

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Mihkel Rääk

VASTUVÕETAMATU PAKKUMUS KUI KONKURENTSIPÕHISE
LÄBIRÄÄKIMISTEGA HANKEMENETLUSE JA VÕISTLEVA DIALOOGI
KASUTAMISE ALUS

Magistritöö

Juhendaja
dr iur Mari Ann Simovart

Juhendaja
LLM Kadri Härginen

Tartu
2021

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. VASTUVÕETAMATU PAKKUMUSE ALUSED JA TUNNUSTE SISULISED PIIRID	9
1.1. Riigihanke direktiivi ülevõtmise puuduste tuvastamine	9
1.2. Jätkuhankemenetluse erandlik iseloom ja vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste loetelu piirid	16
1.3. Jätkuhankele ümberlülitumine hanketeadet avaldamata riigihangete seaduses	24
1.4. Vastuvõetamatu pakkumus	35
1.4.1. Riigihanke alusdokumentide tingimustele mittevastav pakkumus ning hilinemisega esitatud pakkumus	35
1.4.2. Konkurentsi kahjustava kokkuleppe ja korruptsiooni tulemusel esitatud pakkumus	41
1.4.3. Pakkumuse maksumus ning kvalifitseerimise tingimustele mittevastava pakkumuse esitatud pakkumus	50
2. TÄIENDAVAD TINGIMUSED VASTUVÕETAMATU PAKKUMUSE ALUSEL ÜMBERLÜLITUMISEKS JÄTKUHANKELE JA ALTERNATIIVSETE LAHENDUSTE ESITAMISE LUBAMINE	58
2.1. Täiendavad tingimused vastuvõetamatu pakkumuse alusel ümberlülitumiseks jätkuhankele	58
2.2. Alternatiivsete lahenduste esitamise lubamine	62
KOKKUVÕTE	68
SUMMARY	74
KASUTATUD KIRJANDUS	80
KASUTATUD ÕIGUSAKTID	82
KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA	83
MUUD ALLIKAD	87

SISSEJUHATUS

Magistritöö uurimisobjektiks on konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi kasutamiseks ette nähtud alused, mis seonduvad avatud ja piiratud hankemenetluste käigus vastuvõetamatute pakkumuste esitamisega ja hanketeadet avaldamata ümberlülitumisega jätkuhankele. Jätkuhanke ja jätkuhankemenetluse all peab magistritöö autor silmas esialgse avatud või piiratud hankemenetluse jätkumist konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetlusena või võistleva dialoogina esialgses avatud või piiratud hankemenetluses esitatud kõikide vastuvõetamatute pakkumuste alusel.

Magistritöö puudutab üksnes avaliku sektori hankeid. Magistritöö ei puuduta kaitse- ja julgeolekuvaldkonna ega võrgustikusektori hankijaid ega olukordi, kui avaliku sektori hankija otsustab riigihangete seaduse¹ (RHS) § 15 lõike 7 alusel kohaldada hankelepingu sõlmimisel RHS 2. peatükis hankemenetluste kohta sätestatud korra asemel RHS 5. peatükis võrgustikusektori hankemenetluste kohta sätestatud korda. Viimati nimetatud juhul on selline valik tehtud muu hulgas põhjusel, et siis on sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk seotud avaliku sektori hankija tegutsemisega võrgustikusektoris.

Avaliku sektori hankijatel on õigus korraldada riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkti b ning RHS § 48 lõike 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel jätkuhankemenetlus hanketeate avaldamisega või hanketeadet avaldamata.² Magistritöös kirjutab autor jätkuhankest, mis algab ilma hanketeate avaldamiseta.³

Magistritöö eesmärk on selgitada, kuidas õiguspäraselt tõlgendada ja kohaldada konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi kasutamiseks ette nähtud menetluse kasutamise aluseid, mis seonduvad avatud ja piiratud hankemenetluste käigus vastuvõetamatute pakkumuste esitamisega ja ümberlülitumisega hanketeadet avaldamata jätkuhankele, nii nagu menetluse kasutamise aluste tõlgendamist ja kohaldamist on mõelnud Euroopa Liidu (EL) seadusandja. Magistritöö eesmärk on vastata ka küsimusele, kas RHS-i sätteid, mis reguleerivad jätkuhankele ümberlülitumist hanketeadet avaldamata on kooskõlas EL õigusega või esineb RHS-i sätetes vastuolu võrreldes riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktiga b.

¹ Riigihangete seadus. – RT I, 08.07.2020, 8.

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

³ *Ibidem*.

Uurimisprobleemi esimene külg käsitleb riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b esimest ja teist lõiku. RHS § 48 lõike 3 punktiga 2 ja lõikega 4 on riigisisesele õigusesse üle võetud riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b esimene ja teine lõik. Nimelt konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi puhul on tegemist hankemenetluse liikidega, mida avaliku sektori hankijatel on võimalik kasutada vaid seaduses ettenähtud alustel. Sellisteks alusteks on muu hulgas RHS § 48 lõike 3 punktis 2 ja lõikes 4 sätestatud kohaldamise eelduste esinemine ehk avatud või piiratud hankemenetluses esitatud kõikide pakkumuste vastuvõetamatus. Magistritöö keskendub mõlema mainitud läbirääkimistega menetluse kasutamise alustele, analüüsides vastuvõetamatut pakumust konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi kasutamise alusena.

RHS § 48 lõige 4 määratleb vastuvõetamatu pakumuse RHS § 48 lõike 3 punkti 2 tähenduses, mille kohaselt konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi kasutamise aluseks on pakumuse, mis ei vasta riigihanke alusdokumentide tingimustele, mis on esitatud hilinemisega, mis on esitatud konkurentsi kahjustava kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse, kooskõlastatud tegevuse või korruptsiooni tulemusel, või mille maksumus on põhjendamatult madal või mille maksumus ületab riigihanke eeldatavat maksumust, mis on kindlaks määratud ja dokumenteeritud enne avatud või piiratud hankemenetluse alustamist, või mille on esitanud pakkuja, kes ei vasta kvalifitseerimise tingimustele.

Mõlema läbirääkimistega menetluse kasutamise aluste loetelust nähtub, et avatud või piiratud hankemenetluse liigilt ümberlülitumise aluseks konkurentsipõhisele läbirääkimistega hankemenetlusele või võistlevale dialoogile võivad olla muu hulgas asjaolud, mis võivad tuua avatud või piiratud hankemenetlustes kaasa ettevõtja kõrvaldamise või kvalifitseerimata jätmise või esitatud pakumuse tagasilükkamise RHS § 95 lõige 1 punkti 1, § 95 lõige 4 punktide 5 või 7; § 98 lõike 5 ja § 104 lõigete 6, 7, 8 või 9; § 52 lõike 2, § 54 lõike 2, § 56 lõike 1, § 111 lõike 1 ja § 113 lõike 1; § 114 lõigete 1 ja 2; § 115 lõigete 8, 9 või 10, või § 116 lõige 1 punkti 1 alusel.

Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkti b ja RHS § 48 lõike 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel on hankijatel võimalik hanketeadet avaldamata ümber lülituda ettevõtjate kõrvaldamise, kvalifitseerimata jätmise või pakumuste tagasilükkamise kaasatooval alusel läbirääkimisi võimaldavatele hankemenetlustele.

Arvestades riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktis b ning RHS § 48 lõige 3 punktis 2 ja lõikes 4 nimetatud asjaolusid, mis juhtudel võivad hankijad kasutada hanketeadet avaldamata konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust ja võistlevat dialoogi, esineb hankijatel risk rikkuda jätkuhankele ümberlülitumisel ettevõtjate võrdse kohtlemise, riigihanke korraldamise läbipaistvuse, konkurentsi efektiivse ärakasutamise või hankija avaliku raha säästliku ja otstarbeka kasutamise põhimõtteid. Nimelt on turg hanketeadet avaldamata jätkuhanke korraldamisest vähem informeeritud võrreldes hanketeatega avaldatavate riigihangetega. Riigihanke jätkumisel konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetlusena või võistleva dialoogina hanketeadet avaldamata on kaasatud vähem potentsiaalseid pakkujaid ning viiakse läbi jätkumenetlus piiratud hulga ettevõtjatega. Läbirääkimistega jätkuhankes esineb hankijatel risk muuta esialgses hanketeatega avaldatud avatud või piiratud hankemenetluses sätestatud tingimusi õigusvastaselt ning korraldada jätkumenetlus hankeeseme esialgses olemusest sootuks erineva hankeeseme soetamiseks. See tingib vajaduse määratleda vastuvõetamatu pakkumuse aluste üksikasjad, mida RHS ei määratle, et hankijatel oleks arusaadav, millal on lubatav üle minna jätkumenetlusele hanketeadet avaldamata ning millal on selline üleminek lubamatu.

Ka siit nähtub vajadus piiritleda ümberlülitumist lubavaid detaile. Magistritöö keskmes on RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 ning riigihangete direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkti b kontekstis mõiste „vastuvõetamatu pakkumus“ tõlgendamine.

Õiguskirjanduses on juhitud tähelepanu võimalikule vastuolule EL õigusega, mis seisneb selles, et vastuvõetamatu pakkumuse määratluse üksikasjad ei ole üheselt selged.⁴ Puudub täielik selgus, kas riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teises lõigus esitatud loetelu on suletud või avatud ning kas RHS § 48 lõikes 4 ja lõike 3 punktis 2 pakutud lahendus on EL õigusega kooskõlas või mitte.⁵

Uurimisprobleemi teine külg puudutab riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b esimese lõigu puudulikku üle võtmist RHS-i. Erinevalt riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b esimesest lõigust piisab RHS § 70 lõike 3 kohaselt, kui hankija kaasab jätkumenetlusse kõik need pakkujad, kes avatud või piiratud hankemenetluses kvalifitseeriti ja kes esitasid vormilistele nõuetele vastavad pakkumused.⁶

⁴ Parind, M. RHS § 48/2. – M. Simovart, M. Parind. (koost). Riigihangete seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019.

⁵ Parind, RHS § 48/26.

⁶ Parind, RHS § 48/2, 18.

Uurimisprobleemi kolmas külg seisneb asjaolus, et RHS § 48 lõige 3 punkt 2 ja lõige 4, võistleva dialoogi erisätted RHS §-des 63 – 66 ega konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse erisätted RHS §-des 67 – 71 ei sätesta selgesõnaliselt, et RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel võivad hankijad üle minna jätkumenetlusele hanketeadet avaldamata. Riigihanke direktiiv 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b esimene lõik aga sätestab selgesõnaliselt olukorrad, mis juhul ei nõuta hankijatelt hanketeate avaldamist.

Ümberlülitumisel jätkuhankele kaasneb hankijate jaoks risk panna toime RHS §-is 215 ning karistusseadustiku⁷ §-is 300 sätestatud riigihanke teostamise nõuete rikkumine nõutud riigihanke menetlust korraldamata.

Magistritöös uuritava teema aktuaalsust näitab ka asjaolu, et käesoleva seisuga on ettevalmistavas etapis RHS-i muudatused. Magistritöö käsitletavate õiguslike probleemide tõsidust tõendab asjaolu, et RHS-i muudatustega soovitakse muu hulgas täiendada RHS § 70 lõiget 3 nii, et läbirääkimistega jätkuhankesse kaasatakse kõik need pakkujad, keda avatud või piiratud hankemenetluse käigus ei kõrvaldatud, kes kvalifitseeriti ja kes esitasid vormilistele nõuetele vastava pakkumuse. Sarnaselt RHS § 70 lõikega 3 on kavas ka täiendada RHS-is võistleva dialoogi §-i 65 nii, et puudub vajadus esitada uus hanketeade ning hankijad tohivad alustada dialoogi nende ettevõtjatega, keda esialgses hankemenetluses ei kõrvaldatud, kes kvalifitseeriti ja kes esitasid vormilistele nõuetele vastava pakkumuse.⁸

Magistritöö esimeses peatükis võrdleb autor konkurentsipõhisele läbirääkimistega hankemenetlusele ja võistlevale dialoogile ümberlülitumist RHS-is ja riigihanke direktiivis 2014/24/EL. Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktide a ja b tähenduses on konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus ja võistlev dialoog üldreeglina standardsed hankemenetlused. Mõlema läbirääkimistega hankemenetluse erandlik iseloom võib seisneda üksnes riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktis b sätestatud olukorras, kui esialgses avatud või piiratud hankemenetluses esitatud kõikide vastuvõetamatute pakkumuste alusel jätkuvad konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus ja võistlev dialoog hanketeadet avaldamata. Magistritöö autor selgitab esimeses peatükis välja, kas konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus ja võistlev dialoog hanketeadet avaldamata on erandliku iseloomuga hankemenetlused ning analüüsib, kas vastuvõetamatu pakkumuse

⁷ Karistusseadustik. – RT I, 10.07.2020, 18.

⁸ Riigihangete seaduse muutmise seadus. Eelnõu ja seletuskiri seisuga 17. märts 2021.

tunnuste loetelu on sätestatud suletud või avatud nimekirjana. Seejärel asub autor detailsemalt analüüsima konkreetseid vastuvõetamatu pakkumuse tunnuseid. Peamise uurimisküsimusena tuleb käsitleda, kuidas tõlgendada mõistet „vastuvõetamatu pakkumus“. Autor tõlgendab mõistet „vastuvõetamatu pakkumus“, selgitamaks välja, milline viga pakkumuses muudab pakkumuse vastuvõetamatuks RHS § 48 lõike 4 mõttes. Magistritöö autori arvates on väga suur erinevus, kas riigihange korraldatakse hanketeate avaldamisega registris ja on seejuures kättesaadav suuremale arvule ettevõtjatele, või riigihange korraldatakse hanketeadet avaldamata üksnes esimeses avatud või piiratud hankemenetluses hõlmatud ettevõtjatega.

Teises peatükis tulevad käsitleda täiendavad tingimused vastuvõetamatu pakkumuse alusel ümberlülitumiseks jätkuhankele ning alternatiivsete lahenduste esitamise lubamine. RHS-is ja riigihanke direktiivis 2014/24/EL sätestatud vastuvõetamatu pakkumuse alusel uuele hankemenetluse liigile ümberlülitumise regulatsioonist jääb mulje, et ümberlülitumist võib teostada igasuguse vastuvõetamatu pakkumuse alusel, ent lisaks vastuvõetamatule pakkumusele tuleb kaaluda veel täiendavaid asjaolusid. Magistritöö autor analüüsib, millistest kaalutlustest peavad hankijad lähtuma ümberlülitumisel RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel avatud või piiratud hankemenetlusest konkurentsipõhisele läbirääkimistega hankemenetlusele ja võistlevale dialoogile. Samuti selgitatakse, millistest kaalutlustest peavad hankijad lähtuma, otsustamaks kas avatud või piiratud hankemenetluses lubada pakkujatel alternatiivsete lahenduste esitamist, vältimaks põhjendamatut ümberlülitumist avatud või piiratud hankemenetlustelt läbirääkimistega hankemenetlustele.

Magistritöö autorile teadaolevalt on kõige värskemalt ja põhjalikumalt lahatud riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõike 4 punktis b sätestatud vastuvõetamatu pakkumuse regulatsiooni ja selle alusel avatud ja piiratud hankemenetlustelt ümberlülitumist M. Steinicke ja P. L. Vesterdorf'i „EU Public Procurement Law. Brussels Commentary“⁹ ning sama küsimust käsitletud paralleelselt riigihanke direktiivi asjaomase sättega RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 kontekstis M. A. Simovarti ja M. Parindi „Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne“ (RHS kommenteeritud väljaanne).¹⁰ Magistritöö autor analüüsib uurimisprobleemi lahendamiseks kohtu- ja vaidlustuspraktikat. Asjassepuutuva kohtu- ja vaidlustuspraktika puudumisel ammutab autor teabe eesti- ja võõrkeelsetest õigusaktidest ja õigusalasest kirjandusest. Eestikeelsetest allikatest kasutab autor peamiselt RHS kommenteeritud

⁹ Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. (eds). EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. München: Beck Hart Nomos 2018.

¹⁰ Simovart, M. A., Parind, M. (koost). Riigihangete seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019.

väljaannet,¹¹ võõrkeelsest õiguskirjandusest riigihangete direktiivide kommentaare¹² ning selles viidatud autorite töid, sh professor Sue Arrowsmith'i töid¹³ ning ajakirjas Public Procurement Law Review avaldatud artikleid. Autorile teadaolevalt ei ole Eesti ülikoolides kaitstud bakalaureuse-, magistri- või doktoritöid, mis uurivad vastuvõetamatu pakkumuse lubatavuse ulatust.

Uurimistöö meetoditena kasutab magistritöö autor kvalitatiivseid uurimismeetodeid - andmekogumismeetod, analüütiline meetod ja tulemuste tõlgendamise meetod. Autor kogub ja koondab uurimisprobleemi lahendamiseks ja -küsimustele vastamiseks asjassepuutuva teabe õiguskirjandusest ning vaidlustus- ja kohtupraktikast kokku, süstematiseerib ja analüüsib seda ning sõnastab analüüsi tulemusel järeldused vastuvõetamatu pakkumuse kui läbirääkimistega hankemenetluste kasutamise aluse kohta. Seeläbi jõuab autor magistritöös uudsete teadmiseni, millest on kasu riigihankeõigusega tegelevatele juristidele, hankijatele ja riigihangetel osalevatele ettevõtjatele. Uudsed teadmised on võimalik aluseks võtta ka RHS-i sätete direktiiviga kooskõlla viimiseks.

Magistritöö autor tänab juhendajaid Mari Ann Simovarti ja Kadri Härgineni, kelle juhised magistritöö kirjutamiseks olid suureks abiks magistritöö valmimisel. Samuti soovib magistritöö autor tänada oma pere ja tööandjat mõistva suhtumise eest magistritöö kirjutamisel.

Magistritöö märksõnad on riigihanked, tõlgendamine, hankemenetlus, vastavuse hindamine.

¹¹ Simovart, M. A., Parind, M. (koost). Riigihangete seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019.

¹² Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. (eds). EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. München: Beck Hart Nomos 2018.

¹³ Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Third Edition. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters 2014.

1. VASTUVÕETAMATU PAKKUMUSE ALUSED JA TUNNUSTE SISULISED PIIRID

1.1. Riigihanke direktiivi ülevõtmise puuduste tuvastamine

Alapeatükis 1.1. ja 1.2. vastab magistritöö autor uurimisküsimusele: kas vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste loetelu on sätestatud RHS § 48 lõikes 4 suletud või avatud nimekirjana? Samuti selgitab autor välja, kas konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus ja võistlev dialoog on jätku Hankemenetlustena hanketeadet avaldamata erandliku iseloomuga hankemenetlused.

RHS § 48 lõige 4 sätestab alternatiivse loetelu pakkumustest, mida loetakse RHS § 48 lõige 3 punkti 2 tähenduses vastuvõetamatuks. Selline lahendus võib olla vastuolus EL õigusega. Riigihanke direktiiv 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teine lõik loetleb vastuvõetamatute pakkumustena pakkumused, mida võib „eelkõige“ pidada vastuvõetamatuks. Kasutades grammatilist tõlgendamisviisi, ei kehtesta riigihanke direktiiv suletud loetelu vastuvõetamatutest pakkumustest. Riigihanke direktiiv toob üksnes näiteid sellistest pakkumustest. Samas on ka õiguskirjanduses välja toodud, et kui võtta arvesse läbirääkimistega hankemenetluste erandlikku iseloomu riigihanke direktiivi artikkel 26 lõige 4 punkti b kontekstis, võib väita ka, et nimekiri on suletud. Ei ole selge, kas direktiivis esitatud loetelu on suletud või avatud ja kas RHS-is välja pakutud lahendus on EL õigusega kooskõlas või mitte.¹⁴

Direktiivi kõik keeleversioonid on sama kaaluga.¹⁵ Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teises lõigus toodud vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste loetelu algab näiteks eestikeelses direktiivis sõnaga „eelkõige“, ingliskeelses direktiivis sõnaga „*in particular*“, saksa keelses direktiivis sõnaga „*insbesondere*“, prantsuskeelses direktiivis on loetelu alguses sõna „*notamment*“ ning rootsikeelses direktiivis sõna „*i synnerhet*“. Kui lugeda nimetatud sõnade tähenduste kohta, siis ei saa sugugi koheselt järeldada, et riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teises lõigus toodud vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste loetelu on ilmtingimata avatud üksnes lause alguses asuva sõna tõttu. Sõnal „eelkõige“ on mitu tähendust.

¹⁴ Parind, RHS § 48/26.

¹⁵ EKo C-296/95, *The Queen versus Commissioners of Customs and Excise, ex parte: EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd, John Cunningham*, p 36, ECLI:EU:C:1998:152; EKo C-257/00, *Nani Givane jt. versus Secretary of State for the Home Department*, p 36, ECLI:EU:C:2003:8.

„*I synnerhet*“ tähendab rootsi keeles „eriti“ või „iseäranis“,¹⁶ „*notamment*“ prantsuse keeles „nimelt“, „*just*“ või „eriti“,¹⁷ „*insbesondere*“ saksa keeles „eriti“, „iseäranis“ või „eelkõige“,¹⁸ ning „*in particular*“ inglise keeles „eriti“ või „eraldi“. ¹⁹ Sõna „eelkõige“ tähendab sisuliselt või tähtsusest esimese asjana, enne muud, kõigepealt, aga ka eriliselt, eeskätt, ennekõike ning esi- või esmajoones.²⁰ Sellest lähtuvalt võib sõna „eelkõige“ riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teise lõigu loetelu alguses tähendada ka taotluslikku rõhutust, et ümberlülitumine jätkuhankele on lubatud ennekõike sättes loetletud tunnustele vastava vastuvõetamatu pakkumuse alusel. Kui ümberlülitumine jätkuhankele on lubatud ennekõike sättes loetletud vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste alusel, siis see viitab ühelt poolt loetelu suletud nimekirjale, ent teiselt poolt ei välista ka käsitlust loetelu avatud nimekirjast.

Ühelt poolt on leitud, et ümberlülitumist tavapäraselt hankemenetluse liikidelt riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 kontekstis erandliku iseloomuga läbirääkimistega hankemenetluse liikidele tuleb tõlgendada kitsendavalt ning seejuures tuleb hankijatel kaaluda ja põhjendada, et selline üleminek on lubatav ja vastab konkreetse läbirääkimistega hankemenetluse liigi kohaldamise kohta sätestatud tingimustele.²¹ Teiselt poolt on õiguskirjanduses ka leitud, et direktiiv 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teine lõik ei sätesta suletud loetelu vastuvõetamatutest pakkumustest, vaid loetleb üksnes näiteid vastuvõetamatutest pakkumustest.²² Avatud nimekirjale näib viitavat asjaolu, et direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõike 4 punkti b teises lõigus sätestatud vastuvõetamatute pakkumuste loetelu algab sõnaga „eelkõige“, mis võimaldab eeldada, et vastuvõetamatute pakkumuste eelduseid võib-olla ka teisi. Ent läbirääkimistega hankemenetluste erandlik olemus riigihangete direktiivi artikli 26 kontekstis viitab pigem vastuvõetamatute pakkumuste suletud nimekirjale.²³

¹⁶ Aidla, M., Cousins, S., Elken, M., Kanarbik, M., Mullamaa, K., Mullamaa, T., Pertšjonok, M., Praizner, M., Raag, R., Raag, V., Tuldava, J. (koost). Rootsi-eesti sõnaraamat. Svensk-estnisk ordbok. Tallinn: Valgus, Tartu: Sihtasutus Nordistica Tartuensia 2004, lk 1069.

¹⁷ Kann, K., Leesi, L. (koost/toim). Prantsuse-eesti sõnaraamat. Dictionnaire français-estonien. Tallinn: Valgus, 2006, lk 422.

¹⁸ Kibbermann, E., Kirotar, S., Koppel, P., Arold, A., Tarvas, M., Palm M.-A. (koost/toim). Saksa-eesti sõnaraamat. Deutsch-Estnisches wörterbuch. Tallinn: Valgus, 2007, lk 613.

¹⁹ Jürisson, A. (koost). Inglise-eesti õigussõnaraamat. English-Estonian Law Dictionary. Tallinn: Eures Tõlketeenused OÜ, 2012, lk 447.

²⁰ Õigekeelsussõnaraamat. Eesti Keele Instituut. Arvutivõrgus: <https://portaal.eki.ee/> (19.04.2021); Eesti Keele sõnaraamat. Eesti Keele Instituut. Arvutivõrgus: <https://portaal.eki.ee/> (19.04.2021).

²¹ Caranta, R. 2014/24/EL art 26/29, 34, 35, 37- 39, 41- 42. – M.Steinicke, P.L.Vesterdorf. (eds). EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. München: Beck Hart Nomos 2018.

²² Parind, RHS § 48/26.

²³ Caranta, 2014/24/EL art 26/42.

Riigihanke direktiivi kohaldamisel võib olla hankijatel kaalutlusruum ning direktiiv ei näe kõigis küsimustes alati ette ühtset ja ammendavat reeglite kogumit.²⁴ EL õiguse ja Eesti õiguse kooskõlaliseks kohaldamiseks peaksid avaliku sektori hankijad tuvastama, kas norm võtab üle direktiivi normi, sisustab direktiivis jäetud kaalutlusõigust või on tegemist normiga, mille osas direktiiv juhtnööre ei anna, kuid konkreetses asjas esineva piiriülese huvi tõttu tuleb normi kohaldamisel juhinduda EL esmasest õigusest, või on tegemist puhtalt riigisisese normiga, mille tõlgendamisel ega kohaldamisel EL õigusega arvestama ei pea, kuivõrd normi kohta puuduvad direktiivist tulenevad juhised ja piiriülene huvi.²⁵

RHS § 48 lõike 3 punktiga 2 ja lõikega 4 on riigisisesse õigusesse üle võetud riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b. RHS § 49 lõige 1 punkt 1 võtab üle sama direktiivi 2014/24/EL artikkel 32 lõige 2 punkti a. Seega on RHS § 48 lõige 3 punkt 2 ja lõige 4 ning RHS § 49 lõige 1 punkt 1 hõlmatud riigihanke direktiivi 2014/24/EL sätetega.

Riigihankeid puudutavate õigusaktide kohaldamisel võivad hankijad teatud juhtudel silmitsi seista tõlgendamiskustega.²⁶ Kui säte on EL õigusega seotud, siis tuleb seda sätet tõlgendada ning kohaldada kooskõlas EL õigusega. EL direktiiviga seotud RHS sätteid tõlgendatakse kooskõlas direktiiviga. Nii omab kooskõlaline tõlgendamine olulist tähendust, kui riigihanke direktiivi või RHS-i sätete vahel esineb võimalik vastuolu. Vastuolu korral tuleb kaaluda esimese võimalusena ületada vastuolu kooskõlalise tõlgendamise kaudu. See tähendab, et riigisisest õigust tuleb tõlgendada nii suures ulatuses kui võimalik üle võetud riigihanke direktiivi sõnastuse ning eesmärgi valguses, saavutamaks riigihanke direktiiviga soovitud tulemus.²⁷ Vastuolu korral EL õigusnormi ja riigisisese õiguse vahel kehtib EL õiguse kohaldamise ülimuslikkuse põhimõte. EL õiguse mõisted on autonoomsed ehk riigisisest õigusest sõltumatu tähendusega. EL õiguses kasutatud autonoomsed mõisted kuuluvad tõlgendamisele ning kohaldamisele ühetaoliselt kogu EL territooriumil. Seda vaatamata sellele, millise tähenduse samale sõnale või väljendile annab riigisisene õigus.²⁸ Vastupidisel juhul teeb EL liikmesriikide õigusnormide erinevus võimalikuks EL riigihankeõiguse ühetaolise

²⁴ Treumer, S. The field of application of competitive dialogue. – Public Procurement Law Review. Sweet & Maxwell and its Contributors, Thomson Reuters 2006, 6, 307-315. Andmebaasis WestlawNext.

²⁵ Simovart, M.A., Parrest, N. RHS § 1/10. – M. Simovart, M. Parind. (koost). Riigihangete seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019.

²⁶ Sanchez-Graells, A. Assessing the Public Administration's Intention in EU Economic Law: Chasing Ghosts or Dressing Windows? – Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2016, volume 18. University of Cambridge: Centre for European Legal Studies, Faculty of Law, 93-121, lk 99.

²⁷ Simovart, Parrest, RHS § 1/10-12, 14, 17.

²⁸ Simovart, Parrest, RHS § 1/10-12, 14, 17.

rakendamise. Direktiivi mõtte ja sisu selgitamisel tuleb tihti peale lähtuda Euroopa Kohtu kohtupraktikast.²⁹

Õiguskirjanduses on muu hulgas leitud, et läbirääkimistega menetlust saab kasutada hanketeadet avaldamata üksnes õigusakti ammendavas loetelus esitatud juhtudel. Erandeid üldreeglitest tuleb tõlgendada kitsalt. Liikmesriigid ei saa ette näha läbirääkimistega menetluse kasutamist, mis ei ole riigisisesele õigusesse üle võetud direktiivis sõnaselgelt ette nähtud.³⁰

Väljakuulutamisetähtaaja läbirääkimistega hankemenetlust peetakse vaieldamatult erandliku iseloomuga hankemenetluseks, mis kaldub kõrvale riigihanke direktiivi üldpõhimõtetest, nii et selle kasutamise aluseid tuleb tõlgendada kitsalt ning hankijatel lasub selle hankemenetluse kasutamist õigustavate asjaolude põhjendamine. Puudub täielik selgus, kas konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus ja võistlev dialoog on erandliku iseloomuga hankemenetlused ja mõlemale läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamisele peaksid kehtima rangemad reeglid. Üldreeglina ei peaks konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust ja võistlevat dialoogi pidama erandlikeks hankemenetluse liikideks. Ainuüksi asjaolu, et mõni hankemenetluse liik ei ole leidnud hankijate hulgas laialdast kasutatavust, ei muuda seda hankemenetluse liiki veel iseenesest erandliku iseloomuga hankemenetluse liigiks. See kas hankemenetluse liik on erandliku iseloomuga või mitte, võib mõjutada oluliselt konkreetse hankemenetluse liigi kasutamist konkreetsetel õiguslikul alusel.³¹

Seoses RHS §-ga 48 nähtub riigihangete seaduse seletuskirjast, et konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust või võistlevat dialoogi on võimalik kasutada igal juhul, kui hankeleping hõlmab innovaatilise lahenduse väljatöötamist või hankija vajadusi ei saa rahuldada turul juba olemasolevate lahenduste kohandamisega. Seletuskirja kohaselt on nimetatud läbirääkimistega hankemenetlusi võimalik kasutada igal juhul, kui hankeleping on seotud innovatsiooniga või kui tellitakse projekteerimisteenust. Nimetatud hankemenetluse liike on võimalik vabalt valida ka juhul, kui riigihanke eeldatav maksumus on väiksem kui rahvusvaheline piirmäär.³² Magistratõõ autori arvates viitab see sellele, et riigihangete direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktis a ning RHS § 48 lõige 3 punktides 1, 3, 4, 5 ja 6 loetletud

²⁹ Simovart, Parrest, RHS § 1/10-12, 14, 17.

³⁰ Bovis, C.H. EU Public Procurement Law. Second Edition. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing Limited 2012, lk-d 402-403.

³¹ Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Third Edition. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters 2014, lk 872.

