

TALLINNA TEHNIKAÜLIKOOL

Majandusteaduskond

Õiguse instituut

Ken Annikve

**PAKKUMUSE SELGITAMISE JA TÄPSUSTAMISE
LUBATAVUS RIIGIHANKEÕIGUSES**

Magistritöö

Õppekava HAMB, peeriala Avalik- ja Eraõigus

Juhendaja: Erki Fels, MA

Kaasjuhendaja: Uno Feldschmidt, MA

Tallinn 2019

Deklareerin, et olen koostanud töö 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 15356 sõna sissejuhatuses kuni kokkuvõtte lõpuni.

Ken Annikve.....

(allkiri, kuupäev)

Üliõpilase kood: 162698HAJM

Üliõpilase e-posti aadress: ken.annikve@gmail.com

Juhendaja: Erki Fels, MA:

Töö vastab kehtivatele nõuetele

.....

(allkiri, kuupäev)

Kaasjuhendaja Uno Feldschmidt, MA:

Töö vastab kehtivatele nõuetele

.....

(allkiri, kuupäev)

Kaitsmiskomisjoni esimees:

Lubatud kaitsmisele

.....

(nimi, allkiri, kuupäev)

SISUKORD

LÜHIKOKKUVÕTE	4
SISSEJUHATUS	5
1. PAKKUMUSE MUUTMISE KEELD PÄRAST PAKKUMUSE ESITAMIST	9
1.1. Riigihangete üldpõhimõtete järgimise kohustus	9
1.2. Vastav ja mittevastav pakkumus	18
2. PAKKUMUSE SELGITAMISE LUBATAVUS	23
2.1. Hankija õigus küsida selgitusi	23
2.2. Hankija kohustus küsida selgitusi.....	28
2.3. Selgituste lubatavuse õiguslikud piirid.....	32
3. RHS § 46 Lg 4 Ls 1 KOHALDAMINE VAKO JA KOHTUPRAKTIKAS	42
KOKKUVÕTE	55
SUMMARY	59
KASUTATUD ALLIKATE LOETELU	63

LÜHIKOKKUVÕTE

Magistritöö eesmärk on uurida ja tuua selgust pakkumuse selgitamise ja täpsustamise lubatavuse kohta pärast pakkumuse esitamise tähtaega riigihankeõiguses. Riigihangete seadus sätestab ainult perioodi, mille jooksul on ettevõttel kohustus vastata hankija selgitusele. Samas ei sätesta seadus, millistel tingimustel ja millises ulatuses võib hankija küsida selgituste kaudu pakkuja käest andmeid või täpsustusi ega saadud selgitusi otsuse tegemisel arvesse võtta. Töös tuvastatakse kriteeriumid, mille abil saab hinnata, kas pakkumuse selgitamine ja täpsustamine on õiguspärane. Püstitatakse kolm hüpoteesi: (1) pakkumuse kohta selgituste küsimine on hankija kaalutusõigus, mitte kohustus; (2) pakkumuse sisuline muutmine ei ole lubatud, kuid pakkumuse täpsustamine (sh täiendavate dokumentide esitamine) on lubatud; (3) pakkumuse selgitamise lubatavuse hindamise aluseks on riigihanke üldpõhimõtted. Kuigi üldjuhul on hankijal selgituste küsimisel kaalutusõigus, siis erandlikel juhtudel, võttes arvesse riigihanke üldpõhimõtteid, on hankija kohustatud küsima selgitusi. Töös on jõutud järeldusele, et sisulise puuduse kõrvaldamine selgituste kaudu ei ole lubatud. Selgituste kaudu ei tohi pakkuja esitada andmeid või dokumente, mida pole varem esitatud või pole võimalik tuletada varasemast perioodist. Kui pakkumusest on selgelt näha, et see ei vasta hankija poolt seatud tingimustele, siis ei ole hankija õigustatud ega ka kohustatud selle kohta selgitusi küsima. Hankijal on õigus täpsustada selgituste kaudu pakkumuse koosseisus olevaid dokumente või andmeid, kuid selle tegevuse käigus ei tohi lubada pakkumuse sisu muutmist ega sisuliselt uue pakkumuse tagantjärele esitamist. Hankijal tuleb kohelda kõiki pakkujaid võrdselt. Autori arvates tuleks Euroopa Liidu või pädeva siseriikliku organi poolt koostada riigihanke käsiraamat, mis selgitaks lihtsalt ja arusaadavalt nii hankijatele kui ka pakkujatele, et millal on puuduste ületamine võimalik selgituste küsimise kaudu. Autor on käesolevas töös uurinud, selgitanud ja täpsustanud millistel juhtudel on hankijal võimalik pakkumustes esinevate ebaselguste esinemisel neid selgituste küsimise kaudu täpsustada ja selgitada.

Võtmesõnad: Riigihankeõigus, pakkumuse muutmine, pakkumuse täpsustamine, pakkumuse selgitamine, kaalutusõigus.

SISSEJUHATUS

Euroopa Liidus kulutab rohkem kui 250 000 avaliku sektori asutust igal aastal asjade, teenuste ja tööde ostuks ja tellimiseks ligikaudu 2 triljonit eurot, olles peamiseks ostjaks olulistest sektorites, nagu tervishoid, jäätmekäsitlus, IT-teenused, ehitus, transport ja muud avalikud teenused. Kõrge kvaliteediga avalikud teenused sõltuvad eelkõige asutuste poolt professionaalselt juhitud ja efektiivselt läbiviidud hangetest. Selline kõrge efektiivsuse taseme taotlemisega eesmärgistatud tegevus hankemenetluse paremaks muutmisel võib ekspertide arvamusel säästa Euroopa Liidus kuni 20 miljardit eurot iga aasta kohta.¹ Statistilised kokkuvõtted näitavad ja tõstatavad üles olulisima asjaoluna, et riigihankemenetlused peaksid toimima tõrgeteta ning et nende menetluse käigus oleks igal etapil mõlemal poolel - nii hankijal kui ka hankest osa võtval ettevõtjal – selged arusaamad menetluse käigust ning tehtavatest toimingutest.

Töös uuritakse pakkumuse selgitamise ja täpsustamise lubatavust pärast pakkumuse esitamise tähtaega. Riigihangete seadus (RHS)² sätestab ainult perioodi, mille jooksul on ettevõttel (pakkujal) kohustus vastata hankija selgitusele.³ Samas ei sätesta seadus, millistel tingimustel ja millises ulatuses võib hankija küsida selgituste kaudu pakkuja käest andmeid või täpsustusi viimase poolt esitatud pakkumuse kohta ning saadud selgitusi arvesse võtta. Kuna seda küsimust ei reguleeri põhjalikumalt ükski teine RHS säte, tuleb vastuste saamiseks muuhulgas lähtuda RHS eelnõu seletuskirjast⁴, kus antakse teatud määral seletusi hankija poolt ettevõtjalt selgituste küsimise ning ettevõtja selgituste arvesse võtmise lubatavuse kohta.

Hankemenetluse käigus on vaja täpselt järgida hankija poolt määratud tehnilisi tingimusi ning paratamatult võib tekkida olukord, kus pakkumuses on kas inimliku vea või muul põhjusel tekkinud ebaselgusi või vigu. Kui hankija lähtub eeldusest, et hankementlus on formaliseeritud menetlus ja igasuguste pakkumuses esinevate vigade parandamine tagantjärele võimalik ei ole, ei aitaks see kindlasti kaasa direktiivi 2014/24/EL sätestatud ühele peamisele põhimõttele, mille eesmärgiks on teha riigihankemenetlused efektiivsemaks. Direktiivide põhimõtted peavad kajastuma ja olema üle võetud liikmesriikide seadusandlusesse, sh Eesti RHS-sse. Samuti oleks selline jäik lähenemine vastuolus proportsionaalsuse põhimõttega.

¹ European Commission. Public Procurement. Kättesaadav: https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en, 30.11.2019.

² RHS RT I, 13.03.2019.

³ Ibid, § 46 lg 4.

⁴ RHS eelnõu seletuskiri (450 SE I), lk 59.

RHS-s sätestatud korra alusel koostab pakkuja riigihanke alusdokumentide (RHAD) alusel pakkumuse ning esitab selle hankijale enne pakkumuste esitamise tähtaja saabumist. Pakkumus peab vastama alusdokumentides sätestatud tingimustele. Enne pakkumuste esitamise tähtaega võib pakkuja oma pakkumust muuta, kuid seda ei ole üldjuhul võimalik teha pärast pakkumuste esitamise tähtaega, et täita riigihangete olulisemaid põhiprintsiipe - pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid. Samas ei ole alati võimalik hankemenetluses inimlikke vigu vältida ning probleemid tekivad just siis, kui pakkumus sisaldab vigu, ebatäpsusi, puudujääke, vastuolulist teavet, ebaselgust.

RHS regulatsiooni kõrval on oluline analüüsida kohtupraktikat. Riigikohus on leidnud, et iga pisimgi viga ei peaks kaasa tooma pakkumuse formaalse tagasilükkamise. Vähemalt teatud ulatuses peaks olema võimalik pakkumuste selgitamise ja täpsustamise võimalus ka pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva. Hankijal on riigihangete seaduse alusel õigus küsida pakkumuse kohta selgitusi.⁵ Seega on pakkumuses esinevate vigade n-ö tagantjärele parandamine põhimõtteliselt võimalik. Praktikas tekitab ohtralt vaidlusi, milliseid vigu või puudusi saaks pakkumuses hankija selgituste küsimise kaudu parandada ja milliseid mitte. Seejuures tekib riigihangete üldpõhimõtete valguses paratamatu küsimus, millises ulatuses on selgituste lubamine õigustatud ning kas teatud olukordades võib tegemist olla lausa hankija kohustuse, mitte kaalutlusõigusega.

Hankija, kellele laekub puudustega pakkumus, on seetõttu valiku ees:

- 1) kas pakkumus tagasi lükata kui tingimustele mittevastav;
- 2) kas pakkumus vastavaks tunnistada, sest puudus on mittesisuline;
- 3) kas paluda pakkumuse selgitamist ning pärast seda otsustada, kas pakkumus tagasi lükata või vastavaks tunnistada.

Igal juhul peab hankija tegema kaalutlusotsuse, mida omakorda on võimalik pakkujatel vajadusel vaidlustada. Ka siis, kui hankija konkreetset otsust ei vaidlustata, võib ebaõige otsus tuua hankijale kaasa hilisemaid negatiivseid tagajärgi (nt Euroopa Liidu struktuuritoetuse tagasiküsimine seoses auditi käigus tuvastatud riigihankeõiguse rikkumisega). Seepärast on oluline välja selgitada, milline on hankija õiguste (kohustuste) ulatus seoses pakkumuses esinevate puudustega.

⁵ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 46.

Käesoleva töö uurib pakkuja poolt hankemenetluse raames esitatud pakkumuse ja selle koosseisus olevate andmete ja dokumentide kohta hankija poolt selgituste küsimise õiguspärasuse sisu ja ulatust. Töö eesmärgiks on tuvastada kriteeriumid, mille abil saab hinnata, kas pakkumuse selgitamine ja täpsustamine RHS § 46 alusel on õiguspärane või mitte. Selle paragrahvi sõnastus ei ole piisavalt konkreetne ja selgitav ning seetõttu püüab autor käesolevas töös tuua antud küsimuses rohkem selgust. RHS § 46 lg 4 sätestab ainult pakkuja selgituse andmise või selgitamist võimaldavate dokumentide esitamise tähtaega. Seadusest ei ole võimalik välja lugeda, mis tingimustel ja piirides võib hankija küsida selgitusi ja mis määral on võimalik selgitusi arvesse võtta. Oluline on siinjuures järgida, kas hankija on tegevustes ja otsuste tegemisel sh selgituste küsimistega ja pakkujalt saadavate vastuste arvestamisel lähtunud ja kuivõrd kaalunud muuhulgas RHS § 3 toodud võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiipe.

Töös püstitatakse järgmised hüpoteesid:

- Pakkumuse kohta selgituste küsimine on hankija kaalutusõigus, mitte kohustus.
- Selgituste küsimise kaudu ei tohi toimuda pakkumuse muutmist, kuid pakkumuse täpsustamine on lubatud. Pakkumuse täpsustamise käigus võib esitada ka dokumente või andmeid, mida ei olnud pakkumuse esitamise tähtpäeval pakkumuse koosseisus.
- Pakkumuste selgitamise lubatavuse hindamise aluseks on ainult riigihanke üldpõhimõtted (RHS § 3).

Uurimistöö on jaotatud kolme peatükki. Esimeses peatükis selgitatakse, miks on pakkumuste muutmine pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva keelatud. Teises peatükis vaadeldakse pakkumuse selgitamise lubatavust. Kolmandas peatükis analüüsitakse RHS § 46 lg 4 ls 1 kohaldamist VAKO ja kohtupraktikas.

Esimeses peatükis käsitletakse pakkumuse ja selle esitamise ning riigihanke üldpõhimõtetega seonduvat: millisel juhul on selgituse küsimine lubatav ehk õiguspärane; millised on ja peaksid olema pakkumuse kohta küsitavate selgituste vormilised ja sisulised piirid, et riigihankes osalevad pakkujad oleksid võrdselt koheldud ning et hankijad tegutseksid riigihangete korraldamisel läbipaistvalt. Peatükk on jagatud kaheks alapeatükiks, kus pööratakse tähelepanu vastavalt riigihangete üldpõhimõtete järgimise kohustusele ning pakkumuse täpsustamisele selgituste kaudu.

Teises peatükis uuritakse pakkuja pakkumuse dokumentide kohta selgituste nõudmise õiguse sisu ja ulatust hankemenetluses. Kas hankijal lasub teatud juhtudel kohustus selgitusi küsida. Peatükk on jagatud kolmeks alapeatükiks. Esimeses alapeatükis selgitab autor, mis annab õiguse hankijal küsida selgitusi ning kas hankemenetlus on formaliseeritud menetlus või on hankijale seadusega antud kaalutusõigus. Teises alapeatükis selgitatakse, kas mingitel juhtudel on hankijal kohustus küsida pakkujalt pakkumuse kohta selgitusi ning kolmandas tuvastatakse, millistest kriteeriumidest peaks hankija lähtuma, kui hindab, kas pakkumuses esinev puudus on selgituste kaudu ületatav.

Kolmandas peatükis uurib autor RHS § 46 lg 4 ls 1 kohaldamist VAKO ja kohtupraktikas ning toob välja viimase 5 aasta kaasused. Kohtupraktika kaudu on võimalik tuletada, milliseid vigu on peetud võimalikuks selgituste kaudu ületada.

Töö uurimismeetodina on kasutatud võrdlev-analüütilist meetodit (süntees ja üldistamine). Uurimuse allikatena on kasutatud nii Eesti kui teiste riikide erialakirjandust millest peamisteks on väljaande *Juridica* artiklid, „*Public Procurement Law Review*“ jt artiklid. Kohtupraktika pärineb Euroopa Liidu kohtute, Eesti kohtute ja VAKO praktikast. Lisaks hõlmab allikate loetelu siseriiklikku ja EL-i õigusallikaid. Samuti on kasutatud Euroopa Komisjoni teatiseid, mis võimaldasid määratleda Euroopa Liidu seisukohti.

1. PAKKUMUSE MUUTMISE KEELD PÄRAST PAKKUMUSE ESITAMIST

1.1. Riigihangete üldpõhimõtete järgimise kohustus

Avatud ja piiratud hankemenetluses ei ole hankija ja pakkuja vahelised läbirääkimised lubatud, samuti ei ole võimalik muuta pakkumust pärast esitamise tähtaja saabumist. See tuleneb RHS-i eesmärgist ning seaduses sätestatud riigihangete korraldamise üldpõhimõtetest⁶, eelkõige pakkujate võrdse kohtlemise ja riigihangete läbipaistvuse tagamise vajadusest.

Hankijad peavad oma kaalutusõiguse⁷ rakendamisel lähtuma riigihanke alustaladest – riigihanke põhiprintsiipidest.

