kuulub jagamisele mitte ainult ettevõtjatele turu-uuringu raames edastatud, vaid kogu teave, mida on hankija ja ettevõtjad turu-uuringus vahetanud. Turu-uuringus vahetatud teave peab olema jagatud kogu mahus, ilma moonutusteta, samuti peab vahetatav teave olema täpne, selge ja üheselt mõistetav. Informatsioonilist konkurentsielist võib vältida nn *Chinese Walls* meetodi kasutamise abil. Nimelt korraldatakse ettevõtja meeskond ümber nii, et turu-uuringus osalenud füüsilised isikud ei osale ettevõtja pakkumuse või taotluse koostamisel ning on füüsiliselt, funktsionaalselt või organisatsiooniliselt eraldatud isikutest, kes tegelevad pakkumuse või taotluse koostamisega. *Chinese Walls* meetodit võib kasutada eelkõige abistava meetmena RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamise riski maandamiseks.

Erilist suhet hankija ja pakkumuse või taotluse koostamisel osaleva isiku vahel võib neutraliseerida ümberkorraldustega hankija meeskonnas, vabatahtliku keskse hankija ja ühishankimise instituutide või riigihanke menetluse läbiviimise teenuse sisseostu teel, piiratud juhtudel madalaima maksumuse kasutamisega ainsa hindamiskriteeriumina. Hankija meeskonna ümberkorraldamise puhul ei tohi riigihankes osaleda hankija teenistujad, kes korraldasid turu-uuringu läbiviimist või suhtlesid isikutega, kes osalevad ettevõtja pakkumuste või taotluste koostamisel. Alternatiivselt hankija struktuurisisesele teenistujate asendamisele võib kõne alla

tulla hankija asendamine muu hankijaga. Kuna vabatahtliku keskse hankija pädevuses on muu hulgas riigihanke tugiteenuste osutamine, võib alternatiiviks olla turu-uuringu läbiviimise teenuse tellimine vabatahtlikult keskselt hankijalt. Samuti võib kõne alla tulla riigihanke menetluse läbiviimine vastavat teenust pakkuva ettevõtja poolt. Puuduseks on see, et teenust osutav ettevõtja on hankijaga rahaliselt seotud või võib olla huvitatud pidevast koostööst hankijaga, seega võib ta arvesse võtta ja eelistada hankija töötajate turu-uuringus ja selle tulemusel väljakujunenud arvamusi ja eelistusi konkreetsete ettevõtjate ja pakumuste või taotluste kohta. Madalaima maksumuse sätestamine ainsa hindamiskriteeriumina võib neutraliseerida hankija ja pakumuse koostamisel osaleva isiku vahelisest erisuhtest tulenevaid konkurentsieeliseid. Puuduseks on see, et madalaima maksumuse kasutamine ainsa hindamiskriteeriumina läheb eeldatavasti vastuollu teiste riigihangete õiguse põhieesmärkidega.

Lisaks suuremale kaasatusele korraldatavasse turu-uuringusse võidakse nn *tailor-made* spetsifikatsioonidest ja muudest konkreetset ettevõtjat soodustavatest hanketingimustest tulenevate konkurentsieeliste neutraliseerimiseks kasutada selliseid meetmeid nagu hanketingimuste leebemaks muutmine ja alternatiivsete lahenduste esitamise võimaldamine. Esiteks võib hankija ise muuta tehnilise kirjelduse või muu tingimuse leebemaks eesmärgil tõhustada konkurentsi riigihankes. Teiseks võib hankija lubada esitada riigihankele alternatiivseid lahendusi ilma põhilahenduseta. Lisaks on nn *tailor-made* spetsifikatsioonid ja muud konkreetset ettevõtjat soodustavad hanketingimused vaidlustatavad üldises korras.

Kõiki konkurentsieeliseid sõltumata nende iseloomust neutraliseerib ettevõtja lepinguline kohustus jätta pakumuse või taotlus esitamata. Nimelt eemaldatakse ettevõtja riigihankest võlaõigusliku lepingu alusel enne riigihanke menetluse käivitamist. Samas on oluline, et enne lepingu sõlmimist peab hankija kontrollima RHS § 95 lg 4 p 7 eelduste täidetust ja sellise kokkuleppe sõlmimise proportsionaalsust.

Kuna hankija turu-uuringu järgsetest tegevustest, eelkõige tarvitusele võetavatest meetmetest sõltub RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamine ja ettevõtja osalemine edasises riigihankes, on muu hulgas ka ettevõtjal õigus vaidlustada hanke alusdokument ja nõuda selle kooskõlla viimist RHS § 10 lg-s 3 sätestatuga.

RHS § 95 lg 4 p-s 7 sisalduvat kõrvaldamisalust saab rakendada vaid siis, kui on tuvastatud kas võrdse kohtlemise või tõhusa konkurentsi põhimõtte rikkumine. Reeglina tähendab võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumine ka konkurentsi moonutamist, seega tõhusa konkurentsi tagamise põhimõtte rikkumist ja *vice versa*.

RHS § 95 lg 4 p 7 näeb ette kaalutusõiguse, mis tähendab, et hankijal on õigus ja kohustus otsustada, kas vastavasisuliste eelduste täitmise korral rakendada õiguslikku tagajärge või mitte. Kaalutusõiguse teostamisel tuleb lähtuda kaalutusõiguse teostamise üldistest reeglitest. Nimelt peab kaalutusõiguse teostamine olema kohustuslik ja toimuma kaalutusõiguse piires. Samuti tuleb arvestada diskretsiooninormi eesmärki, kõiki olulisi asjaolusid ning ei tohi lähtuda asjassepuutumatumest asjaoludest. Keelatud on kaalutusõiguse kuritarvitamine. Kaalutusõiguse teostamisel tuleb lähtuda õiguse, sh riigihangete õiguse üldpõhimõtetest, seega ka proportsionaalsuse põhimõttest. Nii võib ettevõtja kõrvaldamine riigihankest olla vastuolus proportsionaalsusega *stricto sensu* ja seega õigusvastane.

Enne lõpliku ettevõtja kõrvaldamisotsuse langetamist on hankija kohustatud RHS § 10 lg 4 alusel andma ettevõtjale võimaluse esitada oma arvamus, vastuväited, selgitused ja tõendid, mis puudutavad ettevõtja kõrvaldamist riigihankest. Nii võib ettevõtja selgitada või tõendada, et tegelikult konkurentsieelist ei ole või tegemist on loomuliku konkurentsieelisega. Samas võib ettevõtja tugineda nn *Chinese Walls* meetodi edukale kasutamisele või sellele, et tema kõrvaldamine läheks vastuollu proportsionaalsuse põhimõttega. Ettevõtjale ärakuulamise õiguse andmine tagab hankija parema informeerituse, ettevõtja huvidega arvestamise ja otsuse sisulise kvaliteedi. Samuti aitab see vältida võimalikke kaalutusvigu. Pärast ettevõtjalt selgituste ja tõendite saamist peab hankija teostama täiendavat RHS § 95 lg 4 p 7 eelduste täitmise kontrolli, samuti kontrollima võimalike kaalutusvigade esinemist.

