

TALLINNA TEHNIKAÜLIKOOL

Majandusteaduskond

Õiguse instituut

Nataly Sonk-Bahharev

**PÕHJENDAMATULT MADALA MAKSUMUSEGA
PAKKUMUSTE MÄÄRAMISE ÕIGUSLIKUD VAHENDID –
NENDE OLEMASOLU VÕI PUUDUMINE**

Bakalaureusetöö

Õppekava HAJB08/17, peaeriala Eesti avalik ja eraõigus

Juhendaja: Kristi Joamets, PhD

Tallinn 2020

Deklareerin, et olen koostanud lõputöö iseseisvalt ja olen viidanud kõikidele töö koostamisel kasutatud teiste autorite töödele, olulistele seisukohtadele ja andmetele, ning ei ole esitanud sama tööd varasemalt ainepunktide saamiseks. Töö pikkuseks on 8829 sõna sissejuhatusesest kuni kokkuvõtte lõpuni.

Nataly Sonk-Bahharev

(allkiri, kuupäev)

Üliõpilase kood: 200320HAJB

Üliõpilase e-posti aadress: nasonk@taltech.ee

Juhendaja: Kristi Joamets, PhD:

Töö vastab kehtivatele nõuetele

.....

(allkiri, kuupäev)

Kaitsmiskomisjoni esimees:

Lubatud kaitsmisele

.....

(nimi, allkiri, kuupäev)

SISUKORD

LÜHIKOKKUVÕTE	4
SISSEJUHATUS	5
1. PÕHJENDAMATULT MADALA MAKSUMUSE ERINEVAD ASPEKTID	7
1.1. Põhjendamatult madala maksumuse esitamise põhjused	9
1.2. Põhjendamatult madala maksumuse regulatsioon Euroopa Liidu ja EV õiguses	11
1.3. Puudulikult koostatud riigihanke dokumendid	13
1.4. Pakkuja teadlikkuse puudumine	14
1.5. Pakkuja pahatahtlikkus	15
2. PÕHJENDAMATULT MADALA MAKSUMUSE KOHTUPRAKTIKA	18
2.1. Euroopa Kohtu seisukohad	20
2.2. Eesti kohtute seisukohad	23
3. PÕHJENDAMATULT MADALA MAKSUMUSE TUVASTAMINE	28
3.1. Pakkuja abivahendid	29
3.2. Hankija abivahendid	30
KOKKUVÕTE	32
SUMMARY	34
KASUTATUD ALLIKATE LOETELU	36
LISAD	44
Lisa 1. Lihtlitsents	44

LÜHIKOKKUVÕTE

Euroopa Liidu direktiivide¹ ja Riigihangete seaduse² riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest tulenevalt on hankija kohustatud järgima läbipaistvust, proportsionaalsust, võrdset kohtlemist, konkurentsi tagamist ning säästlikust rahaliste vahendite kasutamisel. Riigihangete seaduse kohaselt vastuvõetamatuks pakkumuseks peetakse pakkumust, mille maksumus on põhjendamatult madal. Põhjendamatult madalate pakkumuste levinud alternatiivne nimetus on alapakkumused. Kahtluse tekkimisel peab hankija tuvastama, kas tegemist on alapakkumusega ning seejärel põhjendama oma ostust.³

Lõputöö eesmärgiks on alapakkumuste määramise õiguslike vahendite olemasolu või puudumise tuvastamine. Autor püüab vastata küsimusele, kas ja kuidas saab määratleda alapakkumust. Oma töös kasutab autor kvalitatiivset meetodit, õiguslase teaduskirjanduse ning kohtulahendite analüüsi, mille abil on jõudnud järeldusele, et alapakkumuste puhul on väljakutseks nende määramine, tuvastamine ja põhjendamine.

Praeguseks on avaldatud mitmed kohtulahendid, millele on hankijatel võimalik oma kaalutlustes toetuda, kuid õiguslikult alapakkumuste defineerimise küsimus jääb praeguseni päevakorra punktiks.

Võtmesõnad: riigihange, põhjendamatult madala maksumusega pakkumus, alapakkumus, konkurents, läbipaistvus, Eesti

¹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, art 3; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, art 18; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, art 36

² RHS RT I, 01.07.2017, 1, § 3

³ *Ibid*, § 115

SISSEJUHATUS

Käesolevas bakalaureuse töös uuritakse hankija võimalusi ja võimalike objektiivsete vahendite olemasolu põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse määramisel Eestis. Euroopa Liidu (edaspidi EL) direktiivide⁴ (edaspidi direktiiv või direktiivid) ja riigihangete seaduse⁵ (edaspidi RHS) riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest tulenevalt on hankija kohustatud järgima läbipaistvust, proportsionaalsust, võrdset kohtlemist, konkurentsi tagamist ning säästlikust rahaliste vahendite kasutamisel. RHSi kohaselt vastuvõetamatuks pakkumuseks peetakse pakkumust, mille maksumus on põhjendamatult madal⁶ ning hankijal on kohustus tuvastada, kas tegemist on alapakkumusega või mitte.

Vaatamata sellele, et seadusest tulenevalt on hankija kohustus hinnata, kas tegemist on alapakkumusega või mitte, puuduvad mõlemal – nii hankijatel kui ka pakkujatel – piisavad vahendid hindamaks pakkumuste taset, kuna alapakkumuste mõiste kui selline on määratlemata.⁷ 2017. aastal⁸ jõustunud RHSiga olid võetud üle EL direktiivid,⁹ millega on teatud määral reguleeritud põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse määratlemine ehitushangetes,¹⁰ kuid teiste hangete puhul jääb see jätkuvalt hankija kaaluda.

Direktiivid reguleerivad liikmesriikide hankemenetluste reegleid alates rahvusvahelisest piirmäärast. Hankemenetluse reeglid piirmäärast allapoole reguleerib iga liikmesriik ise. Siiski ei tähenda see seda, et alla piirmäära jäävad hanked on EL poolt fookusest välja jäetud. Läbi EL toimimise lepingu (edaspidi ELTL) reguleerib EL liikmesriikide hankepoliitikat selleks, et tagada

⁴ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL

⁵ RHS, *supra nota* 2

⁶ *Ibid.*, § 115

⁷ Rhode, A. (2019). *Public Procurement in the European Union: How Contracting Authorities Can Improve Their Procurement Performance in Tenders*. Wiesbaden: Springer, 83, 194

⁸ RHS RT I, 13.03.2019, 145

⁹ 2014/23/EL, 2014/24/EL, 2014/25/EL, *supra nota* 4

¹⁰ RHS, *supra nota* 8, § 115 lg 2

siseturu toimimine.¹¹ See annab liikmesriikidele teatava vabaduse hankemenetluste rakendamiseks, mille tulemuseks on „dünaamiline tõlgendamine riiklikul tasandil“.¹²

Dünaamilisele tõlgendamisele vaatamata on üldreegel see, et hankija peab olema veendunud, et alapakkumuse teinud pakkuja suudab hiljem täita lepingut nõuetekohaselt ja kvaliteetselt. Hankijale lisandub täiendav kohustus kui avaliku sektori esindajale. Avalikest huvidest lähtuvalt peab hankija olema veendunud, et alapakkumuse teinud pakkuja suudab tasuda riiklikke makse täiel määral ning tähtaegselt. Uurimisprobleemiks nimetab autor põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste määramise vahendite tuvastamist, kus uurimisküsimuseks on tuvastada, kas Eesti riigi riigihangetes on võimalik määratleda põhjendamatult madala maksumusega pakkumust selliselt, et hankija ja pakkuja mõistavad seda üheselt ning tagatud on ka RHS § 3 nimetatud nõuete täitmine. Normi muudatus pole võimalik, kuid kas kohtupraktikast on võimalik tava välja kujundada?

Autor kasutab kvalitatiivset meetodit. Lõputöö käigus uurib autor alapakkumuste tuvastamise protsessi läbi juhtumiuuringu. Autor kasutab õiguse tõlgendamiseks üldtunnustatud meetodeid: grammatilist, ajaloolilist, teleoloogilist ning süstemaatilist.

Töö kirjutamisel lähtub autor õiguskirjanduses tunnustatud autorite poolt (Arrowsmith, Bovis, Graells, Ølykke, Trepte jt) kirjutatud teostest, õigusartiklitest, Euroopa Komisjoni juhenditest ja mitmetest nii EL kui ka Eesti kohtulahendeist.

Esimeses peatükis on analüüsitud põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse olemust, võimalike esitamise põhjuseid ning alapakkumuse regulatsioone. Peatüki eesmärk on alapakkumuste teemat puudutav põhjalik ülevaade. Teine peatükk käsitleb alapakkumustega seotud kohtulahendeid. Lõputöö teine peatükk on oluline autori töös tehtud järelduste osas. Kolmandas peatükis on lühikokkuvõtte pakkumuste madala maksumuse võimalikest tuvastamismeetoditest ja abivahenditest.

¹¹ Euroopa Liidu toimimise leping, art 3, 5

¹² Treumer, S. (2011). *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*. Copenhagen: DJØF Publishing, 18

1. PÕHJENDAMATULT MADALA MAKSUMUSE ERINEVAD ASPEKTID

EL liikmesriigid on kohustatud järgima liidu eesmärke, toimimise printsiipe ja õigusakte. Sellest lähtuvalt on Eesti õigusaktid viidud kooskõlla ELis kehtivate õigusaktidega ning liikmesriigi õigusaktide tõlgendamisel tuleb meeles pidada EL õigusruumi ülimuslikkust ja primaarsust.¹³

Nii EL kauba vaba liikumise ja konkurentsi tagamiseks, kui ka riigihangete korraldamiseks mõeldud õigusruum, suunavad liikmesriike kasutama suuremaid võimalusi majanduse edendamiseks. Samal seisukohal on mitmed autorid.¹⁴ Muuhulgas kohaldatakse ELTLi põhimõtteid isegi siis, kui ükski teine õiguslik alus seda ei tee.¹⁵ Liidu toimimise vältel on olnud märgata, et selline seos õigusruumis on üha rohkem põimumas ning eesmärgipõhiselt toetamas majandusnäitajate kasvu, nii liikmesriikide siseselt, kui ka piiriülevalt.¹⁶ See kajastub ka kirjanduses, mida on juba 2007. aastal täheldanud Nottinghami ülikooli riigihangete uurimisrühma (PPRG) vanemteadur ning PPRG korruptsiooni ja riigihangete üksuse juhataja Peter Trepte.¹⁷ Kolmteist aastat tagasi ilmunud raamatus on märgitud, et riigihangete osas puuduvad liikmesriikidel ühtsed reeglid. Tänapäevaks on direktiivid üle võetud ja õigusalast praktikat on ühtlustatud, mis ei tähenda, et põimimise protsess on lõppenud või täies ulatuses ellu viidud.

ELTL artikli 119 kohaselt majanduspoliitika „korraldatakse kooskõlas vabal konkurentsil põhineva avatud turumajanduse põhimõttega“.¹⁸ Direktiivi 2014/25/EL artikli 36 ja direktiivi 2014/24/EL artikli 18 üldpõhimõtete kohaselt: „hankijad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistvalt ja proportsionaalselt“. Läbipaistvuse nõue on riigihangete aluspõhimõte, mis omakorda seob hankijaid võrdse kohtlemise põhimõttega, kus

¹³ Laffranque, J. (2015). *Euroopa Liidu õigussüsteem Eesti õiguses*. Tallinn: Juura

¹⁴ Nt Gerber, D. J. (1998). *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press; Chirita, A. D. (2014). *International & Comparative Law Quarterly*. Cambridge: Cambridge University Press

¹⁵ Kohtuotsus, 7.12.2000, Telaustria and Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669

¹⁶ Schebesta, H. (2016). *Damages in EU Public Procurement Law*. Swetzerland: Springer, 13-14

¹⁷ Trepte, P. (2007). *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*. Oxford: Oxford University Press, Preface viii

¹⁸ ELTL, *supra nota* 11

kõigile pakkujatele antakse võrdsed võimalused.¹⁹ Direktiivi 2014/24/EL artikli 69 kohaselt avaliku sektori hankijal tuleb paluda „ettevõtjatel selgitada pakkumuses esitatud hindu või kulusid, kui pakkumused tunduvad olevat asjaomaste ehitustööde, asjade või teenuste kohta põhjendamatult madala maksumusega“. Samu põhimõtteid sätestavad ka RHS paragrahvid 3 ja 115.

Konkurentsipoliitika keskendub suuresti ettevõtjate- ja turukäitumisele, võitlusele kartellide vastu kuid jätab avaliku sektori fookusest välja (välja arvatud riigiabi küsimustes). Samas riigihangete poliitika suunab era- ja avaliku sektorit koosmõjule ja koostööle. Ajalooliselt on konkurentsioigus ja riigihangete regulatsioonid ning poliitika põimunud ja omavahel seotud.²⁰ Sellegipoolest konkurensi- ja riigihangete keskkonna ning poliitika koosmõjul on autori hinnangul veel arenguruumi, seda just alapakkumuste hindamisel ja määramisel.

Direktiiv sätestab pakkumuste hindamist lähtuvalt võrdsest kohtlemisest ning kohustab hankijaid määrama matemaatilist valemit.²¹ Muuhulgas on direktiivis välja toodud üldised põhimõtted pakkumuste hindamise kriteeriumide määramisel.²² Direktiivi sissejuhatavas osas on hindamiskriteeriumite aspekt võimalikult laialt lahti kirjeldatud, mis annab nii hankijatele kui ka pakkujatele suunise soodsaima pakkumuse tuvastamiseks.