³² Riigihangete seaduse eelnõu 450 seletuskiri, lk 59. – <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (10.04.2021).

juhtudel ei ole konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus ja võistlev dialoog erandlikud hankemenetluse liigid. Magistritöö autori arvamust kinnitab riigihanke direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunktis 42 toodud selgitus, mille kohaselt peab avaliku sektori hankijatel olema võimalik kohaldada täiendavat paindlikkust, et valida läbirääkimistega hankemenetlus, et hankijatel oleks võimalik konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi kasutamine erinevates olukordades, sealhulgas juhul, kui läbirääkimisteta avatud või piiratud menetlused ei anna tõenäoliselt hankele rahuldavat tulemust.

Riigihangete seaduse seletuskirjas selgitatakse ka seda, et RHS § 48 lõike 3 punktis 2 ja § 49 lõike 1 punktis 1 on sätestatud omavahel sarnased menetluse kasutamise alused, millal on võimalik konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust, võistlevat dialoogi või väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlust kasutada.³³ Ümberlülitumisel vastuvõetamatute pakkumuste alusel avatud või piiratud menetlustelt jätkuhankele hanketeadet avaldamata või väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlusele on tegemist omavahel sarnaste menetluse kasutamise alustega.

Sama riigihangete seaduse seletuskiri toob magistritöö autori arvates esile ka vastuvõetamatu pakkumuse kasutamise aluste tõlgendamiskeskused. Näiteks juhul, kui kõik esialgses hankemenetluses esitatud pakkumused olid sellised, mille esitanud pakkujad jäid kvalifitseerimata, on hankijal küll teoreetiliselt õigus üle minna konkurentsipõhisele läbirääkimistega hankemenetlusele, ent praktiliselt ta seda teha ei saa, kuivõrd edasisse hankemenetlusesse võib kaasata üksnes sellised pakkujad, kes vastavad kvalifitseerimise tingimustele.³⁴ Ometi aga võimaldab RHS § 48 lõige 4 punkt 6 kvalifitseerimise tingimustele mittevastava pakkuja esitatud pakkumuse alusel ümber lülituda hanketeadet avaldamata jätkuhankele. Kuna RHS annab hankijatele sellise võimaluse, siis ei saa välistada automaatselt hankijate õigust ümber lülituda RHS § 48 lõige 4 punkti 6 alusel jätkuhankele. Magistritöö autorile teadaolevalt puudub ka selline Riigikohtu või Euroopa Kohtu otsus, mis keelab mainitud alusel ümberlülitumise jätkuhankele.

Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõike 4 kontekstis võivad olla konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus ja võistlevdialoog erandliku iseloomuga hankemenetlused.³⁵

³³ Riigihange seaduse eelnõu 450 seletuskiri, lk-d 59-60. – <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (10.04.2021).

³⁴ Riigihange seaduse eelnõu 450 seletuskiri, lk 60. – <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (10.04.2021).

³⁵ Caranta, 2014/24/EL art 26/34.

Konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust või võistlevat dialoogi kasutada soovivatel hankijatel peavad esinema nende kasutamist õigustavad erandlikud asjaolud.³⁶

Kui pidada silmas riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktis b ning RHS § 48 lõige 3 punktis 2 ja lõikes 4 nimetatud jätkuhankele ümberlülitumise aluseid, siis sisuliselt on esmapilgul võimalik igasuguse pisivea ettekäändel tuginedes grammatilisele tõlgendusele hõlpsalt hanketeadet avaldamata ümber lülituda jätkuhankele ning kasutada olemuselt ja võimalustelt sootuks teistsuguseid hankemenetluse liike. Nii näitkes võib pakkumuse maksumus ületada riigihanke eeldatavat maksumust kõigest üks sent või riigihanke alusdokumentide tingimustele mitte vastata pakkumus, millel esineb mittesisulisi kõrvalekaldeid riigihanke alusdokumentides nimetatud tingimustest jmt. Ent jätkuhangete võimalik erandlik iseloom ning jätkumine hanketeadet avaldamata näib mõnevõrra piiravat hankija võimalust tugineda ümberlülitumise põhjendamisel igasugusele pisiveale.

RHS § 48 lõike 3 punktis 2 ja lõikes 4 ning § 49 lõige 1 punktis 1 on sätestatud jätkuhanke ning väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse sarnased kasutamise alused.

Euroopa Kohtu kohtuasjades, mis puudutavad väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust, on sätestatud kaks olulist reeglit. Sellise menetluse kasutamise põhjuseid tuleks tõlgendada kitsalt ja tõendada selle kasutamist õigustavaid asjaolusid.³⁷

Näib, et hankijate tegevuse kõige üldisem piir ühelt hankemenetluse liigilt ümberlülitumisel teisele hankemenetluse liigile tuleneb RHS §-is 3 ja riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 18 lõikes 1 sätestatud riigihangete korraldamise üldpõhimõtetest, mis keelavad hankijatel kavandada hanget konkurentsi kunstlikult kitsendavalt ning põhjendamatult eelistada või kahjustada mõnda ettevõtjat.³⁸ Hankijatel tuleb tagada vastuvõetamatu pakkumuse tuvastamisel ja ümberlülitumise situatsioonis pakkujate võrdne kohtlemine.³⁹ Avaliku sektori hankijad on kohustatud põhjendama, miks otsustatakse hankeleping sõlmida avatud või piiratud hankemenetluste asemel jätkuhanke tulemusel.⁴⁰ Mõlema jätkuhanke kasutamise põhjendamise vajadus nähtub kaudselt ka riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 84 lõike 1 punktist e, mis kohustab hankijaid iga hankelepingu sõlmimise aruandes selgitama artiklis 26 sätestatud

³⁶ Caranta, 2014/24/EL art 26/34.

³⁷ Arrowsmith 2014 (viide 31), lk-d 961-962 ja seal viidatud kohtupraktika.

³⁸ Caranta, 2014/24/EL art 26/34.

³⁹ Arrowsmith 2014 (viide 31), lk-d 1090-1091.

⁴⁰ Caranta, 2014/24/EL art 26/35.

asjaolusid, mille alusel jätkuhankemenetlusi kasutati. Samuti nõuavad läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise üldpõhimõtted, et hankijad põhjendavad hankemenetluse liikide valimist, mis näivad piiravat või koguni piiravad konkurentsi efektiivset ärakasutamist. Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b ning RHS § 48 lõige 3 punkt 2 ja lõige 4 sätestavad küll objektiivse õigusnormi koosseisu, ent kõne all oleva õigusnormi kohaldamise ja põhjendamise ulatused on vaieldavad.⁴¹

Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teises lõigus ja RHS § 48 lõikes 4 loetletud vastuvõetamatu pakkumuse juhud on sisu mõttes väga üldiselt määratletud. Näiteks võib pidada RHS § 48 lõige 3 punkti 2 tähenduses vastuvõetamatuks pakkumuseks pakkumust, mis ei vasta riigihanke alusdokumentide tingimustele või mille maksumus ületab riigihanke eeldatavat maksumust jt. Sätete üldine määratlus on põhjendatud, kuivõrd õigusnorm peabki olema teatava üldistusastmega. Kuid sätete kohaldamine ümberlülitumiseks jätkuhankele hanketeadet avaldamata eeldab hankijatelt sätetes loetletud vastuvõetamatu pakkumuse juhtude kitsamat ehk rangemat tõlgendamist ning ühtlasi näib ka eeldavat proportsionaalsuse põhimõtte kohaldamist, selgitamaks, kas ümberlülitumine hanketeateta jätkuhankele on vajalik, sobiv ja mõõdukas.

Mõlema läbirääkimistega hankemenetluse erandlik iseloom riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikli 26 kontekstis tähendab muu hulgas seda, et riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikli 26 kontekstis on konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus ja võistlev dialoog endiselt hankemenetlused, mida kasutatakse kindlaksmääratud juhtudel.⁴² Hankijad peaksid esmajoonel avatud või piiratud hankemenetluse kaudu jõudma hankelepingute sõlmimiseni.⁴³

Euroopa Kohtu otsustes väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise kohta on korduvalt leidnud kinnitamist, et selline menetlus on erand, mida tuleb tõlgendada kitsalt ning erandi kasutamist õigustavate erandlike asjaolude olemasolu tõendamise kohustus lasub isikul, kes soovib nendele erandlikele asjaoludele tugineda.⁴⁴ Magistritöö autor möönab, et

⁴¹ Caranta, 2014/24/EL art 26/35.

⁴² Caranta, 2014/24/EL art 26/34, 35 ja seal viidatud kohtupraktika.

⁴³ Bovis 2012 (viide 30), lk 399.

⁴⁴ EKo C-318/94, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik*, p 13, ECLI:EU:C:1996:149; EKo C-57/94, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, p 23, ECLI:EU:C:1995:150; EKo C-199/85, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, p 14, ECLI:EU:C:1987:115; EKo liidetud kohtuasjad C-20/01 ja C-28/01, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik*, p 58, ECLI:EU:C:2003:220; EKo C-71/92, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, p 36, ECLI:EU:C:1993:890; EKo C-323/96, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Belgia Kuningriik*, p 34, ECLI:EU:C:1998:411; EKo C-26/03, *Stadt Halle ja RPL Recyclingpark Lochau GmbH versus Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und*

puudub Euroopa Kohtu otsus, mille keskmes oleks täpselt riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkti b alusel ümberlülitumine jätkuhankele hanketeadet avaldamata. Ent RHS § 48 lõike 3 punktis 2 ja lõikes 4 ning § 49 lõige 1 punktis 1 on sätestatud omavahel väga sarnased jätkuhanke ja väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse kasutamise alused. Seetõttu peab autor asjakohaseks laiendada Euroopa Kohtu seisukohti väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise kohta ka jätkuhankemenetluste suhtes, mis algavad RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel ilma hanketeate avaldamiseta.

R. Caranta selgitab riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 kommenteeritud väljaandes, et kohtupraktika⁴⁵, mis piiras vanade läbirääkimistega menetluste kasutamist ja nõudis hankijatelt põhjendusi läbirääkimistega menetluste kasutamise kohta, ei kehti üksnes riigihanke direktiivi 2014/24/EL artiklis 32 sätestatud väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise kohta, vaid ka riigihanke direktiivi 2014/24/EL artiklis 26 sätestatud konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi kasutamise kohta hanketeadet avaldamata.⁴⁶ Seda sama kinnitab kaudselt ka riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 84 lõige 1 punkt e, mille kohaselt peavad hankijad sama direktiivi artikli 26 alusel kohaldatud konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi kasutamist selgitavaid asjaolusid aruandes kajastama.⁴⁷

1.2. Jätkuhankemenetluse erandlik iseloom ja vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste loetelu piirid

Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkti b keskmes on vastuvõetamatu pakkumuse alusel ümberlülitumine esialgselt avatud või piiratud menetluselt ilma hanketeadet avaldamata jätkuhankemenetlusele.

Euroopa Kohus on analüüsinud kohtuasjades C-337/05, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, punktis 56, ja C-275/08, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa*

Energieverwertungsanlage TREA Leuna, p 46, ECLI:EU:C:2005:5; EKo C-337/05, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, p 56, ECLI:EU:C:2008:203.

⁴⁵ EKo C-26/03, *Stadt Halle ja RPL Recyclingpark Lochau GmbH versus Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, p 46; EKo liidetud kohtuasjad C-20/01 ja C-28/01, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik*, p 58; EKo C-275/08, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik*, p 54, ECLI:EU:C:2009:632.

⁴⁶ Caranta, 2014/24/EL art 26/34, 35.

⁴⁷ Caranta, 2014/24/EL art 26/35.

Liitvabariik, punktis 54 direktiivi 93/36/EMÜ artikli 6 lõikeid 2 ja 3 ning järeldanud läbirääkimistega menetluse erandlikkust ning selle kohaldamist üksnes õigusaktis kindlaks määratud juhtudel hanketeadet avaldamata.⁴⁸ Nimetatud kohtulahendite keskmis on läbirääkimistega menetlus ilma hanketeate eelneva avaldamiseta. Magistritöö autor möönab, et antud kohtuasjad käsitlevad direktiivi 93/36/EMÜ artikli 6 lõikeid 2 ja 3. Kui võrrelda nimetatud artiklite sõnastusi riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktiga b ja artikkel 32 lõige 2 punktiga a ning RHS § 48 lõige 3 punktiga 2 ja lõikega 4 ning § 49 lõige 1 punktiga 1, siis ümberlülitumise olukord ei ole küll üks ühele sama, näiteks ei toimu ümberlülitumine justnimelt hanketeadet avaldamata läbirääkimistega jätkuhangetele. Ent magistritöös käsitletav jätkuhange, mis algab ilma hanketeate avaldamiseta ja selle menetluse kasutamise alused on riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktis b, artikkel 32 lõige 2 punktis a ning RHS § 48 lõige 3 punktis 2 ja lõikes 4 ning § 49 lõige 1 punktis 1 omavahel väga sarnased direktiivi 93/36/EMÜ artikkel 6 lõigetes 2 ja 3 kirjeldatud väljakuulutamisetega läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise alustega. Seetõttu leiab magistritöö autor, et antud kohtulahendeid on asjakohane laiendada ka jätkuhangetele, mis algab ilma hanketeate avaldamiseta riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkti b ning RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel.

Direktiivi 93/36/EMÜ artikkel 6 lõige 2 sätestab: „2. Tellijad võivad tarnelepinguid sõlmida läbirääkimistega menetluse alusel, kui avatud või piiratud menetluse puhul esitatud pakkumised ei vasta nõuetele või kui pakkumised ei ole kooskõlas IV jaotisele vastavate riigisiseste sätetega, juhul kui lepingu algtingimusi sellega oluliselt ei muudeta. Sel juhul avaldavad tellijad lepingu kohta teate, välja arvatud juhul, kui niisugusesse läbirääkimistega menetlusse kaasatakse kõik ettevõtjad, kes vastavad artiklite 20-24 kriteeriumidele ja kes esitasid algse avatud või piiratud menetluse käigus pakkumismenetluse vorminõuetele vastavad pakkumised.“ Sama direktiivi sama artikli lõige 3 punkt a peab samuti läbirääkimistega menetluse korraldamist teadet avaldamata võimalikuks ning sätestab: „a) kui avatud või piiratud menetluse käigus ei ole esitatud ühtki pakkumist või nõuetele vastavat pakkumist, juhul kui lepingu algtingimusi sellega oluliselt ei muudeta ja kui komisjonile esitatakse asjakohane aruanne;“.⁴⁹

Kohtuasjas *C-26/03, Stadt Halle ja RPL Recyclingpark Lochau GmbH versus Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*,

⁴⁸ EKo C-337/05, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, p 56; EKo C-275/08, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik*, p 54.

⁴⁹ 14. juuni 1993. aasta Nõukogu direktiiv 93/36/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord. – EÜT L 199, 9.8.1993, lk 1-53.

punktis 46, ning liidetud kohtuasjades C-20/01 ja C-28/01, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik*, punktis 58 analüüsis Euroopa Kohus direktiivi 92/50/EMÜ artikli 11 lõike 3 sätteid ning jaatas samuti väljakuulutamisetähtaajaga menetluse erandlikkust hanketeadet avaldamata, kohustust tõendada erandlike asjaolude esinemist isikul, kes soovib erandit kasutada ning kohustust tõlgendada erandit kitsalt.⁵⁰ Nimetatud kohtupraktika laiendamise asjakohasust riigihanke direktiivi 2014/24/EL artiklis 26 sätestatud jätkuhankemenetluse kasutamise kohta on jaatatud õiguskirjanduses.⁵¹ Direktiivi 92/50/EMÜ artikkel 11 lõike 3 punkti a kohaselt võivad hankijad alustada läbirääkimistega menetlust hanketeadet avaldamata: „a) kui avatud või piiratud menetluse käigus ei ole esitatud ühtki pakkumist või nõuetele vastavat pakkumist, juhul kui lepingu algingimusi sellega oluliselt ei muudeta ja kui komisjoni taotlusel esitatakse komisjonile asjakohane aruanne;“.⁵²

Väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetlust puudutavates kohtuasjades C-318/94, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik*, punktis 13, ja C-57/94, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, punktis 23, ning C-199/85, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, punktis 14 analüüsis Euroopa Kohus direktiivi 71/305/EEC artikli 9 sätteid ning tõdes sarnaselt juba eespool öeldule, et erandeid riigihangete korraldamise tavapärastest üldreeglitest tuleb tõlgendada kitsalt, seejuures kohustus tõendada erandlike asjaolude esinemist lasub isikul, kes soovib erandlikele asjaoludele tugineda.⁵³ Direktiivi 71/305/EEC artikkel 9 punkti a kohaselt võivad hankijad direktiivis sätestatud riigihangete tavapärastest üldreeglitest kõrvale kalduda, kui pakkumusi ei esitatud või kui esitatud pakkumused on vastuvõetamatud, tingimusel, et esialgseid lepingutingimusi oluliselt ei muudeta.⁵⁴

Euroopa Kohus analüüsis kohtuasjades C-328/92, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, punktis 15, ja C-71/92, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, punktis 36 lisaks ehitustööde riigihankelepingute direktiivi 71/305/EEC artikkel 9

⁵⁰ EKo C-26/03, *Stadt Halle ja RPL Recyclingpark Lochau GmbH versus Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, p 46; EKo liidetud kohtuasjad C-20/01 ja C-28/01, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik*, p 58.

⁵¹ Caranta, 2014/24/EL art 26/34, 35.

⁵² 18. juuni 1992. aasta Nõukogu Direktiiv 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord. – EÜT L 209, 24.7.1992, lk 1-24.

⁵³ EKo C-318/94, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik*, p 13; EKo C-57/94, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, p 23; EKo C-199/85, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, p 14.

⁵⁴ 26 July 1971 Council Directive 71/305/EEC concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts. – EÜT L 185, 16.8.1971, lk 5-14.

punktile a ka tarnelepingute direktiivi 77/62/EEC⁵⁵ artikli 6 sätteid. Tarnelepingute direktiivi 77/62/EEC artikkel 6 punkti a säte on sisu poolest sama, mis ehitustööde riigihankelepingute direktiivi 71/305/EEC artikkel 9 punkt a. Euroopa Kohus järeldas väljakuulutamiset läbirääkimistega hankemenetlust puudutavates kohtuasjades C-328/92 ja C-71/92 lisaks juba eespool mainitule, et kasutada on võimalik üksnes läbirääkimistega menetluse kohaldamise rangelt tõlgendatavaid erandlikke aluseid, mis on direktiivi asjaomastes sätetes loetletud.⁵⁶ Sisuliselt seda sama järeldas Euroopa Kohus ka kohtuasjas C-385/02, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, punktis 19, ning kohtuasjas C-323/96, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Belgia Kuningriik*, punktis 34, kus analüüsi lisaks direktiivi 71/305/EEC artikli 9 sätetele ka ehitustööde riigihankelepingute direktiivi 89/440/EEC⁵⁷ artikkel 5 lõiget 3 ning ehitustööde riigihankelepingute direktiivi 93/37/EMÜ⁵⁸ artikkel 7 lõiget 3. Euroopa Kohus tõdes, et nendest sätetest tuleneb, et hanketeate avaldamise kohustus puudub üksnes siis, kui hankijad kavatsevad sõlmida riigihankelepingu läbirääkimistega hankemenetluse teel, millele on viidatud direktiivi asjaomastes sätetes.⁵⁹

Vahetult eespool viidatud Euroopa Kohtu lahenditest ja nende kohtuasjade keskmes olnud riigihanke direktiividest nähtub, et need käsitlesid hanketeate avaldamiseta läbirääkimistega menetlusi, mille vaste RHS-is on väljakuulutamiset läbirääkimistega hankemenetlus. Sõnastuste põhjal võib eeldada, et viidatud Euroopa Kohtu lahendid ja nende kohtuasjade keskmes olnud riigihanke direktiivid on avaldanud arvestatavat mõju riigihanke direktiivis 2014/24/EL ja RHS-is sätestatud hanketeateta läbirääkimistega hankemenetluste korraldamist puudutavate sätete välja kujunemisele. Direktiivi asjaomaste sätete sõnastustest nähtub, et need reguleerivad sisuliselt ühte ja sama olukorda, milleks on muu hulgas võimalus vastuvõetamatu pakkumuse alusel esialgselt avatud või piiratud hankemenetluselt ümber lülituda hanketeadet avaldamata läbirääkimistega menetlustele ehk riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkti b ning RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 konteksti asetatuna lülituda esialgselt avatud või piiratud hankemenetluselt ümber hanketeadet avaldamata konkurentsipõhisele läbirääkimistega hankemenetlusele või võistlevale dialoogile. See kinnitab seda laadi Euroopa

⁵⁵ 21 December 1976 Council Directive 77/62/EEC coordinating procedures for the award of public supply contracts. – EÜT L 13, 15.1.1977, lk 1-14.

⁵⁶ EKo C-71/92, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, p 36; EKo C-328/92, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, p 15, ECLI:EU:C:1994:178.

⁵⁷ 18 July 1989 Council Directive 89/440/EEC amending Directive 71/305/EEC concerning coordination of procedures for the award of public works contracts. – EÜT L 210, 21.7.1989, lk 1-21.

⁵⁸ 14. juuni 1993. aasta Nõukogu direktiiv 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord. – EÜT L 199, 9.8.1993, lk 54-83.

⁵⁹ EKo C-385/02, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, p 19, ECLI:EU:C:2004:522; EKo C-323/96, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Belgia Kuningriik*, p 34.

Kohtu kohtupraktika kohaldamise sobivust leidmaks vastuseid ja tegemaks järeldusi riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktist b ning RHS § 48 lõige 3 punktist 2 ja lõikest 4 võrsunud uurimisküsimuste ja –probleemi lahendamisel, mis puudutavad jätkuhankele ümberlülitumist hanketeadet avaldamata.

Oluline sarnasus riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktis b sätestatud konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi kasutamise aluse ja väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise aluse vahel on leidnud kinnitamist ka õiguskirjanduses.⁶⁰

Hankijad peavad kinni pidama enda poolt riigihanke alusdokumentidest sätestatud tingimustest ning võib eeldada, et seeläbi on tagatud ettevõtjate võrdse kohtlemise ja hanke läbipaistvuse põhimõtete järgimine. Tuleb nentida, et avatud ja piiratud hankemenetlustes on hankijatel keelatud pidada läbirääkimisi. Üks võimalik lahendus, kuidas jätkuhankele ümberlülitumise olukorda lahendada on, kui hankijad näevad vabatahtlikult riigihanke alusdokumentides selgesõnaliselt ette jätkuhanke võimaluse. Ent antud lahenduse selgesõnaline ettenägemine riigihanke alusdokumentides võib luua hankes osalejate hulgas põhjendamatu ootuse alustada meeldival ettekäändel vastuvõetamatu pakkumuse alusel jätkuhankes läbirääkimiste pidamisega. Hanketeadet avaldamata jätkuhankele ümberlülitumise võimaluse ettenägemise kohustust riigihanke alusdokumentides RHS-st ja riigihanke direktiivist 2014/24/EL hankijatele ei tulene. See on üksnes võimalus. Jätkuhankele ümberlülitumise võimalus tuleneb hankijatele RHS-st. Põhjus, miks hankijad aga võiksid kaaluda sellise võimaluse sätestamist riigihanke alusdokumentides, seisneb muu hulgas selles, et hankijad on seotud enda poolt riigihanke alusdokumentides sätestatud tingimustega, hankes osalejad on riigihanke alusdokumentide kaudu vahetult informeeritud jätkuhanke toimumise tingimustest ja seeläbi võib-olla paremini tagatud pakkujate võrdne kohtlemine ja hanke läbipaistvus. Siinjuures tõusetub kõrvalteemana, kas RHS § 49 lõige 1 punkti 1 alusel väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse sõnaselge jätkumise võimaluse ettenägemine mittevastavate pakkumuste alusel esialgses avatud või piiratud menetluse riigihanke alusdokumentides muudab väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse mitteerandlikuks menetluseks. Praegu hankemaastikul valitsevate seisukohtade valguses tuleb väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse juhtusid siiski pida pigem erandlikeks menetlusteks.

⁶⁰ Caranta, 2014/24/EL art 26/35, 41.

Võrdluseks mainib magistritöö autor, et RHS § 49 lõige 1 punkt 1 võtab üle riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 32 lõige 2 punkti a. Seega on hankijatel võimalik esialgselt avatud ja piiratud hankemenetluselt RHS § 48 lõige 3 punktiga 2 ja lõikega 4 sarnasel alusel väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusele ümber lülituda juhul, kui avatud või piiratud hankemenetluse käigus ei esitatud ühtegi pakkumust või kõik esitatud pakkumused olid riigihanke alusdokumentidele mittevastavad. RHS § 49 lõige 1 punkt 1 sätestab sellise olukorra puhul ka sõnaselgelt, et riigihanke esialgseid tingimusi ei tohi oluliselt muuta. Sama paragrahvi lõige 2 peab RHS § 49 lõige 1 punkti 1 tähenduses mittevastavaks pakkumuseks pakkumust, mis ei vasta oluliselt muutmata kujul olemuslikult riigihanke alusdokumentides esitatud tingimustele ja hankija vajadustele. Sarnased sätted, mis piiraksid oluliselt esialgseid hanketingimusi hankijatel muuta RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel ümberlülitumisel hanketeadet avaldamata jätkuhankele puuduvad. Sellist sätet ei leia magistritöö autor ka võistleva dialoogi erisätete hulgast RHS §-des 63 – 66 ja konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse erisätete hulgast RHS §-des 67 – 71. RHS § 70 lõige 4 kohaselt ei pea ümberlülitumise situatsioonis RHS § 48 lõige 3 punkti 2 alusel pakkumused, mille üle jätkuhanke läbirääkimisi peetakse, vastama kõikidele riigihanke alusdokumentides sätestatud tingimustele. Ning RHS-i võistleva dialoogi erisätete hulgast on § 65 lõige 5, mille kohaselt võib võistleva dialoogi käigus arutada kõiki tulevase hankelepingu tingimusi. Jääb mulje, et esialgseid tingimusi võib olla oluliselt hõlpsam läbi rääkida ja muuta läbirääkimistega jätkuhangetes, mis algavad RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel hanketeadet avaldamata, kui RHS § 49 lõige 1 punkti 1 alusel jätkuvas erandlikus väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses, mis keelab selgelt esialgseid hanketingimusi ja riigihanke alusdokumentidele mittevastavaid pakkumusi oluliselt muuta.

Kui pidada RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel korraldatavat jätkuhanget hanketeadet avaldamata mitteerandlikuks hankemenetluseks, siis esmapilgul võiks RHS § 49 lõige 1 punktis 1 toodud sarnasel menetluse kasutamise alusel jätkuvat väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust samuti pidada mitteerandlikuks hankemenetluseks. Näiteks olukorras, kui hankija korraldab väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse RHS § 49 lõige 1 punkti 1 alusel esialgses avatud või piiratud hankemenetluse alusdokumendis sätestatud tingimusi oluliselt muutmata. Siinjuures tuleb siiski mainida, et vaatamata jätkuhankega sarnastele menetluse kasutamise alustele, on väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kohta käivad menetlusnormid leebemad, mis räägib hankemaastikul valitseva seisukoha kasuks, et väljakuulutamiseta hankemenetlus on siiski erandlik hankemenetluse liik.

Vahetult eespool viidatud Euroopa Kohtu kohtuasjade analüüsi keskmes olnud direktiivide asjaomaste sätete sõnastusest nähtub ilmselge sarnasus jätkuhankele ümberlülitumise aluseks oleva praegu kehtiva riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkti b ning RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 sõnastustega. See ilmselge sarnane ühisosa sõnastustes seisneb asjaolus, et hankijatel on võimalik avatud või piiratud hankemenetlustes esitatud kõigi vastuvõetamatute pakkumuste ehk nõuetele mittevastavate pakkumuste alusel hanketeadet avaldamata ümber lülituda läbirääkimistega hankemenetlustele. Seega on sisulises mõttes võimalik ja põhjendatud kohaldada Euroopa Kohtu kohtupraktikat, mis käib väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluste kohta, juhtumitele mis on kantud hetkel kehtiva riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktist b ning RHS § 48 lõige 3 punktist 2 ja lõikest 4.

Hankija peab väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse kasutamise kasuks otsustades veenduma, et hankija toimib hoolikalt ja et kõik läbirääkimistega menetluse kasutamise eeldused oleksid täidetud.⁶¹ Sätted, mis lubavad teha erandeid riigihangete korraldamise üldreeglitest, tuleb tõlgendada rangelt ning piirduda sätetes loetletud juhtumitega.⁶² Läbirääkimistega menetlus ilma hanketeate eelneva avaldamiseta on erandlik ning hankijad saavad lähtuda õigusaktis loetletud erandjuhtudest, mille puhul läbirääkimistega menetluse kasutamine on lubatud.⁶³ Sellist väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust tuleb pidada erandlikuks ja seetõttu tuleb seda kohaldada üksnes õigusaktis kindlaksmääratud juhtudel.⁶⁴ Ainsad lubatud erandid on need, mis on ammendavalt ja sõnaselgelt nimetatud.⁶⁵ Juhud, mil väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust võib kasutada, on piiratud. Kuna sellist läbirääkimistega menetlust tuleb pidada erandlikuks, siis tuleks seda kohaldada hanketeadet avaldamata üksnes õigusaktis loetletud kindlaksmääratud juhtudel. Liikmesriigid ei tohi ette näha uusi läbirääkimistega menetluse kasutamise juhtusid, mis ei ole riigisisesse õigusesse üle võetud direktiiviga ette nähtud või lisada uusi tingimusi nendele juhtudele, mis on riigisisesse õigusesse üle võetud direktiivis sõnaselgelt ette nähtud ning mille tulemusena nimetatud menetluse kasutamine oleks lihtsam.⁶⁶ Uue tingimuse lisamine riigisisesse õigusesse üle võetud direktiivi asjaomasele sättele, võib nõrgendada asjaomase direktiivi sätte

⁶¹ EKo C-19/13, *Ministero dell'Interno versus Fastweb SpA*, p 50, ECLI:EU:C:2014:2194.

⁶² EKo C-71/92, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, p 36.

⁶³ EKo C-275/08, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik*, p 54.

⁶⁴ EKo C-337/05, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, p 56.

⁶⁵ EKo C-71/92, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, p 10; EKo C-107/98, *Teckal Srl versus Comune di Viano ja Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, p 43, ECLI:EU:C:1999:562.

⁶⁶ EKo C-84/03, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, p-d 44, 47, 48, 49, 51, 56, 57, 59, 61, 62, ECLI:EU:C:2005:14.

erandlikku ulatust ja iseloomu. Juhinduda tuleb riigisisesse õigusesse üle võetud direktiivis nimetatud läbirääkimistega menetluse kohaldamise ammendavalt loetletud juhtudest, mis võimaldavad selle menetluse kohaldamist hanketeadet avaldamata.⁶⁷ Magistritöö autori hinnangul võimaldab antud väljakuulutamisetega läbirääkimistega hankemenetluse kohta käiv kohtulahend eeldada, et riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teises lõigus sätestatud vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste loetelu võib olla sätestatud suletud nimekirjana ja ümberlülitumisel jätkuhankele tuleb juhinduda selles nimekirjas selgesõnaliselt loetletud vastuvõetamatu pakkumuse tunnustest.

Alapeatükis 1.1. ja 1.2. analüüsitud õiguskirjanduse ja kohtupraktika valguses on konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi korraldamine jätkuhankemenetlusena ilma hanketeate avaldamiseta riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkti b ning RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 tähenduses erandliku iseloomuga hankemenetlused.