RHS § 3 kohaselt on hankija kohustatud järgima riigihanke korraldamisel üldpõhimõtteid, milleks on läbipaistvus, võrdne kohtlemine, proportsionaalsus, mittediskrimineerimine, efektiivsus ja konkurentsi avatus. Pakkumuste täpsustamise ehk formaalselt ja sisuliselt muutmise lubatavuse hindamisel on eelkõige asjassepuutuvad läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtted. Need kaks põhimõtet keelavad pakkumuse muutmise pärast pakkumuste esitamise tähtaja möödumist. Kohtud on lähtunud pakkumuses esinevate vigade parandamise lubatavuse hindamisel alati riigihangete üldpõhimõtetest.

Hankijad peavad rakendama riigihangete korraldamisel kõigi potentsiaalsete riigihangetes osalejate ning juba konkreetses hankemenetluses pakkujate osas eelkõige võrdse kohtlemise põhimõtet. Käesoleva töö raames kujuneb oluliseimaks küsimuseks kas pakkumuste täpsustamine on üleüldse lubatav ning millistes piirides ja kas hankija kohtleb pakkumuste muutmise lubatavuse hindamisel ja teostamisel kõiki turusubjekte võrdselt. Teistpidi öelduna võib toimuda ebavõrdse kohtlemise korral osade turusubjektide või pakkujate hankija poolne diskrimineerimine kas siis

⁶ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 2 lg 1 ja § 3.

⁷ Seadusega antud volitus kaaluda otsustuse tegemist või valida erinevate vahel. – Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. (2004). Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu Ülikooli Kirjastus. lk 277.

juba enne riigihankes pakkumuste esitamist või siis kui pakkumused on esitatud. Võrdse kohtlemise põhimõtet on Euroopa Kohus selgitanud asjas C-21/03 ja C-34/03 järgnevalt: „/.../ võrreldavaid olukordi ei tohi kohelda erineval viisil ja et erinevaid olukordi ei tohi kohelda võrdväärsetena; välja arvatud need juhtumid, kui teatud kohtlemine on objektiivselt põhjendatud“.⁸ Teatud puhkudel on ilmselge, millal seda põhimõtet rikutakse. Illegaalsetest tegevustest tingitud otsuse tegemise puhul on põhimõtte rikkumisega tegemist näiteks siis, kui valitakse pakkuja, kes pakkus hankijale altkäemaksu. Samuti ei tohi eelistada üht ettevõtet tema asukohariigi järgi.⁹ Võrdset kohtlemist tuleb tõlgendada teenuste vaba liikumise ja ausa konkurentsi eesmärgi tagamisest lähtuvalt.¹⁰

Hankijal tuleb anda ettevõtjatele võrdsed võimalused hankes osalemiseks.¹¹ Pakkujaid tuleb käsitleda võrdväärsetena hanke algstaadiumist alates.¹² See tähendab, et kõikidele ettevõtetele, kes on huvitatud pakkumuse koostamisest, tagatakse võrdsed võimalused hankes osalemiseks ja kõik pakkumused kehtivad samadele tingimustele. Võrdsest kohtlemisest lähtuvalt ei saa olla olukorda, kus lubatakse ühel pakkujal ühtedel tingimustel pakkumuses osaleda, kuid teistel pakkujatel on teised tingimused. Hankijal tuleb pakkumuste läbivaatamisel oma kaalutusõigust kasutada nii, et tulemust arvestades ja menetluse lõppedes ei tekiks olukorda, kus võiks arvata, et teisi pakkujaid oli koheldud kuidagi ebasoodsamalt või ebavõrdsemalt kui pakkumuse võitjat.¹³

Samuti tuleb riigihankes hankijal kinni pidada täpselt enda poolt seatud kriteeriumidest.¹⁴ Oluline on, et hankest huvitatud potentsiaalne pakkumuse esitaja saab olla kindel, et nõuded kehtivad kõikidele pakkujatele samamoodi. Riigihanke alusdokumentides (*edaspidi ka* RHAD) seatud tingimuste mittejärgimine pakkumuste hindamisel ja võrdlemisel seab pakkujad ebavõrdsesse olukorda ja võib eeldada, et taolisel juhul rikutakse võrdse kohtlemise printsiipi. Hankija ei saa arvestada pakkuja poolt esitatud puudustega pakkumust, veel enam olukorras, kus hankijale on teised pakkujad esitanud täielikult RHAD-des sätestatud tingimustele vastavad pakkumused. Eeltoodust tulenevalt võib öelda, et pakkumuste muutmise keeld pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva kaitsebki pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet.

⁸ EKo C-21/03 ja C-43/03.

⁹ Arrowsmith, S. (2011). EU Public Procurement Law: An Introduction. University of Nottingham, lk 227.

¹⁰ EKo C-336/12, p-d 28-19.

¹¹ EKo C-27/15, p 36.

¹² EKo C-331/04, p 26.

¹³ EKo C-324/14, p 65.

¹⁴ EKo C-27/15, p 39.

Peamiseks probleemiks on riigihanke menetlustes pakkujate suhtes paljudel juhtudel rakendatud varjatud ehk kaudset diskrimineerimist.¹⁵ Seda on esinenud riigihangete menetlustes küllaltki sagedasti ehk taoline diskrimineerimine on võtnud traditsioonilised moodsud.¹⁶ Teise riigi ettevõttel pole otseselt riigihankes osalemist takistatud, kuid teatud tingimusi on neil märgatavalt raskem täita, kui hankija asukohamaal registreeritud ja samas riigihankes osaleval ettevõttel. Sellisel puhul on teise riigi ettevõttel riigihankes osamine raskendatud. Kui tingimused ei kujuta endast teise liikmesriigi ettevõtte jaoks olulisi takistusi, siis ei ole tegemist diskrimineerimisega.¹⁷ Eri riikide erinevad ametiasutused väljastavad erinevaid tõendeid, väljavõtteid andmebaasidest või registritest, kinnitusi ja tõendeid. Näiteks asjade vastavuse osas nõutavate ja esitatavate standardite küsimiseks ja esitamiseks on mitmeid võimalusi. Sealhulgas võib hankija küsida tehnilise kontrolli või tehnilise järelevalve asutuse tõendeid hankelepingu esemeks olevate asjade nõuetele vastavuse kohta koos viitega tehnilistele normidele või standarditele.¹⁸ Näiteks võimaldab RHS § 101 lg 5 hankijal nõuda sõltumatute asutuste tõendite esitamist, et pakkuja või peab järgima kindlaid kvaliteedi tagamise standardeid, peab hankija viitama asjakohastele Euroopa standardite seerialtel põhinevatele kvaliteedi tagamise süsteemidele, mille on kinnitanud sertifitseerimist käsitlevate Euroopa standardite seeriatele vastavad asutused. Antud juhul kui hankija nõuab pakkuja asjade (toodete) kvaliteedi tagamiseks näiteks kindla sertifikaadi esitamist, siis hankija ei pruugi olla teadlik, et analoogseid ja tavaelus aktsepteeritavaid sertifikaate väljastavad ka teised ametiasutused või organisatsioonid. Hankija võib jätta talle teadmata sertifikaadi esitamisel selle tähelepanuta ning pakkuja riigihanke menetlusest välja jätta, seega ilmselgelt seda pakkujat diskrimineerides. Näiteks on vaidlusi tekitanud ISO sertifikaadid ning nende analoogide olemasolu, nende kehtivus ning mis keelsena dokument on esitatud. Seega tuleks hankijal riigihanke RHAD ettevalmistamisel võtta arvesse asjaolu, et tõenäoliselt on tegemist rahvusvahelise riigihankega, kus enamuse või kõik pakkujad ja nende asukoht on väljaspool Eestit. Mõistlik oleks sellisel juhul paralleelselt eesti keelsete RHAD-le vormistada need täies mahus ka inglisekeelsetena, ning esitada dokumentide vormile ja sisule täpsed nõuded, sh keelenõue. Taolisel juhul väheneks pakkujate võimalik diskrimineerimine oluliselt. Kõiki pakkujaid tuleb kohelda võrdselt ja autori arvates on seda teha lihtne, kui hankija loob vastavad eeldused juba RHAD-s.

¹⁵ Simovart, A. M. Parind, M. (2019). Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. - Kirjastus Juura. lk 60.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ EKo C-234/03, p 37.

¹⁸ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 101 lg 1 p 12.

Euroopa Kohus on selgitanud, et võrdse kohtlemise põhimõtte, mis algselt oli mõeldud kohalduma ainult pakkumuse esitanud pakkujatele, kohaldub ka neile, kes soovivad riigihankes osaleda.¹⁹ Võrdse kohtlemise põhimõtte mõtte ei ole see, et liikmesriigi pakkujaid tuleb hankijatel samaväärselt kohelda enda asukohamaa pakkujatega, vaid kõiki pakkujaid tuleb samaväärselt kohelda.²⁰

Võrdse kohtlemise põhimõtte on otseselt seotud pakkumuse muutmise keeluga. Peamine küsimus on piiride olemasolu ja nende tajumine, millal selgituste küsimine ja pakkujatelt selgituste saamise tulemusena muudetakse pakkumust. Pakkumust saab muuta kas formaalselt või sisuliselt, või kas muudetakse ja parandatakse pakkumuses esinevaid inimlikult tekkinud pisivigu või vigu, on siiski tähtsaim küsimus riigihankes osalevate teiste pakkujate õiguste riive või huvide kahjustuse tekkimine või tekitamine hankija poolt selgituste küsimise tulemusena.²¹ Oluline on, et nende pakkujate, kes hankemenetluses esitasid puudusteta ja vigadeta pakkumused, konkurentsiolukord ei muutuks võrreldes pakkujaga, kes esitas vigadega pakkumuse. Seda olukorras, kus hankija viib selgituste tulemusena sisse parandused selgitusi andnud pakkuja pakkumusse. Autori arvates on siin tähtis aspekt, et kui enne selgituste küsimist oleks hankija arvates tegemist mittevastava pakkumusega ja selgituste küsimise tulemusena muutuks see pakkumus vastavaks, siis on teiste pakkujate õigusi riivatud ja hankija tegevus selgituste küsimisel ei oleks õiguspärane. Sellisel juhul oleks tegemist ilmselgelt võrdse kohtlemise printsiibi rikkumisega. Näiteks kui ühel pakkujal on riigihankes kohustuslikus korras küsitud dokument või siis nõutud oli täitmist vajav dokument (toote tehnilised andmed vms), siis sellise dokumendi saamisel selgitusküsimuste kaudu oleks tegemist uue pakkumuse esitamisega.

Teiseks tuleb vaadelda teist väga olulist põhiprintsiipi, mis on läbipaistvuse põhimõtet ning selle põhimõtte seost pakkumuse muutmise keeluga. Kui hankija nõuab ühe pakkuja käest informatsiooni, selgitusi, andmeid, dokumente, siis samal ajal ei ole teised pakkujad sellest informeeritud, mida hankija ühe pakkuja käest küsib või nõuab ja mida ta saadu osas arvestab, mis võib suure tõenäosusega anda võimaluse sellel pakkujal saada võimalikku eelist. Tõepoolest, nagu ka eespool sai välja toodud, et vaatamata asjaolule, et kehtiv riigihankedirektiiv sätestab ilmselge õiguse hankijale küsida selgitusi, siis tekitab see paratamatult ka küsimusi, et millisest kohast see

¹⁹ EKo C-16/98

²⁰ Arrowsmith, S. (2011), *supra nota* 8, 129.

²¹ Davey, J., Falle, J. (2014) *The Government Procurement Review*. 2nd edition. Law Business Research Ltd. lk 68.

jookseb kulgeb ja kui selgepiiriline see saaks olla, ja ning millisel juhul siis rikutakse võrdse kohtlemise printsiipi ja läbipaistvuskohustuse printsiipi.

Seega on läbipaistvuse põhimõtte samuti riigihangete läbiviimisel oluline. Vajalikud andmed peavad olema kõigile riigihankest huvitatud ja osalevatele isikutele kättesaadavad, välja arvatud juhul, kui on põhjendatud põhjus, et mingi osa informatsioonist on konfidentsiaalne.²² Riigihanke väljakuulutamisel peavad kõigile potentsiaalsetele pakkujatele olema selged hankes osalemiseks vajalikud tingimused. Näiteks riigihanke eesmärk, pakkumuse esitamise tähtaeg, osalemiseks vajalikud tingimused, lepingu pikkus jne. Euroopa Kohus on kinnitanud, et läbipaistvuse põhimõtte viitab sellele, et kõik reeglid ja tingimused hankemenetluse jooksul peavad olema selged. Kõik pakkujad peavad täpselt aru saama informatsioonist ja tingimuste olulisusest ning mõistma neid samal viisil.²³

Professor Sue Arrowsmith on ise liigitanud läbipaistvuse põhimõtte kontseptsiooni neljaks eristuvaks kategooriaks, milleks on: lepingute avalikustamiseks, hankemenetluse reeglite ja tingimuste avalikustamiseks, kaalutusõiguse piirideks ja kontrollimise ning täitmise tagamiseks.²⁴

Käesolevas töös on olulisimaks keskenduda läbipaistvuse printsiibi olemusel ja selle hankija pooltel rakendamisel olukordades, kus hankija on küll riigihankest osalemise tingimused sätestanud selgelt ja läbipaistvalt, kuid riigihanke läbiviimise käigus ei ole hankija käitunud piisavalt läbipaistvalt. Antud juhul siis kui hankija on selgituste küsimisega ja pakkujalt nõutud informatsiooni saamisega riivanud läbipaistvuse üldpõhimõtet. Lähtekohaks on asjaolu, et pakkujate poolt esitatud pakkumuses esinevad puudused, mis ei võimalda hankijal otsustada pakkumuse vastavuse või mittevastavuse üle. Kui riigihanke dokumentatsioon, nii RHAD ja esitatud pakkumuste informatsioon ning pakkumuste osas tehtavad otsused on kontrollitavad ja seega läbipaistvad, siis hankija konkreetse selgituste küsimine konkreetse pakkumuse kohta pakkujalt toimub vaid nendel omavahel. Seega ei ole otseselt selgituste küsimine pakkumuste kohta ja selle sisu kõigile turusubjektidele kättesaadav. RHS § 45 lõige 7 kohaselt peab hankija tagama teabevahetuses andmete terviklikkuse ning pakkumuse ja taotluse konfidentsiaalsuse ja RHS kohaselt on pakkumus konfidentsiaalne kuni pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse

²² Lynch, J. (2013). Public Procurement: Principle, Categories and Methods, Procurement Classroom Series Volume 2, Leanpub lk 9.

²³ EKo C-368/10.

²⁴ Arrowsmith, S. (2011), *supra nota* 8, 127.

tegemiseni.²⁵ Pakkujal on õigus märkida esitatud pakkumuses, milline teave on pakkuja ärisaladus ning põhjendab teabe ärisaladuseks määramist RHS kohaselt, milleks ei tohi olla pakkumuse maksumused ja hindamiskriteeriumidele vastavad pakkumust iseloomustavad näitajad.²⁶ Järelikult ei ole kõik hankija poolt riigihanke läbiviimise käigus tehtavad toimingud järgitavad ja läbipaistvad, kuna seda võimaldab RHS. Huvitav küsimus tekib, kui pakkuja on esitanud puudustega pakkumuse ja hankija on otsustanud lubada selgituste küsimise kaudu pakkujal oma pakkumust täiendada või täpsustada – kas sellisel juhul on tegemist ühe olulise põhiprintsiibi – läbipaistvuse riivega. Üheltpoolt käsitleb läbipaistvuse põhimõtte hankija poolt tehtavat kaalutusotsuse, selle piiride ja selle tegemise õigustatust. Kuna hankija poolt tehtud kaalutusotsus peab olema kontrollitav, siis see peab olema läbipaistev. Samuti peab olema hankija poolt tehtav kaalutusotsus selgituse vajaduseks ja esitamiseks olema läbipaistev ja kontrollitav, kasvõi asjaolul, et turusubjektid ja kontrollorganid saaksid hinnata, kas hankija tehtud otsus ei ole riivanud pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet. Teiselt poolt on hankija õigus küsida pakkujalt selgitusi esitatud pakkumuse kohta. Hankija käitub igati läbipaistvalt, kui ta tekkinud ja vajalikku selgitust küsib. Seda võimaldab RHS ning olukord, kus hankijal on selgitusteta raske teha vajalikke otsuseid. Võimaluse andmine pakkujale pakkumuse täpsustamiseks ja täiendamiseks, ja kui see jääb seadusandluses kehtestatud lubatavuse piiridesse, ei riiva läbipaistvuse põhimõtet. RHS-st tulenev läbipaistvuse riive võimalikkus puudutab eelkõige seadusega lubatud pakkumuse konfidentsiaalsust ja pakkumuses esitatud ärisaladust, mis iseenesest ei ole seotud hankija kaalutusotsustusega selgituste küsimisel. Igasugune hankija seadusvastane tegevus, oma tegevuse või kaalutusotsuse põhjendatuse varjamine on vaieldamatult seotud läbipaistvuse printsiibi rikkumisega. Olgu see kasvõi olukorras, kui hankija küsib pakkujalt selgitust näiteks suuliselt, seda protokollimata või salvestamata ning arvestab saadud informatsiooni oma kaalutusotsuse tegemisel.