Alapakkumuste hindamise osas on õigusaktides juhiseid suhteliselt vähe. Hindamiskriteeriumite kehtestamist puudutavad sätted tagavad konkurentsil põhineva, läbipaistva ja võrdse kohtlemise, kuid ei anna juhiseid millist pakkumust peaks pidama põhjendamatult madalaks. Seadustes ei leidu vastavaid sätteid, määratud valemiteid või muid juhendeid alapakkumuste defineerimiseks.²³ Seda mõistet ei ole ka kohtusüsteem üksikasjalikult tõlgendanud ning alapakkumuse puhul on pigem tegemist nn „madalaima alampiiriga“, ehk „*lower bottom limit*“.²⁴

¹⁹ Simovart, M. A., Parrest, N. (2018). Põhimõttest *lex specialis derogat legi generali* riigihankeõiguse näitel. *Juridica*, 4, 228; Minumets, D (2016). Ettevõtja seisundit kirjeldavate dokumentide kohta selgituste nõudmine riigihankemenetluses. *Juridica*, 1, 13

²⁰ Ojasalu, T. (2007). Euroopa Ühenduse riigihankeõigus. Konkurensi tagamise põhimõte. *Juridica*, 8, 564; Saar, K. (2014). Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonutusi? *Juridica*, 6, 423

²¹ 2014/24/EL, *supra nota* 4, art 35 p 6

²² *Ibid*, art 67 p 4-5

²³ Arrowsmith, S. (2014). *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*. Volume 1. Third Edition. London: Sweet & Maxwell; *Abnormally Low Tenders*. (2016). Public Procurement Brief, SIGMA, 35, 2. Kättesaadav: <http://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-35-200117.pdf>, 5.11.2019

²⁴ Bovis, C. (2007). *EU Public Procurement Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 68

Alapakkumuste aspektideks võib pidada suhtelist osakaalu pakkumuste võrdlemisel hinnataseme osas, turu seisu, pakkuja ärimudelit, hankes osalemise eesmärki, tehnilise kirjelduse vaegsust, pakkuja oskust riigihanke alusdokumente tervikpildina lugeda, mõnede pakkujate kõrgema hinnaga pakkumuse esitamist jne. Neid aspekte analüüsib autor järgmistes töö punktides.

Konkurentsi soodustavat lähenemisviisi riigihankesüsteemi kujundamisel on väljendatud Direktiivi 2014/24/EL artikli 18 lõikes 1, mille kohaselt riigihanke kavandamisel ei tohi lähtuda eesmärgist konkurentsi kunstlikult piirata. Riigiasutuste otsused raha kulutamise ja lepingute sõlmimise kohta on reguleeritud siseriiklikul ja rahvusvahelisel tasandil eeskirjadega. Samas ilmneb konkurentsi ja ühiskondlike eesmärkide tagamise vahel teatud vastuolu. Selle põhjuseid riigihangetel võib vähemalt osaliselt seostada EL riigihankesüsteemi käsitlevate õigusaktide piiratud kohaldamisalaga.²⁵

1.1. Põhjendamatult madala maksumuse esitamise põhjused

Ebaharilikult madal pakkumus tekitab kahtluse, kas lepingu täitja suudab järgida hankelepingus määratletud tingimusi. Kahtlust tekitanud alapakkumus viitab sellele, et lepingu täitmata jätmise oht võib realiseeruda. Sellisel juhul tuleb arvestada mitme erineva riskiga lepingu täitmise ajal:

- lepingupartner ei pruugi lepingunõuet ega tingimusi täita;
- teenuse või kauba kvaliteet võib osutuda eeldatust madalamaks;
- lepingu täitja võib küsida lisamaksu teenuse ja/või kauba eest;
- madalat hinda pakkunud partner võib sattuda finantsraskustesse, mille tulemusel lõpetab tegevuse ning leping jääb täitmata.

Nimetatud riskide maandamiseks on hankijale antud seadusega õigus hinnata, kas tegemist on alapakkumusega ning põhjendatud alusel pakkumus tagasi lükata. See kehtib üldjuhul siis, kui lepingu täitmata jätmise oht on märkimisväärne.²⁶ Võib siiski esineda juhtumeid, kus väga madala maksumusega pakkumuse korral see nii ei ole. Alapakkumuse ilmnemisel saab pakkuja põhjendada esitatud erakordselt soodsaid tingimusi teatud asjaoludel nagu:

- pakkuja tõhusus (madalad kulud, uued meetodid või tooted);

²⁵ Arrowsmith, S., Kunzik, P. (2009). *Social environmental policies in EU procurement law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 192

²⁶ *Ibid*, 92

- pakkuja kavatses teha tööd odavamalt, et kasutada ära vaba tootmisvõimalust ja/või säilitada tööjõudu;
- pakkuja suudab tarnida odavalt, kuna tal on võimalus saada riigiabi.²⁷

Nimetatud asjaolud on reguleeritud õigusaktidega EL tasandil²⁸ ning on siseriiklikult üle võetud.

Samas võivad ettevõtluses esineda ka muud põhjused, mida riigihangete valdkond ei reguleeri. Alapakkumused, kui ebaproportsionaalsed pakkumused, on kasumi taseme saavutamiseks liiga madalad ning neid ei saa seletada uute meetoditega, valitud tehniliste lahendustega ega teenuse originaalsusega, samuti ka tööjõu või muude pakkuja poolt pakutavate soodsate tingimustega. Alapakkumuse esitanud pakkujal saab olla mitmeid erinevaid põhjuseid. Näiteks pakkujal võib olla hädasti lepingut vaja ja isegi kui see võib osutuda kahjumlikuks, on see maine rajamiseks või kogemuse saamiseks väärtuslikum. Võimalikuks põhjuseks võib olla ka pakkuja puudulik hangetes osalemise kogemus või valesti hinnatud kulu ja tulu suhe. Samuti on alapakkumuse esitamisega võimalik konkurendi väljatõrjumine või ettevõtte positsiooni kaitsmine turul. Võimalik põhjus võib olla soov siseneda uuele turule.²⁹ Alapakkumuse esitamisel ei saa välistada ka hankija puudulikult kirjutatud hankelepingu eseme kirjeldust.

Pakkumuste maksumuste võrdlemisel võivad esineda ka pakkumuste kantslikult kujunenud hinnavad, kus kõrgemat hinda pakkunul on arvestatud sisse kahe või kolmekordne tulu saamine võrreldes teadaoleva turu keskmisega. Väga kõrged maksumused, mis ei eelda enampakkumise võitu, võivad olla tehtud erinevatel põhjustel:

- pakkujal võib olla lepingu vastu vähene huvi või puuduvad ressursid ja oskused sobiva pakkumise nõuetekohaseks esitamiseks;
- või ta võib lihtsalt teha pakkumuse, et tulevastel menetlustel arvestada saadud andmeid.

Vaieldamatult on alapakkumuste hindamisel tihe seos konkurentsioiguse normidega – nii riigisisest kui ka EL normidega laiemalt. Ühelt poolt rikub alapakkumuse esitamine teatud viisil konkurentsi norme ja seega peab hankija kaaluma pakkumuse tagasilükkamist. Teisalt konkurentsioiguse normide toetamine võib eksimuse korral tähendada RHSis sätestatud kokkuhoiu ja riigiraha kasutamise säästlikuse tagamise vastuolu.³⁰ Alapakkumuste välja

²⁷ RHS, *supra* nota 8, § 115 lg 7

²⁸ 2014/24/EL, *supra* nota 4, art 69; 2014/25/EL, *supra* nota 4, art 84

²⁹ Graells, A. S. (2011). *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Oxford: Hart Publishing, 361

³⁰ Kuusmann, T. (2019). Riigihankedirektiivide piirmäärdest väiksema maksumusega riigihanked Euroopa Liidu õiguses. *Juridica*, 4, 271

selgitamisega kaasneb ka hankeprotsessi pikenemine, kus hankijate otsustusprotsess hõlmab uurimust, kas konkreetsele pakkujale on antud riigi toetust ja kas toetus on olnud seaduslik, kas pakkujal on põhjendatud alus vastava hinna pakkumiseks, pakkujalt selgituste küsimine jms. Sellest kõigest tulenevalt on tõenäoline, et enne konkreetse hanke lõpuleviimist otsuse võtmine eduka pakkuja suhtes viibib.³¹

1.2. Põhjendamatult madala maksumuse regulatsioon Euroopa Liidu ja EV õiguses

Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste hindamiseks lähtuvad hankijad Euroopa Liidu direktiividest 2014/24/EL (riigihangete direktiiv, artikkel 69), 2014/25/EL (võrgustiku sektori hankeprotsessi reguleeriv direktiiv, artikkel 84) ja direktiivi 2009/81/EL (kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas hankeprotsessi reguleeriv direktiiv, artikkel 49). Kontsessioonilepingu sõlmimiseks hankeprotsessi reguleeriv direktiiv 2014/23/EL põhjendamatult madalat maksumust reguleerivaid sätteid ei sisalda.³² Eestis on kogu riigihankeid puudutav reeglistik toodud ühes õigusaktis ja selleks on RHS.³³

Nüüdseks kehtetute direktiivide (2004/17/EL ja 2004/18/EL) ja kuni 2017. aastani kehtinud RHS kohaselt (RHS § 48 lg 3) ei olnud hankijal kohustus³⁴ alapakkumust tagasi lükata. Oluline on siinkohal märkida ka seda, et kuni 2017. aastani kehtinud RHS reguleeris põhjendamatult madala maksumuse hindamist ainult läbi hankelepingu eeldatava maksumuse.³⁵ Raamlepingu sõlmimiseks korraldatud hankemenetluste puhul oli alapakkumusi puudutav argumentatsioon raskendatud, kuna hinnatavaks näitajaks on tavapäraselt ühikuhind ning hankelepingu eeldatav maksumus on indikatiivne. Alates 2014. aastast vastu võetud direktiivide tulemusel on ka Eestis hakkanud kehtima uus RHS, mille kohaselt põhjendamatult madalate maksumustega pakkumuste küsimus on käsitletud laiemalt ning ehitushangete puhul ka rangemalt.

³¹ Sanches-Graells, A. (2016). Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies? *European Public Law*, Volume 22, Issue 2, 385

³² Parind, M., Simovart A. M., (2019). *Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura, 740

³³ Simovart, Parrest (2018), *supra nota* 19, 223-233

³⁴ Trepte (2007), *supra nota* 17, 452

³⁵ Väljaots, T. (2013). Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. *Juridica*, 9, 650

Direktiivi eelnõu artikli 69 lõike 1 kohaselt oli hankijale pandud kohustus küsida selgitusi pakkumuse kohta, mis üheagselt:

- jääb teiste esitatud pakkumuste keskmisest maksumusest rohkem kui 50% madalamaks;
- jääb paremuselt teisest pakkumusest rohkem kui 20% madalamaks tingimusel, et hankemenetluses on esitatud vähemalt viis pakkumust.³⁶

Kehtivas direktiivis need sätted puuduvad ning artikkel 69 käsitleb üldiseid aspekte ebaharilikult madala hinnaga pakkumuste osas.³⁷

Enne direktiivi jõustumist avaldas ühe artikli autor³⁸ arvamust, et alapakkumuste tuvastamisel on kontrollimise kohustus vajalik õigusaktide tasandil ning direktiivide jõustumisel arvamuse kirjutanud teise artikli autor³⁹ on seisukohal, et olenemata sellest, et sätted jäid direktiivist välja, saavad hankijad neid siiski kasutada oma hangete läbiviimisel. Käesoleva töö autor on nõus õiguskirjanduse autoritega selles osas, et nii hankijatele kui ka pakkujatele on vajalikud selgemad juhtnöörid millele toetuda põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse kahtluse korral.

Alapakkumusi puudutavaid selgitusi saab leida Euroopa Komisjoni teabevahetusest⁴⁰ (mh ka poliitilistest prioriteetidest), EL kohtupraktikast⁴¹ ning õigusaktidest mida võib liigitada konkurentsi institutsiooni alla⁴² (inglise keeles *competition as an institution*) – Euroopa Liidu lepingu konsolideeritud versioon, Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon.

Riigihanget läbi viinud avaliku sektori hankija võib pakkumuse tagasi lükata üksnes siis, kui esitatud tõendid ei selgita rahuldaval määral väljapakutud madalat hinda või kulusid, võttes arvesse seadusega lubatud elemente ja õigustusi.⁴³ Hankijal puudub kaalutusõigus juhul, kui hankija tuvastab rikkumisi kehtivate keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse valdkonda reguleerivate sätete osas.⁴⁴

³⁶ *Ibid*, 650

³⁷ Ølykke, G. S. (2016). The provision of abnormally low tenders: a safeguard for fair competition? In: G. S. Ølykke, A. S. Graells (Eds.), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*. (146-169). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 149; Parind, Simovart (2019), *supra nota* 32, 740; Matteus, K. (2016). Põhjendamatult madala maksumusega pakkumus. Kohtupraktika analüüs. *Juridica*, 1, 42

³⁸ Väljaots (2013), *supra nota* 35, 650

³⁹ Matteus (2016), *supra nota* 37, 42

⁴⁰ Sanches-Graells (2016), *supra nota* 31, 378

⁴¹ *Ibid*, 379

⁴² *Ibid*, 382; Cruz, J. B. (2002). *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*. Oxford: Hart Publishing, 69-72

⁴³ Parind, Simovart (2019), *supra nota* 32, 748

⁴⁴ Parind, Simovart (2019), *supra nota* 32, 755

Kokkuvõtvalt saab öelda, et alapakkumuste hindamisel tuleb lähtuda nii riigihankeõigust reguleerivatest õigusaktidest kui ka ELis kehtivatest aluslepingutest, poliitilistest prioriteetidest ning üldisest kohtu praktikast.