Pidades silmas mõlema hankemenetluse erandlikku iseloomu menetluse korraldamisel hanketeadet avaldamata ning peatükis 1.1. ja 1.2. käsitletud seisukohti, asub magistritöö autor seisukohale, et vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste loetelu on sätestatud riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teises lõigus ning RHS § 48 lõikes 4 suletud nimekirjana. RHS § 48 lõikes 4 sätestatud vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste loetelu tuleb pidada ammendavaks.

RHS § 48 lõikes 4 pakutud vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste suletud nimekirja lahendus on kooskõlas EL õigusega, kuivõrd üle on võetud riigihanke direktiivi artikkel 26 lõige 4 punkt b teise lõigu mõte. Magistritöö autor on seisukohal, et pelga viitega sõnale „eelkõige“ vastuvõetamatu pakkumuse loetelu lause alguses ei tohiks hankijad asuda meelevaldselt omal algatusel täiendama riigihangete direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teises lõigus ja RHS § 48 lõikes 4 sõnaselgelt loetletud vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste nimekirja. Jätkuhankele ilma hanketeadet avaldamata ümber lülitumiseks peaksid hankijad kaaluma ümberlülitumise põhjendatust vaid ammendavalt loetletud juhtudega. Ent seisukohale, et RHS § 48 lõikes 4 toodud loetelu pole riigisisesse õigusesse ülevõetud kooskõlas riigihanke direktiivi artikkel 26 lõige 4 punkt b teise lõiguga, saaks asuda üksnes siis, kui mõni tulevane Euroopa Kohtu kohtuotsus peaks sõnaselgelt ütlema, et riigihanke direktiivi 2014/24/EL

⁶⁷ EKo C-84/03, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, p-d 44, 47, 48, 49, 51, 56, 57, 59, 61, 62.

artikkel 26 lõige 4 punkt b teine lõik sätestab hanketeateta läbirääkimistega menetluste puhul vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste avatud nimekirja või koguni, et hanketeate avaldamiseta läbirääkimistega hankemenetlused ei ole erandliku iseloomuga hankemenetlused, mistõttu ei tule ka selliste hankemenetluste kohaldamise aluseid tõlgendada kitsendavalt vmt. Magistritöö autor kaldub RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel hanketeateta algava jätkuhanke erandliku iseloomu kasuks muu hulgas põhjusel, et ümberlülitumise situatsioon on väga sarnane esialgselt avatud või piiratud hankemenetlustelt RHS § 49 lõige 1 punkti 1 alusel ümberlülitumisega olemuselt erandlikule väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusele. Seega vastuvõetamatu pakkumuse mõiste on sisustatud suletud nimekirjaga.

Magistritöö autor ei välista siiski ka teistsuguse arvamuse võimalikkust. Kui lähtuda asjaolust, et esialgne avatud või piiratud hankemenetlus algab hanketeate avaldamisega ning mõlemalt menetluselt on mittevastavate pakkumuste alusel võimalik RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 või RHS § 49 lõige 1 punkti 1 alusel ümber lülituda hanketeadet avaldamata konkurentsipõhisele läbirääkimistega hankemenetlusele, võistlevale dialoogile või väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusele, siis iseenesest on hankija juba esialgses avatud või piiratud menetluses ühe korra hanketeate avaldanud ning ettevõtjaid seeläbi hankesse konkureerima kutsunud. See võib viidata hanketeateta toimuva jätkuhanke mitteerandlikule iseloomule.

1.3. Jätkuhankele ümberlülitumine hanketeadet avaldamata riigihangete seaduses

Eelmises alapeatükis leidis kinnitamist, et vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste loetelu on sätestatud riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teises lõigus ning RHS § 48 lõikes 4 suletud nimekirjana. Vastuvõetamatu pakkumus on piiritletud konkreetse vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste loeteluga.

Alapeatükis 1.3. ja 1.4. vastab magistritöö autor uurimisküsimusele: kuidas tõlgendada mõistet „vastuvõetamatu pakkumus“? Autor tõlgendab mõistet „vastuvõetamatu pakkumus“. Autor tõlgendab mõistet „vastuvõetamatu pakkumus“, selgitamaks välja, milline viga pakkumuses muudab pakkumuse vastuvõetamatuks RHS § 48 lõike 4 mõttes. Magistritöö autor asub üksikasjalikult analüüsima konkreetseid vastuvõetamatu pakkumuse tunnuseid nagu vastavus riigihanke alusdokumentidele, hilinemisega esitatud pakkumus, konkurentsi kahjustav ja korruptiivne pakkumus, põhjendamatult madala maksumusega pakkumus ja riigihanke

eeldatavat maksumust ületav pakkumuse maksumus ning pakkuja vastavus kvalifitseerimise tingimustele.

RHS § 48 lõige 4 sätestab loetelu teatud tunnustega pakkumustest, mida loetakse RHS § 48 lõige 3 punkti 2 tähenduses vastuvõetamatuks. Hankija võib teatud konkreetse vastuvõetamatu pakkumuse tunnuse ilmnemisel otsustada, millisel juhul on pakkumuse vastuvõetamatuks lugemine põhjendatud ja millisel juhul mitte. Ent RHS § 48 lõikes 4 nimetatud alused on olemuselt erinevad ja erineva kaalutlusruumiga.⁶⁸ RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 kontekstis ei ole seni üksikasjalikult vastuvõetamatu pakkumuse tunnuseid analüüsitud.

Kui hankijad valivad läbirääkimistega menetluse, peavad nad põhjendama menetlusliigi valikut. Menetlusliigi valikut mõjutavad õiguskeskkonna eripärad.⁶⁹ See tähendab muu hulgas seda, et hankijad peavad õiguslikult piisavalt põhjendama menetluse kasutamist, mille kohta eelnevat hanketeadet ei avaldata.⁷⁰ Avaliku sektori riigihanke direktiivi kohaselt on hanketeate avaldamise ja hanketeate mitte avaldamise mõttes kahte tüüpi läbirääkimistega hankemenetlusi. Esiteks hanketeate eelneva avaldamisega korraldatav läbirääkimistega hankemenetlus, mis hõlmab suuremat ettevõtjate vahelist konkurentsi, ning teiseks läbirääkimistega hankemenetlus ilma hanketeadet avaldamata.⁷¹

RHS § 48 lõige 3 punkt 2 tuginevat konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust või võistlevat dialoogi on võimalik alustada kas uue hanketeate avaldamisega või hanketeate avaldamiseta.⁷² Hanketeate avaldamisega alustab hankija riigihankega otsast peale, teavitades hanketeates avalikkust hankelepingu sõlmimise soovist ja kutsudes ettevõtjaid konkureerima riigihankes. Uue hanketeate avaldamiseks ei tule hankijal täita täiendavaid tingimusi, vaid kohalduvad üksnes reeglid, mis puudutavad konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust või võistlevat dialoogi ka tavapärases riigihanke korraldamise olukorras.⁷³ Küll aga tuleb hankijal järgida rangeid eeltingimusi, kui hankija soovib konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust või võistlevat dialoogi alustada hanketeate avaldamiseta. Direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b esimese lõigu alusel tuleb hankijal selleks menetlusse kaasata kõik pakkujad, kes vastavad kvalifitseerimise tingimustele ja kelle suhtes

⁶⁸ Parind, RHS § 48/26, 27.

⁶⁹ Arrowsmith 2014 (viide 31), lk 963.

⁷⁰ EKo C-250/07, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Kreeka Vabariik*, p 33, ECLI:EU:C:2009:338.

⁷¹ Arrowsmith 2014 (viide 31), lk 1061.

⁷² Parind, RHS § 48/17.

⁷³ *Ibidem*.

ei esine kõrvaldamise aluseid ja kes esitasid vorminõuetele vastavad pakkumused esialgses nurjunud avatud või piiratud hankementluses. Ühelgi muul juhul ei ole lubatud jätta hanketeadet avaldamata.⁷⁴

Siinjuures tuleb mainida, et viide hankemenetluse vorminõuetele juhul, kui peaksid laekuma vastuvõetamatud pakkumused, ei ole üheselt selge. Vastuvõetamatut pakkumust peab olema võimalik lugeda vorminõuetele vastavaks. Samas on aga keeruline mõista, kuidas hilinevad või puudulikud pakkumused võiksid vorminõuetele vastata.⁷⁵ Siit ilmneb hankijate jaoks risk ümberlülitumisel jätkuhankele jätta nõutud hankemenetlus korraldamata ning sõlmida valesti valitud jätkuhankemenetluse tulemusel hankeleping.

Euroopa Kohtu kohtujuristi ettepanekust nähtud, et õigusnormi rikkumine võib olla teatud olukorras vabandamatu, kui hankija eirab teadlikult või tahtlikult eelneva avaldamise ja konkurentsi tagamise nõudeid. Sellisel juhul tuleb kohaldada sanktsioone ning teatud olukorras ei pruugi olla ühtegi õiguspärasest põhjust, mis võimaldaks jätta niisuguse lepingu tagajärjed kehtima, mille sõlmimine kujutab endast riigihankeõiguse kõige jämedamat rikkumist.⁷⁶

Sõnaselgelt viitab direktiivi artikkel 26 lõige 4 punkt b üksnes võimalusele, mille kohaselt ei nõuta hankijatelt hanketeate avaldamist. Selline rõhutatud sõnakasutus on õiguskirjanduses tõusetanud arutelusid teemal, miks peaks olema lubatud konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi kasutamine hanketeadet avaldamata, kuivõrd sama riigihanke direktiivi artikkel 26 lõiked 1 ja 5 soosivad selgesõnaliselt riigihangete alustamist hanketeate avaldamisega, mis tagab paremini riigihangetes läbipaistvuse põhimõttest kinnipidamise.⁷⁷ Pole üheselt selge, miks peaks hankija võimaldama justnimelt kõigil nendel vastuvõetamatu pakkumuse esitanud pakkujatele edasi pretendeerida hankelepingule konkurentsitingimustes, mis on suletud potentsiaalsetele pakkujatele, kes esialgses avatud või piiratud hankemenetluses ei osalenud ja vastuvõetamatut pakkumust ei esitanud.⁷⁸ Juhtumitega, mis puhul pakkujate pakkumused võivad olla vastuvõetamatud riigihanke direktiivi artikkel 26 lõige 4 punkt b teise lõigu tähenduses, ei tohi õigustada konkurentsi põhjendamatu piiramist

⁷⁴ Parind, RHS § 48/17.

⁷⁵ Semple, A. A Practical Guide to Public Procurement. First Edition. Oxford: Oxford University Press 2015, lk 69.

⁷⁶ EK C-19/13, *Ministero dell'Interno versus Fastweb SpA*, ECLI:EU:C:2014:266, kohtujurist Yves Bot ettepanek, p 92.

⁷⁷ Telles, P., Butler, L.R.A. Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU. – F.Lichère, R.Caranta, S.Treumer. (eds). Modernising Public Procurement. The New Directive. Copenhagen: Djøf Publishing 2014, 131-184, lk 146-147.

⁷⁸ *Ibidem*.

avatud või piiratud hankemenetluse käigus vastuvõetamatu pakkumuse esitanud pakkujate kasuks.⁷⁹

Õiguslalases kirjanduses mööndakse probleemkohti seoses riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktis b sätestatud ümberlülitumise aluse kasutamisea. Võimaliku lahendusena on õiguslalases kirjanduses pakutud riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktis b toodud eelduste esinemisel võimalusena lubada esmajoones võistleva dialoogi või konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse korraldamist hanketeate avaldamisega.⁸⁰

Olukorras, kui jätkuhankemenetlused ja väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus toimuvad teatud kindlaks määratud aluste esinemisel hanketeadet avaldamata, on kõik kolm hankemenetluse liiki ka erandliku iseloomuga hankemenetlused, kui need menetlused toimuvad muu hulgas näiteks põhjusel, et esialgses avatud või piiratud hankemenetluses esitatud kõik pakkumused või pakkujad ja taotlejad ei vasta hankija sätestatud riigihanke tingimustele. Ilmselge sarnasus tuleb esile näiteks RHS § 48 lõikes 4 ja RHS § 49 lõige 1 punktis 1 sätestatud jätkuhankele ümberlülitumise alustes, mis sisulises mõttes eeldavad riigihanke tingimustele mittevastavat pakkumust või pakkujat ja taotlejat. Samuti seisneb sarnasus asjaolus, et hanketeate avaldamiseta toimuvad läbirääkimistega hankemenetlused ei taga niinimetatud standardsete hankemenetlustega samal määral konkurentsi efektiivset ärakasutamist. Selliseks erandliku iseloomuga hankemenetluse liigi kasutamise juhaks on jätkuhanke korraldamine RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel ilma eelneva hanketeate avaldamiseta.

Võistleva dialoogi ja konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse kasutamiseks riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikli 26 lõike 4 alusel peavad hankijad menetluse valikut põhjendama. Direktiivi 2014/24/EL kohaselt peaks hankijate põhjendused olema oma olemuselt kaasuspõhised ehk teisisõnu hankija peab põhjendama, miks ta peab konkreetses olukorras kasutama mõnda neist läbirääkimistega menetlustest.⁸¹

⁷⁹ Telles, Butler 2014 (viide 77), lk 146-147.

⁸⁰ Telles, P., Butler, L.R.A. Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU. – F.Lichère, R.Caranta, S.Treumer. (eds). Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement. Djof Publishing 2014, 1-43, lk 14. Andmebaasis Social Science Research Network.

⁸¹ Telles, Butler 2014 (viide 77), lk 146

2014. aasta riigihanke direktiivi kohaselt peavad olema kõigile hankijatele läbirääkimistega hankemenetlused kättesaadavad kõikidel riigihanke direktiivis sätestatud alustel.⁸² Riigihanke direktiiv 2014/24/EL nõuab läbirääkimistega hankemenetluste ülevõtmist riigisisesse õigusesse. Oluline on aga see, et EL liikmesriikidel on vabadus selliseid menetlusi riigisisestest õigusaktidega kohandada.⁸³ Avatud ja piiratud hankemenetlusi on lubatud hankijatel kasutada alati asjade, teenuste ja ehitustööde hankelepingute sõlmimiseks. Ent riigihanke direktiivis 2014/24/EL sätestatud tingimustel peab olema hankijatele tagatud riigisisestest õiguses võimalus ka konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi kasutamiseks. Mõlemad hankemenetlused on kättesaadavad juhtudel, kui avatud või piiratud hankemenetlustes esitati üksnes vastuvõetamatud pakkumused.⁸⁴ Ning sellisel juhul peab hankijatel olema lubatud pidada läbirääkimisi vastuvõetavate pakkumuste saamiseks.⁸⁵ EL-i hankedirektiivide reformi peamine eesmärk oli hankeprotsessi tõhususe ja hankijate jaoks hangete korraldamisel paindlikuse suurendamine.⁸⁶

Riigihanke jätkamine RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel on magistr töö autori hinnangul sama, mis riigihanke alustamine ja korraldamine, kuivõrd ühelt menetluselt ümberlülitumisega jätkuhankele algab sisuliselt uus ja esialgselt hankemenetlusest täiesti erinev hankemenetlus. RHS § 70 lõige 3 räägib hankemenetluse jätkamisest ning RHS § 48 lõige 3 punkt 2 räägib hankemenetluse korraldamisest. Ümberlülitumisel esialgselt avatud või piiratud hankemenetluselt jätkuhankele jätkub menetlus sisuliselt uue hankemenetluse korraldamisena. Sellest tulenevalt on magistr töö autor samastanud magistr töö kontekstis hankemenetluse alustamise, korraldamise ja jätkumise.

RHS § 70 lõige 3 sätestab hankijale tingimused RHS § 48 lõige 3 punkti 2 kohaldamiseks. RHS § 70 lõige 3 ei nõua selgesõnaliselt ühe kumulatiivse tingimusena, et vastuvõetamatute pakkumuste nurjumise tõttu jätkuvasse jätkuhankesse tuleb kaasata pakkuja, kelle suhtes ei

⁸² Arrowsmith 2014 (viide 31), lk 961.

⁸³ Telles, Butler 2014 (viide 77), lk 133.

⁸⁴ Tokár, A. Institutional report. – U. Neergaard, C. Jacqueson, G. Skovgaard Ølykke. (eds). Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes. The XXVI FIDE Congress in Copenhagen. Vol 3. Copenhagen: Djøf Publishing 2014, 177-218, lk-d 214-215. Arvutivõrgus: https://www.academia.edu/10280586/Public_Procurement_Law_Limitations_Opportunities_and_Paradoxes_national_report_Czech_Republic (18.01.2021).

⁸⁵ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (Classical Directive) (First reading) - Approval of the final compromise text. Interinstitutional File: 2011/0438 (COD), Brussels, 12 July 2013, lk-d 25-26, 108-109. Arvutivõrgus: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/13/st11/st11745.en13.pdf> (25.01.2021).

⁸⁶ Fletcher, G. Minimum time limits under the new Public Procurement Directive. – Public Procurement Law Review. Sweet & Maxwell and its Contributors, Thomson Reuters 2014, 3, 94-102. Andmebaasis WestlawNext; Proposal for a Directive... (viide 85), lk-d 7, 25.

esine kõrvaldamise aluseid. RHS § 70 lõike 3 kohaselt piisab, kui hankija kaasab jätkuhankeesse kõik need pakkujad, kes avatud või piiratud hankemenetluses kvalifitseeriti ja kes esitasid vormilistele nõuetele vastavad pakkumused. Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b esimese lõigu kohaselt ei nõuta aga avaliku sektori hankijatelt ühelt hankemenetluse liigilt üleminekmisel teisele hankemenetluse liigile hanketeate avaldamist, kui menetlusse kaasatakse kõik pakkujad, kes direktiivi artiklite 57 – 64 mõttes vastavad kvalifitseerimise tingimustele, kellel puuduvad kõrvaldamise alused ning kes esitasid vormilistele nõuetele vastavad pakkumused.⁸⁷

Kuna jätkuhankeesse kaasatavad pakkujad peavad muu hulgas vastama riigihanke direktiivi 2014/24/EL artiklites 57 – 64 sätestatud kriteeriumitele, siis järelikult on hankijatel võimalik pakkuja kvalifitseerimise tingimustele vastavuse ja kõrvaldamise aluste puudumise kontrollimise käigus kohaldada riigihanke direktiivis ja RHS-is pakkuja kvalifitseerimist ja kõrvaldamist reguleerivate sätete piires kaalutusõigust. Näiteks kaasata hanketeateta toimuvasse jätkuhankeesse pakkuja, kellel esineb küll vabatahtlik kõrvaldamise alus, kuid hankija on kaalutluse tulemusel otsustanud jätta pakkuja kõrvaldamata. RHS § 70 lõige 3 ei räägi sõnaselgelt kõrvaldamise alustest. RHS § 70 lõige 3 räägib muu hulgas varem avatud või piiratud hankemenetluse käigus kõigi pakkujate kvalifitseerimisest. Selle probleemi võib praegu kehtiva RHS-i sätteid silmas pidades lahendada samas sättes asuva kvalifitseerimise instituudi kaudu. Esialgses avatud või piiratud menetluses on hankija kohustatud kontrollima pakkujatel kõrvaldamise aluste puudumist. Kui ettevõtjal esineb kõrvaldamise alus või on hankija otsustanud kaalutluse tulemusel ettevõtja kõrvaldada, siis selline ettevõtja ei saagi edasises hankemenetluses enam osaleda. Kui pakkujal kõrvaldamise aluseid ei esine või on hankija otsustanud vabatahtliku kõrvaldamise aluse esinemisel jätta ettevõtja kõrvaldamata, osaleb ettevõtja edasi hankemenetluses. Ehk teisisõnu, hankijal pole võimalik kvalifitseerida ettevõtjat, kelle puhul on hankija jaatanud kõrvaldamise aluse esinemist. Hankija saab kvalifitseerida ettevõtjad, keda hankija ei ole kõrvaldanud ja kes vastavad kvalifitseerimise tingimustele. Seetõttu ei ole sugugi kindel, et RHS § 70 lõige 3 on riigisisesele õigussüsteemile ülevõetud puudulikult. Pigem on asjaomane säte üle võetud lohakalt, aga mitte puudulikult, kuna ettevõtja kvalifitseerimisele eelneb ettevõtja kõrvaldamise aluste puudumise kontroll ning kvalifitseerimise etapis osalevad ettevõtjad, keda hankija pole kõrvaldanud hankemenetlusest. Tõsi, antud lähenemise vastu räägib näiteks olukord, kui hankija pole esialgses avatud või piiratud menetluses sätestanud kvalifitseerimise tingimusi. Sellisel juhul saab hankija kontrollida ettevõtjatel üksnes kõrvaldamise aluste puudumist ning otsustada ettevõtja

⁸⁷ Parind, RHS § 48/2, 18.

kõrvaldamise või kõrvaldamata jätmise esialgsest hankemenetlusest. Selle valguses võiks RHS § 70 lõiget 3 täiendada selgesõnalise tingimusega, mille kohaselt saab edasises hankemenetluses osaleda ettevõtja, keda esialgses avatud või piiratud menetluses ei kõrvaldatud.

RHS-i muudatusi ettevalmistavas seletuskirjas⁸⁸ kinnitatakse sellise täienduse vajalikkust ja asjakohasust ning nähakse ka vastav täiendus ette.⁸⁹

RHS § 48 lõige 3 punkt 2 ja lõige 4 ning võistleva dialoogi kohta käivad RHS erisätted §-des 63 – 66, ja konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse kohta käivad RHS erisätted §-des 67 – 71 ei sätesta sõnaselgelt üldse võrreldes riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b esimese lõiguga, et RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel võib jätkuhankemenetlust jätkata hanketeadet avaldamata. RHS § 70 lõikest 3 nähtub, et see sätestab hankemenetluse jätkamise konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetlusena RHS § 48 lõige 3 punktis 2 sätestatud juhul, kuid selgesõnaliselt ei nähtu, et see saab toimuda ka hanketeadet avaldamata.

Asjaolu, et hankija saab ühelt hankemenetluse liigilt ümber lülituda jätkuhankele hanketeadet avaldamata nähtub selgesõnaliselt üksnes riigihangete seaduse eelnõu seletuskirjast⁹⁰ ning riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b esimesest lõigust ja võimalik, et on seeläbi õiguspäraselt tuletatav RHS § 70 lõikes 3 sätestatud hankija otsusest hankemenetluse jätkamise kohta RHS § 48 lõige 3 punktis 2 sätestatud juhul.

Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b esimeses lõigus on muu hulgas sätestatud selgesõnaliselt, et juhul kui avatud või piiratud hankemenetlustes esitati üksnes vastuvõetamatud pakkumused, ei nõuta avaliku sektori hankijalt hanketeate avaldamist.

Viimati viidatud riigihanke direktiivi asjaomasest sättest nähtub, et avaliku sektori hankijad võivad jätkumenetlustena kohaldada konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust ja võistlevat dialoogi hanketeate avaldamisega ja ilma eelneva hanketeate avaldamiseta. Magistritöö autori arvates ei pane asjaomane riigihanke direktiivi säte hankijatele kohustust ilmingimata korraldada jätkuhange hanketeadet avaldamata. Kõne all olev riigihanke direktiivi sättest nähtub, et see pakub pigem avaliku sektori hankijatele ühe võimalusena jätkuhanke

⁸⁸ Riigihangete seaduse muutmise seadus. Eelnõu ja seletuskiri seisuga 17. märts 2021, p-d 43, 47.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Riigihange seaduse eelnõu 450 seletuskiri, lk 60. – <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (30.09.2020).

korraldamist hanketeate avaldamiseta. Siit tekib omakorda küsimus, et milliste RHS-i sätete või RHS-i erisätete alusel on avaliku sektori hankijatel lubatav jätkuhanget alustada RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel ilma eelneva hanketeate avaldamiseta.

RHS-is puudub võistleva dialoogi erisätete RHS § 63 – § 66 hulgas RHS § 70 lõikega 3 sarnane erisäte, mis toetab vastuvõetamatute pakkumuste tõttu luhtunud avatud või piiratud hankemenetluselt üle minemist hanketeadet avaldamata võistlevale dialoogile ehkki mõlema läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamise alused on direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõike 4 punkti b kohaselt täpselt ühesugused. Vastava võimaluse näeb ette küll RHS § 48 lõige 3 punkt 2, kuid erinevalt konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse erisätetest, ei toeta seda RHS-i võistleva dialoogi erisätteid. Eestikeelses õiguskirjanduses on asutud koguni seisukohale, et tegemist võib olla olulise regulatiivse lüngaga RHS-is. Hankijatel peab olema võimalik minna vastuvõetamatute pakkumuste alusel avatud või piiratud hankemenetluselt hanketeate avaldamiseta üle ka võistlevale dialoogile. Lahendusena on eestikeelses õiguskirjanduses pakutud võimalust kohaldada RHS § 70 lõige 3 esimest lauset seaduse analoogia korras *mutatis mutandis* võistleva dialoogi puhul.⁹¹ Euroopa Kohus on aga leidnud, et hanketeate avaldamise kohustus puudub üksnes siis, kui selline võimalus ja tingimused on hankijatele ette nähtud õigusaktis.⁹²

Siinjuures mainib magistritöö autor, et RHS § 48 lõige 3 punkt 2 ja lõige 4 ei sätesta sõnagi hanketeate kohta. RHS § 48 lõige 3 punkt 2 ja lõige 4 sätestavad küll ümberlülitumise ühelt hankemenetluse liigilt teisele hankemenetluse liigile, ent ei sätesta, et ümberlülitumine võib toimuda hanketeadet avaldamata. Seetõttu ei ole õige ümberlülitumist hanketeateta jätkuhankemenetlusele põhjendada ainuüksi RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel. Vastava erisätte puudumise tõttu näib praegu kehtiv RHS toetavat ümberlülitumist võistlevale dialoogile RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel pigem hanketeate avaldamisega. Seda kinnitab ka tõsiasi, et RHS § 4 punkti 19 ja § 74 kohaselt on võistlev dialoog ja konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus väljakuulutatavad hankemenetlused, mille alustamiseks tuleb hankijatel esitada registrile riigihanke alustamiseks ja avaldamiseks hanketeade. RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel ei pruugi olla RHS-i praeguse sõnastuse kohaselt võimalik õiguspäraselt üle minna esialgselt avatud või piiratud hankemenetluselt hanketeadet avaldamata võistlevale dialoogile, kuna praegu kehtivas RHS-is puudub vastav õigusnorm, mis seda lubab.

⁹¹ Parind, RHS § 48/2, 19.

⁹² EKo C-323/96, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Belgia Kuningriik*, p 34.

Mõlemad jätkuhanke kasutamise menetluse liigid on riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 sätte esimeses lauses eraldatud sõnaga „või“. Seega see ei välista ühe läbirääkimistega hankemenetluse liigi kasutamist teisele ning on aktsepteeriaav, et riigisisesse õigusesse on üle võetud mõlemad hankemenetluse liigid, mille kasutamine peab olema mõlema menetlusliigi puhul hankijatele võimalik ka hanketeadet avaldamata.

Analoogiline tõlgendamine ei ole võimalik oluliste erinevuste tõttu sätete sõnastustes. Ühesuguselt saab tõlgendada üksnes sätteid, mis on seotud EL õiguse sama valdkonnaga ja mille sõnastused sisuliselt kattuvad.⁹³ Kui konkreetsed õigusaktid koos moodustavad riigihankeid puudutava EL õiguse tuuma ja on suunatud samasuguste eesmärkide saavutamisele oma kohaldamisalasse jäävates valdkondades, ei ole nendes tingimustes mingit põhjust tõlgendada erinevalt kahte sätet, mis on seotud EL õiguse sama valdkonnaga ja mille sõnastused sisuliselt kattuvad.⁹⁴ Need Euroopa Kohtu otsused toetavad RHS kommenteeritud väljaandes⁹⁵ välja pakutud seaduse analoogia lahendust, mille kohaselt võiks ümberlülitumine RHS § 48 lõige 3 punkti 2 alusel hanketeadet avaldamata võistlevale dialoogile toimuda praegu kehtiva RHS § 70 lõikes 3 sätestatud eeskujul.

Siinjuures aga tuleb märkida, et sõnaselgelt ei sätesta ka RHS § 70 lõige 3, et hankemenetlus RHS § 48 lõige 3 punkti 2 alusel peab jätkuma ilmtingimata ilma hanketeate avaldamiseta. RHS § 48 lõige 3 punktis 2 ja lõikes 4 ning § 70 lõikes 3 pole sõnagi juttu hanketeatest. RHS § 70 lõige 3 kohustab hankijaid tegema otsuse hankemenetluse jätkamise kohta RHS § 48 lõige 3 punkti 2 alusel, kui hankijad otsustavad jätkata menetlust ja täidetud on eeldused hankemenetluse jätkamiseks konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetlusena RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel. Pelgalt RHS § 70 lõikes 3 sätestatud hankemenetluse jätkamisest, ei saa veel üheselt järeldada, et hankemenetlus peab jätkuma ilmtingimata hanketeate avaldamiseta. Sellist lähenemist ei toetaks magistritöö autori hinnangul ka riigihanke direktiiv artikkel 26 lõige 4 punkt b esimene lõik, mis ütleb sõnaselgelt, et kui avatud või piiratud hankemenetlustes esitati vastuvõetamatud pakkumused ei nõuta avaliku sektori hankijatelt hanketeate avaldamist. Kuna riigihanke direktiiv ei välista hankemenetluse jätkamist esialgselt avatud ja piiratud menetluselt ümberlülitumisel hanketeate avaldamisega, siis on võimalik, et see selgitab praegu kehtiva RHS § 70 lõike 3 sõnakasutust hankemenetluse

⁹³ EKo C-250/07, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Kreeka Vabariik*, p 28.

⁹⁴ EKo C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab, varem Stagecoach Finland Oy Ab versus Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne*, p-d 90-91, ECLI:EU:C:2002:495.

⁹⁵ Parind, RHS § 48/19.

jätkamise kohta viitamata selgesõnaliselt konkurentsipõhise hankemenetluse jätkamise võimalustele hanketeateta ja hanketeatega. Tõsi, teatav aimdus menetluse jätkamise võimalusest hanketeateta tekib RHS § 70 lõikes 3 sätestatud fraasist, mille kohaselt hankija alustab läbirääkimisi pakkumuste üle üksnes kõigi nende pakkujatega, kes varem avatud või piiratud hankemenetluse käigus kvalifitseeriti ja kes esitasid vormilistele nõuetele vastava pakkumuse. Sellest lähtuvalt leiab magistritöö autor, et praegu kehtiv RHS § 70 lõige 3 toetab ümberlülitumist RHS § 48 lõige 3 punkti 2 alusel hanketeadet avaldamata konkurentsipõhisele läbirääkimistega hankemenetlusele. RHS § 70 lõige 3 säte võtab üle riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkti b mõtte osas, mis puudutab menetluse jätkamist konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetlusena. Arvestades, aga hanketeate avaldamise või selle registris avaldamata jätmise olulisust ja sellega kaasneva võimalikke tagajärgi hankijatele ja ettevõtjatele, võib olla asjakohane täpsustada RHS-is sarnaselt riigihanke direktiivi artikkel 26 lõige 4 punkt b esimese lõiguga, mis juhul on sõnaselgelt lubatud RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel korraldada jätkumenetlus hanketeadet avaldamata. Hetkel see aga sõnaselgelt üheselt RHS-st ei selgu. Kui konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse puhul on hankemenetluse jätkumine hanketeadet avaldamata tuletatav RHS § 70 lõikest 3, siis võistleva dialoogi puhul on ümberlülitumine esialgselt hankemenetluselt ilma eelneva hanketeate avaldamiseta praegu kehtiva RHS-i alusel keerulisem. Üleminekut avatud või piiratud hankemenetlustelt kõikide pakkumuste vastuvõetamatus korral võistlevale dialoogile toetab praegu kehtivas RHS-is üksnes § 48 lõige 3 punkt 2 ja lõige 4, mis räägib muu hulgas võistleva dialoogi korraldamisest, kui avatud või piiratud hankemenetlustes esitati kõik vastuvõetamatud pakkumused. Mainimata ainsagi sõnata, kas sellises olukorras on lubatud RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel korraldada üleminek võistlevale dialoogile hanketeadet avaldamata. Hankijad on asetatud praegu kehtiva RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 kohaldamisel mõnevõrra keerulisse olukorda seoses võistleva dialoogi kasutamisega hanketeadet avaldamata, kuna sõnaselgelt on võistleva dialoogi kasutamine lubatud vaid hanketeate avaldamisega.