Euroopa riigihankedirektiivi reeglistikus, mille kohaselt laieneb selgituste küsimisel nimetatud võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte ühtse reeglina kõikide dokumentide kohta, mida riigihankes osalev ettevõtja pakkujana hankemenetluses hankijale esitab.²⁷ Seega on selgituste nõudmise võimaldamise kindlaksmääramiseks oluliseks põhimõtteks pakkujate võrdse kohtlemise ja sellega tihedalt seonduv läbipaistvuse põhimõtte. Läbipaistvuse põhimõtte saavutamiseks situatsioonis, kus on vajadus selgituste nõudmiseks on tekkinud ning on tekkinud vajadus

²⁵ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 110 lg 5.

²⁶ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 111 lg 5.

²⁷ EN direktiiv 2014/24/EL, artl 54 lg 3.

dokumentide muutmiseks, tuleb kõikide pakkujate huve puudutada sarnaselt, see tähendab, et pakkujate võrdse kohtlemise printsiibist lähtuvalt võib selgituste küsimine erinevate pakkujate subjektiivseid õigusi mõjutada erinevalt. Pakkujatel ehk ettevõtjatel peavad olema riigihankemenetluses esitatavate pakkumuste ja nende koosseisus olevate nõutavate dokumentide esitamiseks võrdsed õigused ja võimalused, mis tuleneb otseselt nimetatud võrdse kohtlemise põhimõttest.²⁸ Selgituste küsimine hankemenetluses ja selle küsimise tulemusena situatsiooni tekkimine, kus puudustega pakkumuse esitanud pakkujal võimaldatakse riigihankes edasi osaleda, kuid see riivab teiste korrektsete esitatud pakkumused esitanud pakkujate õigusi, on lubamatu.

Lisaks nimetatud võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiibile peab hankija järgima, et potentsiaalsetele pakkujatele ehk turusubjektidele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed²⁹, asjakohased ja põhjendatud. Vastavus proportsionaalsuse nõudele tähendab, et nõudmised peavad olema mõistlikus suhtes hankelepingu esemega.³⁰ Hankija tegutseb riigihanke korraldamisel läbipaistvalt, kontrollitavalt ja proportsionaalselt (RHS § 3 lõige 1). Proportsionaalsuse põhimõtte nõuab, et mis tahes kvalifikatsiooni ja/või pakkumuse sisulised nõuded ei tohi olla ebaproportsionaalsed ega ülemäärased, mis peavad olema tavapärasest seoses hangitavate asjade või teenustega. Oluline on asjaolu, et piiravaid või kitsendavaid kui koormavaid meetmeid ei kasutataks, kui need tekitavad ülemäärast mõju konkurentsile ja kaubandusele. Proportsionaalsus nõuab, et turule juurdepääsu piirav meede peaks olema selle eesmärkidega proportsionaalne.³¹ Näiteks madala eeldatava maksumusega riigihanke puhul ei ole mõistlik seada liialt suuri aasta netokäibe tingimust, mis võiks välistada riigihankest osalemiselt väikestel ja keskmiste suurusega ettevõtetel. RHS § 100 lõike 3 kohaselt võib hankija teatud juhul nõuda pakkujal või taotlejal netokäibe olemasolu summas, mis ei või olla suurem kui kahekordne hankelepingu eeldatav maksumus. Seega annab RHS võimaluse hankijal taoline piirang sätestada, kui hankija sellise tingimuse oma kaalutusõigel põhineval valikul sätestab. Riigihangetes peaksid saama osaleda uued riigihangete turule sisenejad, kes saavad oma kompetentsi tõestamiseks teha pakkumust koostöös teiste turusubjektidega, toetudes nende teiste isikute majandusnäitajatele ja oskustele ning kogemusele. Lisaks ei saaks riigihangetel kasutada proportsionaalsuse põhimõtte kohaselt piiranguid, mis diskrimineeriksid näiteks antud riigi kodakondsuse tingimusenõude olemasolul pakkujate

²⁸ EKo C-42/13.

²⁹ EKo C-157/96, p 60.

³⁰ Rahandusministeerium (2014), Riigihangete Juhis, lk.13-14.

³¹ Arrowsmith, S. (2011), *supra nota* 8, 146.

esindajate või ekspertide suhtes riigihankes osalust, välja arvatud kui on tegemist erandkorralise riigi julgeolekut ja riigisaladust sisaldava hankega ning selline piirang on õigustatud ja seaduspärane.

Hankija kaalutusõiguse ehk diskretsiooni teostamisel ja sellest tuleneva nõude kohaselt võib hankijal teatud asjaoludel tekkida kohustus anda pakkujale võimalus parandada pakkumuses või selle koosseisus olevas dokumendis esinev viga ning seega võimaldada pakkujal kinnitada pakkumuse vastavust RHAD-s esitatud tingimustele. Sellist selgituse küsimise korras tehtavat tegevust peaks hankija eelistama toimingule või otsusele, mis viiks pakkuja pakkumuse mittevastavaks tunnistamiseni, millega kaasneks pakkuja pakkumuse tagasi lükkamine ja riigihankes osalemise lõppemine. Euroopa Kohus on asunud seisukohale, et Euroopa Liidu üldpõhimõtete hulka hea halduse ja proportsionaalsuse põhimõttega esineb vastuolu olukorras, kui ei kasutata antud võimalust selgituste küsimiseks ning hankija lükkab tagasi ebaselgustega pakkumuse, kui sellises olukorras saanuks esineva ebaselguse kergelt lahendada.³² Sellisel juhul oleks selgituste küsimine pakkujalt võrdse kohtlemise printsiipi mitteriivav või ebaolulise mõjuga ning hankijal tuleks pakkumuste mittevastavaks tunnistamise ja selle tagasilükkamise asemel rakendada meetmeid, mille koormus riigihankes osalevale pakkujale oleks minimaalseim. Kusjuures eriti väikeste ja ebaoluliste vigade puhul (nt kui ettevõtja varasemate lepingute nimekirjas on eksitud aastaarvu ühe numbriga vms) ei välista hankija asjaomase kohustuse tekkimist D.Minumetsa³³ arvates ka see, kui hankija on hankes kehtestatud tingimustega oma vastavat õigust piiranud (nt kehtestanud kõigi muudatuste tegemise keelu). Hankija peab hankemenetluse korraldamisel arvestama ka hea halduse ja proportsionaalsuse põhimõtetega ega saa seepärast kõnealust kohustust hankes kehtestatud tingimustega välistada.

Teistpidi võetuna oleks hankija poolse selgituse küsimise võimaluse mitterakendamine ilmselgelt ebaproportsionaalne hankija poolne käitumine. Kui pakkumuses on esinenud puudus või ilmne viga ja selle puuduse kõrvaldamine selgituse küsimise toiminguga oleks kooskõlas riigihanke üldprintsiipidega ja põhimõtetega ning hankija saaks selle puuduse või vea selle olemasolul lihtsalt kõrvaldada, peaks hankijal olema kohustus taolise selgituse nõudmiseks. Selgituse küsimise tulemusena pakkuja kas siis lisab puuduvaid andmeid või parandab dokumendis esinevad vead.

³² EKo T-211/02, p 37, 38, 43.

³³ Minumets, D. (2016) Ettevõtja seisundit kirjeldavate dokumentide kohta selgitute nõudmine riigihankemenetluses. – *Juridica*, lk 29.

Kokkuvõtlikult võib öelda, et pakkumuse muutmist keelavad RHS § 3 üldpõhimõtted, milleks on võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiip. Võrdne kohtlemine keelab anda pakkujatele soodustavaid tingimusi, milleks võib olla selgituse kaudu nõuda puuduolevaid andmeid või dokumente. Nii siseriiklik seadusandlus kui ka direktiivid ei too täpselt välja, mis mahus on lubatud pakkumust muuta. Puuduvad täpsed piirid. Nende piiride täpsustamiseks tuleb lähtuda kohtute ja vahekohtute praktikast, sealhulgas Eesti Vaidlustuskomisjoni otsustest, et hankijad ja pakkujad saaksid selgema arusaama, millistes situatsioonides ja asjaoludel saab esitatud pakkumusi täpsustada või muuta ning millisel juhul riivatakse selgelt teiste riigihankemenetlustes osalevate ettevõtjate ehk pakkujate huve ja õigusi.

Riigihanke RHAD-s esitatud tingimustele vastav pakkumus tunnistatakse hankija poolt vastavaks, vastasel juhul aga mittevastavaks. Seega esimesel lähenemisel võib tunduda, et hankijal on lihtne vastavuse või mittevastavuse osas oma seisukoht kujundada ja teha vastav otsus. Riigihanke menetlus on protsess, kus pakkumuste hindamise ja võrdlemise etapis hankija analüüsib esitatud pakkumusi ning nende koosseisus olevaid andmeid ja dokumente. Kuigi avatud ja piiratud hankemenetluses on hankija ja pakkuja vahelised läbirääkimised keelatud, on riigihangete üldpõhimõtetest ja RHS sätetest tulenevalt olemas hankija õigus küsida esitatud pakkumuste osas selgitusi. Käesolevas töös käsitleb autor küsimusi, mis on seotud pakkumuse osas selgituste küsimisega ning kuidas on hankija tegevus piiratud pakkumuste täpsustamiseks ja täiendamiseks. RHS § 110 lg 1 kohaselt on pakkumus pakkuja tahteavaldus hankelepingu sõlmimiseks, mis on pakkujale siduv alates pakkumuste esitamise tähtpäevast vähemalt kuni RHAD-des määratud pakkumuse jõusoleku minimaalse tähtaja lõppemiseni.³⁴ Pakkumus esitatakse pakkuja kui ettevõtja poolt. RHAD-des sätestatud tingimuste ja pakkumuses esitatud tingimuste koondina sõlmitakse hankeleping. Kui pakkumus vastab RHAD-s esitatud tingimustele, tunnistab hankija pakkumuse vastavaks. Oluline on, et pakkumus tuleb esitada pakkumuste esitamise tähtajaks, ja seda on võimalik enne seda tähtaega pakkujal muuta, siis pärast pakkumuste esitamise tähtaega puudub üldjuhul pakkujal võimalus pakkumuse muutmiseks.³⁵ Kas pakkujal on võimalus hankelepingu sõlmimiseks oma tahteavaldust täpsustada või hoopiski muuta, kui hankija seda selgituste küsimise kaudu soovib teha? Kas pakkumust saab pärast selle esitamist muuta? Formaalselt tähendab iga tähe või kirjavahe märgi muutmine pakkumuses selle muutmist.

³⁴ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 110.

³⁵ Simovart, M. A. (2016). Hankelepingute lubatud ja keelatud muudatused uue riigihankedirektiivide ülevõtmise järel. *Juridica*. lk 52.

Sisuliselt tuleb autori arvates keskenduda terminile „pakkumuse täpsustamine“, mis on oma olemuselt laiem termin ja käsitleb lisaks pakkumuse muutmisele ka vigade parandust pakkumuses. Riigihankes esitatud pakkumus peab vastama hankija sätestatud tingimustele, mis on esitatud RHAD-des.³⁶ See tähendab, et pakkumus peab sisaldama kõiki andmeid, mida hankija on nõudnud. Andmete osas, milles hankija soovib võistlevaid pakkumusi³⁷, on pakkujatel vabadus ise otsustada, millisel määral ja millise kvaliteediga tingimus täita. Tüüpiliseks asjaoluks, mille kohta võisteldavaid pakkumusi küsitakse, on peamiselt hind ja lisaks muud hindamise kriteeriumide aluseks olevad hankija poolt valitud sobivad näitajad. Samas on RHAD-dega määratud kindlaks ka kohustuslikud näitajad, mille täitmata jätmine tähendab pakkumuse tagasilükkamist. Need kohustuslikud näitajad on tavaliselt sätestatud tehnilises kirjelduses. Pakkumus ei tohi olla tingimuslik, pakkuja ei tohi kõrvale kalduda RHAD-des sätestatud tingimustest.³⁸

Seega võib pakkumus olla RHAD-dele vastav või mittevastav. Vastav pakkumus on kooskõlas kõigi riigihankes sätestatud tingimustega. RHS § 114 lõike 1 kohaselt kontrollib hankija kvalifitseeritud pakkujate esitatud pakkumuste vastavust RHAD-le ning teeb seejärel põhjendatud otsuse pakkumuste vastavaks tunnistamise või pakkumuste tagasilükkamise kohta kui pakkumus ei vasta riigihankes esitatud tingimustele.

1.2. Vastav ja mittevastav pakkumus

Selgitusi ja nende küsimise põhimõtteid ja reeglid on sätestatud RHS § 46 lõigetes 1-4. Selgitusi saavad potentsiaalsed pakkujad küsida nii RHAD kohta, kui ka hankijad esitatud pakkumuste kohta. Autori arvates, ei ole kõnesoleva paragrahvi sõnastus kõige paremini õnnestunud, sest seaduse lugejal ei ole võimalik kiirelt eristada, kus on tegemist pakkuja õigusega küsida hankijalt selgitusi ja kus hankija õigusega küsida selgitusi ettevõtjalt. Lõiked 1-3 käsitlevad huvitatud ettevõtjate ja pakkujate õigust küsida selgitusi RHAD-i kohta. Lõige 4 kohaselt esitab ettevõtja hankijale selgitused ja selgitamist võimaldavad dokumendid kõrvaldamise aluste puudumise, heastamise või kvalifikatsiooni tõendamiseks esitatud andmete või pakkumuses esitatud andmete kohta kolme tööpäeva jooksul hankija sellekohase nõude saamisest arvates. Ehk hankijal on õigus küsida muuhulgas pakkumuses esitatud andmete kohta pakkujalt selgitusi ning pakkujal on kohustus need tähtaja jooksul esitada. Oluline on RHS § 46 lõike 4 koosmõju RHS § 114 lg-ga 2,

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, § 77 lg 4 p 5.

³⁸ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 110 lg 3.

mille kohaselt on hankijal kohustus pakkumus tagasi lükata, kui see ei vasta RHAD-des esitatud tingimustele või kui pakkuja ei esita nõutud selgitusi tähtjaks või kui selgituste põhjal ei ole hankijal võimalik üheselt hinnata pakkumuse vastavust RHAD-des esitatud tingimustele.