1.3. Puudulikult koostatud riigihanke dokumendid

Alapakkumuse esitamise üheks põhjuseks võib olla puudulikult koostatud riigihanke alusdokumentide lepingu ese, ehk tehniline kirjeldus. Tulenevalt direktiivi (2014/24/EL, artikkel 42) ja RHS sätetest (§ 88 lõige 7) peab hankija tehnilise kirjelduse koostamisel arvestama, et see tagaks ettevõtjatele võrdsed tingimused ega tekitaks põhjendamatuid takistusi konkurentsile. Tehniline kirjeldus peab olema selge ja arusaadav.

Esitatud alapakkumus võib olla indikaatoriks tehnilise kirjelduse puuduliku koostamise kohta, mille tagajärjel on võimalik vale hinnataseme määramine. See võib olla tingitud sellest, et pakkujal ei olnud piisavat informatsiooni, et tehnilisest kirjeldusest õigesti aru saada või ka sellest, et hankelepingu eseme kirjeldus oli valesti koostatud.⁴⁵ Puudulikult või valesti kirjeldatud lepingu eseme puhul kannavad riski mõlemad pooled⁴⁶ – nii pakkuja kui hankija. Pakkujal võib vale hinnakujundamisega tekkida majanduslik kahju ning hankijal on lepingu mittenõuetekohase täitmise või täitmata jätmise risk. Tuginedes kohtupraktikale saab väita, et puudulikult koostatud tehnilise kirjelduse korral kandub suurem hoolsuskohustus pakkujale.⁴⁷ Alates 2017. aastast kehtima hakanud RHS puhul on hoolsuskohustus pakkujal veelgi suurem ja pakkuja kannab vastutust ka esitatud dokumentide sisu üle (nt hankepassi korrapärane täitmine⁴⁸).

Puudulike või vigaste riigihanke alusdokumentide puhul on oluline roll pakkujal. Hankija vea märkamata jätmise toob kaasa olukorra, kus pakkuja on aktsepteerinud hankija hooletut

⁴⁵ European Commission (2015). *Public Procurement Guidance for Practitioners*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. Kättesaadav: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/guidelines/2015/public-procurement-guidance-for-practitioners, 10. veebruar 2020.

⁴⁶ Rahandusministeerium (2017). *Kontrollakt*, 21.04.2017, nr 12.2-4/11 riigihangete teostamise kontrollimise kohta Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumis, 6

⁴⁷ VaKoo 80-15/160904, p 11.4; VaKoo 64-15/158120, p 13.4

⁴⁸ RKHKo 3-19-1501, p 4-6

käitumist⁴⁹. Samal ajal on hoolsuskohustus ka hankijal. Puudulikult koostatud dokumentide puhul seab hankija kahtluse alla hankelepingu täitmise ning rikub talle, kui avaliku sektori esindajale, antud raha säästliku ja otstarbeka kasutamise kohustust (RHS § 3 punkt 5). Mõlemad pooled peavad jälgima ka võlaõigusseadusest (VÕS) tulenevaid printsiipe ning hea usu põhimõtet. Hea usu põhimõte õiguse normina on võlaõiguse kõige kõrgem norm. Heas usus käitumisena on nimetatud muuhulgas koostööd ja teise poole huvidega arvestamist.⁵⁰

Kokkuvõtvalt saab märkida, et riigihanke alusdokumentide koostamisel puudulikult või vigaselt koostatud hankelepingu eseme puhul tuleb olla hoolas hankijal ning vigade ja vaegkirjelduste tuvastamisel ning nendest teavitamisel pakkujal. Hankijate ja pakkujate vaheline suhtlus on edu jaoks ülioluline ning tõstab nende rollide mõistmise kõrgemale tasemele. Kui suhtluse väärtus on osapoolte ühine tulemus, hoolib iga osaleja teiste võimalike osalejate käitumisest.⁵¹ Autor nõustub kirjanduses märgituga. Mõlema poole hoolsuskohustus ja heas usus käitmine on alapakkumuse esitamise välitamise üks võimalustest.

1.4. Pakkuja teadlikkuse puudumine

Töö alapeatükis 1.3. on toodud välja puudulikult kirjutatud riigihanke tehnilise kirjelduse küsimus kui üks alapakkumuse esitamise põhjustest. Puuduliku tehnilise kirjelduse ja pakkuja hoolsuse teema on mõningal määral seotud ka pakkuja teadlikkuse puudumisega.

Mitmed riigihankeid ja konkurentsioigust puudutavad allikad räägivad hankijate teadlikkuse tõstmisest ja selle olulisusest. Kasvav teadlikkus konkurentsioiguse küsimustes, riigihangetes ja üldises praktikas on oluline õiglase konkurentsi saavutamisel.⁵² Konkurentsioiguse rikkumise kahtluse korral aitaks teavitus suurendada teadlikkust võimalikest rikkumistest.⁵³ Riigihangete üldreeglid on kujundatud siseriiklike meetmetega (inglise keeles *national policy measures*) mis võivad üldisemalt tõsta teadlikkust riigihangete eesmärkidest, kohustustest, aruandlusest ja

⁴⁹ Simovart, M. A. (2010). Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. *Dokoritöö*. Tartu Ülikool, lk 53

⁵⁰ Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M. (2007). *Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura, 25; Kull, I. (1999). *Lepinguõigus I*. Tallinn: Juura

⁵¹ Jullien, B. (2006). Pricing and other business strategies for e-procurement platforms. In: Dimitri, N., Dini, F., Piga, G. (Eds.), *Handbook of Procurement* (249-266). Cambridge: Cambridge University Press, 250

⁵² Graells (2011), *supra nota* 29, 221

⁵³ *Ibid*, 381

hangete kontrollist.⁵⁴ Kasvav teadlikkus negatiivsetest mõjudest ja teadlikkus hanke tulemuslikkuse näitajate olulisusest jõudluse juhtimisel ning üldiselt hangete juhtimisel on oluline osa, millele riigihanke eeskirjad ja praktika võivad kaasa aidata.⁵⁵ Autori hinnangul võivad kõik need tegevused aidata pakkujate teadlikkuse tõstmist, kui infot jagatakse riiklikul tasandil, mitte ainult hankijate seas. Kohase pakkumuse esitamisel, peavad pakkujad esitama dokumendid, mis vastavad nõuetele. Pakkujad peavad vältima võimalikke eksimusi hinna esitamisel. Oluline on siinkohal pakkuja teadlikkus, et pakkuja eksimuse korral on hankijal kohustus teostada selgitavaid päringuid pakkumuse osas.⁵⁶ Selliselt avaneb pakkujal võimalus tehtud vigu tuvastada, kuid uue (korrigeeritud) pakkumuse esitamine ei ole sellisel juhul seadusega lubatud. Pakkuja peab arvestama asjaoluga, et valesti hinnastatud tööde, asjade või ehituse maksumuse puhul kannab pakkuja finantsilist kahju kui peale eksimuse tuvastamist ja enne lepingu sõlmimist võtab oma pakkumuse tagasi. Sellisel juhul peab pakkuja hankijale maksma vähemalt järgmise pakkuja pakkumuse hinnavahe (RHS § 119 lõige 3).

Autori hinnangul on pakkujate teadlikkuse tõstmine üks eelsammudest hangetes osalemise kogemuse saamisel. Valesti hinnastatud teenuse, asja või ehitusteenuse põhjuseks võib olla ka pakkuja vähene kogemus hangetes osalemisel või sarnaste lepingute täitmisel.⁵⁷

Eelnevat arvesse võttes on riigihankel osalejal vaja järgida kahte peamist tingimust:

- 1) esitada tuleb nõuetekohane pakkumus mis vastab riigihanke alusdokumentides nõutule;
- 2) pakkuda sellist maksumust, mis tagaks pakkuja riigihankes osalemise eesmärgi täitmise.

1.5. Pakkuja pahatahtlikkus

Kui töö punktides 1.3. ja 1.4. on käsitletud inimfaktorist, ehk eksimusest ja teadlikkuse puudumisest tingitud alapakkumuse esitamist, siis töö alapunkti 1.5. sisuks on pakkuja

⁵⁴ *Ibid*, 155

⁵⁵ Caranta, R., Cravero C. (2019). Sustainability and Public Procurement. In: La Chimia, A., Trepte P. (Eds.), *Public Procurement and Aid Effectiveness: A Roadmap under Construction* (173-196). Oxford: Hart Publishing, 176; Graells, A. S. (2016). Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law. In: Bovis, C. (Eds.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law* (423-451). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 425

⁵⁶ Ølykke, G. S. (2010). *Abnormally Low Tenders: With an Emphasis on Public Tenderers*. Copenhagen: DJØF Publishing, 126-127

⁵⁷ Albano, G. L., Dimitri, N., Pacini, R., Spagnolo, G. (2006). Information and competitive tendering. In: Dimitri, N., Dini, F., Piga, G. (Eds.), *Handbook of Procurement* (143-167). Cambridge: Cambridge University Press, 148

pahatahtlikkus, ehk teadlik käitumine. Pahatahtlikku käitumise alla liigitab autor peamiselt kaks faktorit:

- lepingu võitmine turu valitsemise eesmärgil;
- õigusvastaselt saadud riigiabi.

Keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse valdkonna rikkumiste puhul võib möönda, et rikkumise puhul ei pruugi olla tahtlikult toime panduga. Vaatamata sellele ei jäta seadus taoliste rikkumiste puhul hankijale kaalutlusruumi ja pakkumus tuleb tagasi lükata.⁵⁸ Muudel juhtudel on hankijale antud suurem paindlikkus otsuste võtmisel. Sellest tulenevalt ei käsitle autor antud alapeatükis RHS § 115 lõikega 9 seotud rikkumisi.

Riigiabi saamisel peetakse sobimatuks liikmesriigi poolt, ükskõik missugusel kujul antavad abi, mis kahjustab konkurentsi ja soodustab teatavaid ettevõtjaid. Alapakkumuse kahtluse korral peab hankija võimaldama pakkujal esitada selgitusi ja põhjendusi hinna kujunemisest. Abi andmine on lubatud juhul, kui sellega stimuleeritakse ettevõtjaid viima läbi üle-euroopalise tähtsusega projekte avalikes huvides.⁵⁹ Hoolsuskohustus on läbivalt oluline nii riigihangete õiguses kui ka konkurentsiõiguses. Riigiabi puhul peab ettevõtja olema hoolas ja kontrollima saadud abi seaduslikkust, kas abi andmise protseduuri on järgitud.⁶⁰ Abi seaduslikkuse tõendamise kohustus lasub ettevõtjal. Autori hinnangul, võib teha järelduse, et hoolsuskohustuse rikkumist riigiabi saamisel võib tõlgendada kui pakkuja pahatahtlikkust. Sellisel juhul alapakkumuse esitamine riigihankes võib seada lepingu täitmise riski alla, kuna ebaseadusliku riigiabi saanul ei teki õiguspärast ootust abi tagasi nõudmata jätmise suhtes.⁶¹

Sarnaselt sellele, kus ettevõtja saab eelise ebaseaduslikult saadud riigiabi eraldamisel, saab pakkuja eelise alapakkumuse esitamisega pikaajalistes lepingutes, tõrjudes sellega sektoris tegutsevad ettevõtjad turult eemale, saavutades turul valitseva seisuga.⁶² Taolise käitumise varjatud eesmärk võib olla soov tulevikus kokku leppida lepingumuudatustes ja suurendada lepingu täitmise etapis läbirääkimiste teel teenuse tasu.⁶³

⁵⁸ RHS, *supra nota* 8, § 115 lg 9

⁵⁹ Jakobson-Lott, K. (2019). Riigiabi ergutava mõju hindamine ja ebaseadusliku riigiabi tagasinõudmine liikmesriigi asutuse poolt. *Juridica*, 3, 170-171

⁶⁰ *Ibid*, 177

⁶¹ *Ibid*, 177

⁶² Graells (2011), *supra nota* 29, 361

⁶³ SIGMA (2016), *supra nota* 23

Varasematest peatükkidest tuleb konkurentsioiguse ja hankemenetluse vaheline seos selgelt välja. Sellele leidub toetust ka kirjandusest.⁶⁴ Mõlema põhjuse korral – nii õigustavstase riigiabi saamine kui ka alapakkumuse esitamine lepingu võitmiseks ja turuvalitsejaks saamise eesmärgil – on tegemist pakkuja pahatahtlikku käitumisega, kuna rikutakse konkurentsioiguse printsiipe.

⁶⁴ Ølykke (2010), *supra nota* 56, 65

2. PÕHJENDAMATULT MADALA MAKSUMUSE KOHTUPRAKTIKA

Euroopa Komisjon on tunnistanud pakkujate vahelise moonutamata konkurentsi olulisust riigihankemenetluse tõhususes. Sellest lähtuvalt tuleb konkurentsiõiguse hinnangud riigihankemenetluses teha tavaks. Selline tavaks muutumine võib toimuda järelevalve organi kaudu või suurendades konkurentsiasutuse rolli riigihankemenetlustes.⁶⁵ Lisaks järelevalve organitele ja asutustele tava välja kujunemisel on suur roll ka kohtu poolt antud suunistel ja hinnangutel. Nagu ka ELis kehtivat seadusandlust üldiselt, tuleb ka kohtupraktikas lahendite puhul lähtuda ülimuslikkuse printsiibist – Euroopa Kohtu (ELK) otsused annavad liikmesriikidele juhiseid erinevate õiguslike küsimuste tõlgendamisel.⁶⁶

Õiguskirjanduses leidub mitmeid raamatuid, artikleid ja juhendeid mis käsitlevad nii konkurentsiõigust kui ka sellega seotud riigihangete õigust. EL tunnustatud autorid konkurentsi- ja riigihankeõiguses on Arrowsmith, Bovis, Graells, Trepte ja Ølykke. Õiguskirjanduse allikad on abiks hanke ettevalmistamise etapis, kuid pakkuja ja hankija eriarvamuste tekkimisel ning vaidluste lahendamisel pöörduvad pooled kohtusse. Autori töös on ELK oluliste lahendite valik tehtud lähtuvalt tunnustatud õiguskirjanduse allikatest, kuid mitte ainult.