RHS § 97 ega § 95 lg 5 ei kohaldu RHS § 95 lg 4 p-s 7 sätestatud fakultatiivse kõrvaldamisaluse puhul.

Ettevõtja kõrvaldamisotsus peab olema põhjendatud. Otsust ettevõtja kõrvaldamata jätmise kohta tegema ei pea. Ettevõtja kõrvaldamine riigihankest ja tema kõrvaldamata jätmine on vaidlustatav. Kõrvaldatud ettevõtja ei osale edasises riigihankes ning seega ei ole sellise ettevõtjaga hankelepingu sõlmimine võimalik.

Lähtuvalt magistritöös käsitletust on koostatud tegutsemiskeem, mis saab olla abiks turu-uuringu korraldamisel, RHS § 95 lg 4 p 7 kõrvaldamiskoosseisu ja eelduste sisustamisel ja täitmise kontrollimisel ning kõrvaldamisaluse kohaldamisel. Skeem on toodud magistritöö lisas 1. Lisaks teeb magistritöö autor lähtuvalt magistritöös käsitletust RHS § 95 lg 4 p 7 ja § 10 lg-te 2 ja 3 muudatusettepanekud. Muudatusettepanekud on toodud magistritöö lisas 2.

Magistritöö autor tänab Mari Ann Simovarti magistritöö juhendamise eest.

ОТСТРАНЕНИЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЯ ОТ УЧАСТИЯ В ГОСУДАРСТВЕННОЙ ЗАКУПКЕ ИЗ-ЗА КОНКУРЕНТНОГО ПРЕИМУЩЕСТВА

РЕЗЮМЕ

Согласно закону о государственных поставках (RHS) § 4 пункту 16 государственной закупкой является покупка вещи, заказ услуги, получение проектной концепции, заказ строительной работы или заключение концессионного договора со стороны заказчика. Как и обыкновенный покупатель, так и заказчик в понятии закона о государственных закупках свободен сам решать, какая вещь или услуга ему требуется, и что он хочет приобрести. Уже в процессе подготовки государственной закупки заказчик часто нуждается в изучении существующего рынка и предлагаемых на нем решений. Для этой цели директива о государственных закупках и RHS § 10 ясно предусматривают возможность проведения исследования рынка.

С помощью исследования рынка у заказчика появляется возможность консультироваться с независимыми экспертами, а также предпринимателями и использовать полученную в рамках исследования рынка информацию при планировании государственной закупки и её проведении (RHS § 10 часть 2). В связи с проведением исследования рынка и использованием полученных в рамках исследования информации у заказчика появляются дополнительные обязательства, которые исходят, в первую очередь, из RHS § 10 частей 2-4, § 95 части 4 пункта 7 и установленных в RHS § 3 общих принципов государственных закупок. RHS § 10 часть 2 позволяет заказчику при планировании и проведении государственной закупки использовать информацию и рекомендации, полученные в рамках исследования рынка, при условии, что это не приводит к искажению конкуренции. Также заказчик обязуется обеспечивать соблюдение принципов прозрачности и отсутствия дискриминации. Третья часть того же параграфа обязует заказчика применить соответствующие меры для предупреждения искажения конкуренции. RHS § 10 часть 4 обязует заказчика обеспечивать принцип равного обращения и при невозможности обеспечения названного принципа направляет заказчика к RHS § 95 части 4 пункту 7. RHS § 95 часть 4 пункт 7 позволяет заказчику отстранить от тендера оферента или заявителя, если в составлении оферты или тендерной заявки (далее оферты) которого принимало участие лицо, которое участвовало в подготовке той же государственной закупки или связано с заказчиком иным образом, вследствие чего известная этому лицу информация предоставляет ему преимущества перед другими участниками государственной закупки,

и обусловленного данным фактом искажения конкуренции невозможно избежать другими способами. Таким образом, организовывая исследование рынка, заказчик должен учитывать и исполнение связанных с этим обязанностей.

В магистерской работе используется комбинированный метод исследования. В работе применяется метод сбора, обработки и анализа информации. Используется соответствующая юридическая литература, практика Европейского суда, судов разной инстанции Эстонской Республики, а также и практика комиссии по разрешению споров в области государственных закупок.

В рамках магистерской работы было найдено, что целью RHS § 95 части 4 пункта 7 является избежать ситуации, в которой участвовавший в подготовке государственной закупки или другим образом связанный с заказчиком предприниматель имеет по сравнению с другими предпринимателями конкурентное преимущество при составлении оферты. При грамматическом, субъективно-телеогическом и директивоконформном трактовании RHS § 95 части 4 пункта 7 найдено, что RHS § 95 часть 4 пункт 7 содержит два факультативных состава отстранения предпринимателя от участия в государственной закупке:

- при составлении оферты участвует лицо, которое также участвовало в подготовке государственной покупки, и это предоставляет предпринимателю информационное или иное конкурентное преимущество перед другими предпринимателями, и обусловленного этим искажение конкуренции невозможно избежать иными способами;
- при составлении оферты участвует лицо, которое иным образом связано с заказчиком, и это предоставляет предпринимателю информационное или иное конкурентное преимущество перед другими предпринимателями, и обусловленного этим искажение конкуренции невозможно избежать иными способами.

Исходя из указанных составов, RHS § 95 часть 4 пункт 7 содержит следующие условия применения названной статьи:

- лицо участвует в составлении оферты;
- то же самое лицо участвует в подготовке государственной закупки или иным образом связано с заказчиком;

- предприниматель имеет из-за этого информационное или иное конкурентное преимущество;
- искажение конкуренции невозможно устранить иным методом.

Участие в составлении оферты может быть прямым и косвенным. При прямом участии одно и то же лицо прямо участвует в подготовке государственной закупки и непосредственно участвует при составлении оферты. При косвенном составлении оферты лицо, участвовавшее в подготовке государственной закупки, напрямую не участвует в составлении оферты, но полученные им конкурентные преимущества используются при составлении оферты.

Участие в подготовке государственной закупки означает как исследование рынка, так и участие в подготовке государственной закупки иным образом. При участии в подготовке государственной закупки лицо отвечает на интересующие заказчика вопросы. Вопросы могут касаться стоимости вещи или услуги, знаний, умений предпринимателей, качества предлагаемых на рынке вещей или услуг, технологий, возможностей рынка удовлетворить потребности заказчика на приемлемых ему условиях. Иная связь с заказчиком означает любое обстоятельство, которое связывает лицо, участвующее в составлении оферты, и заказчика, например, один и тот же человек являются директором заказчика и членом совета предпринимателя.