Puudus kõrvaldatakse praeguse seisuga tõenäoliselt uute RHS-i muudatustega⁹⁶, mis näevad võistleva dialoogi puhul ette sarnase sätte konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse kohta käiva sättega RHS⁹⁷ § 70 lõikes 3. Praeguse seisuga soovitakse RHS-i muudatustega § 70 lõige 3 esimest lauset muuta ning sõnastada see järgmiselt⁹⁸: „„Käesoleva seaduse § 48 lõike 3 punktis 2 sätestatud juhul teeb hankija otsuse riigihanke jätkamise kohta konkurentsipõhise

⁹⁶ Riigihangete seaduse muutmise seadus. Eelnõu ja seletuskiri seisuga 17. märts 2021, p-d 43, 47.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

läbirääkimistega hankemenetlusena ja läbirääkimiste alustamise kohta, kui ta alustab läbirääkimisi pakkumuste üle üksnes kõigi nende pakkujatega, keda avatud või piiratud hankemenetluse käigus ei kõrvaldatud ja kes kvalifitseeriti ning kes esitasid vormilistele nõuetele vastava pakkumuse.“;⁹⁹

Magistritöö autor möönab, et RHS-i muudatustes välja pakutud sõnastused on menetluste jätkamise mõttes nii võistleva dialoogi, kui ka konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse puhul praktiliselt samad. Sõnastused erinevad peaaegslikult menetluse liikide nimedest lähtuvalt. Ent need sõnastused on vajalikud ja asjakohased. RHS-i muudatustes välja pakutud sõnastused on arusaadavad ning võtavad mõlema jätkuhanke puhul üle riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktis b sätestatud mõtte. Kui oleks võimalik, siis magistritöö autor kaaluks RHS-i muudatuste punktides 43 ja 47 välja pakutud uute sõnastuste kõrval ka sõnastust, mis toob sõnastustes esile hanketeate mõiste ning rõhutaks hankijate kohustust teha menetluse jätkamise korral otsus justnimelt olukorras, kui hankija alustab jätkuhanget hanketeadet avaldamata. Üldistatud kujul toob magistritöö autor näitena: RHS § 48 lõike 3 punktis 2 sätestatud juhul teeb hankija otsuse esialgse menetluse jätkamise kohta jätkuhanke, kui hankija alustab jätkuhanget hanketeadet avaldamata kõigi nende pakkujatega, keda esialgses avatud või piiratud menetluses ei kõrvaldatud, kes kvalifitseeriti ja kes esitasid vormilistele nõuetele vastava pakkumuse.

Magistritöö autor möönab antud näite puhul, et tegemist on üksnes üldistusega ning autor ei pea vajalikuks jätkuhanke mõiste sätestamist RHS-i asjaomases sättes vmt. Autor peab oluliseks rõhutada sättes hanketeate mõistet, kui hankija otsustab alustada jätkuhanget hanketeadet avaldamata.

Ümberlülitumiseks jätkuhankele hanketeadet avaldamata ei piisa üksnes kõigi pakkujate esitatud vastuvõetamatute pakkumuste olemasolust. Vaid ümberlülitumist jätkuhankele hanketeadet avaldamata peavad lubama ka RHS-i vastavad erisätted.

⁹⁹ Riigihangete seaduse muutmise seadus. Eelnõu ja seletuskiri seisuga 17. märts 2021, p 47.

1.4. Vastuvõetamatu pakkumus

1.4.1. Riigihanke alusdokumentide tingimustele mittevastav pakkumus ning hilinemisega esitatud pakkumus

RHS § 48 lõige 4 punkti 1 kohaselt on vastuvõetamatu pakkumus RHS § 48 lõige 3 punkti 2 tähenduses pakkumus, mis ei vasta riigihanke alusdokumentide tingimustele.

RHS § 4 punkti 17 kohaselt on riigihanke alusdokumendid hanketeade, kontsessiooniteade, ideekonkursi kutse, pakkumuse esitamise ettepanek ja kõik hankija koostatud või viidatud muud dokumendid, milles on määratud ühe konkreetse riigihanke üksikasjad, sealhulgas pakkuja ja taotleja esitatud tingimused ja dokumentide esitamise nõuded, tehniline kirjeldus, hankelepingu tingimused ning pakkumuste hindamise kriteeriumid.

Seega mõiste „riigihanke alusdokumendid“ on sisu poolest väga lai mõiste. Riigihanke alusdokumentide hulka kuuluvad muu hulgas hankija koostatavad pakkumuse vastavustingimused. Riigihanke alusdokumentide tingimustele mittevastavad pakkumused võivad olla pakkumused, mis ei vasta hankija koostatud vastavustingimustele või mõnes muus hankija koostatud riigihanke alusdokumendis sätestatud tingimustele.

Hankija kaalutlusruumi tuleb jaatada RHS § 48 lõige 4 punktis 1 sätestatud pakkumuse puhul, mis ei vasta riigihanke alusdokumentide tingimustele. RHS § 48 lõige 4 punkt 1 ei reguleeri pakkumuste vastavuse hindamist, vaid kahe jätkuhankemenetluse liigi kohaldamise eeldust. Pakkumuste vastavuse hindamist reguleerib RHS § 114. RHS näeb hankijale ka ette pakkumuste riigihanke alusdokumentide tingimustele vastavuse hindamisel teatava diskretsiooni. RHS § 114 lõige 2 teise lause alusel on lubatud hankijal tunnistada pakkumus vastavaks, kui pakkumuses ei esine sisulisi kõrvalekaldeid riigihanke alusdokumentides sätestatud tingimustest. Hankija ei pea pakkumust mittevastavuse tõttu tagasi lükkama, kui pakkumuses esinevad puudused on mittesisulised ehk formaalsed.¹⁰⁰ See võib viidata, et RHS § 48 lõige 4 punktiga 1 ei pruugi olla hõlmatud olukorrad, kui hankijal on võimalik tunnistada RHS § 114 lõige 2 teise lause alusel vastavaks pakkumused, millel ei esine sisulisi kõrvalekaldeid riigihanke alusdokumentides sätestatud tingimustest, kuna sellisel juhul on hankijatel võimalik jätkata esialgse avatud või piiratud hankemenetlusega.

¹⁰⁰ Parind, RHS § 48/28, 29.

RHS § 48 lõige 4 punkti 1 kohaselt on RHS § 48 lõige 3 punkti 2 tähenduses vastuvõetamatu selline pakkumus, mis ei vasta riigihanke alusdokumentides sätestatud tingimustele. RHS § 48 lõige 3 punkti 2 kohaldamisele RHS § 48 lõige 4 punkti 1 kaudu peab eelnema RHS §-is 114 reguleeritud pakkumuste vastavuse kontrollimine.¹⁰¹

Hankija ei saa tunnistada RHS § 114 lõige 2 teise lause alusel pakkumust vastavaks olukorras, kus pakkumus on sedavõrd puudulik, et puudub võimalus hinnata, kas pakkumus on kooskõlas hankedokumentides, sealhulgas tehnilises kirjelduses esitatud tingimustega. Hankemenetluses ei ole lubatav selgituste küsimise kaudu kõrvaldada pakkumuse olulisi puudusi, see tähendab selliseid puudusi pakkumuse esitamisel, mis välistavad pakkumuse hankemenetluses vastavaks ja edukaks tunnistamise. Lubatavaks saab pidada pakkumuse ilmsete ebatäpsuste ning vigade kõrvaldamist. Välistatud on pakkuja selgituste esitamisega pakkumuse olulises osas täiendamine või pakkumuse muutmine.¹⁰² Kui hankija on tuvastanud, et pakkumus ei vasta riigihanke alusdokumentides sätestatud tingimustele, kuna pakkumuses esinevad sisulised kõrvalekalded, puudub hankijal diskretsioon otsustamaks, kas lükata pakkumus tagasi või mitte. Vastavalt RHS § 114 lõikele 2 peab hankija sellisel juhul pakkumuse tagasi lükkama.¹⁰³

Hankija poolset RHS § 114 lõige 1 kohast pakkumuste vastavuse kontrolli võib liigitada formaalseks ja sisuliseks. Formaalne kontroll tähendab, et hankija kontrollib, kas tingimuse täitmist tõendavad andmed ja dokumendid on esitatud. Sisuline kontroll tähendab, et hankija kontrollib, kas tingimuse täitmist tõendavate andmetega on pakkumuse vastavus riigihanke alusdokumentidele tõendatud, sealhulgas kas andmed on õiged. Hankija võib pakkumuse tagasi lükata mõlema kontrolli tulemusel tuvastatud mittevastavuse tõttu, see tähendab et juhtumid, kus formaalse kontrolli tulemusel on tõendatud, et esitatud andmed pakkumuse vastavust riigihanke alusdokumentidele ei tõenda, või kui sisulise kontrolli tulemusel selgub, et pakkumuses esitatud andmed riigihanke alusdokumentides esitatud tingimusi ei täida, on RHS § 114 lõigete 1 ja 2 mõttes pakkuja samasuguste tagajärgedega ehk mittevastav pakkumus tuleb tagasi lükata.¹⁰⁴ Hankijal on kohustus ja õigus kontrollida esitatud pakkumuse vastavust hankemenetluse erinevates etappides.¹⁰⁵ Pakkumuse vastavuse kontrollimine muutuks sisutuks, kui pakkujal oleks võimalik oma pakkumust hankemenetluse kestel muuta või täiendada

¹⁰¹ Parind, RHS § 48/29.

¹⁰² TrtRnKo 3-18-1248 p-d 19, 20.

¹⁰³ TlnRnKo 3-18-1360 p 14.

¹⁰⁴ TlnHKo 3-19-1491 p 35.

¹⁰⁵ TlnHKo 3-19-1491 p 36.

asjaoludega, mida ei esinenud pakkumuse esitamise hetkel. Sellise olukorra võimaldamine oleks olulises vastuolus hankija kohustusega kohelda kõiki pakkujaid hankemenetluses võrdselt.¹⁰⁶

Vahetult eespool viidatud riigisisese kohtupraktikast ilmneb, et pakkumuse vastavuse hindamisel on lubatav hankijatel kõrvaldada pakkumuses mitteolulisi puudusi, mis ei too endaga kaasa hankija kohustust lükata pakkumus tagasi mittevastavuse tõttu riigihanke alusdokumentidele RHS § 114 lõigete 1 või 2 alusel. Kui pakkumuses esinevad ilmselged ebatäpsused või vead, mille puhul pole tegemist sisulise kõrvalekaldega riigihanke alusdokumentides sätestatud tingimustest, siis peaksid hankijad edasi liikuma esialgse avatud või piiratud hankementlusega. Sellisel juhul puudub sisuline või sisulist laadi vormiline viga, mis muudaks pakkumuse vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punkti 1 mõttes. Eespool viidatud kohtupraktikast nähtub, et hankijatel on õigus lükata tagasi pakkumused, mis ei vasta formaalselt või sisuliselt riigihanke alusdokumentide tingimustele. See võib sisuliselt tähendada muu hulgas ka olukorda, kus hankija lükkab esialgses avatud või piiratud hankemenetluses tagasi vormiliste puudustega pakkumused, millel ei esine sisulisi kõrvalekaldeid riigihanke alusdokumentides sätestatud tingimustest ning otsustab seeläbi, et kõik esitatud pakkumused on vastuvõetamatud.

R. Caranta on seisukohal, et pakkumusi, mis ei vasta hankedokumentidele, ei saa pidada esitatuks vastavalt vorminõuetele.¹⁰⁷ Õiguskirjanduses on leidnud hankedokumentide puhul toetamist ka seisukoht, et hankemenetluse vorminõuete täitmist võib tõlgendada kitsendavalt, nii et mõnda riigihanke alusdokumentidele mittevastavat pakkumust on siiski võimalik pidada teatud puuduste korral vorminõuetele vastavaks.¹⁰⁸ Magistritöö autor mõnab, et ka eespool viidatud riigisisene kohtupraktika toob esile ja eristab pakkumustes esinevate vigadena formaalseid ja sisulisi vigu ning peab võimalikuks pakkumustes mitteoluliste puuduste kõrvaldamist selgituste küsimise teel ja sisuliste kõrvalekallete puudumisel esialgse hankemenetluse jätkumist jõudmaks soovitud hankelepingu sõlmimiseni.

Euroopa Kohus on korduvalt jaatanud ning pidanud võimalikuks pakkumuste sisu kohta selgituste küsimist ning üksnes mittesisuliste puuduste kõrvaldamist pakkumuses, millega ei

¹⁰⁶ TlnHKO 3-19-1491 p 36.

¹⁰⁷ Caranta, 2014/24/EL art 26/38.

¹⁰⁸ Semple 2015 (viide 75), lk 69.

kaasne pakkumuste sisuline muutmine.¹⁰⁹ Hankija võimalus pakkujalt pakkumuse kohta küsimusi esitada kaitseb pakkujat hankija omavoli eest, et hankija ei lükkaks tagasi temale küsimusi tekitavat pakkumust enne, kui on andnud pakkujale võimaluse oma pakkumust selgitada. Seejuures on hankija kohustuseks pakkumuse tagasilükkamist põhjendada. Pakkumuse vastavuse osas pelk kindluse puudumine hankijal ei saa olla aluseks pakkumuse mittevastavaks tunnistamisele ja selle tagasi lükkamisele.¹¹⁰ Magistritöö autori arvates viitab see selgelt, et pakkumuse mittevastavuse tuvastamiseks RHS § 114 ja § 48 lõige 4 punkti 1 tähenduses peavad hankijad küsima pakkumuse vastavuse kohta selgitusi, kui hankijatele ei ole pakkumuse vastavus riigihanke alusdokumentide tingimustele üheselt selge. Samuti ei piisa ümberlülitumiseks jätkuhankele hanketeadet avaldamata RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõige 4 punkti 1 alusel üksnes igasugusest pakkumusest, mis on vastuvõetamatu RHS § 114 tähenduses. Pakkumus peab olema samaaegselt ka vastuvõetamatu RHS § 48 lõige 4 punkti 1 mõttes.

Riigihankemenetluses kehtivat formaliseerituse põhimõtet silmas pidades ei saa lähtuvalt RHS § 46 lõikest 4 või RHS § 114 lõikest 2 tuletada, et riigisisene õigus annaks koosmõjus riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikliga 56 ettevõtjale võimaluse esitada hiljem pakkumuse koosseisus tähtaegselt esitamata jäänud dokumente, mille esitamise kohustus tulenes riigihanke alusdokumentidest.¹¹¹ Hankijal tuleb kohaldada RHS § 114 lõikest 1 tulenevat kohustust ja RHS § 114 lõikest 2 tulenevat õigust kõikide pakkujate suhtes võrdsest.¹¹²

Pealtnäha vormiline puudus võib olla hoopis sisuline puudus. Riigisisene kohus selgitas, et pakkumus peab vastama samaaegselt kõikidele vastavustingimustele. Kohus möönis, et näiteks volikirja puudumine ei ole igal juhul sisuline puudus, kui hankija sätestab vastava nõude vastavustingimustes. Kohus selgitas, et sisuline puudus oleks volikirja esitamata jätmine juhul, kui esindusõigus oleks isikul puudunud. Volikirja esitamata jätmine aga olukorras, kus isikul oli volitus esindamiseks tegelikult olemas, on vormiline puudus, mille saab RHS § 114 lõikele 2 tuginedes kõrvaldada.¹¹³ Puuduse kõrvaldamise lubatavuse puhul on oluline, et tagantjärele oleks objektiivselt tuvastatav, et pakkuja selgituste tulemusel ei muutu esitatud pakkumuse sisu võrreldes varasemaga.¹¹⁴

¹⁰⁹ EKo liidetud kohtuasjad C-523/16 ja C-536/16, *MA.T.I. SUD SpA ja DUEMMESGR SpA versus Società Centostazioni SpA ja Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR)*, p-d 39, 49, 51, ECLI:EU:C:2018:122 ja seal viidatud kohtupraktika.

¹¹⁰ TlnHKo 3-19-2057 p 15.

¹¹¹ TlnHKo 3-18-1681 p 14.

¹¹² TlnHKo 3-18-1736 p 22.

¹¹³ TlnHKo 3-18-1736 p 20.

¹¹⁴ TrtHKo 3-19-1320 p 34.

Jätkuhanke puhul hanketeadet avaldamata ei ole RHS § 48 lõige 4 punktiga 1 hõlmatud olukorrad, kui hankija saab esialgses avatud või piiratud menetluses pakkumuse vastavaks tunnistada RHS § 114 lõigete 1 või 2 alusel. RHS § 48 lõige 4 punktiga 1 hõlmatud olukorras jätkuhanke korraldamisel hanketeadet avaldamata saavad olla olukorrad, mille puhul peab olema hankija esmalt tuvastanud avatud või piiratud menetluse käigus kõikide pakkumuste mittevastavuse RHS § 114 lõigete 1 või 2 alusel. Sellisel juhul oleks hankijal olemas mittevastavad pakkumused RHS § 114 lõigete 1 või 2 tähenduses. Kuid see ei muuda veel automaatselt kõiki pakkumusi vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punkti 1 mõttes ümberlülitumaks hanketeadet avaldamata jätkuhankele. Mittesisuliste vigadega pakkumused RHS § 114 lõigete 1 ja 2 mõttes ei muuda magistr töö autori arvates pakkumusi vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punkti 1 mõttes põhjendamaks ümberlülitumist jätkuhankele hanketeadet avaldamata. Pakkumustes esinevate mittesisuliste vigade puhul peaksid hankijad kaaluma mittesisuliste vigade kõrvaldamist näiteks riigihangete registris selgituste küsimise teel pakkuja teavitatud pakkumuste kohta ning jätkama võimalusel esialgses avatud või piiratud menetlusega.

Riigihanke alusdokumentides sätestatakse pakkumuste esitamise aeg, mis perioodil on võimalik pakkuja teavitada pakkumusi esitada. Sellest lähtuvalt käsitleb magistr töö autor samas alapeatükis lisaks RHS § 48 lõige 4 punktis 1 sätestatud tunnusele ka RHS § 48 lõige 4 punktis 2 sätestatud vastuvõetamatut pakkumust, milleks on pakkumus, mis on esitatud hilinemisega.

RHS § 48 lõige 4 punkti 2 kohaselt on RHS § 48 lõige 3 punkti 2 tähenduses vastuvõetamatu selline pakkumus, mis on esitatud hilinemisega. RHS § 48 lõige 3 punkti 2 kohaldamisel § 48 lõige 4 punkti 2 kaudu on oluline, kas pakkuja on järginud hankija kohustuslikuna määratud pakkumuste esitamise tähtaega. Pakkumuste esitamise tähtpäev sätestatakse hanketeates või mõnes teises riigihanke alusdokumendis.¹¹⁵

Hankija ei saa pakkumuse puhul, mis esitati hilinemisega, asuda seisukohale, et tegemist on puudusega, mis ei too kaasa pakkumuse vastuvõetamatust. Pakkumuse esitamise nõue kindla tähtaja jooksul on hankemenetluses keskseid nõudeid.¹¹⁶ RHS § 52 lõige 2 näeb ette, et avatud hankemenetluses avab hankija pakkumused, mis on esitatud pakkumuste esitamise tähtpäevaks. Piiratud hankemenetluses näevad RHS § 54 lõige 2 ja § 56 lõige 1 ette, et hankija teeb

¹¹⁵ Parind, RHS § 48/30.

¹¹⁶ Parind, RHS § 48/27.

menetlustoimingud tähtaegselt esitatud taotluste ja pakkumustega. Mittetähtaegselt esitatud taotlused ja pakkumused jäävad hankemenetlusest kõrvale. Vastupidine lähenemine oleks vastuolus RHS § 3 punktis 2 sätestatud võrdse kohtlemise põhimõttega.¹¹⁷

Õiguskirjanduses on leitud, et hilinevad pakkumusi ei tohiks kaasata läbirääkimistega jätkuhankesse, kuna hilinemisega esitatud pakkumused ei vasta hanketingimusele, kuna pakkumused tuleb esitada riigihanke alusdokumentides ette nähtud ajaks.¹¹⁸

Magistritöö autor käsitles samas alapeatükis pisut eespool RHS § 48 lõige 4 punktis 1 kirjeldatud tunnusele vastavat vastuvõetamatut pakkumust, milleks on pakkumus, mis ei vasta riigihanke alusdokumentide tingimustele. Käsitletud teema juures viitas magistritöö autor riigisisesele ja Euroopa Kohtu praktikale, mis käis muu hulgas esitatud pakkumuste vigade kõrvaldamise kohta. Nende kohtulahendite pinnalt jäi selgelt kõlama, et lubatav pole hankemenetluses kõrvaldada pakkumuse olulisi puuduseid. Sealhulgas pidas kohtupraktika teatud juhtudel sisuliseks ja olulisteks puuduseks ka üksiku dokumendi tähtaegset esitamata jätmist pakkumuse koosseisus, mille tõttu pole hankijal võimalik hinnata pakkumuse sisulist vastavust riigihanke alusdokumentide tingimustele. Tartu Ringkonnakohus selgitas muu hulgas ka täiendavalt, et pakkumuse täiendamisel algselt esitamata dokumentidega saaks pakkuja teiste pakkujatega võrreldes täiendava tähtaja olulise pakkumuse osa esitamiseks.¹¹⁹ Magistritöö autor soovib analoogia korras selle valguses öelda, et hilinemisega esitatud pakkumuste kasutamine ümberlülitumise alusena jätkuhankele ilma hanketeadet avaldamata võib kujutada endas tõsist ohtu pakkujate võrdse kohtlemise ja hanke läbipaistvuse põhimõtete järgimisele.

RHS § 48 lõige 3 punktis 2 ja lõikes 4 on sätestatud sarnased menetluse kasutamise alused RHS § 49 lõige 1 punktiga 1. Selle valguses näib kaudne sarnasus olevat ka RHS § 48 lõige 4 punkti 2 ja § 49 lõige 1 punkti 1 sätete vahel. RHS § 48 lõige 4 punkti 2 kohaselt on RHS § 48 lõige 3 punkti 2 tähenduses vastuvõetamatu pakkumus, mis on esitatud hilinemisega. RHS § 49 lõige 1 punkti 1 alusel on muu hulgas võimalik ümberlülituda väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusele, kui esialgses avatud või piiratud menetluses ei esitatud ühtegi pakkumust. Kaudne sarnasus nimetatud menetluse kasutamise sätete vahel võib näitlikus mõttes seisneda selles, kui ettevõtjad esitavad pakkumused hilinemisega ehk pärast kohustuslikku pakkumuste esitamise tähtpäeva, siis justkui polegi neid pakkumusi avatud või piiratud hankemenetlustes

¹¹⁷ Parind, RHS § 48/27.

¹¹⁸ Semple 2015 (viide 75), lk 69.

¹¹⁹ TrtRnKo 3-18-1248 p-d 19, 20.

esitatud, kuna lähtuvalt RHS § 52 lõikest 2, § 54 lõikest 2 ja § 56 lõikest 1 peavad ettevõtjad esitama pakkumused ja taotlused hankija määratud kohustusliku tähtaja jooksul.

Viga, mis muudab pakkumuse vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punkti 2 tähenduses on pakkumus ise, mis on esitatud hilinemisega. Ent ümberlülitumist jätkuhankele hanketeadet avaldamata esialgses avatud või piiratud hankemenetluses hilinenult esitatud pakkumuste korral RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja § 48 lõige 4 punkti 2 alusel magistritöö autor hankijatele ei soovita. Kui esialgses avatud või piiratud hankemenetluses ei esitatud ühtegi pakkumust või taotlust ning hankijatel esineb vajadus korraldada läbirääkimistega hankemenetlus hanketeadet avaldamata, siis võiksid hankijad esmalt kaaluda väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse korraldamist RHS § 49 lõige 1 punkti 1 alusel.

1.4.2. Konkurentsi kahjustava kokkuleppe ja korruptsiooni tulemusel esitatud pakkumus

Käesolevas alapeatükis selgitab autor välja, milline viga pakkumuses muudab pakkumuse vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punkti 3 tähenduses.

Riigihangete avatus ja turumoonutusteta konkurents ettevõtjate vahel on riigihangetes üks peamiseid põhimõtteid,¹²⁰ mille eesmärk on hoida hanketurud konkurentsile avatud, eelkõige selleks, et tagada nii avaliku sektori, kui ka eraettevõtete konkurentsieeliste ärakasutamine. Riigihangete korraldamise üldpõhimõtete järgimise eesmärk on muu hulgas pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete toel tagada avatud moonutamata konkurents ettevõtjate vahel.¹²¹ Riigihanke menetlus peab igas etapis tagama pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimise,¹²² vältima konkurentsi kunstliku kitsendamist ning olema orienteeritud hankemaastikul konkurentsi soodustavale tegevusele.¹²³ Avatud ja ausa konkurentsi tagamise eesmärgi saavutamiseks kasutab EL-i õigus eelkõige pakkujate ja taotlejate võrdse kohtlemise põhimõtet ning sellest tulenevat läbipaistvuse tagamise kohustust.¹²⁴ Niisiis võrdse kohtlemise põhimõte hõlmab kohustust tagada läbipaistvus, et oleks

¹²⁰ Sanchez-Graells, A. Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies? – European Public Law 2016/6, volume 22, issue 22. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 377-394, lk-d 377-378, 383.

¹²¹ Sanchez-Graells 2016/6 (viide 120), lk-d 379, 383.

¹²² EKo C-87/94, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Belgia Kuningriik*, p 54, ECLI:EU:C:1996:161.

¹²³ Sanchez-Graells 2016/6 (viide 120), lk 394.

¹²⁴ EKo C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser versus Manova A/S*, p 28, ECLI:EU:C:2013:647.

võimalik kontrollida selle põhimõtte täitmist¹²⁵ ning nimeatud põhimõtete toel peavad hankijad omakorda tagama riigihangete valdkonnas tõhusa konkurents.¹²⁶ Hankijatele pandud läbipaistvuskohustus seisneb selles, et tagatakse kõigi võimalike pakkuja huvides piisav avatus, mis võimaldab avada konkurents ning hankemenetluse erapooletust kontrollida.¹²⁷

Konkurents kaalutlused piiravad hankijate otsustusõigust riigihankelepingute sõlmimisel.¹²⁸ Konkurents loetakse kunstlikult kitsendatuks, kui hange kavandati teatud ettevõtjaid põhjendamatult soosivalt või teatud ettevõtjaid ebasoodsasse olukorda asetades.¹²⁹

Riigihanke direktiivi 2014/24 artikkel 18 lõige 1 hõlmab konkurents põhimõtet teiste EL-i riigihanke korraldamise üldpõhimõtete kõrval. See säte pakub otsest normatiivset toetust, et piirata hankijate otsustusõigust riigihankelepingute sõlmimisel, kui sellise kaalutusõiguse kasutamine avaldab negatiivset mõju konkurentsile, kas konkreetse lepingu puhul või üldisemalt turul. Riigihanke direktiivi 2014/24 artikkel 18 lõige 1 konkurents põhimõtte sõnastusest nähtub, et see sisaldab endas ka teatavat subjektiivset või tahtlikku eeldust, mille kohaselt peetakse konkurents kunstlikult piiratuks, kui riigihanget kavandatakse kavatsusega teatavaid ettevõtjaid sobimatul viisil soodustada või ebasoodsasse olukorda panna. Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikli 18 lõike 1 sõnasõnaline sõnastus tekitab seega raskusi hankija kavatsuse hindamisel. Hankija on oma olemuselt juriidiline isik. Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikli 18 lõige 1 sõnastab konkurents põhimõtte, milles rõhutatakse konkurents piiramise subjektiivset või tahtlikku eeldust. See subjektiivne või tahtlik eeldus on direktiivi erinevates keeleversioonides ühine, seega ei saa seda õigustada kui puudust tõlkes või viga sätte sõnastuses. Ent kohtuasjades on siiski viidatud ka hankijate objektiivse hinnangu mõjudele.¹³⁰

¹²⁵ EKo C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) versus Stadt Wien*, p 45, ECLI:EU:C:2002:379; EÜKo T-345/03, *Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, p 142, ECLI:EU:T:2008:67.

¹²⁶ EKo C-138/08, *Hochtief AG ja Linde-Kca-Dresden GmbH versus Közbeszerzési Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság*, p 47, ECLI:EU:C:2009:627; EKo C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA ja Leitschutz Handels- und Montage GmbH versus Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, p 26, ECLI:EU:C:1999:420; EKo C-247/02, *Sintesi SpA versus Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, p 35, ECLI:EU:C:2004:593.

¹²⁷ EKo C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH versus Telekom Austria AG, Herold Business Data AG*, p 62, ECLI:EU:C:2000:669.

¹²⁸ Sanchez-Graells 2016, volume 18 (viide 26), lk lk 100.

¹²⁹ Sanchez-Graells, A. A deformed principle of competition? – the subjective drafting of Article 18(1) of Directive 2014/24. – G.S.Ølykke, A.Sanchez-Graells. (eds). *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*. Cheltenham: 2016, 80-100, lk 87.

¹³⁰ Sanchez-Graells 2016, volume 18 (viide 26), lk-d 101-102.

Hankija vaidlustas kohtuasjas T-384/10, *Hispaania Kuningriik versus Euroopa Komisjon*, punktides 65 ja 68 komisjoni väite, et hankija ametiasutused jagasid samasisulises riigihanked kunstlikult osadeks, rikkudes seeläbi riigihangete korraldamise reegleid. Hankija asus seisukohale, et riigihanke nõude rikkumise tuvastamiseks oleks komisjon pidanud tõendama hankija ametiasutuste tahet hoida osadeks jagamise teel kõrvale riigihanke korraldamise reeglite kohaldamisest asjaomastele riigihangetele. Üldkohus asus seisukohale, et hankeeseme samasuse tuvastamine on alternatiivne, mitte kumulatiivne. Selleks, et tuvastada hankemenetlust käsitlevate õigusnormide vastane osadeks jagamine, ei ole tarvis tõendada subjektiivse tahtluse olemasolu nimetatud õigusnormides sisalduvatest sätetest mööda hiilimiseks. Kui selline asjaolu on tuvastatud, siis ei oma tähtsust, kas liikmesriigi kohustuste rikkumine tuleneb hankija tahtlikust tegevusest, hooletusest või hoopis tal esinenud tehnilistest probleemidest.¹³¹ Juhinduda tuleb seega üksnes objektiivsetest põhjendatud asjaoludest. Ühelt poolt, kas hankija enda tegevusel oli mõju ning teiselt poolt kas hankija tegevusel olid objektiivselt mõjuvad põhjused.¹³² Kui asjaolud on leidnud tuvastamist, pole oluline, kas kohustuste rikkumine tuleneb hankija tahtlusest või hooletusest või tehnilistest raskustest.¹³³

Sõltumata riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikli 18 lõige 1 sõnasõnalisest sõnastusest ja selgest viitest kavatsusele, eeldab see sätte objektiivset tõlgendamist, mitte otseselt tahtluse tuvastamist. Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikli 18 lõige 1 tõlgendamise eesmärk sellisel kujul on konkurentsi piiramise või moonutamise ehk konkurentsi kunstliku kitsendamise kavatsuse eeldused tuletada samaaegsete asjaolude mõistlikust objektiivsest hindamisest. Seega kavatsus konkurentsi kunstlikult kitsendada tuleneb hankemenetluse kavandamise ja läbiviimise mõjudest või tagajärgedest. Konkurentsi moonutamise või piiramise olemasolu puhul on määrava tähtsusega kontekst, milles leiavad aset konkurentsimoonutused või konkurentsipiirangud.¹³⁴ Ettevõtja ei pea teadma, et ta rikub konkurentsieeskirju, et rikkumist saaks pidada tahtlikult toime panduks, piisab sellest, kui ettevõtja pidi teadma ehk teisisõnu ei saanud olla teadmata, et ettevõtja käitumise eesmärk on konkurentsi piiramine.¹³⁵ Seega konkurentsi piiramine turul toob peaaegu et alati automaatselt kaasa konkurentsi piiramist keelavate normide rikkumise, olenemata turuosaliste tegelikust kavatsusest toime pandud konkurentsi piirav tegevus ellu viia.¹³⁶

¹³¹ EÜKo T-384/10, *Hispaania Kuningriik versus Euroopa Komisjon*, p-d 65, 68, 95, ECLI:EU:T:2013:277.