Peamised printsiibid põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse tuvastamisel ja hindamisel on välja kujunenud mitmest olulisest kohtulahendist, kus kohtu poolt võetud seisukohad on asjakohased ka täna. ELK poolt on esimesed hinnangud põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse osas antud 1982. aastal *Transporoute*⁶⁷ lahendis.⁶⁸ ELK leidis, et hankijal ei ole õigust pakkumust tagasi lükata ilma selgitusi küsimata, mh hankija peab pakkujale andma mõistlikku aja

⁶⁵ Ølykke (2010), *supra nota* 56

⁶⁶ Wilman, F. (2015). *Private Enforcement of EU Law Before National Courts*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 24-25, 63-68

⁶⁷ Kohtuotsus, 10.02.1982, *Transporoute*, C-76/81, EU:C:1982:49

⁶⁸ Ølykke (2010), *supra nota* 56, 187-188; Bovis (2007), *supra nota* 24, 287

vastuse koostamiseks. ⁶⁹ Fratelli Costanzo ⁷⁰ kohtulahendis 1989. aastal on kohus asunud seisukohale, et liikmesriikidel tuleb keelata matemaatilise valemi alusel pakkumuse automaatset tagasilükkamist. Nendes lahendites välja öeldud ELK seisukohad on asjakohased praeguseni.

ARGE⁷¹ lahend on oluline alapakkumuste hindamisel ja kaudse diskrimineerimise olukorras, kui pakkuja poolt kujundatud hind tugineb riigiabil, mis omakorda on teemana käsitletud mitmetes õigusteaduse allikates.⁷² ELK leidis, et hankija saab pakkumust tagasi lükata juhul, kui on tuvastatud õigusevastaselt saadud riigiabi, mille tagastamine seab lepingu täitmist riski alla. Kohtu selgitused annavad kaitset pakkujale läbi Lombardini ja Mantovani⁷³ liidetud kohtulahendi, kus ELK selgitas, et alapakkumuse kontrollimise sätte üks eesmärkidest on pakkuja kaitse ning kaalutlustel tuleb lähtuda iga hankelepingu esemest eraldi.⁷⁴ Lombardini menetluses oli kasutusele võetud sama meede, mis Transporoute kaasuse puhul, ehk kasutatud matemaatiline valem alapakkumuse tuvastamiseks. Sellegipoolest ei saa kitsendada kohtu seisukohast lähtuvalt pakkujale antud selgituste võimalusi ja pakkujal on õigus ammendavaks loendiks oma põhjenduste esitamisel.⁷⁵ Alla rahvusvahelist piirmäära hangete puhul tasub meeles pidada SECAP⁷⁶ lahendit, kus kohus leidis, et avaliku sektori huvides on ka siseriikliku piirmäära hangete puhul vajalik alapakkumuse hindamine ja selgituste järelpärimine.⁷⁷

⁶⁹ Transporoute, *supra nota* 67

⁷⁰ Kohtuotsus, 22.06.1989, Fratelli Costanzo v Comune di Milano, C-103/88, EU:C:1989:256; Fink, M. (2017). *Subnational Authorities in EU Law (Oxford Studies in European Law)*. Oxford: Oxford University Press, 155-159; Ølykke (2010), *supra nota* 56, 187-188; Bovis (2007), *supra nota* 24, 189

⁷¹ Kohtuotsus, 7.12.2000, ARGE, C-94/99, EU:C:2000:677

⁷² Ølykke (2010), *supra nota* 56, 187-188; Bovis (2007), *supra nota* 24, 288; Bovis, C. (2016). The principles of public procurement regulation. In: Bovis, C. (Eds.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law* (35-59). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 51; Reid, E. (2004). A Comparative Analysis of the EC and WTO Approaches to Balancing Economic and Non-economic Interests in International Trade. In: Nebbia, P., Tridimas, T. (Eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century: Volume 2: Rethinking the New Legal Order* (303-320). Oxford: Hart Publishing, 304; Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. (2019). Specialized Administrative Law of the European Union: A Sectoral Review. Oxford: Oxford University Press, 489; Tobler, C. (2005). *Indirect Discrimination: A Case Study Into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination Under EC Law (Social Europe) (Social Europe Series)*. Oxford: Intersentia Publishers, 213; Cyndezka, M. (2016). The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 250-252

⁷³ Kohtuotsus, 27.11.2001, Impresa Lombardini, C-285/99, EU:C:2001:640

⁷⁴ Ølykke (2010), *supra nota* 56, 187-188; Bovis (2007), *supra nota* 24, 287; Hofmann, Rowe, Türk (2019), *supra nota* 72, 478; Graells (2011), *supra nota* 29, 325

⁷⁵ Bovis (2007), *supra nota* 24, 287

⁷⁶ Kohtuotsus, 15.05.2008, SECAP and Santorso, C-147/06, EU:C:2008:277

⁷⁷ Ølykke (2010), *supra nota* 56, 200

Huvitava erandina saab välja tuua lahendit Furlanis⁷⁸, kus kohtu seisukohalt võis pakkumuse maksumuse osas täiendava info järelepärimine ära jääda.⁷⁹ Antud juhul on alapakkumusi puudutavas kohtupraktikas tegemist erandiga, kuna õigusaktidest ja muudest kohtulahenditest tulenevalt on alapakkumuse esitamise kahtluse tekkimisel selgituste küsimine hankija hoolsuskohustus.

2.1. Euroopa Kohtu seisukohad

Töö varasemates peatükkides on märgitud, et EL direktiivides ega RHSis pole põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse detailset definitsiooni toodud. Ei ole sellist selgitust toonud ka ELK. Transporoute kohtulahendis on alapakkumust nimetatud madalaimaks piiriks (*lower limit*).⁸⁰ Sarnast selgitusviisi on kohus kasutanud varasemas lahendis, mis puudutas kriminaalasjas ETLT artikli 36 tõlgendamist.⁸¹ Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste osas on kohus kasutanud madalaima piirhinna selgitust ka teistes lahendites nagu Fratelli Costanzo⁸² ja Impresa Dona Alfonso di Dona Alfonso.⁸³

Kohtupraktika selgitab, et pakkumuse põhjendamatult madalat maksumust tuleb hinnata lähtuvalt hankelepingu eseme sisule ning kasutada hindamisel lisaks seadusega ette nähtud põhjendustele ka kõiki muid olulisi asjaolusid. Selline väide on kohtu poolt toodud Agriconsulting lahendis.⁸⁴ Alapakkumuse esitamise kahtluse tekkimisel on hankijale jäetud lai kaalutusõigus.⁸⁵ Belfass⁸⁶ kohtulahend on kajastatud mitme õigusallika poolt ning on heaks näiteks hankija laiale

⁷⁸ Kohtuotsus, 26.10.1995, Furlanis v ANAS, C-143/94, EU:C:1995:354

⁷⁹ Ølykke (2010), *supra nota* 56, 192

⁸⁰ Bovis (2007), *supra nota* 24, 287

⁸¹ Kohtujurist Mayras Seisukoht kohtuasjas, 17.03.1976, Kantongerecht Rotterdam-Madalmaad, C-104/75, EU:C:1976:43, punkt II B; Kohtuotsus, 20.05.1976, Kantongerecht Rotterdam-Madalmaad, C-104/75, EU:C:1976:67, punkt 18

⁸² Fratelli, *supra nota* 70

⁸³ Kohtuotsus, 18.06.1991, Impresa Dona Alfonso di Dona Alfonso & Figli s.n.c. v Consorzio per lo Sviluppo Industriale del Comune di Monfalcone, C-296/89, EU:C:1989:564; Herrmann, C. (2004). Gripping Global Governance: The External Relations of the EU Between the Treaty of Nice and the Convention on the Future of Europe. In: Nebbia, P., Tridimas, T. (Eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century: Volume 2: Rethinking the New Legal Order* (291-302). Oxford: Hart Publishing, 297-298; Bovis (2016), *supra nota* 72, 50

⁸⁴ Kohtuotsus, 28.01.2016, Agriconsulting Europe v Komisjon, T-570/13, EU:T:2016:40, punkt 55

⁸⁵ Graells (2011), *supra nota* 29, 256, 323-324

⁸⁶ Kohtuotsus, 21.05.2008, Belfass v EL Nõukogu, T-495/04, EU:T:2008:160, punktid 65-71, 94

kaalutusõigusele ning tekkinud kahtluse korral, kohustusele kontrollida peale maksumust ka muid näitajaid, näiteks töötundide mahtu ja selle põhjendatust.⁸⁷

Kuna eelnevast selgub, et hankijatele on antud lai kaalutusõigus ja alapakkumuste defintitsioon puudub, siis ELK lahendite analüüsil soovib autor peatuda põhilistel hankementlustele kohalduvatel printsiipidel, mis on muuhulgas seotud ka alapakkumuste hindamisega. Belfass ja Agriconsulting lahenditest on ilmne, et pakkumuse hindamisel saab kasutada lisaks maksumusele ka muid näitajaid ning seeläbi tuvastada pakkumuse realistlikkus. Usaldusväärse finantsjuhtimise põhimõtte on kohtu poolt analüüsitud Proximus⁸⁸ lahendis, kus kohus leidis, et kriteeriumid ei pea tingimata olema kvantitatiivsed ega olema seotud üksnes hindadega. Piisab, kui selliseid kriteeriume saab pakkumiste võrdlemiseks objektiivselt ja ühetaoliselt kohaldada. Pidades silmas vaidlusaluse lepingu spetsiifilisi tunnuseid, ei ole kasutatud hinnakriteeriumil põhinev hindamismeetod ja kaalumissüsteem vastuolus usaldusväärse finantsjuhtimise põhimõttega.⁸⁹ Ehk alapakkumuste hindamisel saab lähtuda muuhulgas ka muudest pakkumuse näitajatest ja usaldusväärse finantsjuhtimise põhimõttest. Sellise hindamise puhul peab arvestama, et juhitudel, kui hankeleping sõlmitakse madalaima maksumuse alusel, saab määramisel kasutada turuhinna elementi. Kui hankelepingu sõlmimine toimub majanduslikult soodsaima pakkumise alusel, võib turuhind olla täiesti erinev hinnast, mida hankija soovib maksta asjakohaste teenuste hanke eest.⁹⁰

Vakakis⁹¹ lahendis leidis kohus, et kõigis hankemenetlustes peab hankija kindlaks tegema ja kontrollima, kas on olemas konkurentsi moonutavate sündmuste tegelik oht. Kui selline oht tekib, peab hankija tegutsema kogu asjakohast teavet omades hoolsusega, et tagada pakkujate võrdne kohtlemine ning vajaduse korral konkurentsi moonutamise vältimiseks pakkumus tagasi lükata.⁹²

Sarnast lähenemist kinnitab ka Strabag Belgium⁹³ lahend. Kohus on selgitanud millised on hankija olulised toimingud alapakkumuse kahtluse korral ning leidis, et hankija kohustuseks on iga

⁸⁷ Graells (2011), *supra nota* 29, 305, 323-325; Graells, A. S., Koninck C. (2018). *Shaping EU Public Procurement Law: A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015-2017 (European Monographs Series)*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 65-71; Caranta. R., Edelstam, G., Trybus, M. (2013). *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*. Bruxelles: Bruylant, ptk 1-2

⁸⁸ Kohtuotsus, 17.01.2019, Proximus v EL Nõukogu, T-117/17, EU:T:2019:19

⁸⁹ *Ibid*, punktid 112-113

⁹⁰ Bovis (2007), *supra nota* 24, lk 179; Kohtuotsus, 26.03.2019, Clestra Hauserman v Euroopa Parlament, T-725/17, EU:T:2019:190, 59

⁹¹ Kohtuotsus, 28.02.2018, Vakakis kai Synergates v Komisjon, T-292/15, EU:T:2018:103

⁹² *Ibid*, punkt 100

⁹³ Kohtuotsus, 13.06.2019, Strabag Belgium v Euroopa Parlament, T-299/18, EU:T:2019:411

pakkumuse koostisosa suhtes teha üksikasjalik analüüs tuvastamiseks kas tegemist on alapakkumusega või mitte. Hankija peab kindlaks tegema kas esitatud pakkumused sisaldavad teavet, mis annab alust kahtlustada, et need võivad olla põhjendamatult madalad.⁹⁴ Kohus märkis, et hankijal on ulatuslik kaalutusõigus seoses asjaoludega, mida tuleb hankemenetluses edukaks tunnistamise otsuse tegemisel arvesse võtta.⁹⁵

Ulatusliku kaalutusõiguse kõrval ei saa hankijad unustada võrdse kohtlemise printsiipi. Hankijad peavad pakkujaid kohtlema võrdselt ja õiglaselt.⁹⁶ Samas Proof IT⁹⁷ kohtulahendist selgub, et võrdse kohtlemise põhimõtte ei ole aluseks kõigi pakkujate suhtes ühtsete kaalutluste kasutamiseks. Pakkujaid, kes on samas või võrdses seisus tuleb kohelda ühtemoodi ning pakkujaid, kes on neist erinevas seisus – erinevalt. Näiteks turgu valitsev pakkuja ja uus potentsiaalne pakkuja on erinevas seisus. Kuigi ametivõimud peavad alati hoiduma turgu valitsevat seisundit soosivast ilmest tegevusest või otsusest, ei rikuta võrdse kohtlemise põhimõtet pelgalt seetõttu, et turgu valitsevale ettevõtjale on antud teadmine eelnevate lepinguliste suhete tõttu.⁹⁸