В части конкурентных преимуществ RHS § 95 часть 4 пункт 7 рассматривает как информационные так и иные конкурентные преимущества. Информационные преимущества связаны с информацией, которой в рамках исследования рынка обменялись заказчик и лицо, которое участвует в составлении оферты. Преимущество во времени тоже считается информационным преимуществом. Иные конкурентные преимущества могут касаться, в первую очередь, так называемых *tailor-made* спецификаций или других условий, которые направлены на улучшение позиций конкретного предпринимателя. Так же иным конкурентным преимуществом считается ситуация, в которой между заказчиком и предпринимателем возникло такое отношение, что служащие заказчика предпочитают в государственной закупке конкретного предпринимателя и его оферту.

RHS § 95 часть 4 пункт 7 устанавливает *ultima ratio* меру обеспечения принципа равного обращения и конкуренции. Таким образом, предприниматель может быть отстранен от участия в государственной закупке на основании RHS § 95 части 4 пункта 7 только в том случае, если более мягких мер для обеспечения принципа равного обращения и конкуренции нет. С помощью ясно названных в RHS § 10 части 3 мер нейтрализуются

информационные конкурентные преимущества. Так как RHS § 95 часть 4 пункт 7 рассматривает и иные конкурентные преимущества, то перечень мер в RHS § 10 части 3 не может быть исчерпывающим. Исходя из характера конкурентного преимущества, могут и должны быть применены и иные меры. Иные меры должны отвечать принципу пропорциональности.

Первичной мерой является предварительное извещение о проведении исследования рынка. Предварительное извещение должно содержать информацию о правилах проведения исследования, его последствиях, в том числе о том, что вся информация будет открыта для других предпринимателей (за исключением коммерческой тайны). Так же при необходимости должны быть решены вопросы, касающиеся интеллектуальной собственности. Лицо, принимающее участие в исследовании, должно быть осведомлено, что при соответствующих условиях предприниматель может быть отстранен от участия в государственной закупке на основании RHS § 95 части 4 пункта 7. В первую очередь следует привлекать независимых экспертов, которые не заинтересованы в участии в последующей государственной закупке. Если же таких экспертов не имеется, то следует привлекать заинтересованных в государственной закупке и конкурирующих между собой предпринимателей. Конкурирующие предприниматели уравнивают коммерческие интересы друг друга и препятствуют навязыванию так называемых *taylor-made* спецификаций. Так же ведется диалог с несколькими предпринимателями, что препятствует возникновению таких отношений, при которых служащие заказчика предпочитают ofertу конкретного предпринимателя.

Для нейтрализации информационных конкурентных преимуществ можно использовать названные в RHS § 10 части 3 пунктах 1-2 меры, а на уровне предпринимателя так называемый *Chinese Walls* метод. При установлении достаточного времени для предоставления оферт следует исходить из RHS § 92 части 1 и не устанавливать минимальное или укороченное время для предоставления оферт. RHS § 10 часть 3 пункт 1 следует трактовать в соответствии с правом Европейского Союза и указывать в базовых документах государственной закупки не только сведения, которые были переданы лицу, участвующему в исследовании рынка, но и информацию, полученную в рамках исследования от названных лиц. Информация должна быть предоставлена в полном объеме (за исключением коммерческой тайны) и без искажений. На уровне предпринимателя нейтрализовать информационное преимущество поможет так называемый *Chinese Walls* метод. Согласно этому методу персонал предпринимателя организовывается таким образом, что лица, которые участвовали в исследовании рынка,

физически, функционально или организационно отделяются от лиц, которые занимаются составлением оферты. Так называемый *Chinese Walls* метод является вспомогающим и может снизить риски применения RHS § 95 части 4 пункта 7 в случае, если после предоставления оферт станет ясным, что не вся информация была предоставлена другим предпринимателям.

Иные конкурентные преимущества могут быть нейтрализованы, исходя из характера преимущества, разными методами. Особое отношение между заказчиком и лицом, участвующим в составлении оферты, может быть нейтрализовано с помощью персональных реорганизаций в структуре заказчика. Так же могут использоваться институты добровольного центрального заказчика, совместного тендера или заказ услуги проведения государственной закупки у специализирующегося на этом частного предпринимателя. В ограниченных случаях соответствующим методом может быть и использование наименьшей стоимости как единственного критерия оценивания оферт. Также у добровольного центрального заказчика можно вместо проведения государственной закупки заказать услугу проведения исследования рынка.

Для нейтрализации конкурентных преимуществ, связанных с так называемыми *tailor-made* спецификациями и иными условиями, направленными на улучшение положения конкретного предпринимателя, можно использовать институт альтернативных решений. Так же заказчик сам может смягчить условия государственной закупки. Так же *tailor-made* спецификации можно обжаловать в общем порядке.

Любые конкурентные преимущества, вне зависимости от их характера, можно нейтрализовать с помощью обязательства предпринимателя не участвовать в последующей государственной закупке. Таким образом предприниматель на основании обязательственно-правового договора отстраняется от участия в государственной закупке. В данном случае важно, что заказчик должен проверить выполнение установленных в RHS § 95 части 4 пункте 7 условий отстранения и пропорциональность заключения такого договора. Если же предприниматель участвует в государственной закупке, не смотря на договорное обязательство, у заказчика не должно возникнуть проблем с его отстранением и в рамках тендерного производства. В этом случае предприниматель может оспорить решение заказчика. Если жалоба предпринимателя удовлетворяется, то договор считается ничтожным, так как он противоречит принципам равного обращения и конкуренции.

Стоит отметить, что от эффективности принимаемых заказчиком мер зависит участие предпринимателя в государственной поставке. Таким образом, предприниматель имеет

право оспорить базовый документ государственной поставки и требовать его составления в соответствии с RHS § 10 частью 3.

RHS § 95 часть 4 пункт 7, как и другие факультативные основания для отстранения предпринимателя могут быть применены только тогда, когда установлено нарушение общего принципа государственных закупок, в данном случае принципа равного обращения или конкуренции. Как правило, нарушение принципа равного обращения нарушает принцип конкуренции и *vice versa*.

Отсутствие более мягких, но уместных и нужных мер, чем отстранение от участия в государственной закупке, не означает, что предприниматель должен быть автоматически отстранен от участия в государственной закупке. RHS § 95 часть 4 пункт 7 содержит дискреционное право: у заказчика есть право и обязанность взвешивать отстранение предпринимателя от участия в закупке. Применяются общие правила реализации дискреционного права: обязанность взвешивать в рамках данного права, учитывать цели нормы, все важные для случая обстоятельства, запрет исходить из некасающихся случая обстоятельств, запрет злоупотреблять дискреционным правом. Так же при применении дискреционного права следует учитывать общие принципы права государственных закупок, в том числе пропорциональность *stricto sensu*. Таким образом, отстранение предпринимателя от участия в государственной закупке может быть противоправным и противоречить пропорциональности *stricto sensu*, если, например, конкурентное преимущество является настолько ничтожным, что не влияет на общий исход государственной закупки, хотя в какой-то степени нарушает принципы конкуренции и равного обращения.