¹³² Sanchez-Graells 2016, volume 18 (viide 26), lk 103.

¹³³ EKo C-71/97, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, p 15, ECLI:EU:C:1998:455.

¹³⁴ Sanchez-Graells 2016, volume 18 (viide 26), lk-d 105-106.

¹³⁵ EÜKo T-143/89, *Ferriere Nord SpA versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, p 41, ECLI:EU:T:1995:64; EÜKo T-11/06, *Romana Tabacchi Srl versus Euroopa Komisjon*, p 227, ECLI:EU:T:2011:560.

¹³⁶ Sanchez-Graells 2014/24 (viide 129), lk 99.

Õiguskorra tagamine on tõsisel ohul juhul, kui hankijal on õigus otsustada, et vaatamata hankijale teadaolevast konkurentsivõistluse- või korruptsioonilasest rikkumisest on lubatav pakkumust pidada vastuvõetavaks.¹³⁷ Ettevõtja automaatne ja absoluutne kõrvaldamise kohustus aga ei pruugi olla jällegi õiguspärane pakkuja võrdse kohtlemise, riigihanke läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtte seisukohalt vaadatuna, kuna selline meede ei pruugi olla eesmärgi saavutamiseks sobiv ning läheb kaalutlusruumi kohaldamata kaugemale, kui on konkreetse eesmärgi saavutamiseks vaja.¹³⁸

RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõige 4 punkti 3 alusel on hankijatel võimalik esialgselt avatud või piiratud hankemenetlusest ümberlülituda jätkuhanketele muu hulgas vastuvõetamatu pakkumuse alusel, mis on esitatud konkurentsivõistluse kahjustava kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse või kooskõlastatud tegevuse tulemusel. RHS § 95 lõige 4 punkti 5 kohaselt on konkurentsivõistluse kahjustav kokkulepe, ettevõtjate ühenduse otsus ja kooskõlastatud tegevus vabatahtlik kõrvaldamise alus.

2014. aasta riigihanke direktiiv sisaldab nii kohustuslikke, kui ka kaalutlusõiguslikke kõrvaldamise aluseid ettevõtjate kõrvaldamiseks hankemenetlusest. Kohustuslikud kõrvaldamise alused on seotud teatavate raskete õigusrikkumistega nagu näiteks korruptsioon.¹³⁹

Keerukust valmistab asjaolu, et pakkumused, mis on esitatud konkurentsivõistluse koostöö või korruptsiooni tulemusel on üks neist olukordadest, mis juhul pakkumust võib pidada artikkel 26 lõige 4 punkti b kohaselt vastuvõetamatuks.¹⁴⁰ Ent seejuures tuleb ka riigihanke menetluse igas etapis järgida pakkuja võrdse kohtlemise ja hanke läbipaistvuse põhimõtteid.¹⁴¹

RHS § 48 lõige 4 punkt 3 sätestab vastuvõetamatu pakkumuse muu hulgas ka pakkumuse, mis on esitatud korruptsiooni tulemusel. Seejuures väärib kordamist, et samas paragrahvis sätestatud konkurentsivõistluse kahjustav kokkulepe, ettevõtjate ühenduse otsus, kooskõlastatud tegevus ja konkurentsivõistluse moonutused on vastavalt RHS § 95 lõige 4 punktidele 5 ja 7 vabatahtlikud

¹³⁷ Parind, RHS § 48/27.

¹³⁸ EKo C-376/08, *Serrantoni Srl ja Consorzio stabile edili Srl versus Comune di Milano*, p-d 38, 40, 44-46, ECLI:EU:C:2009:808.

¹³⁹ Semple 2015 (viide 75), lk 94.

¹⁴⁰ Caranta, 2014/24/EL art 26/41.

¹⁴¹ Bovis 2012 (viide 30), lk-d 408-409.

kõrvaldamise alused. Niisamuti on see ka vastavalt riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 57 lõige 4 punktide d ja f kohaselt. Seevastu korruptsiooni puudutav kõrvaldamise alus on vastavalt RHS § 95 lõige 1 punkti 1 kohaselt kohustuslik kõrvaldamise alus. Nii nagu see on ka vastavalt riigihanke direktiivi artikkel 57 lõige 1 punktile b kohustuslik kõrvaldamise alus. Seega RHS § 48 lõige 4 punkt 3 hõlmab oma olemuselt ja raskusastmelt sätte esimeses ja teises pooles kahte erinevat vastuvõetamatu pakkumuse tunnust, mida hankijad peavad ümberlülitumise kaalumisel jätkuhankele kindlasti silmas pidama ja kaalutusõiguse teostamisel arvesse võtma.

Diskretsioonilisi kõrvaldamise aluseid tuntakse ka kui vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid. Sellest ei tohi siiski lasta end eksitada. Vastavate aluste puhul ei ole tegemist sätetega, mille kohaldamise või kohaldamata jätmise üle võib hankija meelevaldselt ning oma suvast lähtudes otsustada. RHS § 95 lõikes 4 sätestatud kõrvaldamise aluste tinglik vabatahtlikkus tähendab seda, et kui hankija on kontrollimise tulemusel tuvastanud mõne seesuguse aluse esinemise pakkuja või taotleja puhul, siis erinevalt RHS § 95 lõige 1 punktis 1 sätestatud kohustuslikest kõrvaldamise alustest, millele peab vältimatult järgnema ettevõtja hankemenetlusest kõrvaldamine, peab hankija vabatahtliku kõrvaldamise aluse esinemisel kaalutlema, kas ettevõtja kõrvaldada või mitte.¹⁴²

Riigihangete avamine EL-is konkurentsile teeb vajalikuks oluliselt suurema läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise tagamise. Riigihangete avamisega tuntava mõju saavutamiseks konkurentsile on riigihankeid käsitleva EL-i õiguse ja seda kohaldavate riigisiseste õigusnormide rikkumise puhuks õigusaktides ette nähtud tagajärjed.¹⁴³

Ettevõtjate kõrvaldamine on hõlmatud riigihanke direktiivi artikliga 57. Kõrvaldamise aluste kohaldamise aeg ei tohi kohustuslike kõrvaldamise aluste korral ületada viit aastat ja vabatahtlike kõrvaldamise aluste puhul kolme aastat.¹⁴⁴

Koosmõjus Eesti riigisisese õigusega võib RHS-i kohaselt üldreeglina kohustuslikele kõrvaldamise alustele tugineda kuni viis aastat, kuid sõltuvalt kuriteo olemusest ja karistusest võib see periood olla ka oluliselt lühem. Vabatahtlike kõrvaldamise aluste korral kehtib sama

¹⁴² Härginen, K., Parind, M. RHS § 95/44. – M. Simovart, M. Parind. (koost). Riigihangete seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019.

¹⁴³ EKo C-70/06, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Portugali Vabariik*, p 40, ECLI:EU:C:2008:3.

¹⁴⁴ Treumer, S. Into the grey area: implementation of the Public Procurement in Denmark. – S. Treumer, M. Comba. (eds). *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States*. UK Cheltenham, USA Massachusetts Northampton: Edward Elgar Publishing 2018, 11-37, lk 21.

reegel nagu 2014. aasta riigihanke direktiivis 2014/24/EL ehk kolm aastat alates kõrvaldamise aluse esinemisest või teo toimepanemisest.¹⁴⁵

Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikli 57 lõige 1 punkti b kohaselt jätavad hankijad ettevõtja hankemenetluses osalemisest kõrvale, kui hankijad on tuvastanud, et ettevõtja on lõpliku kohtuotsusega süüdi mõistetud korruptsioonis. Seejuures ettevõtja võib olla teises EL liikmesriigis süüdimõistetud vastavalt liikmesriigi riigisisesele kriminaalõigusele. Korruptsioonist erinevates riikides rääkides on korruptsiooni mõiste erinev või ei ole määratletud korruptsiooni mõistet üldse, tuues vaid näiteid korruptsiooni kohta, mida võib pidada õigusrikkumiseks. 2014. aasta riigihanke direktiivi artiklis 57 on korruptsiooni mõiste kohta oma määratlus, kuid isegi EL-i liikmesriikidel on korruptsiooniks peetava lähenemisviisi erinev. Mõnes riigis hõlmab korruptsioon ka konkurentsieeskirjade rikkumisi ja teistes liikmesriikides on korruptsiooni mõiste kitsam. Kõigis jurisdiktsioonides on ühine see, et korruptsioon moonutab demokraatlikke süsteeme ja korruptsiooni tuleks vältida. Avatud ja läbipaistvad riigihangete süsteemid võivad aidata vähendada korruptsioon. Mingil määral on korruptsioon olemas igas riigis.¹⁴⁶

RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõige 4 punkti 3 alusel on hankijatel võimalik esialgselt avatud või piiratud hankemenetlusest ümberlülituda jätkuhankele vastuvõetamatu pakkumuse alusel, mis on esitatud korruptsiooni tulemusel. RHS § 95 lõige 1 punkti 1 kohaselt on korruptiivne tegu kohustuslik kõrvaldamise alus ning hankija on kohustatud kõrvaldama pakkuja või taotleja hankemenetlusest keda või kelle seaduslikku esindajat on karistatud korruptiivse teo eest.

Kõnealune ettevõtja kõrvaldamise põhjus hõlmab kuriteoga seotud alust nagu korruptsioon.¹⁴⁷ Ettevõtja tuleb kõrvaldada, kui ta on lõpliku kohtuotsusega süüdi mõistetud korruptsioonis.¹⁴⁸ Hankijal puudub nii õigus kui ka kohustus kõrvaldada ettevõtja hankemenetlusest juhul, kui ettevõtja või temaga seotud isikute suhtes on alustatud RHS § 95 lõige 1 punktis 1 nimetatud rikkumise osas vastav uurimismenetlus. RHS § 95 lõige 1 punktis 1 nimetatud rikkumiste alusel

¹⁴⁵ Simovart, M.A., Härginen, K. Estonia: faithful in transposing, stumbling on domestic needs. – S.Treumer, M. Comba. (eds). *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States*. UK Cheltenham, USA Massachusetts Northampton: Edward Elgar Publishing 2018, 38-64, lk 51.

¹⁴⁶ Risvig Hamer, C. 2014/24/EL art 57/16. – M.Steinicke, P.L.Vesterdorf. (eds). *EU Public Procurement Law. Brussels Commentary*. München: Beck Hart Nomos 2018.

¹⁴⁷ Racca, M.A. *Electronic Qualitative Selection of Economic Operators: the challenge of the European Single Procurement Document (ESPD)*. – M.Burgi, M.Trybus, S.Treumer. (eds). *Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement*. Copenhagen: Djøf Publishing 2016, 303-325, lk 316.

¹⁴⁸ Priess, H.-J. *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive*. – *Public Procurement Law Review*. Sweet & Maxwell and its Contributors, Thomson Reuters 2014, 3, 112-123. Andmebaasis WestlawNext.

on ettevõtja võimalik kõrvaldada ainult juhul, kui karistus on jõustunud kohtuotsusega määratud ja see on kehtiv.¹⁴⁹

EL liikmesriikidel on teatud kaalutlusruum nende meetmete kehtestamisel, millega tagada pakujate võrdse kohtlemise ning läbipaistvuse põhimõtted, mis kujutavad endast riigihankeid käsitlevate EL direktiivide põhialust.¹⁵⁰

Artikli 57 lõige 4 sisaldab loetelu vabatahtlikest kõrvaldamise alustest, mida hankijad võivad kasutada, ent samas ei ole kohustatud neid vabatahtlike kõrvaldamise aluseid kohaldama.¹⁵¹ See tähendab muu hulgas ka seda, et vabatahtlike kõrvaldamise aluste puhul on sätestatud kõrvaldamise maksimaalne periood. See näib viitavat, et rikkumised, mis jäävad vabatahtlike kõrvaldamise aluste maksimaalsest perioodist välja, ei ole pärast kolme aasta möödumist käsitletavad rikkumistena, mille puhul hankijad peaksid kohaldama kaalutlusõigust ning võiksid ettevõtjatele kaasa tuua nende kõrvaldamise mõne vabatahtliku kõrvaldamise aluse esinemisel.¹⁵²

Riigihanked direktiivi 2014/24/EL artikkel 57 lõige 4 punkti d kohaldamine ei eelda, et ettevõtja peab olema toime pandud teo eest süüdimõistetud. Piisab, kui hankijate käsutuses olevatest usaldusväärsetest andmetest nähtub, et ettevõtjad on soovinud konkurentsi moonutada.¹⁵³

Riigihanke direktiivi artikkel 57 lõige 4 punkt d säte hõlmab muid olukordi, kui olukorrad, kus ettevõtja on süüdi mõistetud. Antud sätte kohaldamisel on hankijal keeruline ülesanne esitada peale süüdimõistva kohtuotsuse muid piisavalt usutavaid andmeid, millest järeldada, et ettevõtja on sõlminud kokkuleppeid konkurentsi moonutamise eesmärgil. Piisavalt usutavad andmed, millest järeldada, et ettevõtja on sõlminud konkurentsi kahjustamise või moonutamise eesmärgil kokkuleppeid, võiks olla näiteks olukord, kui hankija tuvastab menetluse käigus konkreetsed lepingud, mille puhul on aset leidnud konkurentsi kahjustamine või moonutamine. Tõendamiskohustust kannab lõppkokkuvõttes hankija. Riigihanke direktiivi artikkel 57 lõige 4 punkti d asjaolude tõendamine on hankijale keeruline ülesanne. Seega on tõenäoline, et direktiivi artikkel 57 lõige 4 punkt d sättel ei pruugi olla suurt praktilist tähtsust.¹⁵⁴ Ingliskeelses

¹⁴⁹ Härginen, K. RHS § 95/8.

¹⁵⁰ EKo C-213/07, *Michaniki AE versus Ethniko Symvoulío Radiotileorasis ja Ypourgos Epikrateias*, p 55, ECLI:EU:C:2008:731.

¹⁵¹ Risvig Hamer, 2014/24/EL art 57/54.

¹⁵² Arrowsmith 2014 (viide 31), lk 1254.

¹⁵³ Arrowsmith 2014 (viide 31), lk 1268.

¹⁵⁴ Risvig Hamer, 2014/24/EL art 57/77.

õiguskirjanduses on toodud näitena asjaolu, et pole selge, millist tüüpi tegevus kujutab endast konkurentsi moonutamiseks mõeldud kokkulepet teiste ettevõtjatega. On oletatud, et see peab hõlmama selgelt konkurentsiõiguse teatud rikkumisi.¹⁵⁵

Eestikeelses õiguskirjanduses viitega Euroopa Kohtu kohtuotsuse¹⁵⁶ C-124/17, *Vossloh Laeis GmbH versus Stadtwerke München GmbH*, punktile 39, on kõnealuse vabatahtliku kõrvaldamise aluse praktilise tähtsuse osas asutud mõnevõrra teistsugusele seisukohale ning järeldatud, et konkurentsi piiravat tegevust saab pidada tuvastatuks alles pärast sellise pädeva asutuse otsuse tegemist, mis selle tegevuse õiguslikult nii kvalifitseerib. Konkurentsi piiravat tegevust on võimalik süütuse presumptsiooni arvestades pidada tõendatuks üksnes kohtu- või haldusotsuses. Seega ei pruugi praktikas RHS § 95 lõige 4 punkti 5 kohaldamine olla sedavõrd raskendatud, nagu on leitud väliskirjanduses. Kui konkurentsi kahjustav kokkulepe, ettevõtjate ühenduse otsus või kooskõlastatud tegevus on kohtuotsusega kinnitust leidnud, tuleks asjakohaseks pidada asjaomase ettevõtja hankemenetlusest kõrvaldamist RHS § 95 lõige 4 punkti 5 alusel.¹⁵⁷

RHS § 48 lõige 4 punktis 3 ei ole sätestatud kõrvaldamise alused. RHS § 48 lõige 3 punkt 2 koos sama paragrahvi lõige 4 punktiga 3 sätestavad jätkuhankemenetluse kasutamise aluse. Pakkujate kõrvaldamise aluste kontrollimist reguleerib RHS § 95. Et hankijad saaksid ümberlülituda RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 punkti 3 alusel hanketeadet avaldamata jätkuhankele, on tarvis magistritöö autori arvates esmalt tuvastada, kas pakkujal esinevad RHS § 95 lõige 1 punktis 1 või § 95 lõige 4 punktis 5 sätestatud kohustuslikud või vabatahtlikud kõrvaldamise alused. Kui pakkujat on näiteks esitanud pakkumuse olles süüdi mõistetud korruptiivse teo eest ja tal esineb kohustuslik kõrvaldamise alus, siis hankija peab pakkuja vastavalt RHS § 95 lõige 1 punktile 1 hankemenetlusest kõrvaldama. Kui pakkuja on aga näiteks esitanud pakkumuse olles seotud konkurentsi kahjustava kokkuleppega ning tal esineb seega vabatahtlik kõrvaldamise alus, siis tuleb hankijal kaaluda ja otsustada kaalutluse tulemusel, kas pakkuja kõrvaldada menetlusest või mitte. RHS § 48 lõige 4 punkt 3 sisaldab oma olemuselt ja raskusastmelt sätte esimeses ja teises pooles kahte erinevat vastuvõetamatu pakkumuse tunnust.

¹⁵⁵ Butler, L. Exclusion, Qualification and Selection in the UK under the Public Contracts Regulations 2015. – M.Burgi, M.Trybus, S.Treumer. (eds). Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement. Copenhagen: Djøf Publishing 2016, 189-243, lk 199.

¹⁵⁶ EKo C-124/17, *Vossloh Laeis GmbH versus Stadtwerke München GmbH*, p 39, ECLI:EU:C:2018:855.

¹⁵⁷ Parind, M. RHS § 95/61. – M. Simovart, M. Parind. (koost). Riigihangete seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019.

Magistritöö autori arvates pakkumus, mis on esitatud konkurentsi kahjustava kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse, kooskõlastatud tegevuse või konkurentsi moonutamise tulemusel võib teatud juhtudel vastata ka korruptsiooni tunnustele ja olla seetõttu esitatud hoopis korruptsiooni tulemusel. Väga keeruline võib olla eristada korruptsiooni tulemusel esitatud pakkumust konkurentsi kahjustava kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse, kooskõlastatud tegevuse või konkurentsi moonutamise tulemusel esitatud pakkumusest, kuna viimati mainitud võivad magistritöö autori arvates samuti oma olemuselt kujutada korruptsiooni.

RHS § 48 lõige 4 punktis 3 ei kasutata sõnapaari konkurentsi moonutamine. Seevastu riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 57 lõige 4 punkt d räägib sõnaselgelt ka ettevõtjate kokkulepete sõlmimisest konkurentsi moonutamise eesmärgil. Konkurentsi moonutamise sõnapaar on RHS-is sisse toodud vabatahtlike kõrvaldamise aluste sättes § 95 lõige 4 punktis 7. Magistritöö autori arvates hõlmab RHS § 48 lõige 4 punktis 3 kirjeldatud tegevused konkurentsi kahjustava kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse, kooskõlastatud tegevuse ja korruptsiooni kohta iseenesest mõistetavalt ka konkurentsi moonutamist või siis vähemalt nimetatud tegevustega paratamatult kaasneb konkurentsi moonutamine. Seetõttu võib eeldada, et ka konkurentsi moonutamise juhtum võib olla RHS § 48 lõige 4 punkti 3 mõttes esialgselt avatud või piiratud hankemenetluselt ümberlülitumise aluseks hanketeadet avaldamata jätkuhankele.

Magistritöö autori arvates ei saa RHS § 48 lõige 4 punkti 3 kontekstis pidada vastuvõetamatuks pakkumuseks võimaliku korruptsiooni tulemusel esitatud pakkumust, mille puhul puudub kohtuotsusega määratud jõustunud karistus ja mis ei ole kehtiv. Selline pakkumus ei saaks olla RHS § 48 lõige 4 punkti 3 mõttes vastuvõetamatu pakkumus ja sellest lähtuvalt ka hanketeadet avaldamata ümberlülitumise aluseks jätkuhankele RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõige 4 punkti 3 alusel. Magistritöö autor mainib siinjuures veelkord, et kui pakkujal esineb kohustuslik kõrvaldamise alus näiteks korruptsiooni tõttu, siis hankija peab sellise pakkuja hankemenetlusest kõrvaldama. Selle valguses oleks magistritöö autori arvates raske ka ette kujutada, et hankija julgeb lülitada vastuvõetamatu pakkumuse alusel, mis on esitatud korruptsiooni tulemusel hanketeadet avaldamata jätkuhankele.

Vea tuvastamine pakkumuses, mis muudab pakkumuse vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punkti 3 mõttes on komplitseeritud muu hulgas ka seetõttu, et hankijatel on keeruline tuvastada ja tõendada, et konkreetsetes hankes esitatud pakkumuse puhul on tegemist pakkumusega, mis on esitatud konkurentsi kahjustava kokkuleppe või korruptsiooni tulemusel.

1.4.3. Pakkumuse maksumus ning kvalifitseerimise tingimustele mittevastava pakkuja esitatud pakkumus

Käesolevas alapeatükis selgitab autor välja, milline viga pakkumuses muudab pakkumuse vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punktide 4, 5 ja 6 mõttes. Magistritöö autor käsitleb vastuvõetamatu pakkumuse tunnuseid, mis puudutavad pakkumuste maksumusi ja pakkujate vastavust kvalifitseerimise tingimustele samas alapeatükis magistritöö ülesehitusest tulenevalt.

RHS § 48 lõige 3 punkti 2 kohaldamisele RHS § 48 lõige 4 punkti 4 kaudu peab eelnema pakkumuste maksumuste põhjendatuse hindamine vastavalt RHS §-le 115. Hankija otsus RHS § 48 lõige 4 punkti 5 alusel kõrge maksumusega pakkumuse vastuvõetamatuse kohta on hankija õigus, mitte kohustus. RHS § 48 lõige 3 punkti 2 kohaldamisele RHS § 48 lõige 4 punkti 5 kaudu peab eelnema pakkumuste maksumuste võrdlemine riigihanke eeldatava maksumusega.¹⁵⁸

Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste säte võib olla mõnevõrra segadust tekitav, kuivõrd see ei ütle hankijale asjade ja teenuste riigihangetes ette, millal hankija peab ilmtingimata pakkumuse tagasi lükkama. Kõnealune säte annab hakijatele üldised juhised, mida arvesse võtta põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse tuvastamisel. Hankijatel on kohustus uurida ebatavaliselt madala maksumusega pakkumust, ilma et hankija lükkaks pakkumuse koheselt tagasi. Hankijatel tuleb nõuda ettevõtjalt selgitusi, kui pakkumuses pakutavad ehitustööde, asjade või teenuste hinnad näivad olevat ebaharilikult madalad.¹⁵⁹

Näiteks võib hankijal tekkida kahtlus pakkumuste maksumuste osas seoses pakkumuse maksumuse erinevusega pakkumuste maksumuste keskmisega või ka pakkuja koostatud maksumuse kalkulatsiooni põhjal. Kui esineb pakkumuste maksumuste osas erinevus pakkumuste maksumuse keskmisest, siis see ei tähenda koheselt, et tegemist on põhjendamatult madala maksumusega, vaid seda, et hankijal pidi tekkima esmalt kahtlus pakkumuste maksumuste osas.¹⁶⁰

2014. aasta riigihanke direktiivi kohaselt on avaliku sektori hankijad kohustatud otsima selgitust kõigi pakkumuste kohta, mis tunduvad hankijatele olevat põhjendamatult madala

¹⁵⁸ Parind, RHS § 48/28, 35, 36.

¹⁵⁹ Arrowsmith 2014 (viide 31), lk-d813-814.

¹⁶⁰ VAKO 21.01.2021, 287-20/228692 p 17.

maksumusega pakkumused. See, mis võib kujutada endast ebaharilikult madala maksumusega pakkumust ja selle tuvastamist, on jäetud paljuski riigisiseste meetmete ja hankijate lahendada. Uurimiskohustus tekib juhul, kui hankijad ise tuvastavad pakkumuste ebaharilikult madala maksumuse.¹⁶¹ RHS § 48 lõige 4 punkti 4 kohaselt on RHS § 48 lõige 3 punkti 2 mõttes vastuvõetamatu selline pakkumus, mille maksumus on põhjendamatult madal. RHS § 48 lõige 3 punkti 2 kasutamisele RHS § 48 lõige 4 punkti 4 kaudu peab eelnema pakkumuste maksumuste põhjendatuse hindamine vastavalt RHS §-le 115.¹⁶²

Hankijad võivad pakkumuse tagasi lükata, kui hankijad peavad esitatud pakkumusega seotud maksumust põhjendamatult madalaks. Kui asjade, ehitustööde või teenuste pakkumuse maksumus näib hankijatele ebaharilikult madal, peavad hankijad enne pakkumuste tagasilükkamist kirjalikult küsima üksikasju esitatud pakkumuse maksumuse ja selle koostisosades kohta.¹⁶³ Pakkumuse madal maksumus võib olla põhjendatud RHS § 115 lõige 7 punktide 1 – 5 kohaselt eelkõige tootmisprotsessi, teenuse osutamise või ehitusmeetodi säästlikkusega; pakkuja valitud tehnilise lahendusega või erakordselt soodsate tingimustega, mis on pakkujale hankelepingu täitmiseks kättesaadavad; asjade, teenuste või ehitustööde ainulaadsusega; hankelepingu täitmise kohas kehtivate keskkonna-, sotsiaal- ja tööõiguse valdkonda reguleerivate pakkuja või alltöövõtja täidetavate sätetega, või pakkuja võimalusega saada riigiabi.

Eelöeldu näitab magistritöö autori arvates seda, et vea tuvastamine pakkumuses ehk pakkumuse põhjendamatult madal pakkumus, mis muudakse pakkumuse vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punkti 4 tähenduses on hankijate jaoks äärmiselt keeruline. Igasugune põhjendamatult madala maksumustega pakkumus ei saa olla vastuvõetamatu pakkumus RHS § 48 lõige 4 punkti 4 mõttes ning hankijad ei saa meelevaldselt esialgselt avatud või piiratud menetluselt ümber ülituda hanketeadet avaldamata jätkuhankele RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja § 48 lõige 4 punkti 4 alusel. Kui hankija leiab, et pakkumuse maksumus on ka pärast pakkujalt saadud selgitusi põhjendamatult madal, siis peab hankija sellise pakkumuse tagasi lükkama. Sellega justkui võiks hankijal olemas olla põhjendamatul madala maksumusega pakkumused, mille alusel RHS § 48 lõige 3 punkti 2 alusel ümber lülituda jätkuhankele. Ent paraku näib sekkuvat proportsionaalsuse põhimõte ning hankija peaks küsima endalt, kas selline ümberlülitumine jätkuhankele hanketeade avaldamata on vajalik, sobiv ja mõõdukas. Näiteks, kui hankijal on

¹⁶¹ Semple 2015 (viide 75), lk-d 116-117.

¹⁶² Parind, RHS § 48/35.

¹⁶³ Bovis 2012 (viide 30), lk-d 124, 274-276.

aega korraldada uus avatud või piiratud hankemenetlus, siis magistritöö autori arvates näitab see seda, et ümberlülitumine jätkuhankele ei ole vajalik ega ka mitte sobiv. Proportsionaalsuse põhimõtte näib magistritöö autori arvates kaasas käivat kõikide RHS § 48 lõige 4 punktis 1 – 6 loetletud vastuvõetamatu pakkumuste tunnustega, kaalumaks ümberlülitumist ilma hanketeadet avaldamata jätkuhankele RHS § 48 lõige 3 punkti 2 alusel. Ümberlülitumine hanketeateta jätkuhankele peab olema vajalik, sobiv ja mõõdukas.

Pakkujatel, kelle pakkumuste maksumused näivad olevat põhjendamatult madala maksumusega, tuleb anda võimalus selgitada pakkumuse maksumuse kujunemist, et seeläbi oleks pakkujatel võimalik tõendada pakkumuse maksumuse adekvaatsust.¹⁶⁴ Ka Eesti riigisisese vaidluspraktika kohaselt on leidnud kinnitamist põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse kontrollkohustus. RHS § 115 lõige 1 kohaselt peab hankija hindama pakkumuse maksumust hankelepingu eseme valguses. Jõudmaks seeläbi järeldusele, kas ettevõtja pakutud hind tekitab hankijas kahtlust või mitte.¹⁶⁵ Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 69 põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse sätte eesmärk on peamiselt ühelt poolt hankijate kaitse, kuid teiselt poolt sisaldab sätte ka ettevõtjate kaitset selles mõttes, et hankija ei saa pakkumust tagasi lükata, andmata pakkujale võimalust selgitada, miks pakkumuse maksumus on ebaharilikult madal.¹⁶⁶

Tallinna Halduskohus selgitas oma otsuses, et põhjendamatult madal pakkumus on RHS § 48 lõige 4 punkti 4 mõistes vastuvõetamatu pakkumus ning vastuvõetamatu pakkumus tuleb RHS § 115 lõige 9 kohaselt tagasi lükata.¹⁶⁷ RHS § 115 lõike 9 kohaselt lükkab hankija pakkumuse tagasi, kui ta tuvastab, et pakkumuse põhjendamatult madal maksumus on tingitud hankelepingu täitmise kohas kehtivate keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse valdkonda reguleerivate sätete eiramisest.

Üks võimalik selgitus vea kohta pakkumuses, mis muudab pakkumuse vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punkti 4 tähenduses on olukord, kui hankija tuvastab RHS § 115 lõikes 9 sätestatud asjaolud ning lükkab pakkumuse tagasi. Ent ka sellises olukorras peaks hankija lähtuma ümberlülitumisel jätkuhankele proportsionaalsuse põhimõttest ning kaaluma ümberlülitumise lubatavust proportsionaalsuse põhimõtte alusel. Antud põhimõttest lähtumine aitab hankijal

¹⁶⁴ EKo C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA versus Comune di Milano*, p 20, ECLI:EU:C:1989:256.

¹⁶⁵ VAKO 06.12.2018, 232-18/201257 p 24.

¹⁶⁶ Indén, T. 2014/24/EL art 69/2. – M.Steinicke, P.L.Vesterdorf. (eds). *EU Public Procurement Law*. Brussels Commentary. München: Beck Hart Nomos 2018.