Autori hinnangul väärrib märkamist kohtulahend, mis ei ole otseselt alapakkumuse vaidlustamisega seotud, kuid kaudselt käsitleb alapakkumuste vältimist. Lahendis C-274/83 Komisjon v Itaalia⁹⁹ on vaidlussubjektiks Itaalia siseriiklik regulatsioon, mille kohaselt teenuste lepingute puhul majanduslikult soodsaima pakkumuse arvutamisel oli võimalik kasutada pakkumuste arvatud keskmise hinna võrdlemist madalaima ja kõrgeima pakkumuse vahelise skaala alusel. Itaalia vaidles Komisjonile vastu, et pakkumus, mis on arvatud keskmise hinnale lähim või võrdub sellele on majanduslikult soodsaim ja seega edukas. Kohus leidis, et majanduslikult soodsaima pakkumise väljaselgitamiseks tuleb hankijal kasutada oma otsuse langetamisel kvalitatiiivsete ja kvantitatiivsete kriteeriume, mis varieeruvad sõltuvalt hankelepingu esemest. Esitatud pakkumuste keskmise hinna arvestamine jätab tähelepanuta iga pakkuja eelise eraldi, mis ei saa olla majanduslikult kasulik, kuna hindamise tulemusel on eelistatud kallimat pakkumust soodsaimat hinda pakkunud pakkumusega võrreldes. Autori hinnangul sellise hindamismetoodika algmõtte on arusaadav, kuna välistab kõiki arvatud keskmisest madalamaid esitatud pakkumusi,

⁹⁴ *Ibid*, punkt 62

⁹⁵ *Ibid*, punkt 65

⁹⁶ *Riigihanked. Praktilisi näpunäiteid*. (2015). Euroopa Komisjon. Luxembourg: Euroopa Liidu Väljaannete Talitus. Kättesaadav: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_et.pdf, 3. jaanuar 2020, 30. september 2019; Kohtuotsus, 6.11.2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punktid 45-46

⁹⁷ Kohtuotsus, 16.10.2018, Proof IT v EIGE, T-10/17, EU:T:2018:682

⁹⁸ *Ibid*, punkt 187

⁹⁹ Kohtuotsus, 28.03.1985, Komisjon v Itaalia, C-274/83, EU:C:1985:148

muuhulgas ka alapakkumusi, ning annab hankijale suurema kindlustunde lepingu kvaliteetse täitmise sooritamiseks. Siiski lahendi tulemusel on selge, et taolise hindamismeetodi kasutamine ei ole kooskõlas riigihangete eesmärgiga, ehk säästliku eelarveliste vahendite kasutamisega ega anna hankijale õigust automaatseks alapakkumuste välistamiseks.

Lõpetuseks autor soovib eraldi välja tuua asjaolu, et kuigi alla rahvusvahelist piirmäära hangetele alapakkumuse kontrollimise sätteid automaatselt ei kohaldu, kehtivad neile ELTLis toodud läbipaistvuse, proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtted ja põhiprintsiibid.¹⁰⁰ Otsuse langetamisel tuleb hankijal olla veendunud, et esitatud pakkumuste seas ei esine põhjendamatult madala maksumusega pakkumust.

2.2. Eesti kohtute seisukohad

ELTL põhiprintsiipidest tulenevaid riigihangete üldpõhimõtteid järgitakse ka liikmesriikide riigihankeõiguses.¹⁰¹ Samal ajal on liikmesriikidel lai kaalutusõigus menetlusraamistiku kehtestamisel.¹⁰² Avaliku sektori hankijate tegevuse või otsuste õiguspärasuse vaidlustamise reeglid on liikmesriikide otsustada. Eestis saab hankija otsuse peale esitada vaidlustuse Rahandusministeeriumi juures asuvale vaidlustuskomisjonile (VAKO),¹⁰³ millest edasi saab apellatsioone esitada hierarhias järgmistele kohtutele Riigikohtuni välja.¹⁰⁴

Selles alapeatükis analüüsib autor VAKO ja Eesti kohtute poolt tehtud põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi puudutavaid otsuseid. RHS alapakkumusi reguleeriva sätte

¹⁰⁰ Kuusmann (2019), *supra nota* 30, 265-269; Telaustria, *supra nota* 15, punktid 60-61; Kohtuotsus, 3.12.2001, Vestergaard, C-59/00, EU:C:2001:654, punkt 19; Kohtuotsus, 14.06.2007, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punkt 51; Kohtuotsus, 21.07.2005, Coname, C-231/03, EU:C:2005:487, punktid 16-17; Kohtuotsus, 31.10.2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punktid 46-48; Kohtuotsus, 20.10.2005, Komisjon v Prantsusmaa, C-264/03, EU:C:2005:620, punkt 32; SECAP, *supra nota* 76, punkt 35; Kohtuotsus, 13.11.2007, Komisjon v Iirimaa, C-507/03, EU:C:2007:676, punkt 29; Kohtuotsus, 21.02.2008, Komisjon v Itaalia, C-412/04, EU:C:2008:102, punkt 66; Kohtuotsus, 18.12.2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 36

¹⁰¹ Kuusmann (2019), *supra nota* 30, 270-271

¹⁰² Bovis (2016), *supra nota* 72, 58-59

¹⁰³ RHS, *supra nota* 8, §185-186

¹⁰⁴ Merusk, K., Pilving, I. (2013). *Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura; *Riigihangete juhised*. (2014) Rahandusministeerium, 179. Kättesaadav:

https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/1._riigihangete_juhis.pdf, 20. detsember 2019.; *Study to explore data availability at the national level in order to develop indicators for evaluating the performance of the 'Remedies Directives' Annex 2: Country Fiches* (1.02.2019). Euroopa Komisjon, 52-53. Kättesaadav: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/33982>, 10. oktoober 2019.

eesmärkideks on võimaldada hankijal jätta leping sõlmimata pakkujaga, kes võib lepingu nõuetekohast täitmist riski alla seada, kaitsta pakkujaid hankija omavoli eest¹⁰⁵ ning kaitsta ka elutervet konkurentsi.¹⁰⁶ Sellest selgub, et töö eespool olevates peatükkides välja toodud suunited ja riigihangete põhimõtted on ülemuslikul printsiibil üle võetud ja kehtivad ka Eesti, kui EL liikmesriigi, puhul.

Sarnaselt ELK kohtupraktikale on ka Eesti kohtupraktikas leitud, et alapakkumuste reeglistik kohaldub analoogia korras kõigile hangetele, va alla riigihanke piirmäära ehitustöödel ja kontsessioonidel.¹⁰⁷ Rahandusministeeriumi RHS muutmise seaduse eelnõu väljatöötamise kavatsuses on märgitud, et „kohtu- ja halduspraktikas pole ühest seisukohta, kas põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste kontrollimine (§ 115) võiks olla üldiselt kohaldatav“.¹⁰⁸ Seadustest ja varasemast kohtupraktikast tuleneb, et alapakkumuse esitanud pakkujaga lepingu sõlmimise vältimise analoogiat tuleb kohaldada ka väljaspool hankemenetlusi.¹⁰⁹ Hilisemas vaidlusmenetluses on VAKO leidnud, et analoogia automaatselt ei kohaldu kontsessiooni menetluses.¹¹⁰ Riigikohus nõustub oma 2020. aasta märtsi otsuses kohtute poolt võetud seisukohaga ja leiab, et kontsessiooni menetluses alapakkumuse kontrollimisel tuleb hankijal lähtuda riigihanke alusdokumentidest.¹¹¹ Õiguskirjanduses avaldatud hinnangul on selline seisukoht küsitav.¹¹² Tuginedes eespool tehtud EL kohtupraktika analüüsile konkurentsi moonutamise vältimiseks ja ELTL põhiprintsiipide tagamiseks on hankijate hoolsuskohustuseks hinnata alapakkumuste olemasolu kõikides hangetes. Autor nõustub õiguskirjanduses avaldatud hinnanguga¹¹³ ja leiab, et hankija hoolsuskohustuse täitmiseks tuleb ELK otsuses toodud analoogia korras kahtluse esinemisel teostada kontroll olenemata hangete menetlusliigist, eelarvest või esemest.

¹⁰⁵ Parind, Simovart (2019), *supra nota* 32, 738; RKHKo 3-3-1-50-15, p 20.2; TrtRko 3-17-1787, p 36; TlnRko 3-15-77, p 15

¹⁰⁶ Parind, Simovart (2019), *supra nota* 32, 739; Kohtuotsus, 29.3.2012, SAG ELV Slovensko jt, C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 29; TlnRko 3-14-53094, p 20; TlnRko 3-15-17, p 16

¹⁰⁷ Parind, Simovart (2019), *supra nota* 32, 739; TlnRko 3-15-127, p 15-17; TlnHko 3-17-255, p 24; TlnRko 3-17-1304, p 1, 15; VaKoo 268-18/203204, p 10.1.3

¹⁰⁸ *Riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõu väljatöötamise kavatsus*. (7.03.2019). Rahandusministeerium, 9. Kättesaadav:

https://www.rahandusministeerium.ee/system/files/force/document_files/vtk_rhs_07.03.2019.pdf?download=1, 8. oktoober 2019.

¹⁰⁹ TlnHko 3-17-255, p 24; Generali-Providencia, *supra nota* 100, punkt 36; Bovis (2016), *supra nota* 72, 37

¹¹⁰ VaKoo 268-18/203204, p 10.1.3

¹¹¹ RKHKo 3-19-1825/50, p 13

¹¹² Parind, Simovart (2019), *supra nota* 32, 740

¹¹³ Kuusmann (2019), *supra nota* 30, 272

Kehtiva RHS kohaselt tuleb alapakkumuste hindamisel arvesse võtta hankelepingu eset. Võrreldes eelnevalt kehtinud seadusega on sätte sõnastus laiemalt ulatusega, ehk ei piirdu ainult hanketöö eeldatava maksumusega.¹¹⁴ Samas alapakkumuse tuvastamisel ei ole välistatud ka hanketöö eeldatava maksumusega seotud kaalutlused, kuid sellisel juhul tuleb pidada meeles, et riigihanke eeldatava maksumuse hulka tuleb arvata ka võimalikud tulevikus tekkivad kohustused ja lepingu uuendamised.¹¹⁵ Hankelepingu eseme arvestamine alapakkumuste hindamisel võimaldab hankijatel kasutada laia diskretsiooni tuvastamismeetodite ja põhjenduste kasutamisel ning katab ka näiteks raamlepingute sõlmimiseks esitatud pakkumuste ühikuhindade või teenuste tunnihindade alapakkumuste hindamist.

Kehtiva seaduse alusel on hankijale seatud nõue ja tal puudub kaalutusõigus pakkumuse tagasilükkamisel juhul, kui alapakkumus on tingitud keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse valdkonda reguleerivate sätete eiramisest.¹¹⁶ Samas on hankijale antud kaalutusõigus alapakkumuste tagasilükkamisel ehitushangetes¹¹⁷ ja pakkujate suhtes, kellele on eraldatud riigiabi.¹¹⁸

Põhjaliku analüüsi Eesti (kuid mitte ainult) kohtulahenditest põhjendamatult madala maksumuse osas on teinud T. Väljaots, K. Matteus, M. A. Simovart, M. Parind, T. Kuusmann, oma magistritöös A. Knjazev.¹¹⁹ Välja toodud lahendite analüüsist võib järeldada, et ka Eesti riigihangete alapakkumuste tuvastamisele, hindamisele ja argumenteerimisele kehtivad samad põhimõtted, mis on ELK poolt tehtud otsustes. Ka Eesti kohtulahendites on leitud, et alapakkumuse kahtluse tekkimisel tuleb hankijal teostada kontroll ning tekib kohustus teha järelepärimine pakkuja põhjenduste saamiseks ja seejärel põhjendada oma otsust. Pakkuja põhjendused peavad olema detailsed ja ei tohi piirduda pelgalt kinnitusega lepingut pakutud hinnaga täita.