До принятия решения об отстранении предпринимателя заказчик должен согласно RHS § 10 части 4 предоставить предпринимателю возможность дать своё мнение, аргументы, пояснения и доказательства. В рамках данного права предприниматель может пояснить, что конкурентного преимущества нет, конкурентное преимущество является натуральным и RHS § 95 часть 4 пункт 7 не применяется. Также предприниматель может сослаться на применение так называемого *Chinese Walls* метода или аргументировать, что его отстранение противоречит пропорциональности *stricto sensu*.

RHS § 97 и § 95 часть 5 не применяются в отношении факультативного основания для отстранения от участия в государственной закупке, установленного в RHS § 95 части 4 пункте 7.

KASUTATUD ALLIKAD

Kasutatud kirjandus

1. Aarnio, A. Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn: Avatud Eesti Fond 1996.
2. Aedmaa, A. jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004.
3. Andresen, E. Riigivastutus. Tartu: Riigikohus 2009.
4. Annus, T. Riigiõigus. Tallinn: Juura 2006.
5. Apostol, A. R. Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness? – *Public Procurement Law Review* 2012/6.
6. Arrowsmith, S. EU Public Procurement Law: an introduction. *Sine loco: sine anno*.
7. Arrowsmith, S. The problem of discussions with tenderers under the E.C. Procurement Directives: the current law and the case for reform. – *Public Procurement Law Review* 1998/3.
8. Connolly, K. Use of Chinese Walls: efficacy of Chinese Walls called into question. Case comment. – *Journal of International Financial Market* 1999/1(2).
9. Craig, P. P. Proportionality, Rationality and Review. – University of Oxford. Legal research series 2011/5.
10. Dragos, D., Horvathova, A. Addressing Conflict of Interests in Public Procurement in the European Union and the Legal Challenges in Romania and Slovakia. – *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2017/3.
11. Faustino, P. B. Award criteria in the new EU Directive on public procurement. – *Public Procurement Law Review* 2014/3.
12. Goga, G. L. The General Principle of non Discrimination and Equal Treatment in the Legislation and Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. – *Acta Universitatis Danubius* 2013/1, Vol 5.
13. Graells, A. S. Public Procurement and the EU Competition Rules. 2 tr. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing 2015.
14. Harbo, T-I. The Function of the Proportionality Principle in EU Law. – *European Law Journal* 2010/2.
15. Hayken, G. S. Comparative study: the evolution of organisational conflicts of interest law in Europe and the United States. – *Public Procurement Law Review* 2006/3.
16. Hebbly, J. M., Meesters, J. Netherlands: The Proportionality Principle in the Dutch Public Procurement Act. – *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2014/4.

17. Herzel, L., Colling, D. E. Chinese Walls and Conflict of Interest in Banks. – Business Lawyer 1978/1.
18. Härginen, K. jt. Eraõigusliku juriidilise isiku määratlemine. – Juridica 2018/4
19. Härginen, K., Simovart, M. A. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? – Juridica 2013/IX.
20. Kalamees, P. jt. Lepinguõigus. Tallinn: Juura 2017.
21. Karindi-Kask, E. Hankelepingu sõlmimine majanduslikult kõige soodsamatel tingimustel. Tallinn: Rahandusministeerium 2013.
22. Kergandberg, E., Pikamäe, P. (koost). Kriminaalmenetluse seadustik. Komm vlj. Tallinn: Juura 2012.
23. Kõve, V. jt (koost). Tsiviilkohtumenetluse seadustik I. Komm vlj. Tallinn: Juura 2017.
24. Lehis, L. Maksuõigus. Tallinn: Juura 2012.
25. Lõhmus, U. Kuidas liikmesriigi kohtusüsteem tagab Euroopa Liidu õiguse tõhusa toime? – Juridica 2007/3.
26. Madise, Ü. (koost). Eesti Vabariigi põhiseadus. Komm vlj. 3. tr. Tallinn: Juura 2012.
27. Mars, S. The Limits of General Principles: A Procurement Case Study. – European Law Review 2013/3.
28. Merusk, K. Administratsiooni diskretsioon ja selle kohtulik kontroll. Tartu: Tartu Ülikool.
29. Merusk, K., Piving, I. (koost). Halduskohtumenetluse seadustik. Komm vlj. Tallinn: Juura 2013.
30. Minumets, D. Erinõuetele vastamise tingimuste kehtestamine riigihangetes. – Juridica 2018/4.
31. Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014.
32. Moukiou, C. P. The Principles of Transparency and Anti-Bribery in Public Procurement: A Slow Engagement with the Letter and Spirit of the EU Public Procurement Directives. – European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2016/2.
33. Mwenda, K. K. Banks and The Use of Chinese Walls in Managing Conflict of Duties. – Web Journal of Current Legal Issues 2000/2.
34. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu Ülikool 2006. Juhendaja prof Aare Reenumägi.
35. Parrest, N., Aedmaa, A. Ülevaatlik õppematerjal haldusõigusest. Tallinn: Riigikantselei 2003.

36. Priess, H-J. Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflict of interest and the involvement of project consultants. – Public Procurement Law Review 2002/3.
37. Priess, H-J. The rules of exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive. – Public Procurement Law Review 2014/3.
38. Seletuskiri seaduse eelnõu 450 juurde.
39. Seletuskiri seaduse eelnõu 816 SE I juurde.
40. Semple, A., Andrecka, M. Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A Critical Look at the Public Sector Procurement Directive. – European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2015/3.
41. Shueler, B. Methods of Application of the Proportionality Principle in Environmental Law. – Legal Issues of Economic Integration 2008/3. Kluwer Law International.
42. Simovart, M. A., Härginen, K. Estonia: faithful in transposing, stumbling and domestic needs. – Treumer, S., Comba, M. Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing 2018.
43. Simovart, M. A., Koroljov, D.. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes. – Juridica 2016/I.
44. Simovart, M. A., Parrest, N. Põhimõttest *lex specialis derogat legi generali* riigihankeõiguse näitel. – Juridica 2018/4.
45. Sootak, J. (koost). Karistusõigus. Üldosa. Tallinn: Juura 2018.
46. Sootak, J., Pikamäe, P. (koost). Karistusseadustik. Komm vlj. 4. tr. Tallinn: Juura 2015.
47. Soloveicik, D., Šimanskis, K. The Evolving Concept of „Conflict of Interests“ in the EU Public Procurement Law. – European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2017/2.
48. Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. (koost). EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. Baden-Baden: C.H.Beck, Hart, Nomos 2018.
49. Swett, A. S., Mathews, J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. – Yale Law School. Yale Law School Legal Scholarship Repository. March 2008.
50. Treumer, S. Technical dialogue and the principle of equal treatment – dealing with conflicts of interest after Fabricom. - Public Procurement Law Review 2007/2.
51. Treumer, S. Technical dialogue prior to submission of tenders and principle of equal treatment of tenderers. – Public Procurement Law Review 1999/3.
52. Triipan, M. Proportsionaalsuse printsiip riigi- ja haldusõiguses. – Juridica 2001/V.
53. Triipan, M. Proportsionaalsuse põhimõtte Euroopa Liidu õiguses. – Juridica 2006/III.
54. Varul, P. jt (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2010.