Niisiis pakkumuse täpsustamist pakkuja poolt pärast pakkumuse esitamise tähtaega siseriiklikult reguleerib RHS § 46 lg 4. Eelnimetatud säte reguleerib pakkuja selgituste andmise tähtaega hankijale, samas ei sätesta täpsemalt seda, millises ulatuses ja mis tingimustel võib hankija pakkumuse kohta selgitusi küsida ning mis määral võib selgitusi arvesse võtta.³⁹ Sõnastusest nähtub, et säte ainult selgitab pakkuja kohustust hankijale esitada selgitused kõrvaldamise aluste puudumise, heastamise või kvalifikatsiooni tõendamiseks esitatud andmete või pakkumuses esitatud andmete kohta.⁴⁰ RHS eelnõu ja seletuskirja kohaselt liigub riigihankemenetlus formaliseerituse põhimõtte juurde, mis ei luba esitada selgitusi ega asjaolusid selgitavaid dokumente andmete kohta, mida pakkuja ei ole eelnevalt ehk pakkumuse esitamise tähtpäevaks juba esitanud.⁴¹ Ehkki seletuskiri viitas formaliseeritusele riigihankemenetluses, on Riigikohus on seda eitanud.⁴² Kolleegiumi seisukohaselt ei ole tegemist põhimõttega, millest tuleks juhinduda hankemenetluse sätete tõlgendamisel. Vormiliste puudustele tähelepanu juhtimine ei põhjusta pakkuja olulist lisatööd.⁴³

Pakkujatel on aga omakorda alati võimalus küsida hankijalt riigihanke eseme ja pakkumuse vormistamise osas selgitusi ning esitada vajadusel parandatud pakkumus uuesti enne pakkumust esitamise tähtaja saabumist. Küll aga ei ole hankijal samaväärset õigust võimaldada pakkujal muuta tähtjaks esitatud pakkumust hankija poolt esitatud selgituste kaudu. Mittevastavad pakkumused lükatakse tagasi ning need ei osale edasises hankemenetluses.⁴⁴ Mittevastavus tähendab, et pakkumuses esineb mingi puudujääk või viga. Vigadeks pakkumuses võivad olla näiteks tähtaja ületused, informatsiooni või andmete ebapiisavus või ebaselgus, küsitud dokumendi mitteesitamine. Vead võivad olla ka vormilised, näiteks kui fail on esitatud vales formaadis või pakkumus on liialt mahukas.⁴⁵

³⁹ Simovar, A.M. Parind, M. (2019), *supra nota 14*, 314.

⁴⁰ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 46 lg 4.

⁴¹ RHS eelnõu seletuskiri (450 SE I), lk 59.

⁴² RKO 3-3-1-24-13, p 19.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 114 lg 1 ls 2.

⁴⁵ European Union (2019). Public tendering rules. Kättesaadav: <https://europa.eu/youreurope/business/selling-in-eu/public-contracts/public-tendering-rules> 20. november 2019.

Näiteks kui riigihanke tehnilises kirjelduses (*edaspidi ka TK*) on sätestatud, et hankija tellib 21“ arvutimonitore, aga pakkuja pakub monitore ekraani suurusega 17“, siis ei ole võimalik mittevastavat pakkumust parandada või uuesti esitada. Hankijal ei ole õigus aktsepteerida sisulisi kõrvalekaldeid RHAD-des nimetatud tingimustest, kui ka pakkumusi, mis on esitatud sätestatud pakkumuste esitamise tähtajast hiljem.⁴⁶

Pakkumuses esinevat viga ehk eksimust saab liigitada kaheks, oluline (sisuline kõrvalekalle) ja ebaoluline (pigem vormiline või vormistusliku veaga) eksimus.⁴⁷ Ebaolulise eksimuse puhul ei tohi pakkumuses esineda sisulisi kõrvalekaldeid RHAD-des esitatud tingimustest.⁴⁸ Autori arvamisel on olulised eksimused sellised, mis võivad muuta hankemenetluse tulemust. Ehk kui selle vea kõrvaldamisega oleks hankemenetluse tulem teistsugune, kui ilma vea kõrvaldamiseta. Näiteks kui pakkujal jääb esitamata nõutud toote tehniline kirjeldus, et hankija saaks teostada pakkumuse vastavuse kontrolli, siis on tegemist sisulise kõrvalekaldega. Samuti pakkumuse hinna muutmine toob kaasa teistsuguse tulemi hankemenetluses. Antud juhul RHAD alusel nõutava ja pakkumuses puuduva tehnilise kirjelduse aktsepteerimisega hankija poolt rikutakse teiste puudusteta pakkumused esitanud pakkujate õigusi ja riivatakse nende huve hankemenetluses osalemisel. Nimelt kui hankija lubab sealhulgas või eraldi pakkujal esitada sisuliste kõrvalekalletega pakkumusele uue parandatud pakkumuse või ka uut hinda ning arvestab seda pakkumuste hindamisel ja võrdlemisel, siis hankija rikub ilmselgelt võrdse kohtlemise põhimõtet. Siit tulenebki selgituste küsimiste sisu ja põhimõte – selgitusi võib ja paljudel juhtudel peabki hankija küsima, et saada veendumus, kas esitatud pakkumus ikkagi vastab riigihanke tingimustele. Seega võivad olla aktsepteeritavad pisivead, inimlikud vead, segased pakkumused, formaalsed puudused ja ka erijuhtudel sisulised puudused, kui nende parandamisega järgitakse rangelt võrdse kohtlemise põhimõtet. Sisuliste kõrvalekallete ehk puuduste parandamise tulemusena ei tohi toimuda pakkujate ebavõrdset kohtlemist, mis on selgituste kaudu pakkumuste täpsustamise puhul kõige olulisem argument. Kindlasti tuleks seaduseandjal täpsustada „sisulise kõrvalekalde“ mõistet. Autori arvates võib ka inimlik viga pakkumuses tähendada sisulist kõrvalekallet, kui esineva vea tõttu tuleks hankijal pakkumus esimesel lähenemisel tunnistada mittevastavaks ja see tagasi lükata. Näiteks on hankija sõiduautode riigihankes nõudnud naastrehvidega sõidukeid, kuid pakkuja on olnud sellest teadlik, kuid inimliku eksimuse tõttu pakkus lamellrehvidega sõidukeid.

⁴⁶ Brunning, S. (2011). Unambiguous errors in tenders. *Public Procurement Law Review*, lk 202.

⁴⁷ The European Court of Auditors. *Definiton & Treatment of DAS errors*. Curia Rationum. Kättesaadav: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/DAS_ERRORS/DAS_ERRORS_EN.PDF 20. november 2019.

⁴⁸ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 114 lg 2

Sellisel juhul võib hankijal tekkida vajadus selgituse küsimiseks, kuna tegelikkuses pakutakse sõiduautosid mõlemat tüüpi rehvidega ning arvatavasti nendel rehvidel on sarnane hind ja ka võrreldes sõiduauto maksumusega oluliselt väike ja marginaalne hind. Kui selgituste küsimuse tulemusena pakkuja kinnitab, et tegemist oli inimliku eksimusega ja et ta on valmis sama hinnaga pakkuma naastrehvidega sõidukit, siis hankija selle vea aktsepteerimisel kohtleb kõiki pakkujaid võrdselt – pakkumuste hinnad ja järjestus sellest täpsustuse sisseviimisest ei muutu. Kui aga pakkuja vastab, et rehvi tüübi vahetusega muutub ka sõiduki lõpphind ja samuti muutuks ka paremusjärjestus taoliselt, et edukaks pakkujaks valitaks pakkumus, milles esines küll inimlik viga või eksimus, siis on tegemist pakkumuse sisulise muutmisega ning ilmselgelt rikutaks võrdse kohtlemise põhimõtet. Vale rehvitüübi pakkumine on sisuline kõrvalekalle RHS mõttes, kuna pakkumus ei vasta RHAD-s esitatud tingimustele. Sellist pakkumuse muutmist ei tohi hankija vastavalt RHS § 114 lg 2 kohaselt teostada, kuna pakkumuses esines sisuline kõrvalekalle. Kui aga pakkuja kinnitab selgituste andmisel, et tegu ei olnud sisulise kõrvalekaldega, vaid hoopiski inimliku eksimusega, siis toodud asjaoludel (ei rikota võrdse kohtlemise põhimõtet) kvalifitseeriks hankija sisulise kõrvalekalde ümber inimlikuks eksimuseks ning RHS § 114 lg 2 põhjal on hankijal õigus tunnistada pakkumus vastavaks. Autori arvates on toodud näite põhjal, kaaludes kõiki eelpoolnimetatud asjaolusid, hankijal õigust kasutada oma kaalutusõigust, kvalifitseerida erinevaid olukordi kas siis sisulisteks või mitte sisulisteks kõrvalekalleteks. Seda kaalutusotsust aitab formuleerida pakkuja poolne seisukoht, mis edastatakse hankijale selgituse küsimise tulemusena. Siit saame järeldada, et hankijal on kohustus pakkumuses esinevate ebaselguste korral küsida pakkujalt selgitusi, et veenduda, kas tegemist on olnud sisulise kõrvalekaldega või mitte. Ebaoluline viga on selline, mis ei muuda pakkumuse sisu või hanke lõpptulemust,⁴⁹ ehk siis ei riiva ka teiste pakkujate õigusi. Eelnevalt välja toodud liigitus ei ole selgelt piiritletav, kuid annab üldise ülevaate eksimuste ja vigade olemusest.

RHAD-dele mittevastava pakkumuse peab hankija tagasi lükkama.⁵⁰ Kui esitatud pakkumuse vastavust RHAD-des sätestatud tingimustele ei ole võimalik üheselt hinnata, on hankijal võimalus küsida pakkujalt esitatud pakkumuse kohta selgitusi RHS § 46 lg 4 alusel. Selgituse küsimise eesmärgiks on anda hankijale võimalus hankemenetluse käigus tekkinud pakkumusi puudutavate ebaselguste selgitamiseks või küsimuste esitamiseks. Selgituste kaudu ei tohi aga pidada

⁴⁹ SIGMA (2016). Detecting and Correcting Common Errors in Public Procurement. OECD. Kättesaadav: <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-29-200117.pdf> 20. november 2019.

⁵⁰ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 114.

pakkumuste üle läbirääkimisi ja anda võimalus pakkujal oma pakkumust sisuliselt muuta. Vastasel korral rikuks hankija võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtet.

RHS § 46 lg 4 aluseks on Euroopa Nõukogu direktiiv 2014/24/EL artikkel 56 lg 3 ja direktiiv 2014/25/EL artikkel 76 lg 4. Ka direktiividest ei tule otseselt välja, millised muudatused on lubatud peale pakkumuse esitamise tähtaega.⁵¹ Direktiivide artiklid lubavad hankijal nõuda pakkujalt vastava teabe või dokumentide esitamist, selgitamist, lisamist või täiendamist juhul kui varasemalt esitatud teave või dokumendid on mittetäielikud, vigased või kui konkreetsed dokumendid on puudu.⁵² Eelpoolt nähtuvalt on direktiivide artiklite sõnastus suhteliselt lai. Samuti märgitakse lõigu lõpus, et sellise nõude esitamine peab olema täielikus kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega. Antud artikkel annab lisaks liikmesriikidel ise võimaluse otsustada, mis mahus soovitakse hankija õigusi piirata. Eesti kohtud ja VAKO on leidnud, kõrvutades RHS § 46 lg 4 ja eelnevalt nimetatud direktiivide artiklite sõnastusi, on Eesti seadusandja soov direktiividest tulenevaid õigusi selgituste küsimisel RHS-s piirata.⁵³

Näiteks on VAKO oma otsuses öelnud, et Eesti seadusandja on otsustanud kasutada mõnevõrra kitsamat sõnastust kui direktiiv.⁵⁴ Kui direktiiv lubab esitamist, lisamist, selgitamist või täiendamist, siis RHS mainib üksnes selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide esitamist. RHS-i grammatiline esitus ei näe ette, et pakkujal oleks võimalik hilisemalt oma pakkumust täiendada.⁵⁵

Autor on arvamisel, et kui hankija on otsustanud selgitusi pakkumuste kohta küsida, siis hankija võiks oma kaalutusotsuse tegemisel, kui see on Eesti seadusandlusest tulenevalt „piiripealne“, kaaluda oma otsuse tegemist eelpoolnimetatud riigihanke direktiividest tulenevalt. Vajalik oleks hankijatele juhiste väljatöötamine, milles toodaks välja erinevad kujuneda võivad olukorrad selgitusküsimuste tekkimise vajadust arvestades ning antaks selgemaid näpunäiteid, kuidas ühes või teises situatsioonis toimida.

⁵¹ Garcia-Andrade, X.C. (2015) Why Manova is not Slovensko: a new balance between equal treatment of tenderers and competition? – PPLR 2015/4, p 109.

⁵² Euroopa Nõukogu direktiiv 2014/24/EL ja direktiiv 2014/25/EL.

⁵³ Simovar, A.M. Parind, M. (2019), *supra nota 14*, 315.

⁵⁴ VAKO 29.05.2019 otsus 82-18/193810.

⁵⁵ *Ibid*, p. 19

2. PAKKUMUSE SELGITAMISE LUBATAVUS

2.1. Hankija õigus küsida selgitusi

Euroopa ega ka Eesti siseriiklikus riigihankeõiguses ei ole täpselt sätestatud, mis ulatuses on hankemenetluse jooksul täpsustused ja muudatused pakkumustes lubatud. Kindlasti on hankija seisukohast vaadatuna piiritlemine tähtis. Selgitamise lubatavuse kriteeriumide olemasolu loob hankijale kindluse, milliste asjaolude kohta on hankijal õigus selgitusi küsida. Samas peab hankija vältima, et selgituste kaudu ei annaks ta ühele pakkujale õigusvastast eelist. Seetõttu peab hankija tunnetama piiri, kui rakendab oma õigust selgituste küsimisel. Piiritunnetus tähendabki, et hankijal tuleb täpselt tunnetada, mida pakkujalt küsida ning mis on küsimuse sisu arvestamiseks või siis mitte pakkuja poolt esitatud andmeid või dokumente. Hankija pöördumine ühe pakkuja poole võib anda sellele pakkujale eelise, võrreldes teiste pakkujatega. Sisuliselt tähendab see seda, et hankija pöördumisel ühe pakkuja poole antakse pakkujale uus võimalus lahendada mingi probleem pakkumuses.

Pakkumuste selgitamise võimaluse andmine riivab läbipaistvuskohustuse põhimõtet.⁵⁶ Samas on võimatu keelata pakkumuste täpsustamine või muutmine täielikult, sest inimlikud vead on paratamatus ja neid tehes ei tähenda veel, et pakkuja oleks partnerina kuidagi ebausaldusväärsem.⁵⁷

Käesolevas alapeatükis käsitletakse, et üheltpoolt - mis annab hankijale õiguse küsida selgitusi, ning kas hankemenetlus on täielikult formaliseeritud või hankija võib siiski kasutada ja millistes piirides oma kaalutusõigust.

Haldusmenetluse seaduse (HMS) § 4 sätestab, et kaalutusõigus on haldusorganile seadusega antud volitus kaaluda otsuste tegemist või valida erinevate otsuste vahel. Sama sätte teine lõige ütleb, et kaalutusõigust tuleb teostada kooskõlas volituse piiride, kaalutusõiguse eesmärgi ning õiguse üldpõhimõtetega, arvestades asjaolusid ning kaaludes põhjendatud huve.⁵⁸ Isegi kui hankemenetluse kujundamisel on hankijal avar kaalutusruum hankemenetluses esitatavate tingimuste ja kohaldatavate protseduurireeglite kindlaksmääramisel, ei tähenda, et hankija poleks

⁵⁶ Minumets, D. (2016), supra nota 31, 17.

⁵⁷ RKo 3-3-1-25-13, p 17.