Lähtuvalt RHS § 115 lõikest 10 võib hankija pakkumuse tagasi lükata juhul, kui pakkuja ei suuda tõendada talle antud riigiabi õiguspärasust. Riigikohus on leidnud, et kui pakkumuse maksumus ei ole põhjendamatult madal, või riigiabi andmine oli kooskõlas õigusaktidega, ei ole hankijal alust

¹¹⁴ Parind, Simovart (2019), *supra nota* 32, 740; VaKoo 232-18/201257, p 24

¹¹⁵ TlnHKo 3-19-2248/24, p 18

¹¹⁶ RHS, *supra nota* 8, § 115 lg 9

¹¹⁷ RHS, *supra nota* 8, § 115 lg 2-6

¹¹⁸ RHS, *supra nota* 8, § 115 lg 10

¹¹⁹ Kuusmann (2019), *supra nota* 30; Matteus (2016), *supra nota* 37; Väljaots (2013), *supra nota* 35; Parind, M., Simovart A. M., (2019). *Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura; Knjazev, A. (2016). *Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. Magistritöö*. Tartu Ülikool

kaaluda, kas lükata pakkumus tagasi või mitte. Kui selgub, et riigiabi anti vastuolus õigusaktidega ja seeläbi moonutab alapakkumus ausat konkurentsi, võib see õigustada pakkumuse tagasilükkamist. Seejuures kolleegiumi hinnangul on kohustus põhjendada kahtlust esmalt hankijal.¹²⁰ Autori hinnangul võib see osutada hankijatele väljakutseks, kuna „2013. aastal avaldatud majandusanalüüsisist selgub, et üle 50% aastatel 2000–2013 komisjoni poolt heaks kiidetud riigiabist raskustes ettevõtjatele võis konkurentsimoontuse tõttu tuua suure tõenäosusega kaasa suurema kahju, kui oli väärt abiga taotletav sotsiaalne või makromajanduslik kasu“ ,mis ei ole „korrelatsioonis abi suurusega ning konkurentstile tekitatud kahjuliku mõjuga“.¹²¹ Sellest tulenevalt saab järeldada, et liikmesriigid on eraldanud õigusvastast riigiabi ning abi saamise hinnang võib tulla alles hiljem, näiteks peale hankemenetlust. Seega kolleegiumi poolt hankijale pandud põhjendamise kohustus võib osutada raskendatuks. Hilisemas lahendis märkis kohus, et keelatud riigiabi ei muuda iseenesest hankemenetlust õigusvastaseks.¹²² Võttes kokku pakkumuse tagasilükkamise RHS § 115 lõige 10 alusel, võib järeldada, et hankija ei saa piirduda oma kontrolli teostamisel ainuüksi riigiabi saamise alusega, vaid peab hindama esitatud pakkumuse detaile ja pakkujate poolt saadud põhjendusi laiemalt leidmaks, kas tegemist on alapakkumusega.¹²³

Kehtiva RHSi suurimaks erisuseks eelmisest seadusest, alapakkumuste regulatsioonis, on ehitushangete pakkumuste maksumuste kontroll.¹²⁴ Tegemist on ainsa seadusega reguleeritud kontrollimeetodiga alapakkumuste tuvastamisel.¹²⁵ Ehitushangete puhul tekib protsendi kõrvalekalde meetodil kontrollimiskohustus juhul, kui vastavaks tunnustatud pakkumuste arv on vähemalt kolm ja eduka pakkujate esitatud maksumus on vähemalt 10% võrra madalam hindamise pingereas teisest pakkumusest või on pakkumuste maksumuste keskmisest vähemalt 20% võrra madalam¹²⁶ või alltöövõtja töötajate keskmine töötasu on olnud võrdlusperioodi jooksul väiksem kui 70%. RHS sättel on hankijale abistav mõju alapakkumuse kontrollimise päringu tegemisel, kuna konkreetsete küsimuste formuleerimist ei ole hankijalt nõutud ning täpse ja selge selgitusnõude formuleerimise kohustuse lävend on hankija jaoks mõnevõrra madalam.¹²⁷ Täiendavalt protsendi kõrvalekalde meetodile, saab hankija oma hinnangutes alapakkumuse osas teetuda ka ehitusmaterjalide hindadele, mis on üldjuhul teada vajaminevale ehitusmaterjalide

¹²⁰ RKHKo 3-3-1-50-15, p 21; RKHKo 3-17-1015/21, p 48

¹²¹ Linntam, A. (2017). Majandusraskustes ettevõtjatele osutatava riigiabi mõjude hindamine. *Juridica*, 9, 636-637

¹²² RKHKo 3-16-1603, p 16

¹²³ TlnRko 3-17-2544/29, p 13

¹²⁴ RHS, *supra nota* 8, § 115 lg 2-6

¹²⁵ Parind, Simovart (2019), *supra nota* 32, 744

¹²⁶ Rahandusministeerium (2019), *supra nota* 108

¹²⁷ VaKoo 98-18/194709, p 25; VaKoo 42-20/204854, p 14

kogusele, mis on ehitusprojektist ettenähtav, ehitamisele kuluvatele töötundidele, mis on kogunud ehitaja jaoks reeglina välja arvatavad ja ehitustöölise palkadele, kuna need ei erine märkimisväärselt.¹²⁸

Erinevatest lahenditest on alapakkumuste hindamisel võimalik protsentide erinevuse suurust välja lugeda.¹²⁹ Kohtu seisukohad on antud vahemikus 5% kuni 60%, kus kohtu hinnangul 5% erinevus eduka ja järjestusest järgneva pakkumusega ei ole ilmselgelt kahtlusi tekitavalt madal¹³⁰ ja 28% vahe¹³¹ on piisav, et tekitada hankijas kahtlust. Vaatamata sellele on piisavat protsendilist vahet võimalik hinnata üksnes lähtuvalt lepingu esemest, kus erinevate valdkondade hinnad võivad erineda kas suuremal või väiksemal määral, nagu näiteks ehitustööde ja tarkvaraliste arendustööde puhul.¹³²

Võttes kokku Eesti ja ka EL kohtute seisukohtade analüüsi võib järeldada, et alapakkumuste hindamisel ja kontrollimisel on hankijal suur kaalutusõigus ning selgitused ja otsused peavad olema põhjendatud.

¹²⁸ TlnHKo 3-19-2248, p 16; VaKoo 42-20/204854, p 16

¹²⁹ TlnRnKo 3-14-53094/35; TlnRnKo 3-14-51616; VaKoo 125-17/188223; VaKoo 61-14/148880; VaKoo 39-14/148620

¹³⁰ TlnRnKo 3-14-53094/35, p 21

¹³¹ TlnRnKo 3-14-51616

¹³² TlnHKo 3-19-2248, p 16

3. PÕHJENDAMATULT MADALA MAKSUMUSE TUVASTAMINE

Autori töös tehtud analüüsi tulemusel on ilmnenu, et alapakkumuse mõistet ei ole toodud hankedirektiivides ega RHSis. Täiendavalt direktiividele on ELK oma otsustes¹³³ lähtunud ka Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrusest 966/2012 (EL, Euratom), mis käsitleb Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju.¹³⁴ Ka finantseeskirju käsitlevas määruses alapakkumuse mõiste definitsioon puudub. Seega, põhjendamatult madala maksumuse kindlakstegemine on keerukas majanduslik otsus.¹³⁵

Autori poolt analüüsitud õigusallikate põhjal saab järeldada, et alapakkumuste indikatsioonid on leitavad kohtu otsustest. ELK praktika mõjul on arendatud riigihankeid käsitlevat õigustikku, mida kohus kehtestas ja mida ta kasutas oma püüdlustes arendada riigihankeõigust kui avalike teenuste osutamise kanalit ELi liikmesriikides.¹³⁶ Tulenevalt kohtu otsusest tuleb alapakkumust hinnata lähtuvalt pakkumuse sisust ja kasust.¹³⁷ Esimeses etapis peab hankija kindlaks tegema, kas esitatud pakkumused „näivad“ olevat põhjendamatult madala maksumusega. Samas ei kohusta see hankijat tegema üksikasjalikku analüüsi iga pakkumuse koostisosa suhtes.¹³⁸ Kontrollimise ja analüüsi teostamise kohta on Riigikohus leidnud, et isegi juhul, kui hankijal ei teki kahtlusi ja ta esitab selgitusnõude üksnes kaebaja pöördumisest ajendatuna, algatab hankija sellega pakkumuse maksumuse põhjendatuse kontrolli ning hindab pakkuja vastust ka sisuliselt, ehk kontrollib pakkuja väidete põhjendatust.¹³⁹

Alapakkumuste tuvastamine toimub etapiliselt. Esmalt peab hankija kindlaks tegema, kas on esitatud alapakkumuse kahtlust tekitavaid pakkumusi. Selliste pakkumuste tuvastamisel tuleb järgmisena küsida pakkujalt selgitusi ning lubada neil pakkumuse tõsiseltvõetavust tõendada.

¹³³ Strabag, *supra nota* 93, punkt 60; Agriconsulting, *supra nota* 84, punkt 51-55

¹³⁴ Hofmann, Rowe, Türk (2019), *supra nota* 72, 478; Graells (2011), *supra nota* 29, 138, 599

¹³⁵ TlnHKo 3-19-2248, p 14

¹³⁶ Bovis, C. (2016). *Research Handbook on EU Public Procurement Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing

¹³⁷ Strabag, *supra nota* 93, punkt 60

¹³⁸ *Ibid*, punkt 62

¹³⁹ RKHKo 3-19-1825/50, p 15-17

Kolmandaks, hinnata pakkujate esitatud selgituste asjakohasust. Alles seejärel jõutakse neljandasse etappi, kus langetatakse otsus pakkumuse vastavaks tunnistamise või tagasilükkamise kohta.¹⁴⁰ Hankijal on alapakkumuse kindlakstegemise meetodi osas vaba valik, tingimusel, et see meetod on objektiivne ja mittediskrimineeriv.¹⁴¹ Viis kuidas on ELK käsitlenud riigihankedirektiive, keskendub läbipaistvuse ja võrdõiguslikkuse põhimõtete kohaldamisele, püüdes riigihankedirektiive tugevdada, täiendades neid Euroopa esmasest õiguses sätestatud õiguspõhimõtetega.¹⁴²

3.1. Pakkuja abivahendid

Autori poolt tehtud õigusallikate analüüsi tulemusel võib pakkuja abivahendite osas järeldada, et teaduskirjanduses eraldi pakkujale mõeldud abivahendid alapakkumuse esitamise vältimiseks või määratlemiseks puuduvad. Autori töös tehtud kohtupraktika analüüsi tulemusel saab järeldada, et peamised pakkujate abivahendid on pakkuja enda teadlikkus, hoolsus ja oma õiguste ning kohustuste tundmine.

Töös on analüüsitud, et pakkuja peab lähtuma oma parimast teadmistest, olema hoolas hankija poolt koostatud tehnilise kirjelduse osas, küsima täpsustusi või juhtima tähelepanu, k.a. hankija poolt määratud hankelepingu eeldatava maksumuse osas,¹⁴³ samuti olema hoolas oma pakkumuse osas, lähtuma seadustest ja potentsiaalse lepingupartnerina käituma heas usus.¹⁴⁴

Pakkumuse maksumuse kujundamisel on igal pakkujal omad üldjuhtimise printsiibid, vastavalt pakkuja eesmärkidele ja ärimudelile.¹⁴⁵ Ärimudeli üheks definitsiooniks on „firma rahategemise loogika praeguses ärikeskkonnas“.¹⁴⁶ Näiteks, üheks madala hinna esitamise põhjuseks võib olla

¹⁴⁰ *Impresa Lombardini*, *supra nota* 73, punkt 55; Kohtuotsus, 19.10.2017, *Agriconsulting Europe v Komisjon*, C-198/16, EU:C:2017:784, punkt 51

¹⁴¹ Kohtuotsus, 18.12.2014, *Data Medical Service*, C-568/13, EU:C:2014:2466, punkt 49 ja seal viidatud kohtupraktika; *Agriconsulting*, *supra nota* 140, punkt 55

¹⁴² *Bovis* (2016), *supra nota* 136

¹⁴³ *Matteus* (2016), *supra nota* 37, 37; VaKoo 164-15/160249, p 10

¹⁴⁴ Kull, I. (1999). *Lepinguõigus I*, Tallinn: Juura, 56; Varul, Kull, Kõve, Käerdi (2007), *supra nota* 50, 25; Kull, I., Kõve, V., Varul, P., Käerdi, M. (2010). *Tsiviilõigustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura, 144, 414; Kull, I. (2002). Principle of Good Faith and Constitutional Values in Contract Law. *Juridica International*, 7

¹⁴⁵ Hodges, C., Steinholtz, R. (2017). *Ethical Business Practice and Regulation: A Behavioural and Values-Based Approach to Compliance and Enforcement*. Oxford: Hart Publishing, 118-125

¹⁴⁶ *Ettevõtlusmudelite ja lepinguvabaduse ulatuse analüüs intellektuaalse omandi kontekstis: majanduslikud ja juriidilised aspektid*. (2013). Koostajad: Kelli, A., Mets, T., Hoffmann, T. Kättesaadav: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/lepinguvabaduse_analuus_0.pdf

erinevate riikide kulude vahe.¹⁴⁷ Hankemenetluste juures on oluline teada, et hinnakujundamisel kasutatud ärimudelit on pakkujatel õigus kaitsta. Hankijatel on kohustus võimaldada ettevõtjal töendada pakkumuse tõsiseltvõetavust.¹⁴⁸

Pakkuja abivahendite analüüsi kokkuvõtteks saab järeldada, et pakkuja abivahendiks on ettevõtjate teadlikkus oma ärimudelist ja hankemenetluses ette nähtud kaitsevahenditest.

3.2. Hankija abivahendid

Sarnaselt pakkuja abivahenditele on ka hankija abivahendiks eelkõige hoolsus. Hankijale antud abivahendeid on õiguskirjanduses ja kohtulahendites antud rohkem kui pakkujatele. Iga hankemenetluse puhul viiakse läbi sõltumatu hindamine ning kui tegemist on sama turuga tuleb pakkumuse sisu analüüsida selle hanketeate alusel, millele see vastab.¹⁴⁹

Hankija võib enne riigihanke alustamist, hankelepingu eseme täpsemaks piiritlemiseks ja riigihanke ettevalmistamiseks, teha analüüsi või turu-uuringu.¹⁵⁰ Turu-uuringu puhul on tegemist seadusega ette antud abivahendiga. Enne kehtivat RHSi selline säte seaduses puudus.