55. Varul, P. jt (koost). Võlaõigusseadus I. Komm vlj. Tallinn: Juura 2016.
56. Veinla, H. jt. Keskkonnaõigus. Tallinn: Juura 2016.
57. Voda, O. P., Jobse, C. Rules and Boundaries Surrounding Market Consultation on Innovation Procurement: Understanding and Addressing the Legal Risks. European Procurement & Public Private Partnership Law Review. – 2016/3.
58. Väljaots., T., Ginter, C. Hankemenetlusest kõrvaldatud pakkuja kaebelõigus riigihankemenetluses. – Juridica 2018/3.
59. Weiss, F., Kalogeras, D. The principle of non-discrimination in procurement for development assistance. – Public Procurement Law Review 2005/1.

Kasutatud õigusaktid

60. World Trade Organisation. Agreement on Government Procurement.
61. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde, riigihankelõpingute, asjade riigihankelõpingute ja teenuste riigihankelõpingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – EÜT L 134, 30.04.2004, lk 114.
62. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, 13. juuli 2009, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelõpingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ. – ELT L 216/76.
63. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilõpingte sõlmimise kohta. – OJ L 94, 28.3.2014, lk-d 1–64.
64. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – OJ L 94, 28.3.2014, lk-d 65–242.
65. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – OJ L 94, 28.3.2014, lk-d 243–374.
66. Nõukogu määrus (EÜ) nr 139/2004, 20. jaanuar 2004, kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle. – OJ L 24, 29.1.2004, lk-d 1-22.
67. Haldusmenetluse seadus. – RT I, 13.03.2019, 2.
68. Halduskohtumenetluse seadustik. – RT I, 13.03.2019, 2.
69. Jäätmeseadus. – RT I, 13.03.2019, 3.
70. Karistuseseadustik – RT I, 13.03.2019, 2.
71. Kohaliku omavalitsuse korralduse seadus. – RT I, 5.02.2019, 2.
72. Kriminaalmenetluse seadustik. – RT I, 13.03.2019, 2.

73. Maksukorralduse seadus – RT I, 13.03.2019, 2.
74. Pankrotiseadus – RT I, 19.03.2019, 2.
75. Planeerimisseadus. – RT I, 12.12.2018, 2.
76. Riigihangete seadus. – RT I, 1.07.2017, 1.
77. Riigihangete seadus. – RT I, 13.03.2019, 2.
78. Riigivastutuse seadus. – RT I, 17.12.2015, 1.
79. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I, 19.03.2019, 2.
80. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I, 30.10.2018, 1.
81. Äriseadustik. – RT I, 28.02.2019, 1.
82. Hea õigusloome ja normitehnika eeskiri. – RT I, 29.12.2011, 228.
83. Kohustusliku keskse hankija määramine infotehnoloogia valdkonna riigihangetes. VVk 30.06.2016 nr 225. – RT III, 5.07.2016, 11.
84. Riigihangete registri põhimäärus. VVm 31.08.2017 nr 137. – RT I, 1.09.2017, 13.
85. Riigi Tugiteenuste Keskuse põhimäärus. RHm 14.11.2017 nr 84. – RT I, 18.01.2019, 15.
86. Vabatahtliku keskse hankija määramine info- ja kommunikatsioonitehnoloogia valdkonna riigihangetes. VVk 12.10.2017 nr 281. – RT III, 14.10.2017, 7.

Kasutatud kohtupraktika

87. EKo 26.02.1986 kohtuasjas C-152/84, *Marshall*.
88. EKo 13.11.1990 kohtuasjas C-106/89, *Marleasing*.
89. EKo 17.07.1997 kohtuasjas C-28/95, *Leur-Bloem*.
90. EKo 05.05.1998 kohtuasjas C-157/96, *The Queen*.
91. EKo 18.10.2001 kohtuasjas C-19/00, *SIAC*.
92. EKo 16.10.2003 kohtuasjas C-421/01, *Traunfellner GmbH*.
93. EKo 09.09.2004 kohtuasjas C-304/01, *Hispaania Kuningriik*.
94. EKo 05.10.2004 liidetud kohtuasjades C-397/01 ja C-403/01, *Pfeiffer*.
95. EKo 14.12.2004 kohtuasjas C-210/03, *Swedish Match jt*.
96. EKo 14.12.2004 kohtuasjas C-434/02, *Arnold Andre*.
97. EKo 03.03.2005 liidetud asjades C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom*.
98. EKo 09.02.2006 liidetud asjades C-226/04 ja C-228/04, *La Cascina*.
99. EKo 16.03.2006 kohtuasjas C-3/04, *Poseidon*.
100. EKo 04.07.2006 kohtuasjas C-212/04, *Adeneler jt*.
101. EÜKo 12.03.2008 kohtuasjas T-345/03, *Evropaiki Dynamiki*.
102. EKo 15.04.2008 kohtuasjas C-268/06, *Impact*.

103. EKo 19.06.2008 kohtuasjas C-454/06, *pressetext*.
104. EKo 16.12.2008 kohtuasjas C-213/07, *Michaniki AE*.
105. EKo 16.07.2009 kohtuasjas C-12/08, *Mono Car Styling SA*.
106. EÜKo 10.12.2009 kohtuasjas T-195/08, *Antwerpse*.
107. EÜKo 19.03.2010 kohtuasjas T-50/05, *Evropäiki Dynamiki*.
108. EKo 13.04.2010 kohtuasjas C-91/08, *Wall AG*.
109. EKo 09.06.2011 kohtuasjas C-52/10, *ALTER CHANNEL*.
110. EÜKo 23.11.2011 kohtuasjas T-514/09, *bpost NV*.
111. EKo 24.01.2012 kohtuasjas C-282/10, *Maribel Dominguez*.
112. EÜKo 20.03.2013 kohtuasjas T-415/10, *Nexans France*.
113. EKo 18.12.2014 kohtuasjas C-470/13, *Generali-Providencia*.
114. EKo 07.04.2016 kohtuasjas C-324/14, *Partner*.
115. EKo 02.06.2016 kohtuasjas C-27/15, *Pippo Pizzo*.
116. EKo 04.05.2017 kohtuasjas C-387/14, *Esaprojekt*.
117. EKo 03.03.2005 liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom*, kohtujurist P. Leger ettepanek.
118. EKo 19.04.2016 kohtuasjas C-441/14, *Dansk Industri*, kohtujurist Y. Bot ettepanek.
119. RKÜKo 3-4-1-5-02.
120. RKÜKo 3-4-1-2-05.
121. RKÜKo 3-3-1-86-15.
122. RKPJKm 3-4-1-5-08.
123. RKPJKo 3-4-1-51-14.
124. RKHKo 3-3-1-11-02.
125. RKHKo 3-3-1-56-02.
126. RKHKo 3-3-1-51-03.
127. RKHKo 3-3-1-54-03.
128. RKHKo 3-3-1-85-07.
129. RKHKo 3-3-1-47-08.
130. RKHKo 3-3-1-85-09.
131. RKHKo 3-3-1-36-10.
132. RKHKo 3-3-1-65-11.
133. RKHKo 3-3-1-26-12.
134. RKHKo 3-3-1-46-12.
135. RKHKo 3-3-1-76-12.
136. RKHKo 3-3-1-24-13.