⁵⁸ HMS RT I, 15.03.2019, § 4 .

kohustatud järgima kaalutusreegleid. Hankemenetluse kujundamisel peab hankija teostama oma diskretsioonivolitust õiguspäraselt, sh arvestama diskretsiooni piire ja eesmärke. Hankija tegevus hankemenetluses ei tohi olla meelevaldne.⁵⁹

Euroopa Liidus reguleerivad riigihankeid Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivid 2014/24/EL (riigihankedirektiiv) artikkel 56 lg 3 ja 2014/25/EL artikkel 76 lg 4. Direktiivi artiklid kehtestavad, et „kui ettevõtja esitatav teave või dokumendid on või tunduvad olevat mittetäielikud või vigased või kui konkreetsed dokumendid on puudu, võib avaliku sektori hankija, kui käesoleva direktiivi rakendamiseks siseriiklikus õiguses ei ole sätestatud teisiti, nõuda asjaomaselt ettevõtjalt vastava teabe või dokumentide esitamist, lisamist, selgitamist või täiendamist sobiva tähtaja jooksul, tingimusel et selline nõue esitatakse täielikus kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega.“⁶⁰

Kui 2004/18/EÜ direktiivi võrrelda kehtiva direktiiviga, siis kehtivas direktiivis 2014/24/EL on vaatluse all olevat sätet oluliselt konkreetsemaks muudetud. Eelneva direktiivi sätte lubas hankijal paluda pakkujatel selgitada või täiendada enda isiklikku korda ja tehnilist sobilikkust.⁶¹ Kehtivas direktiivis on antud oluliselt laiem võimalus hankijal küsida selgitusi pakkuja poolt tehtud vigade või esinevate puuduste üle, kuid hankija peab järgima, et selgitusnõue oleks täielikus kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega.⁶² Tuleb siiski arvestada, et ühelt pakkujalt selgituse küsimine riivab igal juhul võrdse kohtlemise põhimõtet. Kui vaadata toodud direktiivi sätet puhtalt õigusliku külje pealt ja proovides tõlgendada, ei tohiks olla hankijal tegelikult olla seda õigust küsimiseks. Kuid kui hankija on otsustanud ja juba hakkab küsimusi esitama, siis tuleks seda teha tulenevalt võrdse kohtlemise printsiibist kõigilt asjaomastelt isikutelt.

Hankija võib küsida pakkuja käest pakkumuses täpsustusi või paluda parandada ilmselge inimlik viga. Oluline on see, et hankija kohtleks teisi samasuguses situatsioonis olevaid pakkujaid samaväärselt ja võrdselt ning annaks pakkujatele samasuguse võimaluse selgitada vigu või puudusid, kuid peab jälgima, et täpsustus ja selgitus ei vii uue pakkumuse esitamiseni.⁶³ Eelnevalt viidatud kaasuses moodustasid kaks ettevõtjat ühise ajutise ühenduse, millega osaleda hankemenetluses Itaalias. Hankemenetluse esemeks oli hooldustööde tegemine raudteejaamade

⁵⁹ RKHKo 3-3-1-5-06, p 15.

⁶⁰ Direktiiv 2014/24/EL artikkel 54 lg 3 ja Direktiiv 2014/25/EL artikkel 76 lg 4.

⁶¹ Direktiiv 2004/18/EL artikkel 45-48.

⁶² Direktiiv 2014/24/EL artikkel 56 lg 3.

⁶³ EKo C-536/16, p. 39.

hoonetes, mis oli neljaks osaks jagatud. Pakkujate osales kahes osas. RHAD kohaselt pidid ajutised ühendused iga osa kohta eraldi esitama avalduse, kus on kõigi ühenduse liikmete allkirjad ja mis annab ühele ettevõtjale esindusõiguse. Pakkujate ühe osa kohta esitas nõutud avalduse, teise osa avalduses puudus esindaja allkiri. Hankija nõudis, et pakkuja kõrvaldaks puuduse seitsme päeva jooksul ja maksaks 35 000 euro suuruse rahatrahvi, mis tuleneb Itaalia riigihangete seadusest.⁶⁴ Pakkujate palus kohtul tühistada rahatrahvi. Kohtu hinnangul ei ole selline rahatrahv kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega, sest sama suure trahvi võib saada pakkuja, kellel on pakkumuses oluline puudus.⁶⁵ Võib järeldada, et hankijal on õigus küsida ebaselge või tehnilisele kirjeldusele mittevastava pakkumuse esitajalt selgitust, kui see ei vii uue pakkumuse esitamiseni (s.t pakkumuse sisulist muutmist) ja on kindel selles, et samasuguses situatsioonis pakkujate kohtleb samamoodi.

Slovensko otsus 2012. aastal kinnitab ka eelnevat. Slovensko hankemenetluse esemeks oli maanteedel teemaksukogumise teenuse tellimine. Hankija palus pakkujal anda oma pakkumuse kohta selgitusi. Selgituste kaudu soovis hankija teada saada konkreetsete tehniliste aspektide ja pakkumuse põhjendamatult madala maksumuse kohta. Vastused saades, lükkas hankija pakkumused tagasi. Haldusorgan Urad, kes on pädev läbi vaatama vaidlusi leidis, et ei olnud esitatud piisavalt selgitusi põhjendamatult madala maksumuse kohta ja ei olnud täidetud teatavaid tingimusi, mis olid hankedokumentides nõutud. Ei olnud täidetud punkti tingimused, mille kohaselt tuli kindlaks määrata tegurid, mis võimaldavad välja arvutada teemaksu. Madalamad kohtud jätsid vaidlustused rahuldamata, Slovakkia kõrgeim kohus esitas eelotsusetaotluse, kus tahtis teada, kas hankija otsused on kooskõlas liidu õiguse põhimõtetega seoses diskrimineerimise keelu ja läbipaistvusega riigihankelepingute sõlmimisel. Kas hankija otsus on nende põhimõtetega vastuolus, kui lükkab pakkumuse tehniliste tingimuste täitmata jätmise tõttu tagasi, palumata pakkujalt eelnevalt seda puudust selgitada, tuues põhjuseks pakkumuse põhjendamatult madala maksumuse ning nõudmata taotlejalt selgel viisil piisavalt selle kohta selgitusi.⁶⁶

Kui hankija on juba leidnud, et pakkuja pakkumus on ebatäpne või peab esitatud tehnilisele kirjeldusele mittevastavaks, siis sellises olukorras ei ole hankija kohustatud asjaomase pakkujaga ühendust võtma.⁶⁷ Mõningane võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte riive on lubatav ning

⁶⁴ *Ibid*, p 15-21.

⁶⁵ *Ibid*, p 24.

⁶⁶ EKo C-559/10, p. 13

⁶⁷ *Ibid*, p. 37,38

pakkumuses andmete korrigeerimine on lubatud ainult erandjuhtudel.⁶⁸ Otsusest näib, et hankijal tuleks järgida kahte punkti selgituste küsimisel:

- i. erandjuhul on võimalik parandada pakkumusega seonduvaid andmeid, kui ilmselgelt on vaja vaid täpsustust või parandada ilmsed tehnilised vead, nii et ei kaasneks tegeliku uue pakkumuse esitamist;
- ii. hankijal tuleb kohelda eri pakkujaid võrdselt ja lojaalselt, nii et valikumenetluse lõppedes ei näiks, et pakkujat on koheldud alusetult teistest soodsamalt või ebasoodsamalt.⁶⁹

Manova kohtuasjas Euroopa Kohus analüüsis, mil määral tuleb arvestada võrdse kohtlemise põhimõttega, kui hankija palub esitada dokumente peale taotluse esitamise tähtaja möödumist.⁷⁰ Hankemenetluse esemeks oli nõustamiskeskuse haldamisteenuste hankimine. Arvestades hanke teenuste asjaolusid, otsustati, et tuleb pidada läbirääkimisi ja hankemenetluses viidi esimese etapina läbi eelvalik. Üheks nõudeks kvalifitseerimistingimustes oli pakkuja viimase majandusaasta aruanne. Taotluselt puudusid kahel pakkujal majandusaasta aruanded. Hankija palus mõlemal esitada need, mida tehti samal ja järgneval päeval. Samad pakkujad läbisid eelvaliku ja said valitud edukateks osaletud hankeosades. Kolmas isik, kelle pakkumus oli hankija sõnul majanduslikult kallim, vaidlustas otsuse.

Pakkumuses toodud andmeid võib rangelt võttes üksnes täpsustada või parandada tingimusel, et see nõue puudutab andmeid või dokumente, mille puhul on võimalik objektiivselt kontrollida, et need on varasemad kui pakkumuse esitamise tähtaeg.⁷¹

Euroopa Komisjoni riigihankemenetluste suunistes on öeldud, et selgituse taotlusega on võimalik lasta pakkujal selgitada ebaolulisi selgitusi pakkuja poolt juba esitatud teabe kohta, näiteks:⁷²

- i) ebajärjepidev või vastuoluline teave pakkumuses;
- ii) pakutava toote või teenuse ebaselge kirjeldus;
- iii) väiksemad vead või puudused;
- iv) hankedokumentides sätestatud teisejärgulistele ja/või vorminõuetele mittevastavused.

⁶⁸ *Ibid.* p 41

⁶⁹ *Ibid.* p 40-41

⁷⁰ EKo C-336/12

⁷¹ *Ibid.*, p. 39

⁷² Euroopa Komisjon (2018). Spetsialistidele mõeldud riigihankemenetluste suunistes. lk 98

Ebamäärase pakkumuse puhul soovitab komisjon alati hankijal selgituste kaudu lasta pakkujal selgitada, kui koostatud tekst on ebamäärane, ebaselge ning hankijale teada olevate asjaolude põhjal võib arvata, et puuduse kõrvaldamine või selgitamine on lihtne.⁷³

Direktiivide üheks eesmärgiks on võimaldada hankijatele suuremat kaalutlusruumi.⁷⁴ Riigihanke direktiivi artikkel 56 lg 4 andis liikmesriigile õiguse ise otsustada, kui palju antakse vabadust hankijale selgituste küsimise kaudu parandada pakkuja pakkumust. Erinevalt riigihankedirektiivi artiklist 56 lg 3-st, kus on selgelt lubatud selgitusi nõuda hankijal, annab RHS § 46 lg 4 ajaperioodi, mille jooksul peab pakkuja võimaldama hankijale selgituste kaudu nõutud andmed või dokumendid. Sõnastuses saab välja lugeda, et selgituste küsimine hankija poolt on lubatud, kuid erinevalt direktiivist, ei ole seda otseselt välja öeldud.

Kuigi riigihankedirektiivist eesmärgist näib, et hankijale tahetakse anda rohkem kaalutlusruumi, siis RHS seletuskirjast võib välja lugeda, et seadusandja soov on liikuda riigihankemenetluses formaliseerituse põhimõtte poole.⁷⁵ Näib, et seadusandja soov on keelata igasugune vigade parandamine pakkumuses.

RHS ja selle seletuskiri annab õiguse hankijal küsida selgituse kaudu täpsustusi ainult selliste andmete või dokumentide kohta, mis on juba varasemalt pakkumuses tähtjaks esitatud. Autori arvates pole piisavalt selgitatud, kas iga vea esinemine on juba kõrvaldamist väärt hankemenetlusest. 1. peatükis on välja toodud väiksemad ja suuremad vead, ehk vormilised ja sisulised. Kas vormilise vea puhul on õigus küsida selgitusi, kui on ilmselge, et pakkuja on teinud inimliku vea ja pakkumus sellest ei muutuks. Siseriiklikus õiguses puuduvad hankijale kindlad piirid selgituse küsimisel, riigihankedirektiiv tahab anda rohkem kaalutlusõigust hankijale selgituste küsimisel, kuid Eesti seadusandja on leidnud, et riigihankemenetlus on formaalne menetlus, mis välistaks igasugused muudatused peale pakkumuse esitamise tähtaega.

Selguse saamiseks tuleb pöörduda kohtupraktika poole, kes on seadnud piirid, millal on hankijal õigus küsida selgitusi.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Treumer, S. (2006), The discretionary powers of contracting entities - towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice? Public Procurement Law Review 2006/3, lk 80.

⁷⁵ RHS eelnõu seletuskiri (450 SE I), lk 59

RHS-i seletuskirjas viidatakse Riigikohtu lahendile Corpore AS vs Eesti Töötukassa⁷⁶, öeldes, et selle otsuse järgi peaks riigihanke menetluses juhinduma formaliseerituse põhimõttest.⁷⁷ RK oli seisukohal, et riigihankemenetlus sisaldab muu hulgas ka formaalseid elemente, kuid oli vastu sellele, et riigihankemenetluses tuleks juhinduda formaliseerituse põhimõttest lähtuvalt.⁷⁸ RK lubab samas punktis pakkujal vormilisi puuduseid kõrvaldada.

Hankijal on selgituste küsimisel kaalutusõigus, mis tuleneb nii direktiividest kui ka RHS-st. Kasutades õigust küsida selgitusi, peab hankija olema kindel, et see oleks vastavuses nii võrdse kohtlemise kui ka läbipaistvuse põhimõtetega. Selgituse küsimisel peab hankija arvestama mitte ainult kehtiva seadusandlusega, vaid ka olulisi asjaolusid.

Kohtulahendite põhjal saab kokkuvõtlikult leida selgituste küsimise sisulise ulatuse ja piirid. Esiteks ei tohi selgituse kaudu pakkuja esitada andmeid või dokumente, mida pole varem pakkumuses esitatud või pole võimalik tuletada varasemast perioodist. Teiseks kui pakkumuses on näha, et pakkumus ei vasta hankija poolt seatud tingimustele, siis ei ole kohustatud hankija selle kohta selgitusi küsima. Kolmandaks on hankijal õigus täpsustada selgituste kaudu dokumente või andmeid, mille täiendamisel ei muudaks pakkumust, ehk täpsustamisega ei tekiks uue pakkumuse esitamine. Neljandaks tuleb hankijal kohelda kõiki pakkujaid võrdselt, nii, et pärast ei tekiks olukorda, kus pakkujad võivad tunda, et neid on kuidagi erinevalt koheldud võrreldes teiste pakkujatega.

2.2. Hankija kohustus küsida selgitusi

Euroopa Liidu õigusest ega RHS-st ei tulene, et hankijal oleks kohustus küsida selgitusi pärast pakkumuse esitamise tähtaega. Ka Euroopa Kohus on oma praktikas leidnud, et ebaselge või puuduliku pakkumuste puhul on hankijal õigus jätta selgitused küsimata ja lükata pakkumus mittevastavana tagasi, sest puudujääkide pakkumuses esinemine on pakkujal lasuva hoolsuskohustuse rikkumine pakkumuse koostamisel.⁷⁹ Kuna sama hoolsuskohustus on ka

⁷⁶ RKHKo 3-3-1-24-13

⁷⁷ RHS eelnõu seletuskiri (450 SE I), lk 59, viide 57

⁷⁸ RKHKo 3-3-1-24-13, p 19

⁷⁹ EKo C-332/12. p 42 ja 50

pakkujal tema seisundit kirjeldavate dokumentide esitamisel, ei tohiks olla hankijal kohustust lubada nendes dokumentides puuduste parandamist.⁸⁰

Olemas on võimalus võtta kasutusele "võimalik" või anti-formalistlik lähenemisviis, mis on suunatud konkurentsi maksimaalse võimaliku taseme säilitamisele, vältides pakkumuste tagasilükkamist, mis on liiga formaalsed ja/või vältides automaatseid tagasilükkamiskriteeriumeid nõuetele mittevastavate pakkumuste jaoks.⁸¹ Oluline on rõhutada, et asjaomane kohtupraktika on juba andnud mõned suunised, mis osutavad sellele suunale, rõhutades, et „[liidu] õiguskorra haldusmenetluses antud tagatised hõlmavad eelkõige hea halduse põhimõtet, mis hõlmab pädeva asutuse kohustust uurida hoolikalt ja erapooletult kõiki üksikjuhtumi asjakohaseid aspekte,⁸² mida riigihangete puhul tuleks tõlgendada nii, et avaliku sektori hankijatelt nõutakse pakkujate esitatud pakkumiste hindamisel piisavalt hoolsust⁸³, ja see võiks tekitada kohustuse otsida või teha parandusi riigihangetes esinevates vigades.⁸⁴ Kindlasti on hankijate kohustus läbi vaadata esitatud pakkumised võimalike vigade leidmiseks ja pakkujatega tuleks paranduste või täienduste saamiseks ühendust võtta selgituste kaudu nii, et oleks täidetud mittediskrimineerimise põhimõte. Pakkumuste täpsustamise võimaldamise ulatus ja selliste eeskirjade kehtestamine, mis võimaldavad formaalsetele nõuetele mittevastavaid pakkumisi paindlikult käsitleda, toetavad selle võimaliku lähenemisviisi kasutamist pakkumiste hindamisel (kui nõutava hoolsuskohustuse või hoolika halduse kohustuse nõudmine hankijatelt).⁸⁵

Sellega seoses on hankija kohustatud korraldama pakkumuste läbivaatamise vastavalt hea halduse põhimõttele, nagu on põhjendatud EL kohtupraktikaga. Järelikult on ta seetõttu oma võimu teostamiseks kohustatud küsima täiendavat teavet olukorras, kus selgituste küsimine pakkumise kohta on selgelt, nii praktiliselt võimalik ja ka vajalik, ja nii kaua, kui selle kohustuse kasutamine selgituste saamiseks on kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega.⁸⁶ See tähendab, et hankija peab kasutama mitteformaalset lähenemisviisi, mis võimaldab pakkumisi tõhusalt hinnata - hoolimata väikestest puudustest, ebaselgustest või ilmsetest vigadest. Nagu kohtupraktikas rõhutatakse, juhul

⁸⁰ Minumets, D. (2016), *supra nota* 31, 22.