¹⁶⁷ TlnHKO 3-18-1116 p 9.

jõuda muu hulgas ka selgusele, kas ümberlülitumisel hanketeadet avaldamata kohtleb hankija ettevõtjaid võrdselt ning tagab menetluse läbipaistvuse.

Ehkki hankijatel on kohustus teatud tingimustel põhjendamatult madala maksumusega pakkumused tagasi lükata, ei tähenda see seda, et hankijad saaksid alati igasuguse madala maksumusega pakkumuse tagasi lükata. Võrdse kohtlemise põhimõtte kohaldamine tähendab, et hankijate ülesanne on tagasi lükata pakkumused, mis on ilmselgelt nii madalad, et sõlmitava lepingu nõudeid ei saa pakkumuses toodud tingimustel täita. Kui hankija sellist pakkumust tagasi ei lükka, oleks tagajärjeks see, et mõistlike maksumustega pakkumused esitanud ettevõtjaid oleks menetluses ebaõiglaselt koheldud. Järelikult on hankijal kohustus põhjendamatult madala maksumusega pakkumus tagasi lükata, kui pakkuja ei suuda selgitada, millest tingituna on tema esitatud pakkumuse maksumus madal.¹⁶⁸

Hankijad on ebaharilikult madala maksumusega pakkumuste puhul kohustatud tuvastama kahtlased aspektid esitatud pakkumuste juures, võimaldama ettevõtjatel selgitada üksikasju, hindama ettevõtjatelt saadud selgituste asjakohasust ja seejärel võtma vastu otsuse esitatud pakkumuste vastuvõtmise või tagasilükkamise kohta. Seetõttu ei saa ebaharilikult madalate pakkumuste läbivaatamise puhul pidada nõudeid täidetuks, kui pole täidetud kõiki äsja nimetatud samme.¹⁶⁹ Kui põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse läbivaatamise nõuded pole täidetud, siis see välistab RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõige 4 punkti 4 alusel ümberlülitumise hanketeateta jätkuhankele, kuna sellisel juhul pole jätkuhankele ümberlülitumisele eelnenud pakkumuste maksumuste põhjendatuse hindamist.

Pakkumuse maksumuse teema teine pool seisneb pakkumuse maksumuses, mis ületab riigihanke eeldatavat maksumust. Sellest lähtuvalt käsitleb magistritöö autor samas alapeatükis lisaks RHS § 48 lõige 4 punktis 4 sätestatud tunnusele ka RHS § 48 lõige 4 punktis 5 sätestatud vastuvõetamatut pakkumust.

Riigihanke eeldatava maksumuse määramine on hankija prognoosotsus, mistõttu on hanke eeldatava maksumuse määramise õigusvastaseks tunnistamine võimalik üksnes juhul, kui hankija pole järginud RHS-is sätestatud eeldatava maksumuse määramise nõudeid või on

¹⁶⁸ Indén, 2014/24/EL art 69/4.

¹⁶⁹ EKo liidetud kohtuasjad C-285/99 ja C-286/99, *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni versus ANAS - Ente nazionale per le strade ja Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) ja Impresa Ing. Mantovani SpA versus ANAS - Ente nazionale per le strade ja Ditta Paolo Bregoli (C-286/99)*, p 55, ECLI:EU:C:2001:640.

lähtunud ilmselgelt ebaõigetest või asjakohatutest andmetest. Kui hankija on riigihanke eeldatava maksumuse määramisel võtnud aluseks hinna, millega hankemenetluse alustamise ajal reaalselt samasisulist teenust osutatakse, seda asjakohaselt korrigeerides, siis ei ole mõistlikku alust väita, et hankija poleks lähtunud hanketeate avaldamise hetke keskmisele turuhinnale vastavast hinnatasemest. Hankijalt ei ole alust nõuda, et ta peaks riigihanke eeldatava maksumuse määratlemise raames suutma esitada tõsikindlad andmed selle kohta, et tegemist on tellitava teenuse ainuvõimaliku maksumusega.¹⁷⁰

Vastuvõetamatu pakkumuse mõistega on hõlmatud ka olukord, kui kõik pakkumuste maksumused ületavad riigihanke eeldatavat maksumust. Selline juhtum võib hõlmata näiteks olukorda, kui parim pakkumus ei paku sisulises mõttes tegelikult parima hinna ja kvaliteedi suhet. Selline olukord võib tõenäoliselt tekkida, kui pakkumused on esitatud ebapiisava konkurentsi tulemusel. Riigihankes esitatud pakkumuste arv võib olla tingitud ebapiisavast konkurentsisist näiteks, kui esitatud on ainult üks pakkumus või kui ettevõtjate vahel on olnud kaheldava väärtusega kokkuleppeid, mis võivad konkurentsi kahjustada. Kõne all olev riigihanke direktiivi 2014/24/EL säte kehtib ainult väga piiratud olukorras, kus pakkumuse maksumus ületab riigihanke eeldatavat maksumust, mis on kindlaks määratud ja dokumenteeritud enne hankemenetluse algamist. Sellise lähenemise mõte on välistada sätte kuritarvitamine, nähes selleks ette selged nõuded, mille alusel saab otsuse teha ja selle otsuse õiguspärasust kontrollida. Kõne all olev vastuvõetamatu pakkumuse mõiste ei laiene 2014. aasta riigihanke direktiivi kohaselt olukordadele, mille puhul need tingimused pole täidetud. Seega ei piisa üksnes sellest, et hankija ei pea pakkumusi üksnes hinna ja kvaliteedi suhtele vastavaks riigihanke eeldatava maksumuse ületamise tõttu, vaid täidetud peavad olema sättes nimetatud kõik antud aluse kohaldamiseks nõutud eeldused.¹⁷¹ Riigihangete kommenteeritud väljaandes on M.Parind asunud seisukohale, et RHS § 48 lõige 4 punktis 5 kasutatud täiend „kindlaks määratud ja dokumenteeritud enne avatud või piiratud hankemenetluse alustamist“, on tarbetu.¹⁷²

Võimalik, et kommentaari autor ei ole pidanud silmas ümberlülitumise situatsiooni hanketeadet avaldamata jätkuhankele. Ent mis puudutab aga ümberlülitumist hanketeadet avaldamata jätkuhankele RHS § 48 lõige 3 punkti 2 alusel, siis on magistritöö autor seisukohal, et vastuvõetamatu pakkumuse tunnus RHS § 48 lõige 4 punkti 5 kohaselt on ikkagi ühemõtteliselt pakkumus, mille maksumus ületab riigihanke eeldatavat maksumust, mis on kindlaks määratud

¹⁷⁰ TlnRnKo 3-15-809 p 11.

¹⁷¹ Arrowsmith 2014 (viide 31) lk-d 1091, 1093.

¹⁷² Parind, RHS § 48/36.

ja dokumenteeritud enne avatud või piiratud hankemenetluse alustamist. Magistritöö autori arvates on ka riigihanke direktiivi sama küsimust reguleeriva sätte mõte RHS § 48 lõige 4 punktiga 5 korrektset üle võetud. Magistritöö autori seisukohta kinnitab riigihanke direktiiv 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teine lõik, mille kohaselt peetakse vastuvõetamatuks pakkumuseks muu hulgas pakkumust, mille hind ületab avaliku sektori hankija eelarvet, mis on kindlaks määratud ja dokumenteeritud enne hankemenetluse käivitamist.

Magistritöö autor on seisukohal, et RHS § 48 lõige 4 punktis 5 kasutatud täiend „kindlaks määratud ja dokumenteeritud enne avatud või piiratud hankemenetluse alustamist“, ei ole tarbetu, vaid aitab tagada muu hulgas ka seda, et sätet ei kuritarvitata RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 punkti 5 alusel hanketeadet avaldamata ümberlülitumiseks jätkuhankele.

Riigihangete seaduse seletuskirja kohaselt saab pakkumust lugeda vastuvõetamatuks juhul, kui selle maksumus ületab riigihanke eeldatavat maksumust ning sellisel juhul peab eeldatav maksumus olema kindlasti enne hankemenetluse alustamist kirjalikult fikseeritud. Hankija peaks sätestama hankekorras, kuidas riigihanke eeldatav maksumus fikseeritakse, kuna riigihanke eeldatava maksumuse kajastamine hanketeates ei ole kohustuslik. Ühe võimalusena võib riigihanke eeldatav maksumus olla märgitud käskkirjas, millega otsustatakse hankemenetluse alustamine.¹⁷³

Õiguskirjanduses on leitud, et hankijatel on võimalik riigihanke eeldatava maksumuse ületamist puudutavat sätet kasutada ka olukorras, kus pakkumuste maksumused pole ettevõtjate vahelise konkurentsi kahjustava kooskõlalise tegevuse tõttu saanud kujuneda loomulikus turusituatsioonis ning ületavad riigihanke eeldatavat maksumust.¹⁷⁴ Ka see tõdemus toob magistritöö autori arvates esile, et RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõige 4 punkti 5 aluse kasutamine ümberlülitumiseks jätkuhankele eeldab enamasti, kui pelgalt pakkumusi, mis ületavad riigihanke eeldatavat maksumust.

Sarnaselt teiste vastuvõetamatu pakkumuse tunnustega RHS § 48 lõige 3 punkti 2 tähenduses, on RHS § 48 lõige 4 punktis 6 sätestatud vastuvõetamatu pakkumuse tunnuseks pakkumus, mille on esitanud pakkuja, kes ei vasta kvalifitseerimise tingimustele.

¹⁷³ Riigihange seaduse eelnõu 450 seletuskiri, lk 60. –
<https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (10.04.2021).

¹⁷⁴ Arrowsmith 2014 (viide 31) lk 1091.

Riigihanke direktiivis 2014/24/EL selgitatakse teatud määral vastuvõetamatu pakkumuse tähendust. Vastuvõetamatu pakkumuse mõiste hõlmab pakkumust, mis võib olla mittevastav, kuna pakkuja või pakkumus ei vasta nõuetele. Seega on vastuvõetamatu pakkumuse mõistega hõlmatud ka kvalifitseerimise tingimustele mittevastavate pakkujate pakkumused.¹⁷⁵

Kui pakkuja või taotleja vastab kvalifitseerimise tingimustele, siis hankija peab ta kvalifitseerima ning vastupidi. RHS § 48 lõige 4 punkti 6 ei saa kindlasti kasutada meeldiva ettekäändena, mis võimaldab hankijal väita, et vaatamata ettevõtja puudulikust kvalifikatsioonist võib ettevõtja pakkumust arvesse võtta. Selline lähenemine muudab kvalifitseerimistingimuste sätestamise ning nende kontrollimise sisutühjaks.¹⁷⁶ Hankijad peaksid läbirääkimistesse kaasama ainult need pakkujad, kellel on lepingu täitmiseks sobiv kvalifikatsioon.¹⁷⁷

Juhul kui hankijatele laekuvad ainult vastuvõetamatud pakkumused, on hankijatel õigus alustada konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetlusega või võistleva dialoogiga ilma uut hanketeadet avaldamata. Sellisel juhul kutsuvad hankijad jätkuhankesse vorminõuete kohaselt, ent samas vastuvõetamatud pakkumused esitanud pakkujad, kes vastavad esialgses avatud või piiratud hankemenetluses kõrvaldamise aluste ning kvalifitseerimise tingimustele.¹⁷⁸

Eestikeelses õiguskirjanduses on oletatud, et RHS § 48 lõige 4 punkt 6 säte on saanud oma sõnastuse tulenevalt asjaolust, et riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teine lõik sätestab vastuvõetamatu pakkumusena kõige muu hulgas pakkumuse, mille esitas pakkuja, kellel puudub nõutud kvalifikatsioon. Pole aga sugugi selge, mida EL seadusandja on selle all täpselt silmas pidanud. Ei saa üheselt järeldada nagu oleks riigihanke direktiivi artikkel 26 lõige 4 punkt b teises lõigus peetud silmas töötajate kutsekvalifikatsiooni, sest säte puudutab selgesõnaliselt pakkujaid, mitte aga pakkujate töötajaid. Õiguskirjanduses on leitud, et direktiivi ingliskeelses versioonis tarvitatud sõna *qualifications* tuleb mõista kui vastavust kvalifitseerimise tingimustele ja ettevõtja suhtes kõrvaldamise aluste puudumist.¹⁷⁹ Eestikeelses õiguskirjanduses on tõdetud, et seda hinnangut ei saa võtta tõsikindlana, kuivõrd EL seadusandja pole olnud oma sõnakasutuses järjekindel ning on põhjustanud sellega mitmeti arusaadava olukorra.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Arrowsmith 2014 (viide 31), lk-d 1090, 1092-1093.

¹⁷⁶ Parind, RHS § 48/27.

¹⁷⁷ Arrowsmith 2014 (viide 31), lk 1090.

¹⁷⁸ Semple 2015 (viide 75), lk 69.

¹⁷⁹ Parind, RHS § 48/37.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

Siiski leidub Euroopa Kohtu kohtupraktikat, milles ka Euroopa Kohus on ettevõtjate kõrvaldamise aluseid puudutavaid sätteid nimetanud kvalifitseerimise kriteeriumiteks. Näiteks käsitles Euroopa Kohus kohtuasjas C-358/12, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici versus Comune di Milano*, punktis 5 riigihangete direktiivi 2004/18 artiklis 45 toodud kõrvaldamise aluseid kvalifitseerimise kriteeriumitena, mis puudutavad taotlejate ja pakkujate isiklikku olukorda.¹⁸¹ Ka ingliskeelsest õiguskirjandusest nähtub, et sõna *qualification* tuleks pigem mõista kui ettevõtjate vastavust kvalifitseerimise tingimustele ning ettevõtja suhtes kõrvaldamise aluste puudumist, mis hõlmab kõiki riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 56 lõikes 1 sätestatud hankes osalejate valimise ja lepingute sõlmimise üldpõhimõtteid, sealhulgas kvalifitseerimise tingimusi ja kõrvaldamise aluseid.¹⁸² Nimetatud lähenemist toetab magistritöö autori arvates ka riigihanke direktiivi 2014/24/EL eesti- ja ingliskeelse versiooni sõnakasutus, mille kohaselt kõrvaldamise alused on inglise keeles *exclusion grounds* ning kvalifitseerimise tingimused *selection criteria*. Sõna *qualification* puudub sootuks riigihanke direktiivi 2014/24/EL artiklites 56, 57 ja 58 kõrvaldamise aluseid ja kvalifitseerimise tingimusi reguleerivate sätete hulgas. Seega näib, et sõna *qualification* all peaks silmas pidama nii kõrvaldamise aluseid, kui ka kvalifitseerimise tingimusi lähtuvalt riigihangete alase teksti kontekstist. Magistritöö autor soovib ka eespool viidatud Euroopa Kohtus kohtuasja C-358/12, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici versus Comune di Milano*, punkti 5 valguses, öelda, et riigihanke direktiivi 2014/24/EL artiklis 57 nimetatud kõrvaldamise alused teatud osas kattuvad varem kehtinud riigihangete direktiivi 2004/18/EL¹⁸³ artiklis 45 nimetatud kõrvaldamise alustega. See on antud momendil oluline, kuna see näib toetavat arusaama, et riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktis b vastuvõetamatu pakkumusega seoses kasutatud sõna „kvalifikatsioon“ ning RHS § 48 lõige 4 punktis 6 kasutatud sõnapaar „kvalifitseerimise tingimustele“, võib olla võimalik käsitleda üheaegselt kui ettevõtjate vastavust kvalifitseerimise tingimustele ning ettevõtja suhtes kõrvaldamise aluste puudumise nõuet. Siiski möönab magistritöö autor, et hankemenetluse seisukohalt on ettevõtjate kõrvaldamise aluste kontroll ning ettevõtjate kvalifitseerimise tingimustele vastavus kaks sisulises mõttes erinevat küsimust. Seega juhul, kui seadusandja on pidanud RHS § 48 lõige 4 punktis 6 silmas üheaegselt kõrvaldamise aluseid ja kvalifitseerimise tingimusi, siis peaks RHS-is seda selgesõnaliselt täpsustama nii, et kaks sisulises mõttes erinevat küsimust oleksid arusaadavalt eristatud.

¹⁸¹ EKo C-358/12, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici versus Comune di Milano*, p 5, ECLI:EU:C:2014:2063.

¹⁸² Arrowsmith 2014 (viide 31) lk 723.

¹⁸³ 31. märts 2004. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.4.2004, lk 114 – 240.

2. TÄIENDAVID TINGIMUSED VASTUVÕETAMATU PAKKUMUSE ALUSEL ÜMBERLÜLITUMISEKS JÄTKUHANKELE JA ALTERNATIIVSETE LAHENDUSTE ESITAMISE LUBAMINE

2.1. Täiendavad tingimused vastuvõetamatu pakkumuse alusel ümberlülitumiseks jätkuhankele

Käesolevas alapeatükis vastab magistritöö autor küsimusele: millistest kaalutlustest peavad hankijad lähtuma ümberlülitumisel RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel avatud või piiratud hankemenetlusest konkurentsipõhisele läbirääkimistega hankemenetlusele ja võistlevale dialoogile?

Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 kontekstis pole läbirääkimistega hankemenetlused hanketeate avaldamiseta standardsed hankemenetlused võrreldes avatud ja piiratud hankemenetlustega. Selle valguses tekib küsimus, kas isegi minimaalse kõrvalekalde määraga vastuvõetamatu pakkumus võib olla piisav ümberlülitumaks RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel avatud või piiratud hankemenetlusest konkurentsipõhisele läbirääkimistega hankemenetlusele või võistlevale dialoogile. Ümberlülitumise tulemusel loobutakse uue avatud või piiratud hankemenetluse korraldamisest, või kohustab proportsionaalsuse põhimõte hankijaid mitte tagasi lükkama pakkumusi, millel on minimaalne kõrvalekalde määr.¹⁸⁴ Teatud juhtudel, kui pakkumus ei vasta kõigile nõuetele, kohustab proportsionaalsuse põhimõte hankijaid lubama parandusi, mitte aga automaatselt käsitlema pakkumust koheselt sellise vastuvõetamatu pakkumusena, mis võimaldab ümberlülitumist hanketeadet avaldamata läbirääkimistega jätkuhankele.¹⁸⁵ Nii näiteks kohustab riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 42 lõige 5 hankijaid võtma vastu kaupu või teenuseid, mis küll ei vasta standarditele, kuid vastavad samaväärsel viisil tehnilises kirjelduses määratletud nõuetele. Üldisemalt näib, et proportsionaalsuse põhimõte kohustab hankijaid mitte tagasi lükkama pakkumusi, mis näitavad minimaalset varieeruvuse määra.¹⁸⁶ Vähem selge on olukord, kui hankijatel puudub kohustus lubada pakkumust parandada, kuid samas on hankijatel olemas paranduse lubamiseks kaalutlusõigus.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Caranta, 2014/24/EL art 26/29.

¹⁸⁵ Arrowsmith 2014 (viide 31), lk-d 821 ja 1089.

¹⁸⁶ Caranta, 2014/24/EL art 26/29.

¹⁸⁷ Arrowsmith 2014 (viide 31), lk 1090.

Avalik haldus ei ole mõeldud toimima subjektiivsete hinnangute, vaid pigem objektiivsete poliitiliste suundade alusel. Kui tal on kaalutlusõigus, peab avalik haldus seda teostama objektiivselt või teisisõnu on tal kohustus tegutseda vastavalt objektiivsuse üldpõhimõttele.¹⁸⁸ Kaalutlusõiguse kasutamine ei tohi olla meelevaldne.¹⁸⁹ Riigihangete menetlustes on hankijatel ulatuslik kaalutlusõigus arvesse võetavate tegurite hindamisel otsustamiseks riigihankes sätestatud tingimuste alusel, millise pakkujaga sõlmida leping.¹⁹⁰ Riigihanke alusdokumentides viidatud väga ebamäärased tingimused võivad osutuda vaieldavateks, kuna võimaldavad hankijatele liiga ulatuslikku kaalutlusõigust ning seeläbi kahjustada ettevõtjate õiguspärast ootust riigihangete menetlustes. Siiski hankija kaalutlusõiguse ulatus sõltub konkreetsetest asjaoludest.¹⁹¹ Keeruliste hinnangute andmisel hõlmab kaalutlusõigus ka tegevuse aluseks olevate faktiliste asjaolude tuvastamist.¹⁹²

Seega parandamiseks sobivaid pakkumusi ei tohiks pidada automaatselt vastuvõetamatuteks, kuna ei ole õigustatud koheselt kasutada vähem läbipaistvat menetlust esialgsele käimasolevale hankemenetlusele, milles on pakkumusi, mida hankijatel on võimalik vastavaks tunnistada.¹⁹³ Sellise olukorraga on eeskätt tegu juhul, kui pakkumused on sõnastatud ebaselgelt, ning juhtumi asjaolude põhjal, millest hankijad on teadlikud, on näha, et see ebaselgus on lihtsasti lahendatav ja kergesti kõrvaldatav. Hea halduse põhimõttega oleks sellises olukorras vastuolus see, kui hankijad lükkaksid sellised pakkumused tagasi, kasutamata oma võimalust küsida selgitusi. Ent teiselt poolt neil samadel asjaoludel oleks hankijatele absoluutse kaalutlusõiguse andmine omakorda vastuolus võrdse kohtlemise põhimõttega.¹⁹⁴

Õiguse rikkumine peab olema piisavalt selge. See eeldab, et on ilmselgelt ja raskelt eiratud oma kaalutlusõiguse piire ning selle tuvastamisel tuleb hinnata eelkõige rikutud õigusnormi selguse ja täpsuse astet ning kaalutlusruumi ulatust, mille rikutud õigusnorm kaalutluse teostajale annab.¹⁹⁵ Seega õiguse piisavalt selge rikkumine on aset leidnud juhul, kui on ilmselgelt ja

¹⁸⁸ Sanchez-Graells 2016, volume 18 (viide 26), lk 97.

¹⁸⁹ Euroopa hea halduse tava eeskiri. Euroopa Ombudsman 2002, lk 11. Arvutivõrgus: <https://www.ombudsman.europa.eu/et/publication/et/3510> (27.01.2021).

¹⁹⁰ EÜKo T-4/01, *Renco SpA versus Euroopa Liidu Nõukogu*, p 62, ECLI:EU:T:2003:37.

¹⁹¹ Caranta, R. Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?. – S.Treumer, F.Lichère. (eds). *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*. Copenhagen: Djøf Publishing 2011, 53-92, lk 85. Arvutivõrgus: http://eplgroup.eu/wp-content/uploads/2016/06/EPLS.Vol3_Enforcement.pdf (21.01.2021).

¹⁹² EKo liidetud kohtuasjad C-379/08 ja C-380/08, *Raffinerie Mediterranée (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA ja Syndial SpA versus Ministero dello Sviluppo economico ja teised (C-379/08) ja ENI SpA versus Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare ja teised (C-380/08)*, p 60, ECLI:EU:C:2010:127 ja ECLI:EU:C:2008:582.

¹⁹³ Arrowsmith 2014 (viide 31)lk 1090.

¹⁹⁴ EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV versus Euroopa Komisjon*, p 56, ECLI:EU:T:2009:491.

¹⁹⁵ EKo C-278/05, *Carol Marilyn Robins jt. versus Secretary of State for Work and Pensions*, p 70, ECLI:EU:C:2007:56.

raskelt eiratud oma kaalutusõiguse piire.¹⁹⁶ Hinnang õiguse rikkumise piisava tõsiduse kohta peab olema objektiivne ja suunatud analüüsile, kuidas järgitakse asjakohaste sätete kohaselt antud kaalutusõiguse piire.¹⁹⁷ Selleks, et teha kindlaks, kas õiguse rikkumine on piisavalt tõsine rikkumine, tuleb arvesse võtta kõiki olukorda iseloomustavaid asjaolusid. Need tegurid hõlmavad eelkõige rikutud reegli selgust ja täpsust, seda, kas rikkumine oli tahtlik või tahtmatu, kas mõni õiguslik viga oli vabandatav või vabandamatu.¹⁹⁸

Konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetlusega peavad kaasnema piisavad tagatised, mis tagavad võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimise. Eelkõige peaksid hankijad eelnevalt märkima miinimumnõuded, mis iseloomustavad hanke olemust ja mida ei tohiks läbirääkimistel muuta. Lepingu sõlmimise kriteeriumid ja nende osakaal peaksid kogu menetluse kestel püsima samasugustena ning nende üle ei tohiks läbirääkimisi pidada, et tagada kõigi ettevõtjate võrdne kohtlemine. Läbirääkimiste eesmärk peaks olema pakkumuste parandamine, et hankijad saaksid osta ehitustöid, kaupu ja teenuseid, mis on nende vajadustele kohandatud. Läbirääkimised võivad hõlmata ostetud ehitustööde, asjade ja teenuste kõiki omadusi, sealhulgas kvaliteeti, koguseid, kaubandusklausleid, samuti sotsiaalseid, keskkonnaalaseid ja uuenduslikke aspekte, niivõrd kui need ei kujuta endast miinimumnõudeid.¹⁹⁹

Hankijad on ühelt poolt ebaõigesti kvalifitseerinud pakkumused „nõuetele mittevastavaks”, kui pakkumused on vaid „puudustega”. Hankijate poolt mõistele „nõuetele mittevastav” antud tõlgendus ei tohi olla liiga lai. See tähendab, et „nõuetele mittevastavaks” saab kvalifitseerida üksnes pakkumused, mille ese erineb täielikult hanketeates esitatud kirjeldusest.²⁰⁰

Hankemenetluses, kus avaldati hanketeade, esitati küll pakkumusi, kuid ühtegi neist ei peetud „nõuetele vastavaks”. „Nõuetele mittevastava” ning „lubamatu või puudustega” pakkumuse vahel on oluline erinevus, esimene nimetatud mõistetest puudutab pakkumuse vastavust hankija poolt kindlaks määratud tehnilistele kirjeldustele ning teine hankes osalemiseks formaalsete põhjuste puudumist.²⁰¹

¹⁹⁶ EKo liidetud kohtuasjad C-501/12–C-506/12, C-540/12 ja C-541/12, *Thomas Specht jt versus Land Berlin ja Bundesrepublik Deutschland*, p 102, ECLI:EU:C:2014:2005.

¹⁹⁷ Sanchez-Graells 2016, volume 18 (viide 26), lk 118.

¹⁹⁸ EKo C-118/00, *Gervais Larsy versus Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI)*, p 39, ECLI:EU:C:2001:368; EKo C-224/01, *Gerhard Köbler versus Republik Österreich*, p 55, ECLI:EU:C:2003:513.

¹⁹⁹ Proposal for a Directive... (viide 85), lk 26.

²⁰⁰ EKo C-250/07, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Kreeka Vabariik*, p 19.

²⁰¹ EKo C-250/07, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Kreeka Vabariik*, p 28.

Proportsionaalsuse põhimõtte nõuab, et hankijate tegevus ei läheks kaugemale sellest, mis on asjaomaste õigusnormidega taotletavate õiguspäraste eesmärkide saavutamiseks kohane ja vajalik, ning juhul, kui on võimalik valida mitme sobiva meetme vahel, tuleb rakendada kõige vähem piiravat meetet, ning tekitatud piirangud peavad olema vastavuses seatud eesmärkidega. See põhimõtte paneb hankijatele, kes puutuvad kokku ebaselge pakkumusega, mille puhul pakkumuse sisu selgituste küsimine võimaldaks tagada õiguskindluse samal viisil nagu kõnealuse pakkumuse kohene tagasilükkamine, pigem kohustuse küsida asjaomaselt pakkujalt selgitusi kui otsustada pakkuja pakkumus üksnes lihtsalt tagasi lükata. Samas on õiguskindluse huvides samavõrra oluline ka see, et hankijad oleksid võimelised täpselt kindlaks tegema hankemenetluses esitatud pakkumuste sisu ja eelkõige nende vastavuse riigihanke alusdokumentides ette nähtud tingimustele.²⁰² Niisiis, juhul kui pakkumused on ebaselged ja hankijatel ei ole võimalik kiiresti ja tõhusalt veenduda, et pakkumused on tegelikult nõuetekohased, ei ole hankijatel muud valikut kui sellised pakkumused tagasi lükata. Seevastu pakkumus ei ole puudustega ning pakkumust ei tohi tagasi lükata, kui konkreetse teabe saab ilma kahtlusteta tuletada selle sama pakkumuse koosseisus esitatud mõnes teises dokumendis sisalduvast samasugusest teabest, või siis vähemalt pärast konkreetse pakkumuse esitajalt selgituse küsimist. Seejuures on oluline, et tegemist poleks seni puuduoleva uue teabe esitamisega asjaomase pakkumuse sisu mõttes, vaid üksnes tähtaegselt pakkumuses esitatud olemasolevate andmete täpsustamisega. Puhtalt sõnasõnaline ja range tõlgendamine viiks aga igakordselt igasuguste ilmselgete tehniliste või tähtsusetute vigade tõttu majanduslikult soodsamate pakkumuste tagasilükkamiseni. Sellisel viisil pakkumuste tagasilükkamine aga ei oleks omakorda kooskõlas rahaliste vahendite säästliku ja otstarbeka kasutamise põhimõttega. Sellest järeldeb, et teatud teabe märkimata jätmine nõutud pakkumuse konkreetsetes dokumendis võib kujutada eespool kirjeldatud tingimustel endast üksnes selle pakkumuse tehnilist viga või vähemasti sellist ebaselgust, mis on lihtsasti lahendatav ja kergesti kõrvaldatav.²⁰³

Ent avaliku sektori hankijatel puudub kohustus ilmtingimata igas olukorras pöörduda pakkujate poole eesmärgiga saada selgitusi ja ilmtingimata lubada pakkumusi parandada. Hanketingimustele mittevastavad pakkumused võib hankija üldreeglina tagasi lükata, kui tingimustele mittevastavad pakkumused. Seejuures ei saa pakkujad nõuda hankijalt ilmse vea parandamist, kui vea olemus ei ole selge, kuivõrd sellisel viisil pakkumuste korrigeerimine võib rikkuda võrdse kohtlemise põhimõtet. Hankijatel ei ole üldjuhul kohustust lubada oluliselt

²⁰² EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV versus Euroopa Komisjon*, p-d 57-58, 60, 63-66, 74-76.

²⁰³ EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV versus Euroopa Komisjon*, p-d 57-58, 60, 63-66, 74-76.

nõuetele mittevastavate pakkumuste parandamist. Küll aga võivad hankijad kaustada sellist võimalust siis, kui tegemist on hõlpsasti kõrvaldatava puudusega tähenduses, et vea parandamine ei mõjuta pakkumuste sisu ega esialgseid hanketingimusi, lähtutakse proportsionaalsuse põhimõttest ja paranduse lubamine või lubamata jätmine ei mõju konkurentsile kahjulikult ega too kaasa sisuliselt uue pakkumuse esitamist. Puudus on hõlpsasti kõrvaldatav ning parandusi pakkumuses tuleb lubada, kui vajalik teave on tuletatav pakkumuses esitatud andmetest ja pakkumuse õige sisu on võimalik esitatud pakkumuse enda abil kindlaks teha.²⁰⁴

Hankija kaalutlused on seotud konkreetse hanke asjaoludega. Mitte igasuguse vastuvõetamatu pakkumuse alusel ei tohi toimuda ümberlülitumine hanketeadet avaldamata jätkuhankele. Enne jätkuhankele ümberlülitumise võimaluse kasutamist tuleb hankijatel kaaluda võimalust jätkata käimasoleva menetlusega ning mitte tagasi lükata esialgses avatud või piiratud menetluses esitatud vastuvõetamatud pakkumused, milles esinevad hõlpsasti kõrvaldatavad puudused. Sellised hankija kaalutlused peavad rajanema proportsunaalsuse, pakkujate võrdse kohtlemise ja hanke läbipaistvuse põhimõtetel.