137. RKHko 3-3-1-49-14.
138. RKHko 3-3-1-50-15.
139. RKHko 3-3-1-51-16.
140. RKKko 3-1-1-125-06.
141. RKKko 3-1-1-89-15.
142. TlnRnko 3-12-119.
143. TlnRnko 3-12-610.
144. TlnRnko 3-12-2670.
145. TrtRnko 3-15-1683.
146. TlnRnko 3-17-252 ja 3-17-255.
147. TrtHko 3-09-1624.
148. TlnHko 3-11-2947.
149. TlnHko 3-12-1149.
150. TlnHko 3-13-966.
151. TlnHKm 3-14-50374.
152. TlnHko 3-17-491.

Riigihangete Vaidlustuskomisjoni praktika

153. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 27.07.2010 otsus vaidlustuses 127-10/118823.
154. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 02.12.2010 otsus vaidlustuses 228-10/120741.
155. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 08.12.2010 otsus vaidlustuses 238-10/119076.
156. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 15.12.2010 otsus vaidlustuses 233-10/120633.
157. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 15.02.2011 otsus vaidlustuses 14-11/120502.
158. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 17.12.2014 otsus vaidlustuses 299-14/156377.
159. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 20.03.2017 otsus vaidlustuses 30-17/182599.
160. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 03.05.2017 otsus vaidlustuses 53-17/182204.
161. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 18.05.2017 otsus vaidlustuses 12.2-9/1848.
162. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 26.05.2017 otsus vaidlustuses 62-17/185341.
163. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 06.06.2017 otsus vaidlustuses 12.2-9/2378.
164. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 08.06.2017 otsus vaidlustuses 77-17/180639.
165. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 09.06.2017 otsus vaidlustuses 78-17/180639.
166. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 14.06.2017 otsus vaidlustuses 81-17/187280.
167. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 30.06.2017 otsus vaidlustuses 90-17/185468.
168. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 06.07.2017otsus vaidlustuses 94-17/178501.

169. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 14.07.2017 otsus vaidlustuses 96-17/184558.
170. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 19.07.2017 otsus vaidlustuses 99-17/184418.
171. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 19.07.2017 otsus vaidlustuses 116-17/188917.
172. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 14.08.2017 otsus vaidlustuses 112-17/183043.
173. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 18.08.2017 otsus vaidlustuses 123-17/187924.
174. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 01.09.2017 otsus vaidlustuses 124-17/188025.
175. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 05.09.2017 otsus vaidlustuses 126-17/187197.
176. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 08.09.2017 otsus vaidlustuses 125-17/188223.
177. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 12.09.2017 otsus vaidlustuses 133-17/187865.
178. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 21.09.2017 otsus vaidlustuses 136-17/188738.
179. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 08.12.2017 otsus vaidlustuses 187-17/192426.
180. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 12.01.2018 otsus vaidlustuses 205-17/180426.
181. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 16.01.2018 otsus vaidlustuses 211-17/191039.
182. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 23.01.2018 otsus vaidlustuses 210-17/191431.
183. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 30.01.2018 otsus vaidlustuses 209-17/192679.
184. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 23.03.2018 otsus vaidlustuses 31-18/194366.
185. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 27.03.2018 otsus vaidlustuses 32-18/193000.
186. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 17.04.2018 otsus vaidlustuses 47-18/194852.
187. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 18.05.2018 otsus vaidlustuses 74-18/195025.
188. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 04.07.2018 otsus vaidlustuses 114-18/195081.
189. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 26.09.2018 otsus vaidlustuses 178-18/197342.
190. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 12.11.2018 otsus vaidlustuses 218-18/194960.
191. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 15.01.2019 otsus vaidlustuses 261-18/199438.
192. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 15.01.2019 otsus vaidlustuses 262-18/201709.
193. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 21.01.2019 otsus vaidlustuses 266-18/203466.
194. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 10.04.2019 otsus vaidlustuses 34-19/206183.
195. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 11.04.2019 otsus vaidlustuses 39-19/206397.

Muud allikad

196. AS-i Eesti Raudtee teade turu-uuringu algatamisest ja ettevõtjate kaasamisest. – <http://www.transit.ee/as-eesti-raudtee-kutsub-osalema-raudteeulesoidu-automaatikalahenduse-turu-uuringus> (25.02.2019).

197. AS-i Riigi Kinnisvara teade turu-uuringu algatamisest ja ettevõtjate kaasamisest. – <https://www.rkas.ee/uudised/kutse-osalemiseks-politsei-ja-piirivalveameti-riiete-ning-varustuse-laopinna-kontsessiooni> (25.02.2019).
198. EXPP Transposition WIKI (avalikustamata allikas Rahandusministeeriumi valduses).
199. Koroljov, D. Proportsionaalsuse põhimõtte kvalifitseerimise tingimuste sisustamisel. Uurimistöö II. Tartu Ülikooli õigusteaduskond. Tartu 2017 (avaldamata allikas autori valduses).
200. Simovart, M, Parind, M. (koost). Riigihangete seadus. Komm vlj. (avaldamata materjal autori valduses).
201. Turu-uuringute läbiviimise platvorm HAPPI. – <http://www.happi-project.eu/Project-plan/2/3> (26.02.2019).

LISAD

Lisa 1.

Turu-uuringu korraldamise ja RHS § 95 lg 4 p 7 kohaldamise tegevusskeem

I

Turu-uuringu korraldamise teade

- Piisav aeg enne turu-uuringu alustamist;
- Teave, et tegemist ei ole riigihankega ja turu-uuring ei ole siduv;
- Teave, et vahetatud info jagatakse ta teistele ettevõtjatele, v.a ärisaladus jms;
- Turu-uuringu läbiviimise reeglite teatavaks tegemine, sh IO õigused, tasu turu-uuringus osalemise eest jms;
- Teave, et turu-uuringus osalemise tagajärjel võidakse ettevõtja teatud eelduste täitmisel riigihankest kõrvaldada.



II

Turu-uuring

- Eelkõige iseseisvate ja sõltumatute ekspertide või asutuste kaasamine;
- Riigihankest huvitatud ettevõtjate kaasamine turu-uuringusse ainult siis, kui iseseisvate ekspertide või asutuste kaasamine on võimatu;
- Suurem kaasatus.