⁸¹ Dr. Sanchez-Graells, A. (2017) *Shaping EU Public Procurement Law. A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015-2017*. Kluwer Law International B.V, lk 64.

⁸² EKo T-376/05, p 76.

⁸³ *Ibid.* p 83.

⁸⁴ Arrowsmith, S. (2014), *The Law of Public and Utilities Procurement Volume 1: Regulation in the EU and UK*. Sweet & Maxwell, lk 823.

⁸⁵ Bovis, C. (2015). *Research Handbook on EU Public Procurement. Second Edition*. Oxford University Press. lk 678-679.

⁸⁶ EKo T-211/02, p 37, 38.

kui pakkumuse tingimused iseenesest ja ametiasutusele teadaolevad asjaolud näitavad, et ebaselgusel on tõenäoliselt lihtne seletus ja see on hõlpsasti lahendatav, siis printsiiabis on see vastuolus hea halduse põhimõtetega kui pakkumus lükatakse tagasi ilma, et hankija kasutaks oma õigust selgitusi saada. Järelikult on pakkumuse tagasilükkamise otsusega sellistel asjaoludel tegemist hankija ilmse kaalutusveaga ja võib põhjustada tarbetu konkurentsi piiramise.⁸⁷

Seetõttu peaksid hankijad tagama, et hankelepingu sõlmimiseni viivate pakkumiste hindamine põhineb pakkumuste sisulisel hindamisel - rakendades võimalikku või mitteformaalset lähenemisviisi, mis välistab puht formaalsed otsused, mis omakorda piiravad põhjendamatult konkurentsi; tagades alati võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise. Sellegipoolest on oluline rõhutada, et hea halduse kohustus ei ulatu nii kaugemale, et hankijalt nõutakse selgituse saamist kõigil juhtudel, kui pakkumine on mitmetähenduslikult koostatud.⁸⁸ Eelkõige arvutuste ja muude võimalike ilmsete tehniliste vigade osas on hea halduse kohustus märkimisväärselt piiratum ja ametiasutuse hoolsus nõuab vaid selgituste küsimist silmnähtavate vigade taustal, mis oleks tulnud avastada pakkumise hindamisel.⁸⁹ See on nii seetõttu, et nagu Euroopa Kohus on selgelt märkinud, võivad ilmsete vigade esinemine ja nende hilisem muutmine või parandamine põhjustada võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist.⁹⁰

Üldiselt on Euroopa Liidu Kohtu kohtupraktika seadnud piirid pakkumuste selgitamiseks, täiendamiseks ja parandamiseks, mille peamine eesmärk on pakkujate vahelise diskrimineerimise ennetamine. Eeldusel, et diskrimineerimine ei ole risk või see on välistatud piisavate menetlusmehhanismide kaudu, võivad hankijad, kes soovivad nõuetele mittevastavaid pakkumusi "päästa", kasutada võimalikku lähenemisviisi, mille eesmärk on tagada, et pakkumuste hindamisel ja lepingu sõlmimisel säilitatakse konkurentsieeliseid, võttes vastu pigem funktsionaalse kui formaalse lähenemise.⁹¹

Hankijal on kohustus küsida teatavatel asjaoludel pakkuja käest selgitusi või nõuda esinevate puuduste kõrvaldamist pakkumuses esitatud dokumentides. Selline kohustus kehtib ainult siis, kui

⁸⁷ Dr. Sanchez-Graells, A. (2017), *supra nota* 77, 64.

⁸⁸ EKo T-211/02, p 37.

⁸⁹ EKo T-495/04, p 66-70.

⁹⁰ EKo T-19/95.

⁹¹ Dr. Sanchez-Graells, A. (2017), *supra nota* 77, 65.

pakkuja poolt koostatud tekst on hankijale ebamäärane ja ebaselge ning hankija leiab, et olemasoleva informatsiooni põhjal on puudused lihtsalt selgitatavad või kõrvaldatavad.⁹²

Riigihankedirektiivi järgi on hankija selgituste küsimine õigus, mitte kohustus. Samas tuleb arvestada kaalutlusõigust kooskõlas kaalutlusreeglitega. Üheks nõudeks on proportsionaalsuse põhimõte, mis on üks riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid⁹³ ning EL õiguse üldpõhimõtteid. Samuti on Riigikohus leidnud, et kui on administratsioonile seadusega ette nähtud kaalutlusruumi, siis viimane peab seda ka reaalselt kohaldama.⁹⁴ See tähendab, et erandlikel juhtudel on võimalik, et hankijal, võttes arvesse proportsionaalsuse põhimõtet on kohustatud küsima pakkujalt selgitusi.⁹⁵

VAKO on ühes oma kaasuses toonud välja olukorra, kus hankija oleks pidanud küsima selgitusi.⁹⁶ Hankemenetluse esemeks oli eriarstiabi teenused. Pakkujal jäi pakkumuse vormi esileht esitamata, kus on kinnitus pakkumuse jõusoleku kohta 6 kuuks. Pakkuja väitis, et riigihangete registri tõrke tõttu ei olnud vorm esitatud. Pakkujalt oleks pidanud selgituste kaudu nõutud vormi küsima, kuid seda ei tehtud. Hankija lükkas pakkumuse tagasi, selgitades, et pakkumuse jõusoleku tähtaja puudumine pakkumuses ei ole vormiviga, tegemist on sisulise mittevastavusega RHAD-s nimetatud tingimustele. Kui ettevõtja on jätnud oma hoolsuskohustust täitmata, siis puudub hankijal õigus küsida temalt pakkumuse esilehe vorm pärast pakkumuse tähtaja saabumist.⁹⁷ Otsuses jõudis VAKO seisukohani, et selgitusi saab küsida siis, kui sellega ei kaasne uue pakkumuse esitamist ja sellega ei näiks, et on ühte või mitut pakkujat teistest kas soodsamalt või ebasoodsamalt koheldud. Selgitamisnõue peab siiski puudutama ainult selliseid dokumente või andmeid, mille puhul on võimalik objektiivselt kontrollida, et need olid pakkumuste esitamise tähtpäevast varasemad. RHS kohaselt on pakkujalt selgituste küsimine hankija õigus kuid mitte kohustus. Taolistes olukordades peab hankija kasutama oma kaalutlusõigust, mida peab teostama koos sätestatud kaalutlusreeglitega. Juhul kui seadus näeb ette, et hankijal on võimalus kasutada selgitamist ja kaalutlusotsusest näib, et peaks seda kasutama, siis tuleb kaalutlusõigust kasutada. Võttes arvesse proportsionaalsuse põhimõtet, leiab VAKO, et hankija on erandlikel juhtudel

⁹² Euroopa Komisjon (2015). Riigihanked. Praktilisi näpunäiteid kõige levinumate vigade vältimiseks Euroopa struktuuri- ja investeerimisfondidest rahastavate projektide riigihangetes. 20. november 2019. Kättesaadav: https://www.struktuurifondid.ee/sites/default/files/guidance_public_proc_et_2016.pdf.

⁹³ RHS RT I, 13.03.2019, § 3 p 1.

⁹⁴ RKO 3-3-1-52-02, p 11.

⁹⁵ VAKO 21.09.2018 otsus 177-18/194960, p 18.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, p 5.3.

kohustatud küsima pakkujalt selgitusi. Hankijal oli kohustus küsida pakkujalt sellekohaseid selgitusi. Hankijale jäid pakkuja pakkumuse jõusoleku fakt ja tähtaeg ainult segaseks.⁹⁸

Kokkuvõttes - kohustus küsida selgitusi esineb väga erandlikel juhtudel. Hankijal on õigus nõuda ettevõtjalt tähtjaks esitamata dokumendi või andmete lisamist/parandamist peamiselt siis, kui viga on ilmne ja selle kõrvaldamine on võimalik selgituste kaudu ning kui viga mis tehti pakkumuses on niivõrd lihtsalt parandatav, et selle küsimata jätmine on hankija poolt selgelt ebaproportsionaalne käitumine.⁹⁹ Lihtsalt parandatava vea korral võib tekkida proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt hankijal kohustus selgitust küsida.

2.3. Selgituste lubatavuse õiguslikud piirid

Selgituste lubatavuse õiguslike piiride olemasolu, ulatuse ja rakendamise hindamine on oluline, et teha õiguspärane otsus, kas selgituste küsimine on lubatav või mitte.¹⁰⁰

Esiteks peab hankija enne selgituse küsimist kaaluma, kas see võib riivata mõne riigihankemenetluses osaleja ettevõtja huve. Hankija peab järgima Euroopa hankedirektiivides ja RHS-s sätestatud riigihanke üldpõhimõtteid. Selgituste küsimisel¹⁰¹ tuleb järgida turul osalejate ja pakkumuse esitanud pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtet.

Hankija peab seega kindlasti arvesse võtma ja analüüsima, kuivõrd pakkumusest tulenev ja/või hankija poolt tekitatud selgituste küsimise vajadus ja selgituse küsimine võib tekitada selle selgituse küsimise kuritarvitamise. Näiteks pakkumuste esitamise tähtpäevaks esialgselt riigihanke tehnilistele tingimustele mittevastava pakkumuse saab pakkuja selgitusküsimise kaudu muuta tingimustele vastavaks nii et selle tulemusena ta osaleks hankemenetluses edasi, kui riigihanke tingimustele vastava pakkumuse esitanud pakkuja. Teiseks probleemiks on siin asjaolu, et selgituste küsimisega pärast pakkumuste esitamise tähtaega annab hankija talle sisuliselt lisa-aega oma pakkumuse koostamiseks, mida saaks tõlgendada ka taoliselt, et võrreldes teiste pakkujatega antakse ühele nendest eksklusiivne täiendav aeg oma pakkumuse vormistamiseks.¹⁰²

⁹⁸ VAKO 21.09.2018 otsus 177-18/194960. p 19.

⁹⁹ Minumets. D. (2016), *supra nota 31*, 29.

¹⁰⁰ Arrowsmith, S. (1997), *Future Prospects for the European Community's Regime on Public Procurement*. Academy of European Law. lk 93.

¹⁰¹ EKO C-336/12, p 38.

¹⁰² Minumets. D. (2016), *supra nota 31*, 17.

Hankija peab selgituste küsimisel arvestama eelkõige nende pakkujate õiguste ja huvidega olla võrdselt koheldud, kelle esitatud pakkumus, andmed ja dokumendid vastasid esitatud tingimustele. Kui nõuetekohaste pakkumuste, andmete ja dokumentide esitanud pakkujate õigusi silmas pidades võiks hankija rakendada selgitusküsimist, siis peab hankija olema kindel, et kõiki samasuguste parandamisvajadustega pakkumusi ja dokumente esitanud pakkujaid koheldakse võrdselt vajalike andmete ja dokumentide küsimisel.¹⁰³

Kui hankija on veendunud, et ta ei riiva ühegi riigihankemenetluses osaleva pakkuja huve ja õigusi, mis võiks viia mõne pakkuja ebavõrdse kohtlemiseni, saab hankija hinnata, kas pakkumuses esinev puudus võiks olla selgituste küsimise menetluse kaudu ületatav. Oluline on siinkohal kas hankija soovib ning millistes piirides ta võimaldab pakkujal oma pakkumust parandada, võimaldada lisada puuduvaid andmeid või dokumente, või hoopiski võimaldada pakkujal täpsustada oma pakkumust.

Lisaks eelpooltoodud võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest, on hankijal kohustus samuti lähtuda kontrollitavuse, proportsionaalsuse ja konkurentsi efektiivse ärakasutamise printsiipide kriteeriumidest. Viimatinimetatud kriteeriumide juures käesolevas töös lähemalt ei peatuta, kuna need on tihedalt seotud võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiipidega. Autori arvates kontrollitavuse ja proportsionaalsuse printsiibid viitavadki riigihangete läbipaistvale läbiviimisele, st et riigihangetes kasutatavad dokumendid, tehtavad toimingud ja otsused oleksid avalikult kättesaadavad ja jälgitavad ning seega ka kontrollitavad. Proportsionaalsuse printsiip on oluline tulenevalt põhimõttest, mille kohaselt on hankijal kohustus võimaldada pakkujatel oma esitatud pakkumusi selgitada, teatud juhtudel võib selgituste küsimata jätmine olla proportsionaalsusprintsiibi rikkumine. Hankijal on küll kaalutusõigus, kuid proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt tuleb pakkujaid võrdselt ja proportsionaalselt kohelda – selgitusküsimusi tuleks küsida kõigilt pakkujatelt, kelle pakkumuses esinevad puudused või vead, mida on võimalik selgitusküsimuste kaudu selgitada või parandada.¹⁰⁴ Konkurentsi efektiivse ärakasutamise printsiip ei ole otseselt seotud läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise printsiibiga pakkumuste kohta selgituste küsimise vaatevinklis, kuid need printsiibid omavad olulist tähtsust riigihangete

¹⁰³ Verschuur, S. (2006), Competitive dialogue and the scope for discussion after tenders and before selecting the preferred bidder – what is fine-tuning etc? Public Procurement Law Review 2006/3, lk 330.

¹⁰⁴ Brown, A. (2014) The Court of Justice Rules that a Contracting Authority May Accept the Late Submission of a Bidder's Balance Sheet, Subject to Certain Conditions: Case C-336/12 Danish Ministry of Science, Innovation and Higher Education v Manova A/S. Public Procurement Law Review. lk 231.

ettevalmistamise ja RHAD-de ja pakkujate kvalifitseerimistingimuste koostamisel. Oluline aspekt on, et riigihanke tulemusena saaks hankija oma soovitud ostetava toote või tellitava teenuse osas konkureerivaid pakkumusi, seega ka on taotluseks piisava arvu pakkujate osalemise tagamine riigihankes, mis tekitab konkurentsolukorra ning pärast seda on hankijal võimalik küsida selgitusi juba esitatud pakkumuste kohta, juhul kui neis esinevad vead, puudused või ebatäpsused.

Järgnevalt läheneb autor selgitusküsimuste kaudu pakkumustes esinevate puuduste kõrvaldamiseks läbi kolme võimaliku ja erineva raskusastmega olukorra analüüsi, milleks on esiteks juhtum, kui pakkumuses puuduvad hankija poolt nõutud andmed ja/või dokumendid, teiseks, kui pakkumuses puuduvad hankija poolt nõutavad andmed osaliselt ning kolmandaks, kui pakkumuses esinevad erinevate tunnustega vead.