Sarnaselt turu-uuringu võimalusega on kehtivas RHSis kohustus kontrollida ehitushangete puhul eduka pakkuja pakkumuse tõsiseltvõetavust.¹⁵¹ Säte käsitleb vaid riigihanke piirmäärade võrdseid või ületavaid hankeid. Seaduses märgitud kontrollimisprintsipi saavad hankijad kasutada ka alla riigihanke piirmäärade hangetes. Analogia korras on võimalik abivahendina kasutada ka direktiivi eelnõus esitatud pakkumuste kõrvalekalde protsendi meetodit.¹⁵² Erinevate meetodite tingimuseks on läbipaistvus, ehk pakkujatele peavad olema teada kõik kriteeriumid mida hankija kasutab alapakkumuse välja selgitamiseks.¹⁵³

¹⁴⁷ Arrowsmith (2014), *supra nota* 23, ptk 7-253

¹⁴⁸ Kohtuotsus, 6.07.2005, TQ3 Travel Solutions Belgium v Komisjon, T-148/04, EU:T:2005:274, punkt 61; Kohtuotsus, 11.05.2010, PC-Ware v Komisjon, T-121/08, EU:T:2010:183, punkt 65; Rhode (2019), *supra nota* 7

¹⁴⁹ Kohtuotsus, 5.11.2014, Computer Resources International (Luxembourg) v Komisjon, T-422/11, EU:T:2014:927, punkt 68-69

¹⁵⁰ Komšić, N. (2018). Big Data for procurement – the importance of correctly acquiring and using information in public procurement. In: G. Piga, T. Tatrai (Eds.), *Law and Economics of Public Procurement Reforms*. (161-182). London: Routledge, 168-172; RHS, *supra nota* 8, § 10; Parind, Simovart (2019), *supra nota* 32, 130

¹⁵¹ RHS, *supra nota* 10

¹⁵² Väljaots (2013), *supra nota* 35, 650

¹⁵³ Kohtuotsus, 24.01.2008, Lianakis jt, C-532/06, EU:C:2008:40, punkt 36

Üheks võimalikuks abivahendiks hankijale võib olla valemi kasutamine. Universal Journal of Management artiklis toodud uuringus kasutatud meetod on jagatud kahte põhietappi.¹⁵⁴ Esiteks saadakse pakkujate punktisummad muude valemite kui maksumuse alusel hinnatud kriteeriumide eest, mis põhinevad kolme juhtumiuuringu lepingutingimustel, pärast mida saadakse nende pakkumuste hindamise kriteeriumide eest uued punktisummad, alapakkumuse valemite alusel. Seejärel analüüsitakse mõlema hindamise meetodi tulemusi. Valemit, mida kasutatakse alapakkumuse hindamiseks hinnakriteeriumis, saab kasutada selleks, et mõõta muude valemipõhiste kriteeriumide ebatavaliselt madalaid pakkumisi. Nendes valemites tuleks arvesse võtta toetuse andmise kriteeriumide tähtsust. On need kindlustusmaksete vähendamise kriteeriumid, näiteks täitmisajad, või muud kriteeriumid, mis hõlmavad rahalist kasu või lõpetatud projekti garantiiperioodi. Hankija poolt abivahendina kasutusele võetud matemaatilise valemi korral tuleb hankijal, enne pakkumuse tagasi lükkamist, alati küsida pakkujalt selgitusi.

Riigihangete eesmärk on majanduslikult soodsaima pakkumuse valimine turul tegutsevate pakkujate vahel, et maksimeerida riigi eelarve säästlik kasutamine. Erasektori peamine eesmärk on tulu teenimine, mis on oma olemuselt vastandiks riigisektori eesmärgile. Selleks, et teenida tulu võivad konkurendid oma tegevust kooskõlastada ning sellega suurendada ühist kasumit. Ettevõtted määravad kõrge hinna ja hoiavad seda aja jooksul stabiilsena kuni keegi konkureerib mingil hetkel oma hinnaga.¹⁵⁵ Sellises olukorras, leiab autor, on keeruline hinnata kas tegemist on alapakkumusega või realistliku turuhinnaga. Konkurentide poolt varasemalt kooskõlastatud tegevus on konkurentsi tagamise normidega vastuolus ja õigusvastane. Võimalikuks abivahendiks sellises olukorras võib olla näiteks hanke osadeks jagamine, mis raskendab konkurentide vahelist kooskõlastamist¹⁵⁶ ning läbi selle vähendab suure hinnavahega pakkumuste esitamist.

¹⁵⁴ Fuentes-Bargues, J. L., Gonzales-Cruz, M., Gonzalez-Gaya, C. (2016). Abnormally Low Tenders in Non-pricing Criteria: the Need for Control. *Universal Journal of Management*, 4(12), 659-669

¹⁵⁵ Albano, G. L., Buccirossi, P., Spagnolo, G., Zanza, M. (2006). Preventing collusion in procurement. In: Dimitri, N., Dini, F., Piga, G. (Eds.), *Handbook of Procurement* (347-380). Cambridge: Cambridge University Press, 347

¹⁵⁶ *Ibid*, 350

KOKKUVÕTE

Autori töö eesmärgiks oli tuvastada põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste määramise õiguslike vahendite olemasolu või puudumine. Uurimisprobleemiks oli põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste määramiseks vahendite tuvastamine. Püstitatud küsimusele (normi muudatus pole võimalik, kuid kas kohtupraktikast on võimalik tava välja kujundada?) vastamiseks on analüüsitud õiguskirjandust ning tehtud kvalitatiivne uuring riigihangete kohtulahendite põhjal.

Analüüsi tulemusel selgus, et põhjendamatult madala maksumuse definitsioon puudub nii seadustes kui ka kohtute poolt tehtud järeldustes ja otsustes. Siiski on Euroopa Kohtu praktika mõjul arendatud riigihankeid käsitlevat õigustikku. Riigihankeõigus on üks avalike teenuste osutamise kanalitest, mida ELK püüab arendada läbi lahendites antud hinnangute. ELK alapakkumuste käsitlemise viis keskendub läbipaistvuse, võrdõiguslikkuse ja konkurentsi tagamise põhimõtte kohaldamisele.

Peamiseks õiguslikuks vahendiks alapakkumuste tuvastamisel on kohtute poolt tehtud järeldused ja hinnangud. Käesolevas töös tehtud analüüsi tulemusel on ilmne, et alapakkumuste tuvastamine ja põhjenduste nõuded on üheaegselt kaitsevahendid nii hankijatele kui ka pakkujatele. Esimeste puhul – et vältida riskiteguriga lepingu sõlmimist ning teiste puhul – et takistada hankija omavolilise otsuse langetamist.

Riigihankeõigus on alapakkumuste tuvastamise sätete ja reeglite kaudu tihedalt seotud konkurentsioigusega ja ELTLis toodud põhinormidega. Seega lisaks kohtu seisukohtadele saavad hankijad ja pakkujad põhjendamatult madala maksumuse määramisel kasutada õigusliku vahendina ka konkurentsioiguse ja ELTL põhinorme.

Võttes kokku Eesti ja EL kohtu seisukohad, ei saa pakkuja piirduda oma selgituste andmisel pelgalt kinnitustega, põhjendused peavad olema selged ja detailsed. Kohtute lahenditest võib järeldada, et hindamisel on läbivalt oluline jälgida ELTL põhiprintsiipe. Vaatamata sellele, et võrreldes hankijatega on pakkujatel õiguslike vahendeid vähem ning hankijatel on suur kaalutusruum

alapakkumuste osas otsuste langetamisel, on oluline märkida, et nii alapakkumuse tagasilükkamisel kui ka erakordselt madala maksumusega pakkumuse vastavaks tunnistamisel peab hankija otsus olema põhjendatud.

On mitmeid erinevaid võimalusi alapakkumuste tuvastamiseks, näiteks erinevad valemid ja kõrvalekalde protsendi kasutamine. Alapakkumuste kontrollimisel tuleb meeles pidada, et madala maksumuse esitanud pakkuja pakkumus ei ole automaatselt alapakkumus. Esitatud pakkumuste maksumuste kontrollimisel tuleb lähtuda hankelepingu esemest, mis ei välista hindamist hankelepingu eeldatava maksumusega võrreldes. Samuti riigiabi tuvastamisel ei saa kontroll piirduda ainuüksi riigiabi saamise alusega. Alapakkumuste hindamisel saab lähtuda muuhulgas ka muudest pakkumuse näitajatest ja usaldusväärse finantsjuhtimise põhimõttest. Hankija kohustuseks on iga pakkumuse koostisosa suhtes teha üksikasjalik analüüs, tuvastamiseks kas tegemist on alapakkumusega, kas on olemas konkurentsi moonutavate sündmuste tegelik oht või mitte.

Autori hinnangul on alapakkumuste osas piisavalt kohtulahendeid ja saab väita, et tava on välja kujunenud. Sellegipoolest selgub kohtulahenditest, et põhjendamatult madala maksumuse kontrolli kohustus ei ulatu alati kõikide hangeteni. Autori seisukohalt ja lähtuvalt ETLT põhiprintsiipidest peaksid hankijad alapakkumuste määramist ja kontrolli kasutama kõikides hangetes olenemata hanke maksumusest või liigist.

SUMMARY

LEGAL MEANS OF AWARDING ABNORMALLY LOW TENDERS – WHETHER OR NOT THEY EXIST

Nataly Sonk-Bahharev

The aim of the author's work was to establish the existence or absence of legal instruments for the award of abnormally low tenders. The problem of the investigation was the identification of means of awarding abnormally low tenders. In order to answer the question raised (no change of norm, but is it possible to develop the practice in the case-law?), the legal literature and a qualitative study were analysed on the basis of the public procurement case-law.

The analysis showed that there is no definition of abnormally low costs either in law or in the conclusions and decisions taken by the courts. However, the case-law of the Court has led to the development of the *acquis* on public procurement. Public procurement law is one of the channels for the provision of public services that the CJEU seeks to develop through the assessments made in the rulings. The way in which abnormally low tenders are dealt with by the CJEU focuses on the application of the principles of transparency, equality and competition.

The main legal instrument for identifying abnormally low tenders is therefore the findings and assessments made by the courts. It is clear from the analysis carried out in this work that the identification of abnormally low tenders and the requirements for justification are a means of protection for both contracting authorities and tenderers. In the case of the former, in order to avoid the award of a contract with a risk factor, and in the case of the latter, in order to prevent the contracting authority from taking an arbitrary decision.

Public procurement law is closely linked to competition law and to the fundamental rules laid down in the TFEU through the provisions and rules on identifying abnormally low tenders. Thus, in addition to the Court's observations, contracting authorities and tenderers may also use the

fundamental rules of competition law and of the TFEU as a legal instrument to determine whether the price is abnormally low.

Summarising the views of the EU and Estonian Courts, the tenderer cannot limit its explanations to mere assurances, the reasons must be clear and detailed. It can be inferred from the case-law of the courts that the fundamental principles of the TFEU are of importance throughout the assessment. Despite the fact that tenderers have less legal means than contracting authorities and contracting authorities have a wide margin of discretion when deciding on abnormally low tenders, it is important to note that the decision of the contracting authority must state reasons both in case of rejecting a low-pricing as well as in case of declaring an abnormally low tender to be admissible.

There are a number of different ways of identifying abnormally low tenders, where, for example, different formulae and the use of percentage deviations can be used. When checking abnormally low tenders, it should be borne in mind that the tender submitted by the low-value tenderer is not automatically an abnormally low tender. The value of the tenders submitted must be examined in the light of the subject-matter of the contract, which does not preclude an evaluation in relation to the estimated value of the contract. Likewise, in the case of a finding of state aid, the review cannot be limited to the sole basis for the grant of state aid. Abnormally low tenders can be assessed on the basis of, *inter alia*, other parameters of the tender and the principle of sound financial management. It is for the contracting authority to carry out a detailed analysis of each of the constituent elements of the tender in order to determine whether it is an abnormally low tender, whether there is a real risk of distortion of competition.

According to the author, there is sufficient case law on abnormally low tenders and it can be argued that the practice has developed. However, it is clear from the case-law that the obligation to check abnormally low value does not always extend to all contracts. From the author's point of view and in accordance with the basic principles of the TFEU, the designation and control of sub-tenders should be used by contracting authorities in all contracts, irrespective of the value or type of contract.

KASUTATUD ALLIKATE LOETELU

Teadusraamatud:

1. Albano, G. L., Buccirossi, P., Spagnolo, G., Zanza, M. (2006). Preventing collusion in procurement. In: Dimitri, N., Dini, F., Piga, G. (Eds.), *Handbook of Procurement* (347-380). Cambridge: Cambridge University Press
2. Albano, G. L., Dimitri, N., Pacini, R., Spagnolo, G. (2006). Information and competitive tendering. In: Dimitri, N., Dini, F., Piga, G. (Eds.), *Handbook of Procurement* (143-167). Cambridge: Cambridge University Press
3. Arrowsmith, S. (2014). *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1. Third Edition*. London: Sweet & Maxwell
4. Arrowsmith, S., Kunzik, P. (2009). *Social environmental policies in EU procurement law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press
5. Bovis, C. (2007). *EU Public Procurement Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing
6. Bovis, C. (2016). The principles of public procurement regulation. In: Bovis, C. (Eds.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law* (35-59). Cheltenham: Edward Elgar Publishing
7. Bovis, C. (2016). *Research Handbook on EU Public Procurement Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing
8. Caranta, R. (2016). Public procurement and award criteria. In: Bovis, C. (Eds.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law* (149-175). Cheltenham: Edward Elgar Publishing
9. Caranta, R., Cravero C. (2019). Sustainability and Public Procurement. In: La Chimia, A., Trepte P. (Eds.), *Public Procurement and Aid Effectiveness: A Roadmap under Construction* (173-196). Oxford: Hart Publishing
10. Caranta, R., Edelstam, G., Trybus, M. (2013). *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*. Bruxelles: Bruylant
11. Chirita, A. D. (2014). *International & Comparative Law Quarterly*. Cambridge: Cambridge University Press
12. Cruz, J. B. (2002). *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*. Oxford: Hart Publishing