III

Riigihanke menetluse algatamine



kohustuslikus korras ja alati

Turu-uuringus vahetatud teabe jagamine ja hanke alusdokumendi vahendusel

- Teabe selgus, täpsus, ühiseltmõistetavus;
- Teabe jagamine täies ulatuses ja moonutusteta, v.a ärisaladus;
- Turu-uuringust teavitamine isegi siis, kui turu-uuring ei osutunud hankija jaoks edukaks.

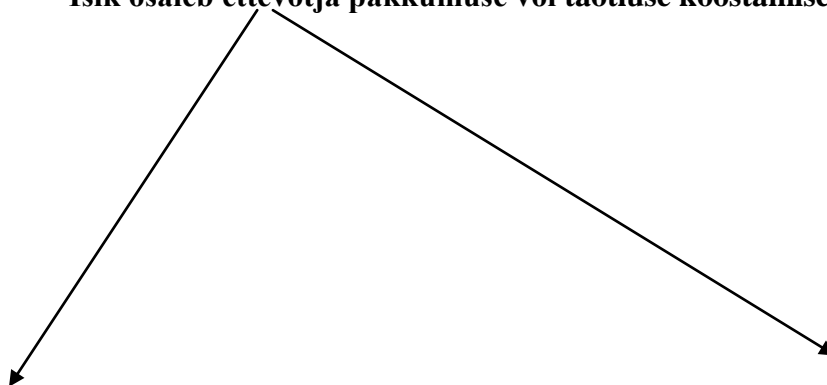
Pakkumuste või taotluste esitamiseks piisavalt pika tähtaja määramine

- minimaalse, lühendatud tähtaja määramine ei ole lubatud;
- lähtuda tuleb RHS § 92 lg-st 1 koostoimes RHS § 10 lg 2 p-ga 2.

turu-uuringus osalenud ettevõtjal on õigus vaidlustada hanke alusdokument, RHS § 185 lg 2 p 1

IV

Isik osaleb ettevõtja pakkumuse või taotluse koostamisel



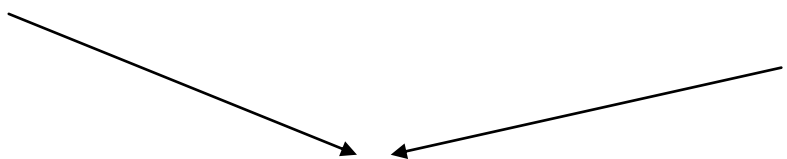
otsene osalemine

- isik faktiliselt osaleb pakkumuse või taotluse koostamisel

või

kaudne osalemine

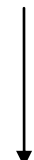
- isik vahetult ei tegele pakkumuse või taotluse koostamisega, kuid tema omandatud konkurentsieeliseid võidakse kasutada pakkumuse või taotluse koostamisel



Jah

või

Ei → RHS § 95 lg 4 p 7 ei kohaldu, vt XI



V Sama isik osaleb riigihanke ettevalmistamisel või tal on muu seos hankijaga



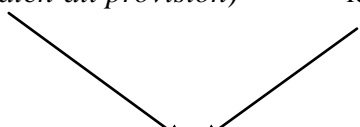
riigihanke ettevalmistamisel osalemine

- a. turu-uuring;
- b. muu osalemine riigihanke ettevalmistamisel (nn *catch-all provision*)

või

muu seos hankijaga

igasugune asjaolu, mis ühendab isikut ja hankijat, nt lepinguline, lepingusarnane (nt ühinguõiguslik) suhe



Jah

või

Ei → RHS § 95 lg 4 p 7 ei kohaldu, vt XI



VI

Ettevõtjal on seetõttu konkurentsieelis —> loomulik konkurentsieelis

RHS § 95 lg 4 p 7 koosseis ei ole täidetud, kontroll lõpeb, vt XI

informatsiooniline

või

muu konkurentsieelis

- kogu teave ei ole kättesaadav kõigile riigihankest huvitatud isikutele samas mahus ja moonutusteta;
- ajaline eelis.

- *tailor-made* spetsifikatsioon;
- hankija ja ettevõtja vahel on eriline suhe, mis soodustab ettevõtja olukorda riigihankes osalemisel;
- muu tingimus on suunatud konkreetse ettevõtja soodustamiseks (suunatud hange).

Jah

või

Ei —> RHS § 95 lg 4 p 7 ei kohaldu, vt XI

VII

Eelist ei ole võimalik vältida muu kohase ja vajaliku meetmega kui ettevõtja kõrvaldamine

Informatsiooniline konkurentsieelis või

Ajaline konkurentsieelis

- piisavalt pika tähtaja määramine pakkumuste või taotluste esitamiseks;

Informatsiooniline konkurentsieelis

- turu-uuringus vahetatud teabe jagamine hanke alusdokumendi vahendusel;
- *Chinese Walls* meetodi kasutamine ettevõtja tasandil;
- Lepinguline kohustus jätta pakkumus või taotlus esitamata.

Muu konkurentsieelis

Eriline suhe hankija ja isiku vahel

- ümberkorraldused hankija meeskonnas;
- keskne hankimine, ühishankimine;
- riigihanke läbiviimise teenuse sisseostmine;
- piiratud juhtudel madalaim maksumus kui ainus hindamiskriteerium;
- lepinguline kohustus jätta pakkumus või taotlus esitamata.

Tailor-made spetsifikatsioon (ja muu suunatud hange)

- suurem kaasatus turu-uuringusse;
- hanketingimuste leebemaks muutmine;
- alternatiivsete lahenduste lubamine;
- lepinguline kohustus jätta pakkumus võitootlus esitamata.