Pakkumuses esinevad andmete ja/või dokumentide puudused viitavad esialgu pakkumuse mittevastavaks tunnistamise vajadusele, kuna esmapilgul on pakkujalt küsitud andmed või dokumendid pakkumuse koosseisus puudu. Kuid sellises situatsioonis tuleb autori arvates kaaluda mitmeid aspekte, sh kas andmete ja dokumentide esitamise nõue oli esitatud selgelt, otseselt või kaudselt; kas pakkujal võis tekkida RHAD-es esitatud tingimuste või nõuete baasil arusaam, et kas:

- i) vastava andme või dokumendi esitamine võis olla valikuline või vabatahtlik;
- ii) nõutud andmed või dokumendid esitati osaliselt või mittetäielikult;
- iii) nõutavad andmed või dokumendid on kättesaadavad osaliselt või täielikult avalike andmebaaside kaudu;
- iv) nõutavad andmed või dokumendid aeguvad riigihankemenetluse jooksul ning kas neid oleks vajadus uuendada ning kas sellised hankija toimingud tulenevad tema kaalutlusõigusest või seadus sätestab kindlad piirid ning nendest tuleb hankijal oma toimingute ja otsuste tegemisel rangelt lähtuda.

Näiteks kui on RHAD-de koosseisus tehnilise kirjelduse võrdlustabel, kuhu pakkujal tuleb võrdlusmomendi saavutamiseks sisestada oma pakutava toote parameetrid ning selle tabeli esitamine on kohustuslik. Kui seda tabelit esitatud ei ole, siis on tegemist pakkumuse sisulise mittevastavusega ning taoline pakkumus tuleb tagasi lükata. Selline nõue tuleneb otseselt RHS § 114 lg-st 2, mille kohaselt lükkab hankija pakkumuse tagasi kui see ei vasta RHAD-es esitatud tingimustele, st selles esinevad parandamatud sisulised kõrvalekalded RHAD-es esitatud tingimustest. Või jällegi teises situatsioonis, kui on riigihanke alusdokumentide koosseisus

tehnilise kirjelduse võrdlustabel, kuhu pakkujal tuleb võrdlusmomendi saavutamiseks sisestada oma pakutava toote parameetrid ning selle tabeli esitamine on kohustuslik, kuid pakkuja ei ole nõutud võrdlustabelit ja nõutavas formaadis esitanud, kuid on lisanud toote brošüüri, kust on hankijal võimalik kerge vaevaga taotletud parameetrid üles leida ja nõutud parameetritega võrrelda. Sellisel juhul tuleb hankijal kasutada oma kaalutusõigust ning pigem tuleks selline pakkumus tunnistada vastavaks, kuna seeläbi soodustatakse konkurentsi (pakkuja on pädev antud toodet või teenust pakkuma ja on küsitud andmed esitanud) ja teiste pakkujate õigusi ei rikuta.¹⁰⁵ Pakkuja poolt esitamata andmete ja dokumentide tulemusena võib tekkida hankijal soov saada pakkujalt seni esitamata andmeid või dokumente puuduvate või juba esitatud andmetele lisaks. Uued andmed ja dokumendid on autori arvates taolised, mida ei ole pakkuja pakkumuste esitamise tähtjaks esitanud, st need puuduvad pakkumuse ja selle lisade koosseisust ning need on vajalikud tõendamaks, et esitatud pakkumus vastaks RHAD-s esitatud tingimustele.

Pakkujad peavad rakendama maksimaalset hoolsust, et hankija poolt RHAD-ses küsitud kõik andmed ja kõik dokumendid oleksid nõuetekohasel viisil ja vormis ning sätestatud pakkumuste esitamise tähtjaks esitatud. Andmete ja dokumentide mitteesitamisel rikub pakkuja oma kohustust olla hoolas¹⁰⁶, siis on hankijal sellisel juhul seadusest tulenev õigus ja ka kohtustus jätta taoline pakkumus tähelepanuta ning see tagasi lükata, millega pakkuja edasine osalemine hankemenetluses on välistatud.¹⁰⁷ Kui ülejäänud pakkujad on oma hoolsuskohustust pakkumuse koostamisel ja esitamisel täitnud, st esitanud õigel ajal kõik nõutavad andmed, siis nende hoolsate pakkujate huve võidakse riivata juhul, kui hankija annab ühele või mitmele mittehooleale pakkujale võimaluse esinevad puudused kõrvaldada. Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiibi teatud määral riivamine on Euroopa Kohtu arvates aktsepteeritav ning vaid puuduse kõrvaldamiseks võimaluse andmine ei riku võrdse kohtlemise printsiipi juhul, kui pakkujal on võimalus saada selgitusenõudele vastamisega hankemenetluses ebaausat eelis on võimalikult minimaalne.¹⁰⁸ Sama põhimõte on sätestatud ka kehtivas hankedirektiivis, mille kohaselt võib hankija küsida andmete või dokumentide puudumisel või puudulikkuse puhul nende lisamist arvestades, et nende andmete küsimine on ranges kooskõlas pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiibiga.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Minumets. D. (2016), *supra nota 31*, 20.

¹⁰⁶ EKo C-599/10, p 38.

¹⁰⁷ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 95 lg 4.

¹⁰⁸ EKo C-599/10, p 40.

¹⁰⁹ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 104 lg 7.

Oluline küsimus on kas ja kuidas on hankija sätestanud RHAD-s andmete ja dokumentide esitamise viisi, nii formaalses (näiteks dokumendi vorm) kui ka sisulises (näiteks andmeväli, mida hankija küsib) väljenduses.

Pakkuja õigus esitada andmeid või dokumente. Näiteks on hankija RHAD-ga sätestanud, et pakkuja võib lisaks nõutud andmetele ja dokumentidele lisada oma toodet iseloomustavaid reklaammaterjale. Taolised lisamaterjalid võivad aidata hankijal aru saada täpsemalt pakutava toote iseärasusi, tehnilisi andmeid jm. Ja kui näiteks sellisel juhul on esitatud pakkumuses ebatäpsusi, siis lisatud materjalid aitavad hankijal paremini hinnata nõutud toote vastavust esitatud tingimustele ning hankijal puudub vajadus küsida selgitusi. Pakkuja võib tavapäraselt esitada pakkumuse koosseisus reklaammaterjale, mis annaksid hankijale võimaluse paremini mõista mingi kindla toote või teenuse tehnilisi omadusi ja iseärasusi. Nende puudumine ei anna hankijale alust tunnistada esitatud pakkumus mittevastavaks, kuna RHAD-s reklaammaterjalide esitamise nõue puudus. Taolisel juhul võib hankija küsida pakkujalt selgituste kaudu informatsiooni reklaammaterjalide olemasolu kohta ja paluda pakkujal need võimalusel need esitada, ilma et oleks kahjustatud teiste pakkujate huvid või riivatud nende õigusi.

Pakkuja kohustus esitada formaalseid andmeid ja dokumente. Näiteks on hankija nõudnud, et pakkuja esitaks vabas vormis kinnituse, milles tuleb välja tuua toote tehnilised põhinäitajad ja omadused, kusjuures hankija ei ole sätestanud täpselt, milliseid andmevälju kinnituses tuleks esitada. Autori arvates võib sellisel juhul olla tegemist hoopiski mitte hooletu pakkujaga vaid hankija hooletusega, eriti siis kui nõutud dokumendis esitatavad andmed on vajalikud pakkumuse vastavuse hindamiseks RHAD-s esitatud tingimustele. Hankija peaks alati sätestama täpselt, milliseid andmeid ta pakkujalt ootab, et ei tekiks eelpoolnimetatud olukorda. Kõikidele üheselt arusaadavate andmeväljade, mõõtühikute, ja muude parameetrite esitamine näiteks tabelkujul tuleb hankijale pakkumuste vastavuse hindamisel igati kasuks. Hankijal on küll kaalutusõigus selgituste kaudu täiendavate andmete küsimiseks, kuid ühelt pakkujalt puuduvate andmete küsimisega võib ta riivata teiste pakkujate huve, kes vajalikud andmed olid esitanud. Hankija võiks sellisel juhul hoopis kaaluda uue täpsustatud tingimustega riigihanke läbiviimist.

Pakkujal lasub kohustus esitada sisulisi andmeid ja dokumente. Näiteks on hankija nõudnud, et pakkuja esitaks määratud andmeväljadega (pakkumuse toodete ja nende alaosade maksumused ja kogumaksumus) dokumendi. Sellisel juhul tuleks maksumuse tabeli puudumisel pakkumusest, see tagasi lükata, kui sisuliselt mittevastav pakkumus. Eraldi küsimus on kui pakkumuse maksumuse

tabelis esinevad vead, või arvutusvead (viimasel juhul RHS kohaselt hankija parandab ise pakkumuse arvutusvead ja kooskõlastab paranduse pakkujaga)¹¹⁰ või pakkumuses esinevad) või muud puudused ning kas sellisel juhul selgitusküsimustega puuduste kohta ning puuduva informatsiooni saamisega ning kõnealuse pakkumuse vastavaks tunnistamisega võidakse riivata teiste huve ehk siis rikkuda võrdse kohtlemise printsiipi.¹¹¹

Seega on nõutavate andmete ja dokumentide pakkumuse koosseisus esitamata jätmise sisuline puudus, mis ei võimalda hankijal tunnistada selline pakkumus hankedokumentides esitatud tingimustele¹¹² ning sellise puuduse heastamine selgitusküsimuste kaudu ei ole üldjuhul võimalik.¹¹³ Lubatud on küll selgitusküsimuste kaudu lisada pakkumusele andmeid ja dokumente, mis puudutavad pakkumuse vormilist poolt, see tähendab, et tegemist on vähemoluliste aspektide ja üksnes dokumentide vormilise küsimusega.¹¹⁴ Kokkuvõttes võib öelda, et pärast pakkumuste esitamist pakkumuse koosseisus puuduvate formaalsete dokumentide uuesti esitamine on lubatud, kui nende esitamise nõue on olnud vaid formaalne kohustus ja selle dokumendi esitama jätmise pakkumuste vastavuse kontrollimise, võrdlemise ja hindamise tulemusi sisuliselt ei mõjutaks. Näiteks kui pakkuja jätab esitamata ühe formaalse vormi, kuhu on nõutud pakkumuse kogumaksumuse esitamist, samas pakkumuse kogumaksumus sisaldub pakkumuse koosseisus olevates teistes dokumentides ja hankijal on see hõlpsasti leitav või tuvastatav. Sellisel juhul puuduva formaalse dokumendi küsimine selgitusküsimuse kaudu pakkumust sisuliselt ei muuda. Euroopa Kohtu seisukohtadest¹¹⁵ nähtub, et selgitusnõude saamisega ei tohi selle adressaat saada hankemenetluses põhjendamatu eelist teiste pakkujate ees. Hankemenetluses on pakkujatele kehtiva põhiprintsiibi alusel antud võrdsed võimalused pakkumuste ja nende koosseisus olevate andmete ja dokumentide õigeaegselt määratud tähtpäevaga esitamiseks¹¹⁶ ja selgitusnõude esitamisega ühele või mitmele pakkujatele saab see või need lisaajaga oma pakkumuse esitamiseks, ehk tal või nendel tekib rohkem aega nõutud andmete ja dokumentide formeerimiseks ja esitamiseks.¹¹⁷

¹¹⁰ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 117 lg 3.

¹¹¹ *Ibid*, § 3 lg 2.

¹¹² *Ibid*, § 117 lg 2

¹¹³ VAKO 21.02.2014 otsus 21-14/147095 p 9.

¹¹⁴ EKo C-599/10, p 40.

¹¹⁵ EKo C-331/6, p 39 ja 42.

¹¹⁶ EKo C-42/13, p 50.

¹¹⁷ Arrowsmith. S. (2008), *The Law of Public and Utilities Procurement* 2ed, Sweet & Maxwell, lk 153.

Oluline on andmete ja/või dokumentide esitamata jätmisel asjaolu, et kui hankija on ise oma RHAD-es sätestanud mingite kindlate andmete või dokumentide esitamise nõude ja sätestanud samas, et nende andmete või dokumentide puudumisel pakkuja poolt esitatud pakkumus tunnistatakse mittevastavaks ning see lükatakse tagasi. Sellisel juhul ei ole hankijal võimalik selgituste kaudu aktsepteerida pakkuja poolt hiljem esitatud andmeid või dokumente. Sellisel juhul ei ole selgituste küsimine õigustatud, see riivaks teiste, korrektsed pakkumused esitanud pakkujate huve. Kõik pakkujad peavad võrdselt arvestama hankija sätestatud tingimusi ja reegleid, mis on kõikidele võrdselt kohaldatavad ning uute reeglite kehtestamisega võrreldes esialgu RHAD-es sätestatuga rikutakse samuti riigihanke teist põhiprintsiipi – riigihanke läbipaistvust.¹¹⁸ Riigikohtu otsuse kohaselt¹¹⁹ on pakkujate võrdne kohtlemine tagatud juhul, kui samalaadsete andmete või dokumentide esitamata jätnud pakkujatele antakse puuduse kõrvaldamiseks ühetaoline võimalus.¹²⁰ Siiski tuleb Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt selgitusnõuete küsimisel arvestada mitte ainult nende pakkujate õigustega, kes olid sarnaselt nõutavad andmed või dokumendid jätnud esitamata, vaid arvestada tuleks siiski kõigi pakkujate õigustega ja selle võimaliku riivega.¹²¹ Samuti võib esineda erandlik situatsioon, kus pakkuja ei saanud on jätnud nõutavad andmed või dokumendid esitamata juhul, kui see asjaolu oli põhjustatud hankija poolt või tegemist on mõne muu erandliku olukorraga, näiteks *force majeure* asjaoludega või pakkumuste esitamiseks vajalike süsteemide (elektroonilised hankesüsteemid vms) tõrgetega.

Osaliselt puuduvate andmete puhul on kõige raskem hinnata selgituse küsimise seaduslikkust, sest hankija peab hindama selgituse küsimise vajalikkust erinevatel asjaoludel – üheltpoolt - kas puuduvad andmed olid hankija poolt rangelt nõutavad või teiselt poolt - andmete puudus oli tingitud näiteks lihtsast inimlikust eksimusest. Autor toonitab, et eelkõige tuleb hankijal enne kaalutlusõigusest tuleneva otsuse tegemise, kas rakendada selgitusküsimist või mitte, analüüsida kuivõrd selgitusküsimise tulemusena pakkujalt saadavad andmed võivad muuta pakkumuse vastavust (esialgne mittevastavus muutuks vastavuseks). Kui esitatud pakkumus on sisuliselt vastav RHAD-es esitatud tingimustele, kuid samas vajavad mõningad pakkumuses sisalduvad näiteks tehnilised parameetrid täpsustamist (erinevate mõõtühikute kasutus ja nende ühtlustamise vajaduse võrreldavuse taotlemiseks; ebaselge arvutuskäik; mõningate parameetrite puudumine, mis annaksid selgema ülevaate pakutava iseloomust ja parameetritest, vms). Mitte mingil juhul ei

¹¹⁸ EKo C-496/99, p 115.

¹¹⁹ RKHKo 3-3-1-24-13, p 22.

¹²⁰ *Ibid*, p 18.

¹²¹ EKo C-336/12, p 37.

tohi pakkuja saada selgitusküsimuse tulemusena mingitki eelist teiste pakkujate ees. Euroopa Kohtu otsuse kohaselt võib andmete hilisemat esitamist aktsepteerida juhul, kui need dokumendid olid enne pakkumuste esitamise tähtpäeva olemas ning kui RHAD-ga ega ka seadusandlusega ei ole taolise võimaluse andmine välistatud.¹²²

Erandina sätestab RHS, et kui pakkumuse maksumuses esineb arvutusviga, hankija parandab selle ise ja kooskõlastab paranduse pakkujaga¹²³.

Muude vigade osas pakkumuses tuleb hankijal hinnata, kas hankemenetluses pakkuja poolt esitatud ebaõige informatsiooniga pakkumuse on selgituste küsimise kaudu parandatav ning kas selle tulem on kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiibiga ja seega ei piira teiste pakkujate õigusi ja ei riku nende huve riigihankes osalemisel.