2.2. Alternatiivsete lahenduste esitamise lubamine

Käesolevas alapeatükis vastab magistritöö autor küsimusele: millistest kaalutlustest peavad hankijad lähtuma, otsustamaks kas avatud või piiratud hankemenetluses lubada pakkujatel alternatiivsete lahenduste esitamist, vältimaks põhjendamatut ümberlülitumist avatud või piiratud hankemenetlustelt läbirääkimistega hankemenetlustele?

Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 45 võimaldab hankijatel lubada alternatiivsete lahenduste esitamist. Hankijatel on ka õigus mitte lubada alternatiivsete lahenduste esitamist, vaid nõuda, et hankijatele tarnitakse täpselt kaupu või teenuseid, mida nad on riigihanke alusdokumentides kirjeldanud. Riigihangete direktiivi 2014/24/EL artikli 45 ülesehitus on erinev võrreldes lepingu osadeks jagamist käsitleva sama direktiivi artikli 46 ülesehitusest, mis nõuab hankijatelt põhjendust, miks nad otsustavad hanget mitte jagada osadeks. Selle põhjal võib järeldada, et hankijad võivad pigem eelistada kasutada konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust, kui võimaldada alternatiivsete lahenduste esitamist.²⁰⁵ Võistlev dialoog ei

²⁰⁴ Arrowsmith 2014 (viide 31) lk-d 822-824, 826.

²⁰⁵ Caranta, 2014/24/EL art 26/29.

oleks asjakohane, kui hankija vajaduste rahuldamiseks piisab piiratud kohandamisest. Sellises olukorras konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse lähenemisviisi eelised on hankijate jaoks võimalus arutada alternatiivsete lahenduste sobivust pakkujatega, selle asemel, et lihtsalt ja jäigalt alternatiivseid lahendusi vastu võtta või tagasi lükata direktiivi artiklis 45 sätestatud alustel.²⁰⁶

Arvestades, et jätkuhankemenetlused hankteadet avaldamata on riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõike 4 kontekstis erandliku iseloomuga menetlused, võib olla eelistatav lahendus see, et hankijad peaksid siiski lubama alternatiivseid lahendusi juhul, kui kohandatavad muudatused on minimaalsed, selle asemel, et korraldada näiteks konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus.²⁰⁷ Hankijatel on võimalik hankemenetluse õnnestumise tagamiseks võtta arvesse alternatiivseid lahendusi, kui hankijad on sõnaselgelt lubanud riigihanke alusdokumentides alternatiivsete lahenduste esitamise.²⁰⁸ Alternatiivsed lahendused peavad olema seotud sõlmitava lepingu esemega. Hankijad peavad sätestama miinimum nõuded, millele alternatiivsed lahendused peavad vastama ning info alternatiivsete lahenduste esitamise kohta koos esitatava pakkumusega. Hankijatel on võimalik valida, kas seada nii-öelda tavapakkumuse esitamine tingimuseks või võimaldada ka alternatiivsete lahenduste esitamist.²⁰⁹ Hankijad peavad hanketeates märkima, kas nad lubavad alternatiivsete lahenduste esitamist või mitte. Ettevõtjad ei tohi esitada alternatiivseid lahendusi ilma hankija eelneva loata. Alternatiivseid lahendusi lubavad hankijad peavad riigihanke alusdokumentides märkima miinimumnõuded, millele alternatiivsed lahendused peavad vastama.²¹⁰ Miinimumnõuete sätestamisel ei piisa üksnes sellest, kui hankijad viitavad pelgalt alternatiivsete lahenduste esitamist reguleerivatele riigisisese õiguse sätetele. Miinimumnõuded, millele alternatiivsed lahendused peavad vastama peavad olema määratletud riigihanke alusdokumentides konkreetselt ja üheselt arusaadavalt. Hiljem hankemenetluse käigus ei ole lubatud hankijatel täiendavalt täpsustada nõudeid, mille alusel alternatiivsete lahenduste vastavust hankija sätestatud tingimustele hinnatakse. Selline lähenemine hõlmab läbipaistvuse kohustust, mille eesmärk on tagada pakkujate võrdne kohtlemine.²¹¹ RHS § 118 lõike 3 kohaselt ei või hankija pakkumuses esitatud alternatiivset lahendust tagasi lükata põhjendusega, et hankelepingu sõlmimisel alternatiivses lahenduses esitatud tingimustel oleks asjade hankelepingu asemel tegemist teenuste hankelepinguga või vastupidi.

²⁰⁶ Caranta, 2014/24/EL art 26/29.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ EKo C-87/94, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Belgia Kuningriik*, p 89.

²⁰⁹ Arrowsmith 2014 (viide 31) lk-d 801-802.

²¹⁰ Bovis 2012 (viide 30), lk-d 81, 417-419.

²¹¹ *Ibidem*.

Seega riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 45 lubab pakkujatel teatud tingimustel esitada pakkumuste alternatiivseid lahendusi ja hankijatel neid arvesse võtta. Riigihanke direktiiv 2014/24/EL ei sisalda pakkumuse alternatiivse lahenduse täpset määratlust. Pakkumuse alternatiivne lahendus on pakkumus, mis on kooskõlas teiste hankemenetluses esitatud pakkumustega. Seega kehtivad hankijale pakkumuste alternatiivsete lahenduste suhtes paljuski samad reeglid nagu tavapakkumuste puhul, ent välja arvatud riigihanke direktiivi 2014/24/EL artiklis 45 alternatiivsete lahenduste jaoks sätestatud erisustega. Erinevus tavapakkumuse ja pakkumuse alternatiivse lahenduse vahel peab olema minimaalne. Pakkumuse alternatiivse lahenduse iseloomustamiseks ei piisa üksnes hinnavahe selgitamisest riigihanke alusdokumentides.²¹²

Riigihankes nõutud kriteeriumidele vastavuse hindamine eeldab, et ettevõtjad ei kordaks oma pakkumustes üksnes pelgalt riigihanke alusdokumentides sätestatud nõudeid, vaid esitaksid üksikasjalikult oma pakkumuses tunnused hankija sätestatud nõuete täitmiseks.²¹³

Alternatiivsete lahenduste all peetakse silmas lahendusi, mis ei vasta kõigile riigihanke alusdokumentides sätestatud tingimustele. Alternatiivsete lahenduste lubamine tähendab pakkuja jaoks võimalust pakkumuses riigihanke alusdokumentides lubatud viisil kõrvale kalduda. Iga pakkumus, mis ei vasta riigihanke alusdokumentides toodud tingimustele, on alternatiivne. Kui hankija pole lubanud alternatiivsete lahenduste esitamist, ent ettevõtja on ikkagi esitanud alternatiivse lahenduse, tuleb selline ettevõtja poolt esitatud pakkumus tagasi lükata sätte alusel, mille kohaselt pole konkreetses riigihankes alternatiivpakkumuse esitamine lubatud.²¹⁴

Antud teema käsitlemise juures tõusetub teemana, kuivõrd on võimalik pakkumuste alternatiivseid lahendusi lubada, kui kasutatakse riigihanke direktiivis 2014/24/EL sätestatud läbirääkimistega menetlusi. Pakkumuste alternatiivsete lahenduste lubamise eesmärk on see, et peaks olema võimalik saada muid lahendusi, kui need, mida hankija algselt peamise lahendusena kavandas. Läbirääkimistega menetluse kasutamisel on läbirääkimistel tavaliselt võimalik sellistele alternatiividele avatud olla. Seega võib väita, et alternatiivsete lahenduste lubamine ei ole ilmselgelt vajalik, kuna läbirääkimistega menetlused vastavad samale vajadusele, kui alternatiivsed lahendused.²¹⁵ Teisest küljest aga ei takista ega välista miski riigihanke direktiivis 2014/24/EL pakkumuste alternatiivsete lahenduste kasutamist näiteks

²¹² Steinicke, M. 2014/24/EL art 45/3. – M.Steinicke, P.L.Vesterdorf. (eds). EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. München: Beck Hart Nomos 2018.

²¹³ EÜKo T-514/09, *bpost NV van publiek recht versus Euroopa Komisjon*, p-d 78, 79, ECLI:EU:T:2011:689.

²¹⁴ VAKO 16.01.2018, 211-17/191039 p 20.

²¹⁵ Steinicke, 2014/24/EL art 45/5.

sama direktiivi artikli 29 kohase konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse raames. Ent olenevalt asjaoludest võib läbirääkimistega menetluste kasutamist olla keeruline ühildada pakkumuste alternatiivsete lahenduste kasutamise tingimustega. Näitena võib tuua, et riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikli 30 kohane võistlev dialoog ei alga ega toimu pakkumuste esitamisega, nii nagu toimub pakkumuste esitamine avatud või piiratud menetluses. Võistlev dialoog algab hankija vajaduste selgitamisega kõigile pakkujatele. Seega ei ole võistlev dialoog menetlus, mis sobib pakkumuste alternatiivsete lahenduste esitamiseks. Näib, et riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 30 lõige 6 lubab lõplike pakkumuste esitamisel aluseks võtta vaid dialoogi käigus esitatud ja täpsustatud lahendused.²¹⁶

Hankijad on riigihanke alusdokumentides enda sätestatud tingimustega seotud. See tähendab, et sellest tulenevalt ei saa hankijad igasugust hanketingimust tõlgendada nii, et see võimaldab lubada alati ja igas olukorras ettevõtjal kõrvaldada mis tahes puudusi, mis riigihanke alusdokumentide tingimuste kohaselt peavad kaasa tooma ettevõtja kõrvaldamise menetlusest.²¹⁷

Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 45 lõikes 1 eristatakse alternatiivseid lahendusi, mille esitamine on pakkujatele kohustuslik ja alternatiivseid lahendusi, mille esitamine on pakkujatele võimalus. Kui alternatiivse lahenduse esitamine on pakkujatele kohustuslik, siis on see pakkumuse hanketeate tingimustele vastamiseks nõutav ning pakkuja peab pakkuma pakkumuse konkreetse parameetri osas alternatiivseid lahendusi. Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikli 45 lõige 1 kohustab hankijaid hanketeates selgitama, kas pakkumuse alternatiivse lahenduse võib esitada või on selle esitamine kohustuslik. Kui see aga mingil põhjusel ei ole üheselt selge, siis tuleb eeldada, et pakkujad võivad esitada alternatiivseid lahendusi, kuid ei ole seejuures kohustatud esitama alternatiivseid lahendusi. Kui koos pakkumusega on kohustus esitada alternatiivne lahendus, ent nõutud alternatiivset lahendust ei esitata, tuleb pakkuja edasisest menetlusest kõrvale jätta. See peab kehtima nii tavapakkumuste, kui ka alternatiivsete lahenduste kohta, kuna mõlemad on hanketingimustega hõlmatud. Hankijad ei tohi enda hankereeglitest kõrvale kalduda.²¹⁸

Alternatiivsete lahenduste kaalumine riigihanke direktiivi tähenduses peab vastama nõudele, et minimaalsed tingimused, millele alternatiivsed lahendused peavad vastama, sätestatakse

²¹⁶ Steinicke, 2014/24/EL art 45/5.

²¹⁷ EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA versus CEM Ambiente SpA*, p 46, ECLI:EU:C:2014:2345.

²¹⁸ Steinicke, 2014/24/EL art 45/8.

riigihanke alusdokumentides ning üksnes põgus viide riigihanke alusdokumentides asjaomasele riigisisese õiguse sättele ei ole selle nõude täitmiseks piisav.²¹⁹

Hankijad peavad kaaluma, kas esineb konkreetseid hankeolukordi, kus mõnda konkreetset hankekriteeriumi ei saa kasutada. Kui soetatava asja või tellitava teenuse eelarveline maksumus on piiratud või koguni fikseeritud või kui võrreldakse väga erinevat tüüpi lahendusi, siis tundub, et teenuse või asja maksumuse kriteerium ei saa olla ainus hindamise kriteerium. Tavapakkumuste ja alternatiivsete lahenduste kooskõla peab olema seotud asjaoluga, et pakkumusi peab olema võimalik hinnata samade hankekriteeriumide alusel ja seega peavad need olema ka alamkriteeriumide raames võrreldavad. Miinimumnõuete ulatus ja detailsusaste peavad pakkumuste võrreldavuse tagama.²²⁰

Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikli 45 lõikes 2 on sätestatud, et hankijad, kes lubavad või nõuavad alternatiivsete lahenduste esitamist, märgivad riigihanke alusdokumentides miinimumnõuded, millele alternatiivsed lahendused peavad vastama. Nende miinimumnõuete vormi otseselt ei sätestata riigihanke direktiivis.²²¹ Hankijad võiks miinimumnõuded lisada selgesõnaliselt riigihanke alusdokumentides loetellu, milles selgitatakse kõiki miinimumnõuded. Õiguskirjanduses on tõusetunud küsimus kas on oluline konkreetne tingimus sätestada sõnaselge rõhuasetusega, et konkreetse tingimuse puhul on tegemist miinimumnõudega.²²²

Kui hankijad ei ole alternatiivsete lahenduste esitamist välistanud, on hankijad kohustatud riigihanke alusdokumentides sätestama miinimumnõuded, millele esitatavad alternatiivsed lahendused peavad vastama. See tähendab läbipaistvuse kohustuse järgimist, mille eesmärk on tagada pakkujate võrdne kohtlemine. Alternatiivse lahenduse miinimumnõuete sisu on paljuski hankijate enda otsustada iga riigihanke puhul. Ei ole ühest alternatiivse lahenduse miinimumnõude määratlust, mis sõnaselgelt seaks sisulisi piiranguid miinimumnõuete sõnastustele. Õiguskirjanduses on leitud, et kui hankijad kehtestavad liiga üldise sõnastusega miinimumnõude, mis võimaldab sisu poolest nii erinevate pakkumuste esitamise, mida pole tegelikult sisulises mõttes võimalik võrrelda, võib olla olukorraga, kus hankijad on eeldatavasti ületanud alternatiivse lahenduse miinimumnõuete kehtestamise piiri.²²³ Esitatava pakkumuse sisu ja hankes osalemist puudutavad tingimused peavad olema eelnevalt selgelt määratletud ja

²¹⁹ EKo C-421/01, *Traunfellner GmbH v Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)*, p 32, ECLI:EU:C:2003:549.

²²⁰ Steinicke, 2014/24/EL art 45/9.

²²¹ Steinicke, 2014/24/EL art 45/10.

²²² *Ibidem*.

²²³ Steinicke, 2014/24/EL art 45/11.

avalikustatud, et ettevõtjatel oleksid menetluse nõuded täpselt teada ning nad oleksid kindlad selles, et samad nõuded kehtivad kõikide konkurentide jaoks.²²⁴ Seega kui hankija lubab alternatiivsete lahenduste esitamist, on hankijal kohustus riigihanke alusdokumentides sätestada miinimumnõuded, millele esitatavad alternatiivsed lahendused peavad vastama.²²⁵ See tagab läbipaistvuskohustuse ja ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõtete järgimise.²²⁶ Vastavustingimuste nõuet ei täida üksnes hankija sätestatud nõue, mille kohaselt peab alternatiivne lahendus olema kvaliteedilt samaväärne põhilahendusega. Nõuded peavad olema asjaoludele kohaselt ning sisuliselt lahti kirjeldatud. Vastasel juhul pole täidetud läbipaistvuskohustus.²²⁷

Enne avatud või piiratud hankemenetluse alustamist on otstarbekas hankijatel kaaluda pakkujatele alternatiivsete lahenduste esitamise lubamist. Hankijad peaksid omama täpset ettekujutust alternatiivsetest lahendustest, mille esitamist nad pakkujatel ootavad. Alternatiivsete lahenduste esitamise lubamine ei pruugi hankijatele abiks olla olukorras, kui hankijad otsustavad kasutada läbirääkimistega jätkuhankemenetlusi, kuna läbirääkimiste käigus on võimalik täpsustada hankija vajadusi soetatava hankeobjekti osas. Alternatiivsete lahenduste esitamise lubamine ei taga, et hankijad ei lülitu põhjendamatult ümber jätkuhankele.

²²⁴ EKo liidetud kohtuasjad C-226/04 ja C-228/04, *La Cascina Soc. coop. arl ja Zilch Srl versus Ministero della Difesa ja teised (C-226/04) ja Consorzio G. f. M. versus Ministero della Difesa ja La Cascina Soc. coop. arl (C-228/04)*, p 32, ECLI:EU:C:2006:94; EKo C-531/16, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras ja „Ecoservice projektai“ UAB versus „VSA Vilnius“ UAB jt*, p 23, ECLI:EU:C:2018:324; EKo C-27/15, *Pippo Pizzo versus CRGT Srl*, p 37, ECLI:EU:C:2016:404.

²²⁵ EKo C-421/01, *Traunfellner GmbH v Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)*, p 27.

²²⁶ EKo C-423/07, *Euroopa Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, p 65, ECLI:EU:C:2010:211.

²²⁷ Matteus, K. RHS § 118/8. – M. Simovart, M. Parind. (koost). Riigihangete seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019.

KOKKUVÕTE

Magistritöö keskendus konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi menetluse kasutamise alustele, analüüsides vastuvõetamatut pakkumust konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi kasutamise alusena. Magistritöö keskmes oli RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 ning riigihangete direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkti b kontekstis mõiste „vastuvõetamatu pakkumus“ tõlgendamine. Magistritöö eesmärk oli selgitada, kuidas õiguspäraselt tõlgendada ja kohaldada konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi kasutamiseks ette nähtud menetluse kasutamise aluseid, mis seonduvad avatud ja piiratud hankemenetluste käigus vastuvõetamatute pakkumuste esitamisega ja ümberlülitumisega hanketeadet avaldamata jätkuhankele, nii nagu menetluse kasutamise aluste tõlgendamist ja kohaldamist on mõelnud EL seadusandja. Magistritöö eesmärk oli vastata ka küsimusele, kas RHS-i sätted, mis reguleerivad jätkuhankele ümberlülitumist hanketeadet avaldamata on kooskõlas EL õigusega või esineb RHS-i sätetes vastuolu võrreldes riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktiga b.

Magistritöö autor selgitas esimeses peatükis välja, kas konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus ja võistlev dialoog hanketeadet avaldamata on erandliku iseloomuga hankemenetlused ning analüüsis, kas vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste loetelu on sätestatud suletud või avatud nimekirjana. Analüüsitud õiguskirjanduse ja kohtupraktika valguses on konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogi korraldamine jätkuhankemenetlusena ilma hanketeate avaldamiseta riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkti b ning RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 tähenduses erandliku iseloomuga hankemenetlused. Pidades silmas mõlema hankemenetluse erandlikku iseloomu menetluse korraldamisel hanketeadet avaldamata ning õiguskirjanduses ja kohtupraktikas käsitletud seisukohti, asus magistritöö autor seisukohale, et vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste loetelu on sätestatud riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teises lõigus ning RHS § 48 lõikes 4 suletud nimekirjana. RHS § 48 lõikes 4 pakutud vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste suletud nimekirja lahendus on kooskõlas EL õigusega ning üle on võetud riigihanke direktiivi artikkel 26 lõige 4 punkt b teise lõigu mõte. Magistritöö autor asus seisukohale, et pelga viitega sõnale „eelkõige“ vastuvõetamatu pakkumuse loetelu lause alguses ei tohiks hankijad asuda meelevaldselt omal algatusel täiendama riigihangete direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b teises lõigus ja RHS § 48 lõikes 4 sõnaselgelt loetletud vastuvõetamatu pakkumuse tunnuste nimekirja. Jätkuhankele ilma hanketeadet avaldamata

ümber lülitumiseks peaksid hankijad kaaluma ümberlülitumise põhjendatust vaid ammendavalt loetletud juhtudega.

Magistritöö autor kaldus RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel hanketeateta algava jätkuhanke erandliku iseloomu kasuks muu hulgas põhjusel, et ümberlülitumise kasutamise alus on väga sarnane esialgselt avatud või piiratud hankemenetlustelt RHS § 49 lõige 1 punkti 1 alusel ümberlülitumisega olemuselt erandlikule väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusele. Seega vastuvõetamatu pakkumuse mõiste on sisustatud suletud nimekirjaga. Magistritöö autor ei välista siiski ka teistsuguse arvamuse võimalikkust. Kui lähtuda asjaolust, et esialgne avatud või piiratud hankemenetlus algab hanketeate avaldamisega ning mõlemalt menetluselt on mittevastavate pakkumuste alusel võimalik RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 või RHS § 49 lõige 1 punkti 1 alusel ümber lülituda hanketeadet avaldamata konkurentsipõhisele läbirääkimistega hankemenetlusele, võistlevale dialoogile või väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusele, siis iseenesest on hankija juba esialgses avatud või piiratud menetluses ühe korra hanketeate avaldanud ning ettevõtjaid seeläbi hankesse konkureerima kutsunud. See võib viidata hanketeateta toimuva jätkuhanke mitteerandlikule iseloomule.

Samuti selgitas magistritöö autor esimeses peatükis välja, kuidas tõlgendada ning tõlgendas mõistet „vastuvõetamatu pakkumus“. Autor selgitades välja, milline viga pakkumuses muudab pakkumuse vastuvõetamatuks RHS § 48 lõike 4 mõttes. RHS § 48 lõige 3 punkt 2 ja lõige 4 ning võistleva dialoogi kohta käivad RHS erisätted §-des 63 – 66, ja konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse kohta käivad RHS erisätted §-des 67 – 71 ei sätesta sõnaselgelt üldse võrreldes riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punkt b esimese lõiguga, et RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel võib jätkuhankemenetlust jätkata hanketeadet avaldamata. Ümberlülitumist hanketeateta jätkuhankemenetlusele ei ole õige põhjendada ainuüksi RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel. Vastava erisätte puudumise tõttu näib praegu kehtiv RHS toetavat ümberlülitumist võistlevale dialoogile RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel pigem hanketeate avaldamisega. RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel ei pruugi olla RHS-i praeguse sõnastuse kohaselt võimalik õiguspäraselt üle minna esialgselt avatud või piiratud hankemenetluselt hanketeadet avaldamata võistlevale dialoogile, kuna praegu kehtivas RHS-is puudub vastav õigusnorm, mis seda lubab. Praegu kehtiv RHS § 70 lõige 3 toetab ümberlülitumist RHS § 48 lõige 3 punkti 2 alusel hanketeadet avaldamata konkurentsipõhisele läbirääkimistega hankemenetlusele. Arvestades, aga hanketeate avaldamise või selle registris avaldamata jätmise olulisust ja sellega kaasnevaid võimalikke tagajärgi hankijatele ja ettevõtjatele, võib olla asjakohane täpsustada RHS-is sarnaselt

riigihanke direktiivi artikkel 26 lõige 4 punkt b esimese lõiguga, mis juhul on sõnaselgelt lubatud RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel korraldada jätkumenetlus hanketeadet avaldamata. Hetkel see aga sõnaselgelt ei selgu RHS-st. Kui konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse puhul on hankemenetluse jätkumine hanketeadet avaldamata tuletatav RHS § 70 lõikest 3, siis võistleva dialoogi puhul on ümberlülitumine esialgselt hankemenetluselt ilma eelneva hanketeate avaldamiseta praegu kehtiva RHS-i alusel keerulisem. Üleminekut avatud või piiratud hankemenetlustelt kõikide pakkumuste vastuvõetamatuse korral võistlevale dialoogile toetab praegu kehtivas RHS-is üksnes § 48 lõige 3 punkt 2 ja lõige 4, mainimata ainsagi sõnata, kas sellises olukorras on lubatav RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel korraldada üleminek võistlevale dialoogile hanketeadet avaldamata. Praegu kehtivas RHS-is on sõnaselgelt võistleva dialoogi kasutamine lubatud vaid hanketeate avaldamisega. Magistritöö autor mõönab, et uutes RHS-i muudatustes välja pakutud sõnastused on menetluste jätkamise mõttes nii võistleva dialoogi, kui ka konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse puhul praktiliselt samad. Sõnastused erinevad peaausjalikult menetluse liikide nimedest lähtuvalt. Ent RHS-i uutes muudatustes välja pakutud sõnastused on vajalikud ja asjakohased. RHS-i muudatustes välja pakutud sõnastused on arusaadavad ja võtavad mõlema jätkuhanke puhul üle riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktis b sätestatud mõtte. Kui oleks võimalik, siis magistritöö autor kaaluks RHS-i muudatustes välja pakutud jätkuhankele ümberlülitumist reguleerivate uute sõnastuste kõrval ka sõnastust, mis toob sõnastustes esile hanketeate mõiste ning rõhutaks hankijate kohustust teha menetluse jätkamise korral otsus justnimelt olukorras, kui hankija alustab jätkuhanget hanketeadet avaldamata. Autor peab oluliseks rõhutada sätetes hanketeate mõistet, kui hankija peaks otsustama alustada jätkuhanget hanketeadet avaldamata. Ümberlülitumiseks jätkuhankele hanketeadet avaldamata ei piisa üksnes kõigi pakkujate esitatud vastuvõetamatute pakkumuste olemasolust. Vaid ümberlülitumist jätkuhankele hanketeadet avaldamata peavad lubama ka RHS-i vastavad erisätted.

Jätkuhanke puhul hanketeadet avaldamata ei ole RHS § 48 lõige 4 punktiga 1 hõlmatud olukorrad, kui hankija saab esialgses avatud või piiratud menetluses pakkumuse vastavaks tunnistada RHS § 114 lõigete 1 või 2 alusel. RHS § 48 lõige 4 punktiga 1 hõlmatud olukorraks jätkuhanke korraldamisel hanketeadet avaldamata saavad olla olukorrad, mille puhul peab olema hankija esmalt tuvastanud avatud või piiratud menetluse käigus kõikide pakkumuste mittevastavuse RHS § 114 lõigete 1 või 2 alusel. Sellisel juhul oleks hankijal olemas mittevastavad pakkumused RHS § 114 lõigete 1 või 2 tähenduses. Kuid see ei muuda veel automaatselt kõiki pakkumusi vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punkti 1 mõttes

ümberlülitumaks hanketeadet avaldamata jätkuhankele. Mittesisuliste vigadega pakkumused RHS § 114 lõigete 1 ja 2 mõttes ei muuda magistritöö autori arvates pakkumusi vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punkti 1 mõttes põhjendamaks ümberlülitumist jätkuhankele hanketeadet avaldamata. Pakkumustes esinevate mittesisuliste vigade puhul peaksid hankijad kaaluma mittesisuliste vigade kõrvaldamist näiteks riigihangete registris selgituste küsimise teel pakkujate esitatud pakkumuste kohta ning jätkama võimalusel esialgse avatud või piiratud menetlusega.

Viga, mis muudab pakkumuse vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punkti 2 tähenduses on pakkumus ise, mis on esitatud hiline misega. Ent ümberlülitumist jätkuhankele hanketeadet avaldamata esialgses avatud või piiratud hankemenetluses hiline nult esitatud pakkumuste korral RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja § 48 lõige 4 punkti 2 alusel magistritöö autor hankijatele ei soovita. Kui esialgses avatud või piiratud hankemenetluses ei esitatud ühtegi pakkumust või taotlust ning hankijatel esineb vajadus korraldada läbirääkimistega hankemenetlus hanketeadet avaldamata, siis võiksid hankijad esmalt kaaluda väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse korraldamist RHS § 49 lõige 1 punkti 1 alusel.

RHS § 48 lõige 4 punktis 3 ei ole sätestatud kõrvaldamise alused. RHS § 48 lõige 3 punkt 2 koos sama paragrahvi lõige 4 punktiga 3 sätestavad jätkuhankemenetluse kasutamise aluse. Pakkujate kõrvaldamise aluste kontrollimist reguleerib RHS § 95. Et hankijad saaksid ümberlülituda RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 punkti 3 alusel hanketeadet avaldamata jätkuhankele, on tarvis magistritöö autori arvates esmalt tuvastada, kas pakkujal esinevad RHS § 95 lõige 1 punktis 1 või § 95 lõige 4 punktis 5 sätestatud kohustuslikud või vabatahtlikud kõrvaldamise alused. Kui pakkujat on näiteks esitanud pakkumuse olles süüdi mõistetud korruptiivse teo eest ja tal esineb kohustuslik kõrvald maise alus, siis hankija peab pakkuja vastavalt RHS § 95 lõige 1 punktile 1 hankemenetlusest kõrvaldama. Kui pakkuja on aga näiteks esitanud pakkumuse olles seotud konkurentsi kahjustava kokkuleppega ning tal esineb seega vabatahtlik kõrvalamise alus, siis tuleb hankijal kaaluda ja otsustada kaalutluse tulemusel, kas pakkuja kõrvaldada mentlusest või mitte. RHS § 48 lõige 4 punkt 3 sisaldab oma olemuselt ja raskusastmelt sätte esimeses ja teises pooles kahte erinevat vastuvõetamatu pakkumuse tunnust. Väga keeruline võib olla eristada korruptsiooni tulemusel esitatud pakkumust konkurentsi kahjustava kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse, kooskõlastatud tegevuse või konkurentsi moonutamise tulemusel esitatud pakkumusest, kuna viimati mainitud võivad magistritöö autori arvates samuti oma olemuselt kujutada korruptsiooni. Võib eeldada, et ka konkurentsi moonutamise juhtum võib olla RHS § 48 lõige 4 punkti 3 mõttes esialgselt avatud või piiratud hankemenetluselt ümberlülitumise aluseks hanketeadet avaldamata jätkuhankele.

Magistritöö autori arvates on keeruline vette kujutada, et hankija julgeb lülitada vastuvõetamatu pakkumuse alusel, mis on esitatud korruptsiooni tulemusel hanketeadet avaldamata jätkuhankele. Vea tuvastamine pakkumuses, mis muudab pakkumuse vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punkti 3 mõttes on komplitseeritud muu hulgas ka seetõttu, et hankijatel on keeruline tuvastada ja tõendada, et konkreetsetes hankes esitatud pakkumuse puhul on tegemist pakkumusega, mis on esitatud konkurentsi kahjustava kokkuleppe või korruptsiooni tulemusel. Samuti on keeruline vea tuvastamine pakkumuse puhul, mis muudakse pakkumuse vastuvõetamatuks RHS § 48 lõige 4 punkti 4 tähenduses. Igasugune põhjendamatult madala maksumustega pakkumus ei saa olla vastuvõetamatu pakkumus RHS § 48 lõige 4 punkti 4 mõttes ning hankijad ei saa meelevaldselt esialgselt avatud või piiratud menetluselt ümber lülitada hanketeadet avaldamata jätkuhankele RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja § 48 lõige 4 punkti 4 alusel. Kui hankija leiab, et pakkumuse maksumus on ka pärast pakkujalt saadud selgitusi põhjendamatult madal, siis peab hankija sellise pakkumuse tagasi lükkama. Sellega justkui võiks hankijal olemas olla põhjendamatul madala maksumusega pakkumused, mille alusel RHS § 48 lõige 3 punkti 2 alusel ümber lülitada jätkuhankele. Ent paraku näib sekkuvat proportsionaalsuse põhimõte ning hankija peaks küsima endalt, kas selline ümberlülitumine jätkuhankele hanketeade avaldamata on vajalik, sobiv ja mõõdukas. Kui põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse läbivaatamise nõuded pole täidetud, siis see välistab RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõige 4 punkti 4 alusel ümberlülitumise hanketeateta jätkuhankele, kuna sellisel juhul pole jätkuhankele ümberlülitumisele eelnenud pakkumuste maksumuste põhjendatuse hindamist.