VIII

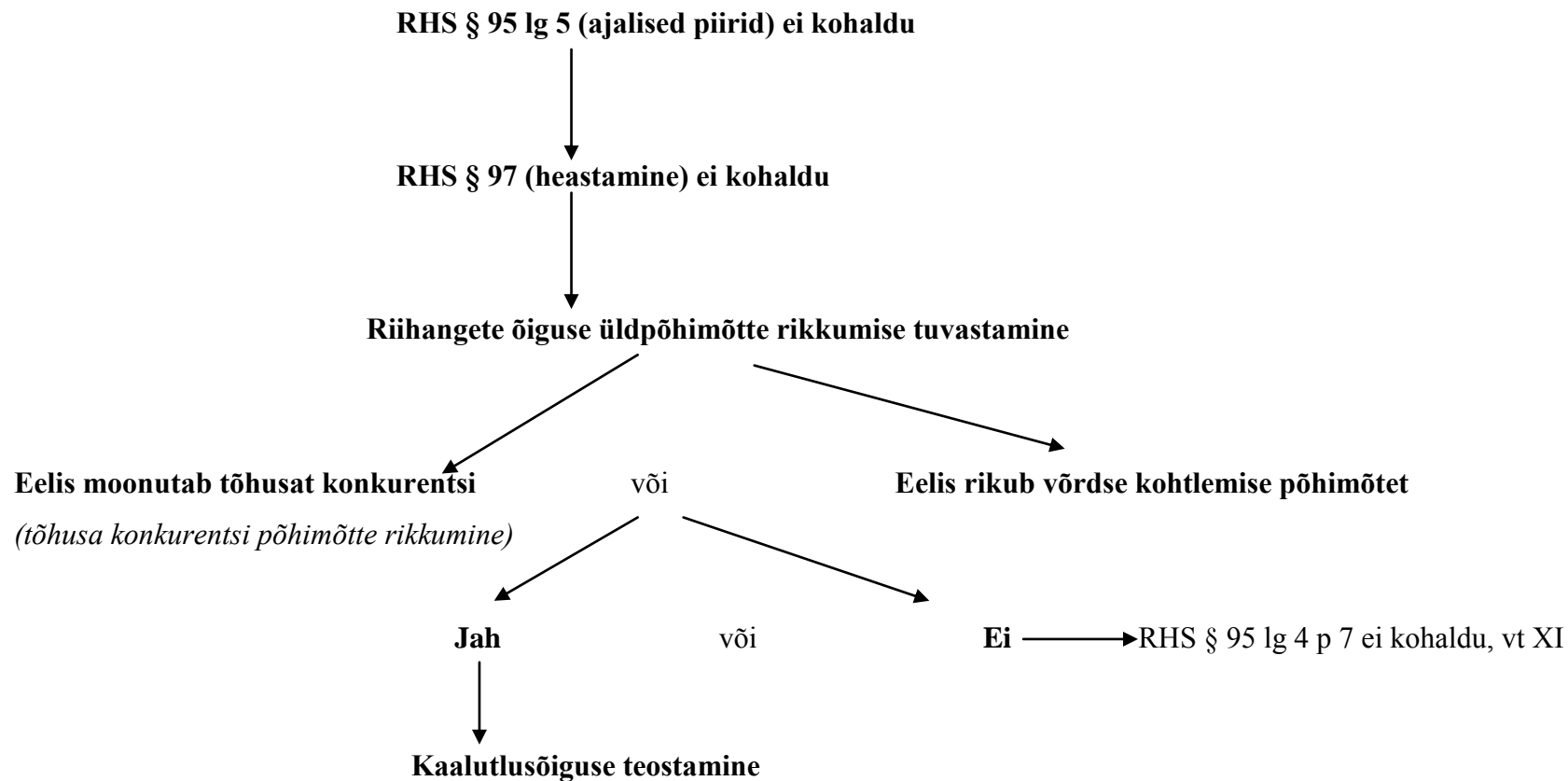
Konkurentsieelis on neutraliseeritud

Kontroll lõpeb, RHS § 95 lg 4 p 7 ei kohaldu, vt XI

Konkurentsieelis ei ole neutraliseeritud

IX

RHS § 95 lg 4 p 7 eeldused on täidetud



- Ettevõtja kõrvaldamise kaalumise kohustuslikkus;
- Kaalutusõiguse piirid (kõrvaldamine või kõrvaldamata jätmine);
- Oluliste, sh RHS § 10 lg 4 raames teatavaks tehtud asjaolude arvesse võtmine;
- Riigihangete õiguse, sh RHS § 95 lg 4 p 7 eesmärgi ja üldpõhimõtete, sh proportsionaalsus, võrdne kohtlemine, tõhus konkurents, arvessevõtmine;

- Asjassepuutumate asjaolude arvestamata jätmine;
- Kaalutusõiguse kuritarvitamise keeld.



Enne lõpliku kõrvaldamisotsuse langetamist ettevõtja ärakuulamine (RHS § 10 lg 4)

- Konkurentsieelist ei ole —→ RHS § 95 lg 4 p 7 ei kohaldu, vt XI
- Loomulik (*de facto* olemuslik) eelis —→ RHS § 95 lg 4 p 7
ei kohaldu, vt XI
- Konkurentsieelis ei mõjuta riigihanke tulemust



Kaalutusõiguse teistkordne teostamine (võimalikud korrektiivid)

- Eelkõige proportsionaalsus *stricto sensu*



X

Ettevõtja kõrvaldamise otsus

-põhjendamiskohustus



Ettevõtja kõrvaldamata jätmine

- põhjendamiskohustust ei ole



XI

Võimalik vaidlustus, RHS § 185 lg 2 p 2

Vaidlustuse rahuldamine

Ettevõtja osaleb
edasises riigihankes

Vaidlustuse

rahuldamata jätmise

Ettevõtja ei osale
edasises riigihankes

Võimalik vaidlustus, RHS § 185 lg 2 p 7

-hankija põhjendab ettevõtja kõrvaldamata jätmist

Vaidlustuse rahuldamine

Ettevõtja ei osale
edasises riigihankes

Vaidlustuse

rahuldamata jätmise

Ettevõtja osaleb
edasises riigihankes

Lisa 2.

Ettepanekud riigihangete seaduse muutmiseks

Alljärgnevalt on toodud magistritöö autori ettepanekud riigihangete seaduse muutmiseks:

1. Sõnastada RHS § 10 lg 2 järgmiselt:

Turu-uuringu käigus võib hankija konsulteerida asjaomases valdkonnas tegutsevate isikute ja ettevõtjatega. Saadud nõuandeid võib kasutada riigihanke kavandamisel ja korraldamisel tingimusel, et see ei moonuta konkurentsi. Turu-uuringu tegemisel ja selle käigus saadud nõuannete kasutamisel riigihankes tagab hankija võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimise.

2. Sõnastada RHS § 10 lg 3 p 1 järgmiselt:

Kui ettevõtja on osalenud käesoleva paragrahvi lõikes 2 nimetatud turu-uuringus või olnud muul moel kaasatud riigihanke ettevalmistamisse, võtab hankija tarvitusele meetmed konkurentsi moonutamise ärahoidmiseks, sealhulgas:

1) esitab riigihanke alusdokumentides teabe, mida vahetati hankija ja turu-uuringus osalenud või muul moel riigihanke ettevalmistamisse kaasatud ettevõtja vahel seoses riigihanke ettevalmistamises osalemisega või selle tulemusel.

3. Sõnastada RHS § 95 lg 4 p 7 järgmiselt:

Hankija võib kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja või taotleja:

7) kelle pakkumuse või taotluse koostamisel on osalenud isik, kes on osalenud sama riigihanke ettevalmistamisel või on muul viisil hankijaga seotud, ja see annab pakkujale või taotlejale eelise teiste riigihankes osalejate ees ning sellest tingitud konkurentsi moonutamist ei ole muude vahenditega võimalik vältida.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, **Dmitri Koroljov**,

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

Ettevõtja kõrvaldamine riigihankest konkurentsieelise tõttu

mille juhendaja on *dr iur Mari Ann Simovart*,

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi *DSpace*-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
- 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi *DSpace*'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

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

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

Tartus, **26. aprillil 2019. a**