13. Cyndezka, M. (2016). *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V.
14. Dimitri, N., Dini, F., Piga, G. (2006). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press
15. Fink, M. (2017). *Subnational Authorities in EU Law (Oxford Studies in European Law)*. Oxford: Oxford University Press
16. Gerber, D. J. (1998). *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press
17. Graells, A. S. (2011). *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Oxford: Hart Publishing
18. Graells, A. S. (2016). Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law. In: Bovis, C. (Eds.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law* (423-451). Cheltenham: Edward Elgar Publishing
19. Graells, A. S., Koninck C. (2018). *Shaping EU Public Procurement Law: A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015-2017 (European Monographs Series)*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V.
20. Hodges, C., Steinholtz, R. (2017). *Ethical Business Practice and Regulation: A Behavioural and Values-Based Approach to Compliance and Enforcement*. Oxford: Hart Publishing
21. Hofmann, H., Rowe, G., Türk, A. (2019). *Specialized Administrative Law of the European Union: A Sectoral Review*. Oxford: Oxford University Press
22. Jullien, B. (2006). Pricing and other business strategies for e-procurement platforms. In: Dimitri, N., Dini, F., Piga, G. (Eds.), *Handbook of Procurement* (279-266). Cambridge: Cambridge University Press
23. Komšić, N. (2018). Big Data for procurement – the importance of correctly acquiring and using information in public procurement. In: G. Piga, T. Tatrai (Eds.), *Law and Economics of Public Procurement Reforms (The Economics of Legal Relationships)* (161-182). London: Routledge
24. Kull, I. (1999). *Lepinguõigus I*. Tallinn: Juura
25. Kull, I. jt. (2004). *Võlaõigus I. Üldosa*. Tallinn: Juura
26. Kull, I., Kõve, V., Varul, P., Käerdi, M. (2010). *Tsiviilõigustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura
27. Laffranque, J. (2015). *Euroopa Liidu õigussüsteem Eesti õiguses*. Tallinn: Juura
28. Merusk, K., Pilving, I. (2013). *Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura

29. Nebbia, P., Tridimas, T. (2004). *European Union Law for the Twenty-First Century: Volume 2: Rethinking the New Legal Order (Essays in European Law)*. Oxford: Hart Publishing
30. Ølykke, G. S. (2016). The provision of abnormally low tenders: a safeguard for fair competition? In: G. S. Ølykke, A. S. Graells (Eds.), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*. (146-169). Cheltenham: Edward Elgar Publishing
31. Parind, M., Simovart A. M., (2019). *Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura
32. Reid, E. (2004). A Comparative Analysis of the EC and WTO Approaches to Balancing Economic and Non-economic Interests in International Trade. In: Nebbia, P., Tridimas, T. (Eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century: Volume 2: Rethinking the New Legal Order* (303-320). Oxford: Hart Publishing
33. Rhode, A. (2019). *Public Procurement in the European Union: How Contracting Authorities Can Improve Their Procurement Performance in Tenders*. Wiesbaden: Springer
34. Schebesta, H. (2016). *Damages in EU Public Procurement Law*. Swetzerland: Springer
35. Tobler, C. (2005). *Indirect Discrimination: A Case Study Into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination Under EC Law (Social Europe) (Social Europe Series)*. Oxford: Intersentia Publishers
36. Trepte, P. (2007). *Public Procurement in the EU: A Practioner's Guide*. Oxford: Oxford University Press
37. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M. (2007). *Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura
38. Wilman, F. (2015). *Private Enforcement of EU Law Before National Courts*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing

Teadusartiklid:

39. Fuentes-Bargues, J. L., Gonzales-Cruz, M., Gonzalez-Gaya, C. (2016). Abnormally Low Tenders in Non-pricing Criteria: the Need for Control. *Universal Journal of Management*, 4(12), 659-669
40. Jakobson-Lott, K. (2019). Riigiabi ergutava mõju hindamine ja ebaseadusliku riigiabi tagasinõudmine liikmesriigi asutuse poolt. *Juridica*, 3, 170-179
41. Kull, I. (2002). Principle of Good Fait and Constitutional Values in Contract Law. *Juridica International*, 7, 142–149
42. Kuusmann, T. (2019). Riigihankedirektiivide piirmääradest väiksema maksumusega riigihanked Euroopa Liidu õiguses. *Juridica*, 4, 264-274

43. Linntam, A. (2017). Majandusraskustes ettevõtjatele osutatava riigiabi mõjude hindamine. *Juridica*, 9, 635-644
44. Matteus, K. (2016). Põhjendamatult madala maksumusega pakkumus. Kohtupraktika analüüs. *Juridica*, 1, 32-43
45. Minumets, D. (2016). Ettevõtja seisundit kirjeldavate dokumentide kohta selgituste nõudmine riigihankemenetluses. *Juridica*, 1, 13-31
46. Ojasalu, T. (2007). Euroopa Ühenduse riigihankeõigus. Konkurentsi tagamise põhimõte. *Juridica*, 8, 564-572
47. Saar, K. (2014). Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonutusi? *Juridica*, 6, 423-432
48. Sanches-Graells, A. (2016). Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies? *European Public Law*, Volume 22, Issue 2, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 377-394
49. Simovart, M. A., Parrest, N. (2018). Põhimõttest lex specialis derogat legi generali riigihankeõiguse näitel. *Juridica*, 4, 223-233
50. Väljaots, T. (2013). Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. *Juridica*, 9, 648-657

Eesti õigusaktid:

51. Riigihangete seadus RT I, 01.07.2017, 1.
52. Riigihangete seadus RT I, 13.03.2019, 145.
53. *Riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõu väljatöötamise kavatsus*. (7.03.2019). Rahandusministeerium. Kättesaadav: https://www.rahandusministeerium.ee/system/files_force/document_files/vtk_rhs_07.03.2019.pdf?download=1, 8. oktoober 2019.

Euroopa Liidu õigusaktid

54. Euroopa Liidu toimimise leping. Konsolideeritud versioon, ELT C 326, 26.10.2012.
55. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 25. oktoobri 2012. aasta määrus (EL, Euratom) nr 966/2012, mis käsitleb Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju ning millega muudetakse nõukogu määrust (EÜ, Euratom) nr 1605/2002.
56. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta, ELT L 94, 26.02.2014.
57. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruar 2014. aasta direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta, ELT L 94, 26.02.2014.

58. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruar 2014. aasta direktiiv 2014/25/EL milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ, ELT L 94, 26.02.2014.

Kohtulahendid:

59. RKHKo 3-16-1603

60. RKHKo 3-17-1015/21

61. RKHKo 3-19-1501

62. RKHKo 3-19-1825/50

63. RKHKo 3-3-1-50-15

64. TlnHKo 3-17-255

65. TlnHKo 3-19-2248

66. TlnHKo 3-19-2248/24

67. TlnRKO 3-14-53094

68. TlnRnKo 3-14-53094/35

69. TlnRKO 3-15-17

70. TlnRKO 3-15-77

71. TlnRKO 3-15-127

72. TlnRKO 3-17-1304

73. TlnRKO 3-17-2544/29

74. TlnRnKo 3-14-51616

75. TrtRKO 3-17-1787

76. VaKoo, 19.03.2014, 39-14/148620

77. VaKoo, 30.04.2014, 61-14/148880

78. VaKoo, 20.04.2015, 64-15/158120

79. VaKoo, 18.05.2015, 80-15/160904

80. VaKoo, 12.08.2015, 164-15/160249
81. VaKoo, 8.09.2017, 125-17/188223
82. VaKoo, 6.12.2018, 232-18/201257
83. VaKoo, 13.06.2018, 98-18/194709
84. VaKoo, 23.01.2019, 268-18/203204
85. VaKoo, 14.04.2020, 42-20/204854
86. Kohtujurist Mayras Seisukoht kohtuasjas, 17.03.1976, Kantongerecht Rotterdam - Madalmaad, C-104/75, EU:C:1976:43
87. Kohtuotsus, 20.05.1976, Kantongerecht Rotterdam - Netherland, C-104/75, EU:C:1976:67
88. Kohtuotsus, 10.02.1982, Transporoute, C-76/81, EU:C:1982:49
89. Kohtuotsus, 28.03.1985, Komisjon v Itaalia, C-274/83, EU:C:1985:148
90. Kohtuotsus, 22.06.1989, Fratelli Costanzo v Comune di Milano, C-103/88, EU:C:1989:256
91. Kohtuotsus, 18.06.1991, Impresa Dona Alfonso di Dona Alfonso & Figli s.n.c. v Consorzio per lo Sviluppo Industriale del Comune di Monfalcone, C-296/89, EU:C:1989:564
92. Kohtuotsus, 26.10.1995, Furlanis v ANAS, C-143/94, EU:C:1995:354
93. Kohtuotsus, 7.12.2000, ARGE, C-94/99, EU:C:2000:677
94. Kohtuotsus, 7.12.2000, Telaustria and Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669
95. Kohtuotsus, 27.11.2001, Impresa Lombardini, C-285/99, EU:C:2001:640
96. Kohtuotsus, 3.12.2001, Vestergaard, C-59/00, EU:C:2001:654
97. Kohtuotsus, 6.07.2005, TQ3 Travel Solutions Belgium v Komisjon, T-148/04, EU:T:2005:274
98. Kohtuotsus, 21.07.2005, Coname, C-231/03, EU:C:2005:487
99. Kohtuotsus, 20.10.2005, Komisjon v Prantsusmaa, C-264/03, EU:C:2005:620
100. Kohtuotsus, 31.10.2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605
101. Kohtuotsus, 14.06.2007, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337
102. Kohtuotsus, 13.11.2007, Komisjon v Iirimaa, C-507/03, EU:C:2007:676
103. Kohtuotsus, 24.01.2008, Lianakis jt, C-532/06, EU:C:2008:40

104. Kohtuotsus, 21.02.2008, Komisjon v Itaalia, C-412/04, EU:C:2008:102
105. Kohtuotsus, 15.05.2008, SECAP and Santorso, C-147/06, EU:C:2008:277
106. Kohtuotsus, 21.05.2008, Belfass v EL Nõukogu, T-495/04, EU:T:2008:160
107. Kohtuotsus, 11.05.2010, PC-Ware v Komisjon, T-121/08, EU:T:2010:183
108. Kohtuotsus, 29.3.2012, SAG ELV Slovensko jt, C-599/10, EU:C:2012:191
109. Kohtuotsus, 5.11.2014, Computer Resources International (Luxembourg) v Komisjon, T-422/11, EU:T:2014:927
110. Kohtuotsus, 6.11.2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345
111. Kohtuotsus, 18.12.2014, Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466
112. Kohtuotsus, 18.12.2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469
113. Kohtuotsus, 28.01.2016, Agriconsulting Europe v Komisjon, T-570/13, EU:T:2016:40
114. Kohtuotsus, 19.10.2017, Agriconsulting Europe v Komisjon, C-198/16, EU:C:2017:784
115. Kohtuotsus, 28.02.2018, Vakakis kai Synergates v Komisjon, T-292/15, EU:T:2018:103
116. Kohtuotsus, 16.10.2018, Proof IT v EIGE, T-10/17, EU:T:2018:682
117. Kohtuotsus, 17.01.2019, Proximus v EL Nõukogu, T-117/17, EU:T:2019:19
118. Kohtuotsus, 26.03.2019, Clestra Hauserman v Euroopa Parlament, T-725/17, EU:T:2019:190
119. Kohtuotsus, 13.06.2019, Strabag Belgium v Euroopa Parlament, T-299/18, EU:T:2019:411

Muud allikad:

120. *Abnormally Low Tenders*. (2016). Public Procurement Brief, SIGMA, 35, 2. Kättesaadav: <http://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-35-200117.pdf>, 5. november 2019.
121. *Ettevõtlusmudelite ja lepinguvabaduse ulatuse analüüs intellektuaalse omandi kontekstis: majanduslikud ja juriidilised aspektid*. (2013). Koostajad: Kelli, A., Mets, T., Hoffmann, T. Kättesaadav: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/lepinguvabaduse_analuis_0.pdf, 16. märts 2020.
122. European Commission (2015). *Public Procurement Guidance for Practitioners*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. Kättesaadav: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/guidelines/2015/public-procurement-guidance-for-practitioners, 10. veebruar 2020.

123. Knjazev, A. (2016). Põhjendamatu madalad pakkumused riigihankeõiguses. *Magistritöö*. Tartu Ülikool
124. Ølykke, G. S. (2010). *Abnormally Low Tenders: With an Emphasis on Public Tenderers*. Copenhagen: DJØF Publishing
125. Rahandusministeerium (2017). *Kontrollakt*, 21.04.2017, nr 12.2-4/11 riigihangete teostamise kontrollimise kohta Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumis, 6
126. *Riigihangete juhised*. (2014) Rahandusministeerium, 179. Kättesaadav: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/1._riigihangete_juhised.pdf, 20. detsember 2019.
127. *Riigihanked. Praktilisi näpunäiteid*. (2015). Euroopa Komisjon. Luxembourg: Euroopa Liidu Väljaannete Talitus. Kättesaadav: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_et.pdf, 3. jaanuar 2020, 30. september 2019.
128. Simovart, M. A. (2010). Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. *Doktoritöö*. Tartu Ülikool
129. *Study to explore data availability at the national level in order to develop indicators for evaluating the performance of the 'Remedies Directives' Annex 2: Country Fiches* (1.02.2019). Euroopa Komisjon, 52-53. Kättesaadav: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/33982>, 10. oktoober 2019.
130. Treumer, S. (2011). *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*. Copenhagen: DJØF, Publishing

LISAD

Lisa 1. Lihtlitsents

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks¹

Mina, Nataly Sonk-Bahharev

1. annan Tallinna Tehnikaülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste määramise õiguslikud vahendid – nende olemasolu või puudumine“, mille juhendaja on Kristi Joamets, PhD
 - 1.1 reprodutseerimiseks lõputöö säilitamise ja elektroonse avaldamise eesmärgil, sh TalTechi raamatukogu digikogusse lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2 üldsusele kättesaadavaks tegemiseks TalTechi veebikeskkonna kaudu, sealhulgas TalTechi raamatukogu digikogu kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. Olen teadlik, et käesoleva lihtlitsentsi punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. Kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest ning muudest õigusaktidest tulenevaid õigusi.

¹*Lihtlitsents ei kehti juurdepääsupiirangu kehtivuse ajal, välja arvatud ülikooli õigus lõputööd reprodutseerida üksnes säilitamise eesmärgil.*