Magistritöö autor on seisukohal, et vastuvõetamatu pakkumuse tunnus RHS § 48 lõige 4 punkti 5 kohaselt on ikkagi ühemõtteliselt pakkumus, mille maksumus ületab riigihanke eeldatavat maksumust, mis on kindlaks määratud ja dokumenteeritud enne avatud või piiratud hankemenetluse alustamist. Magistritöö autori arvates on ka riigihanke direktiivi sama küsimust reguleeriva sätte mõte RHS § 48 lõige 4 punktiga 5 korrektselt üle võetud. Autor on seisukohal, et RHS § 48 lõige 4 punktis 5 kasutatud täiend „kindlaks määratud ja dokumenteeritud enne avatud või piiratud hankemenetluse alustamist“, ei ole tarbetu, vaid aitab tagada muu hulgas, et sätet ei kuritarvitata RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 punkti 5 alusel hanketeadet avaldamata ümberlülitumiseks jätkuhankele. RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõige 4 punkti 5 aluse kasutamine ümberlülitumiseks jätkuhankele eeldab enamat, kui pelgalt pakkumusi, mis ületavad riigihanke eeldatavat maksumust.

Riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 26 lõige 4 punktis b vastuvõetamatu pakkumusega seoses kasutatud sõna „kvalifikatsioon“ ning RHS § 48 lõige 4 punktis 6 kasutatud sõnapaar

„kvalifitseerimise tingimustele“, võib olla võimalik käsitleda üheaegselt kui ettevõtjate vastavust kvalifitseerimise tingimustele ning ettevõtja suhtes kõrvaldamise aluste puudumise nõuet. Siiski möönab magistritöö autor, et hankemenetluse seisukohalt on ettevõtjate kõrvaldamise aluste kontroll ning ettevõtjate kvalifitseerimise tingimustele vastavus kaks sisulises mõttes erinevat küsimust. Seega juhul, kui seadusandja on pidanud RHS § 48 lõige 4 punktis 6 silmas üheaegselt kõrvaldamise aluseid ja kvalifitseerimise tingimusi, siis peaks RHS-is seda selgesõnaliselt täpsustama nii, et kaks sisulises mõttes erinevat küsimust oleksid arusaadavalt eristatud.

Teises peatükis selgitas magistritöö autor välja, millistest kaalutlustest peavad hankijad lähtuma ümberlülitumisel RHS § 48 lõige 3 punkti 2 ja lõike 4 alusel avatud või piiratud hankemenetlusest konkurentsipõhisele läbirääkimistega hankemenetlusele ja võistlevale dialoogile. Hankija kaalutlused on seotud konkreetse hanke asjaoludega. Mitte igasuguse vastuvõetamatu pakkumuse alusel ei tohi toimuda ümberlülitumine hanketeadet avaldamata jätkuhankele. Enne jätkuhankele ümberlülitumise võimaluse kasutamist tuleb hankijatel kaaluda võimalust jätkata käimasoleva menetlusega ning mitte tagasi lükata esialgses avatud või piiratud menetluses esitatud vastuvõetamatud pakkumused, milles esinevad hõlpsasti kõrvaldatavad puudused. Sellised hankija kaalutlused peavad rajanema proportsionaalsuse, pakkujate võrdse kohtlemise ja hanke läbipaistvuse põhimõtetel.

Samuti selgitas autor välja, millistest kaalutlustest peavad hankijad lähtuma, otsustamaks kas avatud või piiratud hankemenetluses lubada pakkujatel alternatiivsete lahenduste esitamist, vältimaks põhjendamatut ümberlülitumist avatud või piiratud hankemenetlusest läbirääkimistega hankemenetlusele. Autor tuvastas, et enne avatud või piiratud hankemenetluse alustamist on otstarbekas hankijatel kaaluda pakkujatele alternatiivsete lahenduste esitamise lubamist. Hankijad peaksid omama täpset ettekujutust alternatiivsetest lahendustest, mille esitamist nad pakkujalt ootavad. Alternatiivsete lahenduste esitamise lubamine ei pruugi hankijatele abiks olla olukorras, kui hankijad otsustavad kasutada läbirääkimistega jätkuhankemenetlusi, kuna läbirääkimiste käigus on võimalik täpsustada hankija vajadusi soetatava hankeobjekti osas. Alternatiivsete lahenduste esitamise lubamine ei taga, et hankijad ei lülitu põhjendamatult ümber jätkuhankele.

UNACCEPTABLE TENDER AS GROUNDS FOR COMPETITIVE PROCEDURE WITH NEGOTIATION AND COMPETITIVE DIALOGUE

Summary

The object of the present Master's thesis is to analyze the grounds for the use of competitive procedure with negotiations and competitive dialogue in response to an open or restricted procedure having resulted in the submission of unacceptable tenders and continuing with a subsequent procedure without publication of a contract notice. The author addresses the terms subsequent procurement and subsequent procedure as the continuation of an open or restricted procedure as a competitive procedure with negotiations or a competitive dialogue in response to the receipt of unacceptable tenders in open or restricted procedure. The Master's thesis only addresses public sector procurements. The Master's thesis does not include neither the contracting authorities in field of defense and security nor network sector procurements. The Master's thesis covers the subsequent procedure initiated without publication of a contract notice on the terms and conditions set out Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU. The aim of the Master's thesis is to determine the lawful interpretation and use of the grounds set for the competitive procedure with negotiations and competitive dialogue as a response to an open or restricted procedure having resulted in the submission of unacceptable tenders and continuing with a subsequent procedure without publication of a contract notice, as it was intended to be interpreted and applied by the EU legislator. The Master's thesis also aims to answer the question whether the regulations of Public Procurement Act (PPA) that determine the process of continuing with a subsequent procedure without publishing of a contract notice, are in compliance with EU legislation or is there a conflict between the provisions of PPA and the Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU.

The first part of the research problem focuses on the first and second section of Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU. PPA § 48 subsection (3) 2) and (4) has transposed the first and second section of Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU into the national law. Namely, the public sector contracting authorities are entitled use the competitive procedure with negotiation and competitive dialogue only on the grounds set out by the law. In order to use the aforementioned type of procedures, a presumption set out in PPA § 48 subsection (3) 2) and (4) among others i.e. the unacceptability of all tenders submitted in open or restricted procedure, must be fulfilled. The Master's thesis focuses on the grounds for the aforementioned procedures by analyzing the definition of unacceptable tender as the grounds for performing competitive procedure with negotiations or competitive dialogue.

PPA § 48 subsection (4) defines the meaning of “unacceptable tender” for the purposes of PPA § 48 subsection (3) 2), a competitive procedure with negotiations or a competitive dialogue has legal grounds if a tender does not meet the terms and conditions of the procurement documents; it has been submitted late; it has been submitted as a result of a prohibited agreement, a concerted practice or a decision of an association of undertakings restricting competition, or corruption; the value of the tender is abnormally low; the value of the tender exceeds the estimated value of the public procurement, which has been established and documented before the commencement of the open or restricted procedure or the tender has been submitted by a tenderer who does not meet the selection criteria.

The grounds provided for both negotiated procedures demonstrate that moving from open or restricted procedure to a competitive procedure with negotiations or a competitive dialogue may include circumstances that may cause exclusion of the tenderer from the procurement procedure, disqualifying the tenderer or rejection of the tender on the basis of PPA § 95 subsection (1) 1), § 95 subsection (4) 5) or 7); § 98 subsection (5) ja §104 subsections (6), (7), (8) or (9); § 52 subsection (2), § 54 subsection (2), § 56 subsection (1), § 111 subsection (1) and § 113 subsection (1); § 114 subsections (1) and (2); § 115 subsections (8), (9) or (10), or § 116 subsection (1) 1).

If an open or restricted procedure has resulted in exclusion or not qualifying the tenderer or rejection of the tender, then on the basis of Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU on public procurement and PPA § 48 subsection (3) 2) and subsection (4), the contracting authorities are entitled to proceed with procurement procedures with negotiations without publishing a contract notice.

Considering the circumstances of Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU and PPA § 48 subsection (3) 2) and subsection (4) on which cases contracting authorities are allowed to perform a competitive procedure with negotiations or a competitive dialogue without publishing a contract notice and proceeding to a subsequent procedure, the contracting authorities are at risk of violating the principles of equal treatment, transparent procurement processes, effective use of competition or practical and economic use of the contracting authority’s funds. Namely, subsequent procedure without publishing a contract notice provides less information to the market compared to the procurement procedure with publication of a contract notice. While proceeding to a competitive procedure with negotiations or a competitive dialogue without publishing a tender notice, less potential tenderers are involved and the subsequent procedure is performed with limited number of legal persons or companies. By continuing with subsequent procedures with negotiations, the contracting authorities face the risk of unlawful amendment of the requirements set out in open or restricted procedure and

performing a subsequent procedure for the purchase of an object that is completely different from the initial object of the procurement. This makes it necessary to define the notion of “unacceptable tender” that has not been specified in the PPA i.e. while continuing with a subsequent procedure is allowed and when not. This also indicates the need to limit the scope of details for permissible continuation. The main objective of the Master’s thesis is to define the notion of “unacceptable tender” in the context of PPA § 48 subsection (3) 2) and subsection (4) and Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU.

There is no sufficient clarity whether the list of circumstances provided in Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU is exhaustive or not and whether the solution provided in PPA § 48 subsection (3) 2) and subsection (4) is in compliance with EU law or not.

The second question the research topic addresses is related to the deficient transposition of the first section of Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU into PPA. Unlike the provisions of the first section of Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU, the provisions of PPA §70 subsection (3) state that including the tenderers, who were qualified earlier during an open or restricted procedure and who submitted a tender in conformity with formal requirements, to the new subsequent procedure, is sufficient.²²⁸

The third question of the research topic addresses the fact that either provisions of PPA § 48 subsection (3) 2) and subsection (4), specific provisions for competitive dialogue of PPA §§ 63 – 66 nor the specific provisions for competitive procedure with negotiations of PPA §§ 67 – 71 explicitly stipulate that on the basis of PPA § 48 subsection (3) 2) and subsection (4) the contracting authorities are entitled to continue with a subsequent procedure without publishing a contract notice. However, the first section of Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU on public procurement explicitly stipulates the circumstances in case publishing of a contract notice is not obligatory for the contracting authority.

The fact that the research theme of the present Master’s thesis is very topical at the moment is also demonstrated by the planned future amendments under consideration within the PPA. The seriousness of legal problems addressed in the Master’s thesis are also *inter alia* verified by the issue that future amendments within the PPA also involve PPA §70 subsection 3, suggesting that all tenderers, who were not excluded, who were qualified earlier during a procurement procedure and who submitted a tender in conformity with formal requirements, will be included in the new subsequent procedure.

Similarly to PPA § 70 subsection (3), the planned amendment also includes § 65 set out for the competitive dialogue suggesting that publishing of a new contract notice is not necessary and

²²⁸ Parind, M. RHS § 48/2, 18. – M. Simovart, M. Parind. (koost). Riigihangete seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019.

contracting authorities are allowed to conduct a dialogue with tenderers who were not excluded, who were qualified earlier during the procurement procedure and who submitted a tender in conformity with formal requirements.²²⁹

In the first chapter of the Master's thesis the author compares the processes for continuing with competitive procedure with negotiations and competitive dialogue in Public Procurement Act and in the directive 2014/24/EU on public procurement. According to Article 26 (4) a) and b) of the directive 2014/24/EU the procurement procedures of competitive procedure with negotiations and competitive dialogue are usually standard procedures. Exceptional character of both procedures with negotiations can only be derived from the situation stipulated in Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU, when competitive procedure with negotiations and competitive dialogue procedures continue without publishing of contract notice in response to unacceptable tenders submitted in a prior open or a restricted procedure. In the first chapter the author clarifies whether competitive procedure with negotiations and competitive dialogue without publishing a contract notice are exceptional procurement procedures and analyzes whether the grounds for "unacceptable tender" are final or not. Then the author proceeds with the discussion on the grounds for "unacceptable tender" in detail. How should the meaning of "unacceptable tender" be interpreted, shall be addressed as the main research question. The author of the present Master's thesis considers that there is great difference whether the public procurement process includes publishing of a contract notice in the Procurement Register and is therefore available for a larger number of legal persons or the procurement is conducted without publishing a contract notice and is only available for the tenderers of a prior open or restricted procedure.

The second chapter addresses additional requirements for continuing with a subsequent procedure on the grounds of "unacceptable tender" and authorization of offering variants. According to the legislation stipulated in the PPA and in the directive 2014/24/EU on public procurement, it may be suggested that continuing with a subsequent procedure is allowed in case of any unacceptable tender but in addition to the state of "unacceptable tender", there are more circumstances that need to be considered. The author of the Master's thesis analyzes the circumstances contracting authorities need to consider while continuing with a competitive procedure with negotiations or competitive dialogue after an open or restricted procedure on the basis of PPA § 48 subsection (3) 2) and subsection (4). The author also points out the considerations contracting authorities need to take into account while deciding whether to allow

²²⁹ Riigihangete seaduse muutmise seadus. Eelnõu ja seletuskiri seisuga 17. märts 2021.

variants in an open or restricted procedures in order to avoid unreasonable switch from an open or restricted procedure to a negotiated procedure.

The author uses qualitative methods – data collection method, analytical method and interpretation of the results. In order to find solution to the research problem, the author of the thesis collects and gathers relevant information from legal literature and relevant law and appeal cases, systemizes and analyses the information and formulates the results of the analyzes on the “unacceptable tender” serving as the grounds for a negotiated procurement procedure. Thereby the author comes to a new knowledges that will be useful for legal experts in the public procurement law, contracting authorities, tenderers and other legal persons participating in procurement procedures. The new knowledges enables to bring the provisions of the PPA in compliance with the directive.

In the first chapter of the Master’s thesis, the author also explained how to define “unacceptable tender” and how it has been defined by the author. Compared to the first chapter of Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU on public procurement, the provisions of the PPA §48 subsection (3) 2) and subsection (4), specific provisions for competitive dialogue of the PPA §§ 63 – 66 and competitive procedure with negotiations of the PPA §§67 – 71 do not explicitly stipulate that on the basis of the PPA § 48 subsection (3) 2) and subsection (4), a subsequent procedure may be applied without publication of a contract notice. It is not correct to justify the process of continuing with a subsequent procedure without a contract notice only on the basis of the PPA §48 subsection (3) 2) and subsection (4). As there is no specific provision, the provisions of the PPA § 48 subsection (3) 2) and subsection (4) in force, seem more to support the notion of continuing with a competitive dialogue with publication of a contract notice. While applying the provision of the PPA § 48 subsection (3) 2) for proceeding with competitive dialogue without publication of a contract notice, the contracting authorities face a difficult situation as the use of competitive dialogue is clearly permitted only with publication of a contract notice. The mistake will probably be eliminated with the future amendments of the present PPA that introduce a similar provision as PPA §70 subsection (3) set up for competitive procedure with negotiation regarding a competitive dialogue as well.

The author of the Master’s thesis notes that formulations suggested in the amendment of the PPA for continuing with competitive dialogue or competitive procedure with negotiation are practically identical. The difference in the formulations is mostly related to the type of the procedure. But the formulations are necessary and relevant. The formulations suggested in the amendment of the PPA are clear and transpose the notion of Article 26 (4) b) of the directive 2014/24/EU on public procurement.

In order to continue with a subsequent procedure without publication of a contract notice, the circumstance that all tenders submitted are declared as “unacceptable tenders” is not solely sufficient. Continuation with a subsequent procurement without publication of a contract notice must also be permitted by specific provisions of the PPA.

The author does not consider the tenders containing non-substantive deviations as provided for in the PPA § 114 subsections (1) and (2) automatically as unacceptable in the meaning provided for in the PPA § 48 subsection (4) 1) for justifying proceeding with a subsequent procedure without publication of a contract notice. In case of non-substantive deviations in the tender, the contracting authorities should consider solving the non-substantive deviations by requesting clarifications and continuing with an initial open or restricted procedure. The author defined the notion of “unacceptable tender” in order to clarify the mistakes in the tender that will cause the tender to be declared “unacceptable” as provided for in the PPA § 48 subsection (4). A mistake that will cause the tender to be declared “unacceptable” as provided for in the PPA § 48 subsection (4) 2) is the tender itself that has been submitted late. Identifying the mistake in the tender that defines the tender as "unacceptable", as provided for in the PPA § 48 subsection (4) 3), is complicated due to the fact that it is difficult for the contracting authorities to identify and verify that a tender submitted for a specific procurement has been submitted as a result of a prohibited anti-competitive agreement or corruption.

According to the author of the thesis, all characteristics set for “unacceptable tender” in the PPA § 48 subsection (4) 1) – 6), for deciding whether to continue with a subsequent procurement without publication of a contract notice on the grounds set out in the PPA § 48 subsection (3) 2), are related to the principle of proportionality. Continuation with a subsequent procedure must be necessary, appropriate and proportional. Identifying the mistake in the tender that defines the tender as "unacceptable", as provided for in the PPA § 48 subsection (4) 4) – 6), is complicated for the contracting authorities. If the tenderer has enough time to arrange a new open or restricted procedure, continuing with a subsequent procurement is either necessary or appropriate in the opinion of the author of the thesis.

The author determined that before initiating an open or restricted public, it would be appropriate for a contracting authority to consider the authorization of variants. Contracting authorities should have a very clear idea of the variants they expect the tenderers to offer. Authorization of variants may not be a solution if contracting authorities decide to continue with subsequent negotiated procedures as during the negotiations it is possible to specify the requirements of the contracting authority regarding the object of the procurement. Authorization of variants does not ensure that the decision of contracting authorities to continue with subsequent procedures is reasoned and correct.

KASUTATUD KIRJANDUS

1. Aidla, M., Cousins, S., Elken, M., Kanarbik, M., Mullamaa, K., Mullamaa, T., Pertšjonok, M., Praizner, M., Raag, R., Raag, V., Tuldava, J. (koost). Rootsi-eesti sõnaraamat. Svensk-estnisk ordbok. Tallinn: Valgus, Tartu: Sihtasutus Nordistica Tartuensia 2004.
2. Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Third Edition. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters 2014.
3. Bovis, C.H. EU Public Procurement Law. Second Edition. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing Limited 2012.
4. Butler, L. Exclusion, Qualification and Selection in the UK under the Public Contracts Regulations 2015. – M.Burgi, M.Trybus, S.Treumer. (eds). Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement. Copenhagen: Djøf Publishing 2016, 189-243, lk 199.
5. Caranta, R. Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?. – S.Treumer, F.Lichère. (eds). Enforcement of the EU Public Procurement Rules. Copenhagen: Djøf Publishing 2011, 53-92, lk 85. Arvutivõrgus: http://eplgroup.eu/wp-content/uploads/2016/06/EPLS.Vol3_Enforcement.pdf (21.01.2021).
6. Fletcher, G. Minimum time limits under the new Public Procurement Directive. – Public Procurement Law Review. Sweet & Maxwell and its Contributors, Thomson Reuters 2014, 3, 94-102.
7. Jürisson, A. (koost). Inglise-eesti õigussõnaraamat. English-Estonian Law Dictionary. Tallinn: Eurest Tõlketeenused OÜ, 2012.
8. Kann, K., Leesi, L. (koost/toim). Prantsuse-eesti sõnaraamat. Dictionnaire français-estonien. Tallinn: Valgus, 2006.
9. Kibbermann, E., Kirotar, S., Koppel, P., Arold, A., Tarvas, M., Palm M.-A. (koost/toim). Saksa-eesti sõnaraamat. Deutsch-Estnisches wörterbuch. Tallinn: Valgus, 2007.
10. Priess, H.-J. The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive. – Public Procurement Law Review. Sweet & Maxwell and its Contributors, Thomson Reuters 2014, 3, 112-123. Andmebaasis WestlawNext.
11. Racca, M.A. Electronic Qualitative Selection of Economic Operators: the challenge of the European Single Procurement Document (ESPD). – M.Burgi, M.Trybus, S.Treumer. (eds). Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement. Copenhagen: Djøf Publishing 2016, 303-325, lk 316.

12. Sanchez-Graells, A. Assessing the Public Administration's Intention in EU Economic Law: Chasing Ghosts or Dressing Windows? – Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2016, volume 18. University of Cambridge: Centre for European Legal Studies, Faculty of Law, 93-121, lk-d 97, 99 – 103, 105-106, 118.
13. Sanchez-Graells, A. Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies? – European Public Law 2016/6 , volume 22, issue 22. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 377-394, lk-d 377-379, 383, 394.
14. Sanchez-Graells, A. A deformed principle of competition? – the subjective drafting of Article 18(1) of Directive 2014/24. – G.S.Ølykke, A.Sanchez-Graells. (eds). Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules. Cheltenham: 2016, 80-100, lk-d 87, 99.
15. Semple, A. A Practical Guide to Public Procurement. First Edition. Oxford: Oxford University Press 2015.
16. Simovart, M. A., Parind, M. (koost). Riigihangete seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019.
17. Simovart, M.A., Härginen, K. Estonia: faithful in transposing, stumbling on domestic needs. – S.Treumer, M. Comba. (eds). Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States. UK Cheltenham, USA Massachusetts Northampton: Edward Elgar Publishing 2018, 38-64, lk 51.
18. Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. (eds). EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. München: Beck Hart Nomos 2018.
19. Telles, P., Butler, L.R.A. Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU. – F.Lichère, R.Caranta, S.Treumer. (eds). Modernising Public Procurement. The New Directive. Copenhagen: Djøf Publishing 2014, 131-184, lk-d 133,146-147.
20. Telles, P., Butler, L.R.A. Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU. – F.Lichère, R.Caranta, S.Treumer. (eds). Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement. Djof Publishing 2014, 1-43, lk 14. Andmebaasis Social Science Research Network.
21. Tokár, A. Institutional report. – U.Neergaard, C.Jacqueson, G.Skovgaard Ølykke. (eds). Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes. The XXVI FIDE Congress in Copenhagen. Vol 3. Copenhagen: Djøf Publishing 2014, 177-218, lk 214-215.

Arvutivõrgus:

https://www.academia.edu/10280586/Public_Procurement_Law_Limitations_Opportunities_and_Paradoxes_national_report_Czech_Republic (18.01.2021).

22. Treumer, S. Into the grey area: implementation of the Public Procurement in Denmark. – S.Treumer, M. Comba. (eds). Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States. UK Cheltenham, USA Massachusetts Northampton: Edward Elgar Publishing 2018, 11-37, lk 21.
23. Treumer, S. The field of application of competitive dialogue. – Public Procurement Law Review. Sweet & Maxwell and its Contributors, Thomson Reuters 2006, 6, 307-315. Andmebaasis WestlawNext.

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

24. Karistusseadustik. – RT I, 10.07.2020, 18.
25. Riigihangete seadus. – RT I, 08.07.2020, 8.
26. 26. veebruari 2014. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 65-242.
27. 31. märts 2004. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankalepingute, asjade riigihankalepingute ja teenuste riigihankalepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.4.2004, lk 114 – 240.
28. 14. juuni 1993. aasta Nõukogu direktiiv 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord. – EÜT L 199, 9.8.1993, lk 54-83.
29. 14. juuni 1993. aasta Nõukogu direktiiv 93/36/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord. – EÜT L 199, 9.8.1993, lk 1-53.
30. 18. juuni 1992. aasta Nõukogu Direktiiv 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord. – EÜT L 209, 24.7.1992, lk 1-24.
31. 18 July 1989 Council Directive 89/440/EEC amending Directive 71/305/EEC concerning coordination of procedures for the award of public works contracts. – EÜT L 210, 21.7.1989, lk 1-21.
32. 21 December 1976 Council Directive 77/62/EEC coordinating procedures for the award of public supply contracts. – EÜT L 13, 15.1.1977, lk 1-14.
33. 26 July 1971 Council Directive 71/305/EEC concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts. – EÜT L 185, 16.8.1971, lk 5-14.

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

Euroopa Kohtu lahendid

34. EKo C-124/17, *Vossloh Laeis GmbH versus Stadtwerke München GmbH*, p 39, ECLI:EU:C:2018:855.
35. EKo C-531/16, Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras ja „Ecoservice projektai“ UAB versus „VSA Vilnius“ UAB jt, ECLI:EU:C:2018:324.
36. EKo liidetud kohtuasjad C-523/16 ja C-536/16, *MA.T.I. SUD SpA ja DUEMMESGR SpA versus Società Centostazioni SpA ja Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR)*, ECLI:EU:C:2018:122.
37. EKo C-27/15, *Pippo Pizzo versus CRGT Srl*, ECLI:EU:C:2016:404.
38. EKo C-19/13, *Ministero dell'Interno versus Fastweb SpA*, ECLI:EU:C:2014:2194.
39. EKo liidetud kohtuasjad C-501/12–C-506/12, C-540/12 ja C-541/12, *Thomas Specht jt versus Land Berlin ja Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2014:2005.
40. EKo C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici versus Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2014:2063.
41. EKo C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser versus Manova A/S*, ECLI:EU:C:2013:647.
42. EKo liidetud kohtuasjad C-379/08 ja C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA ja Syndial SpA versus Ministero dello Sviluppo economico ja teised (C-379/08) ja ENI SpA versus Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare ja teised (C-380/08)*, ECLI:EU:C:2010:127 ja ECLI:EU:C:2008:582.
43. EKo C-376/08, *Serrantoni Srl ja Consorzio stabile edili Scrl versus Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2009:808.
44. EKo C-275/08, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik*, ECLI:EU:C:2009:632.
45. EKo C-138/08, *Hochtief AG ja Linde-Kca-Dresden GmbH versus Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2009:627.
46. EKo C-423/07, *Euroopa Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, ECLI:EU:C:2010:211.
47. EKo C-250/07, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Kreeka Vabariik*, ECLI:EU:C:2009:338.
48. EKo C-213/07, *Michaniki AE versus Ethniko Symvoulío Radiotileorasis ja Ypourgos Epikrateias*, ECLI:EU:C:2008:731.

49. EKo C-70/06, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Portugali Vabariik*, ECLI:EU:C:2008:3.
50. EKo C-337/05, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, ECLI:EU:C:2008:203.
51. EKo C-278/05, *Carol Marilyn Robins jt. versus Secretary of State for Work and Pensions*, ECLI:EU:C:2007:56.
52. EKo liidetud kohtuasjad C-226/04 ja C-228/04, *La Cascina Soc. coop. arl ja Zilch Srl versus Ministero della Difesa ja teised (C-226/04) ja Consorzio G. f. M. versus Ministero della Difesa ja La Cascina Soc. coop. arl (C-228/04)*, ECLI:EU:C:2006:94.
53. EKo C-84/03, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, p-d 44, 47, 48, 49, 51, 56, 57, 59, 61, 62, ECLI:EU:C:2005:14.
54. EKo C-26/03, *Stadt Halle ja RPL Recyclingpark Lochau GmbH versus Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5.
55. EKo C-385/02, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, ECLI:EU:C:2004:522.
56. EKo C-247/02, *Sintesi SpA versus Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, ECLI:EU:C:2004:593.
57. EKo C-421/01, *Traunfellner GmbH v Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)*, ECLI:EU:C:2003:549.
58. EKo C-224/01, *Gerhard Köbler versus Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2003:513.
59. EKo liidetud kohtuasjad C-20/01 ja C-28/01, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik*, ECLI:EU:C:2003:220.
60. EKo C-257/00, *Nani Givane jt. versus Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2003:8.
61. EKo C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) versus Stadt Wien*, ECLI:EU:C:2002:379.
62. EKo C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab, varem Stagecoach Finland Oy Ab versus Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne*, ECLI:EU:C:2002:495.
63. EKo liidetud kohtuasjad C-285/99 ja C-286/99, *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni versus ANAS - Ente nazionale per le strade ja Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) ja Impresa Ing. Mantovani SpA versus ANAS - Ente nazionale per le strade ja Ditta Paolo Bregoli (C-286/99)*, p 55, ECLI:EU:C:2001:640.

64. EKo C-118/00, *Gervais Larsy versus Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI)*, ECLI:EU:C:2001:368.
65. EKo C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH versus Telekom Austria AG, Herold Business Data AG*, ECLI:EU:C:2000:669.
66. EKo C-107/98, *Teckal Srl versus Comune di Viano ja Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562.
67. EKo C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso SpA ja Leitschutz Handels- und Montage GmbH versus Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, ECLI:EU:C:1999:420.
68. EKo C-71/97, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, ECLI:EU:C:1998:455.
69. EKo C-323/96, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Belgia Kuningriik*, ECLI:EU:C:1998:411.
70. EKo C-296/95, *The Queen versus Commissioners of Customs and Excise, ex parte: EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd, John Cunningham*, ECLI:EU:C:1998:152.
71. EKo C-318/94, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik*, ECLI:EU:C:1996:149.
72. EKo C-87/94, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Belgia Kuningriik*, ECLI:EU:C:1996:161.
73. EKo C-57/94, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, ECLI:EU:C:1995:150.
74. EKo C-328/92, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, ECLI:EU:C:1994:178.
75. EKo C-71/92, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Hispaania Kuningriik*, ECLI:EU:C:1993:890.
76. EKo C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA versus Comune di Milano*, ECLI:EU:C:1989:256.
77. EKo C-199/85, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, ECLI:EU:C:1987:115.

Euroopa Kohtu kohtujuristi ettepanek

78. EK C-19/13, *Ministero dell'Interno versus Fastweb SpA*, ECLI:EU:C:2014:266, kohtujurist Yves Bot ettepanek.

Üldkohtu lahendid

- 79. EÜKo T-514/09, *bpost NV van publiek recht versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2011:689.
- 80. EÜKo T-384/10, *Hispaania Kuningriik versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2013:277.
- 81. EÜKo T-345/03, *Evropaïki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:2008:67.
- 82. EÜKo T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2009:491.
- 83. EÜKo T-143/89, *Ferriere Nord SpA versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:1995:64.
- 84. EÜKo T-11/06, *Romana Tabacchi Srl versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2011:560.
- 85. EÜKo T-4/01, *Renco SpA versus Euroopa Liidu Nõukogu*, p 62, ECLI:EU:T:2003:37

Eesti kohtulahendid

- 86. TlnRnKo 3-18-1360.
- 87. TrtRnKo 3-18-1248.
- 88. TlnRnKo 3-15-809.
- 89. TlnHKo 3-19-2057.
- 90. TlnHKo 3-19-1491.
- 91. TrtHKo 3-19-1320.
- 92. TlnHKo 3-18-1736.
- 93. TlnHKo 3-18-1681.
- 94. TlnHKo 3-18-1116.

Riigihangete vaidlustuskomisjoni lahendid

- 95. VAKO 21.01.2021, 287-20/228692.
- 96. VAKO 06.12.2018, 232-18/201257.
- 97. VAKO 16.01.2018, 211-17/191039

MUUD ALLIKAD

98. Eesti Keele sõnaraamat. Eesti Keele Instituut. Arvutivõrgus: <https://portaal.eki.ee/> (19.04.2021).
99. Euroopa hea halduse tava eeskiri. Euroopa Ombudsman 2002, lk 11. Arvutivõrgus: <https://www.ombudsman.europa.eu/et/publication/et/3510> (27.01.2021).
100. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (Classical Directive) (First reading) - Approval of the final compromise text. Interinstitutional File: 2011/0438 (COD), Brussels, 12 July 2013, lk-d 7, 25-26, 108-109. Arvutivõrgus: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/13/st11/st11745.en13.pdf> (25.01.2021).
101. Riigihange seaduse eelnõu 450 seletuskiri, lk-d 59-60. – <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (10.04.2021).
102. Riigihangete seaduse muutmise seadus. Eelnõu ja seletuskiri seisuga 17. märts 2021.
103. Õigekeelsussõnaraamat. Eesti Keele Instituut. Arvutivõrgus: <https://portaal.eki.ee/> (19.04.2021).