Hankijal on pakkumuses esitatud puudustega andmete parandamiseks võimalik nõuda pakkujalt selgitusi konkreetse vea osas. Hankija saab lugeda esitatud selgitus piisavaks, et teha otsus pakkumuse vastavuse või mittevastavuse osas või hankija nõuab pakkujalt sealise dokumendi parandamist ja uuesti esitamist. Formaalselt on puuduolev dokument esitatud, kuid selles esinev viga vajab parandamist. Sisuliselt asendatakse puudustega andmed pakkumuses uute korrektsete andmetega. Näiteks, kui pakkuja ja tema tooted on hankijale teada varasematest riigihangetest ning pakkumuses on ilmselge hankija poolt tuvastatav näiteks toote mõõtu iseloomustav viga, mida hankija ei pea või saab lihtsalt kontrollida. Sellisel juhul võiks esmapilgul tunduda korrektne, kui hankija paluks pakkujal vastavas dokumendis viga parandada ning see dokument uuesti esitada, kuna konkreetsetes hankemenetluses on vajalik esitatud pakkumuste hindamine ja võrdlemine ning kõik võrreldavad ja hinnatavad näitavad peavad tulenema esitatud pakkumusest (või siis selgitusküsimise tagajärjel parandatud dokumendist). Siin tuleks siiski arvestada asjaoluga, et pakkumuste esitamine konkreetsetes hankes on toimunud ja uute pakkumuste esitamine ei ole võimalik. Samuti puudub seos kahe erineva riigihanke vahel taoliselt, et hankija võiks ühe riigihanke raames tunnistada vastavaks pakkumuse, mis oli esitatud näiteks sarnases eelmises riigihankes või saada toote vastavuse kohta informatsiooni teise pakkuja pakkumuse alusel. Hankija saab lähtuda vaid konkreetse riigihanke raames esitatud konkreetse isiku poolt esitatud pakkumusest ja selles sisalduvatest andmetest.¹²⁴

¹²² EKo C-336/12, p 50.

¹²³ RHS RT I, 13.03.2019, 145, § 117 lg 3

¹²⁴ VAKO 02.06.2014 otsus 109-14/150491 p. 17-20

Võib esineda ka olukord, kus pakkuja esitab näiteks pakkumuse, kus on toodud mitme sarnase toote parameetrid ja hankijal on raske tuvastada, millist toodet konkreetselt pakkuja soovib pakkuda. Tooted võivad olla minimaalsete erinevustega või modifikatsioonidega ning sellest lähtuvalt võivad olla erinevad lisaks parameetritele ka pakutavate toodete hinnad (oluline just raamlepingute puhul, kus hinnad võivad minikonkursside tulemustena varieeruda). Sellisel juhul tuleks hankijal lähtuda RHAD-s sätestatust, ning hinnata esitatud toodete vastavust etteantule. Kui näites toodud tooted ja/või selle modifikatsioonid on RHAD-le vastavad, siis saab hankija asuda pakkumuste hindamise ja võrdlemise juurde.

Samuti võib esineda olukord, kus riigihankemenetluse läbiviimise aeg venib mingil põhjusel ning pakkuja poolt esitatud tooteid enam ei toodeta või toodetakse uue nimetuse või modifikatsiooni all. Sellisel juhul tekib hankijal õigustatud küsimus pakkujale vastava selgitusküsimuse esitamiseks, mis iseenesest võib olla tekkinud ka näiteks pakkuja enda poolt antud informatsiooni põhjal.

Vigade või andmete parandamise puhul tuleb lähtuda riigihanke põhiprintsiipidest, ehk siis Euroopa Kohtu otsuste baasil on andmete parandamine võimalik vaid juhul, kui selgituste nõudmine ei anna konkreetsele pakkujale eeliseid teiste pakkujate ees konkreetsetes hankemenetluses¹²⁵ ning lubatud on vaid formaalsete ja mitte sisuliste (pakkumuse sisu ei muutu) paranduste tegemine.¹²⁶ Euroopa riigihangete direktiivi kohaselt on hankijal õigus nõuda pakkujalt pakkumuses sisalduva andmete või dokumentide kohta selgituse küsimist tingimusel, et selline selgitusküsimus esitatakse ranges kooskõlas pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiipide põhimõtetega, juhul kui pakkuja poolt esitatud andmed on valed või on näivalt valed. Sisuliste paranduste võimaldamine vealistes või puudustega pakkumustes või muuta esialgset RHAD-de tingimustele mittevastava pakkumuse riigihanke tingimustele ja nõuetele vastavaks või hoopiski muuta pakkumust hankijale soodsamaks, mistõttu antakse hankija poolt sellele pakkujale riigihankemenetluses põhjendamatu eelis, millega omakorda rikutakse riigihanke põhiprintsiipi – pakkujate võrdset kohtlemist. Seetõttu ei tohi pakkumuste andmete parandamise käigus pakkujalt saadud uued andmed esialgset pakkumust sisuliselt muuta ja ka mitte tuua pakkumusse andmeid ja tingimusi, mis seal esialgselt ei sisaldunud.¹²⁷

¹²⁵ EKo C-336/12, p 37.

¹²⁶ EKo C-559/10, p 40.

¹²⁷ Taube. K. (2012), Pakkumuse muutmine riigihankemenetluses pärast pakkumuste esitamise tähtaega. Magistritöö. Juhendaja M. A. Simovart. Tartu Ülikool, lk 51.

Kokkuvõtvalt on võimalik selgituste kaudu korrigeerida või parandada pakkumusi nii vormiliselt kui ka sisuliselt, kuid seda ainult juhul, kui selleks on täidetud kehtivast seadusandlusest, Euroopa hankedirektiividest ja Euroopa Kohtu lahendistest tulenevad põhimõtted ja tingimused, mille kohaselt peavad eelkõige olema kaitstud teiste riigihankes osalevate pakkujate õigused ja huvid ning pakkuja, kellele antakse võimalus oma pakkumust parandada, täiendada, täpsustada hankija selgituste küsimise kaudu, ei tohi saada nende selgitusküsimuste ja pakkumuses tehtavate muudatuste kaudu eelist teiste pakkujate ees. Seega selgitusküsimuste tekkimisel ja formeerimisel ning pakkujalt vastuste nõudmisel ei saa hankija kaalutusõigus olla meelevaldne ja see ei saa olla absoluutne hankija õigus ja valik, vaid hankija on seotud kohustusega järgida nimetatud võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid ja põhiprintsiipe.

3. RHS § 46 Lg 4 Ls 1 KOHALDAMINE VAKO JA KOHTUPRAKTIKAS

Selles peatükis tuuakse välja viimase 5 aasta olulisemad ja asjakohased riigihangete vaidlustuskomisjoni (VAKO) ning kohtute praktika RHS § 46 lg 4 ls 1 kohaldamise kohta. Eesmärgiks on selgitada, milliseid vigu pakkumuses on VAKO või kohtud pidanud võimalikuks selgituste kaudu ületada. Peatüki lõpus esitatakse praktika pinnalt kokkuvõtlik üldistus, millal on tegemist eksimusega, mida on võimalik selgituste kaudu ületada.

VAKO lahendis¹²⁸ vaidlustas ühispakkuja hankija otsuse lükata tagasi vaidlustaja pakkumine ning hanke võitja edukaks tunnistamine kehtetuks tunnistada. Hankija leidis, et vaidlustaja pakkumus ei vastanud järgmisele RHAD tingimusele: vaidlustaja pakkumus ei täida RHAD-s nõudeid kaheteljelise bussi ega kolmeteljelise bussi andmete osas, lisaks vaidlustaja pakkumuses esitatud materjalid ei sisalda nõutud andmeid „ Vaidlustaja samas leidis, et kui hankija oleks kasutanud oma kaalutlusõigust ja küsinud selgitust, oleks saanud vaidlustaja need esitada ja hankija pakkumuse vastavaks tunnistada. VAKO on punktis 11.5. seisukohal, et ükskõik millise puuduse kõrvaldamine RHAD-s ei ole lubatav mingil moel (näiteks selgitustega).¹²⁹ Antud kaasuse juhul oleks pidanud vaidlustaja kehtestatud tingimuste jaoks muutma enda pakkumust. Kinnitamaks oma otsust tõi VAKO välja Euroopa Kohtu otsuse C-336/12 p-s 31 öeldud, et võrdse kohtlemise põhimõttega ja läbipaistvuse kohustusega on vastuolus see, kui hankemenetluses toimuvad mis tahes läbirääkimised hankija ja mõne pakkuja vahel; see tähendab seda, et põhimõtteliselt ei tohi pakkumust pärast selle esitamist muuta ei hankija ega pakkuja algatusel.¹³⁰ Samuti toob VAKO välja Riigikohtu otsuse 3-3-1-24-1, mida tõlgendades VAKO leidis, et selgitused ning andmed, mis täiendavad pakkumust kas hinna või muude lepingutingimuste kohta võivad muuta pakkumust sisuliselt. Andmete küsimine selgituste kaudu, arvestades eelnevat, ei ole lubatav.¹³¹ VAKO arvates ei ole lubatav pakkumuse muutmise, kui tegemist on sisulise puuduse või veaga. Sisuliseks puuduseks võib pidada RHAD-is nõutud andmete puudus pakkumuses.

VAKO järgnevast otsusest saab teada, millal VAKO arvates tuleb kasutada kaalutlusõigust, ehk nõuda selgitusi pakkujalt pakkumuse kohta või nõuda parandusi.¹³² Hankelepingu esemeks oli

¹²⁸ VAKO 12.06.2015 otsus 101-15/159161.

¹²⁹ VAKO 12.06.2015 otsus 101-15/159161, p 11.5.

¹³⁰ EKO 10.10.2013, C-336/12, *Manova*, p 13.

¹³¹ VAKO 12.06.2015 otsus 101-15/159161, p 11.5.2.

¹³² VAKO 18.05.2015 otsus 87-15/159295

leida äriühing, kes on võimeline teenindama hankedokumentides nimetatud bussiliine kindlatel tingimustel ja suurusega bussidega. Hankija tunnistas kõik pakkumused vastavaks ja valis hanke võitjaks kolmanda isiku. Vaidlustaja leidis, et hankija pole arvestanud informatsiooni kolmanda isiku sobivuse kohta (puudub vajalik kogus busse teenindamiseks) antud hanke täideviimiseks. VAKO leidis, et kuigi pole otsest põhjust antud asjas hankijal kolmanda isiku pakkumus tagasi lükata, oleks pidanud hankija busside suurusega seonduvaid asjaolusid täiendavalt kontrollima ja veenduma, et kolmanda isiku vorm oleks nõuetekohaselt täidetud. Hankijale heidetakse ette, et ta ei analüüsinud piisavalt informatsiooni, mis sai kolmanda isiku käest. Seetõttu võeti vastu otsus tühistada pakkumuse vastavaks tunnistamine kaalutusõiguse nõuetekohaselt, mis oli jäetud teostamata ja see võis viia ebaõige otsuseni. Autori arvates näitab kaasus, et kuigi ettevõtte võib kvalifitseerida pakkujaks, peab hankija hankemenetluse käigus ka selles kindel olema. Hankijal tuleks kasutada segaduste tekkimisel või andmete ebaselgusel oma kaalutusõigust nõuda selgitusi või parandusi, mille pealt saaks teha õige otsuse pakkuja valimisel.¹³³

Pakkumus peab vastama RHAD-s sätestatud tingimustele.¹³⁴ VAKO on oma otsuses meelde tuletanud eelnevalt öeldut.¹³⁵ Kaasuses käis vaidlus selle üle, kas kolmandal isikul on õigus kvalifitseerida edukaks pakkujaks, kui tal puudub hanke esemeks oleva gaasi müügiluba. VAKO leiab, et kui RHAD-s puudub nõue omada vastava gaasi müügiluba, siis ei pidanud hankija müügiluba olemasolu kontrollima. Hankijal lasub kohustus kontrollida pakkumuse vastavust ja pakkumuse tagasilükkamisel peab pakkumus RHAD-s kehtestatud nõuetele mitte vastama. Pakkumus ei saa muutuda vastavaks alles pärast pakkumuse esitamist. Hankija peab selle kindlaks tegema pakkumuse esitamisel. Siit kaasusest saab järeldada, et RHAD-s olevaid tingimusi ei saa muuta hankemenetluse käigus hankija poolt ega pakkumist pakkuja poolt viia pärast pakkumuse esitamist kooskõlla tingimustega. Pakkujatel peab olema täpselt teada tingimused, millele pakkumus esitatakse.¹³⁶

Hankija soovis hankemenetluse käigus osta endale narkoanalüsaatorit.¹³⁷ Vaidlustaja pakkus toote, mis ei vastanud RHAD nõuetele. Toote kasutusjuhendi kohaselt tohib toodet kasutada ainult temperatuurivahemikus +10 kraadi kuni +40 kraadi. TK¹³⁸ kohaselt pidi vahemik toote

¹³³ *Ibid*, p-d 8.7-8.10

¹³⁴ VAKO 08.06.2015 otsus 106-15/159790, p 10.1.2.

¹³⁵ *Ibid*, p 10.1.2.

¹³⁶ *Ibid*, p 10.1.

¹³⁷ VAKO 18.01.2016 otsus 1-16/165483.

¹³⁸ Tehniline kirjeldus

kasutamisele olema +2 kraadi kuni +30 kraadi, mistõttu hankija lükkas pakkumuse tagasi. Vaidlustaja vaidles, et kasutusjuhend ei ole tehniline dokumentatsioon, tootjapoolne soovituslik temperatuur on alates +2 kraadist ning täpsustuste saamiseks oleks pidanud hankija seda küsima. VAKO ei nõustunud, kuna algselt oli vaidlustaja väitnud, et kasutusjuhendis on tehnilised andmed välja toodud. VAKO andis teada, et hankedokumendis toodud tingimuste täitmiseks tuleks pakkumuses esitatud vormi muuta ja peale tähtpäeva esitatud tootja kinnitust ei saaks enam arvestada. Pakkumuses esitatud vormi muutmine või tootja poolse kinnituse esitamine muudaks pakkumust sisuliselt, mille vastavaks tunnistamine ei oleks kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega ja läbipaistvuse kohustusega.¹³⁹

Hankija oli oma hankedokumendis sätestanud voolutrafo lubatud ülekoormusteguriks 1,5x Ipr-i.¹⁴⁰ Vaidlustaja oma pakkumuses tõi välja voolutrafo, mille lubatud ülekoormusteguriks oli 1.2 x In-i . Sellest tulenevalt hankija tegi järelepäringu toote ja tingimuste kohta, kas ikka voolutrafo vastab eelmainitud tingimusele. Vaidlustaja kinnitas selgituses, et voolutrafo, mis tema pakkumuses vastab tingimusele 1,2 x Ipr, tegelikult vastab RHAD-is nõutudtingimusele. Hankija leidis, et võttes arvesse vaidlustaja selgitusi riikliku RHS üldpõhimõtteid. VAKO nõustus hankijaga, et selgitust ei saa arvesse võtta, kuna väärtuste muutmine on oma olemuselt ka pakkumuse muutmine, mida ei saa peale pakkumuse esitamise tähtaega teha. Samuti lisab, et kui mingi väärtus on pakkumuses valesti ja mida on nõutud hankedokumendis, siis ei saa teha järeldust, et vaidlustaja oleks teinud vea. Vaidlustajal lasub hoolsuskohustus järgida kõike hankedokumendis selgelt välja toodud nõudmisi ja tingimusi. Selliseid vigu ei saa vaidlustaja kõrvaldada temalt selgituste küsimisega. Pakkumuse sisulisi puudusi ei saa täpsustada pakkuja selgitutega. Pakkumuse tehnilised üksikasjad saavad pakkumust sisuliselt muuta. Antud otsuses jõuti seisukohale, et nii hinna kui ka tehniliste üksikasjade muutmine muudab pakkumust sisuliselt ja sellest järeldades ei ole võimalik nende osas selgituste küsimine.¹⁴¹

Ühes sarnases kaasuses, viidates VAKO öeldule eelnevas lõigus, oli teinud vaidlustaja vea pakkumuse esitamisel toote paki koguses.¹⁴² Hind pidi olema 50tk kohta, vaidlustajal oli pakkumuses 25tk kohta. Vaidlustaja märkis, et tegemist on veaga ja 25 asendamine 50-ga ei muudaks pakkumuses tüki hinda. VAKO nentis, et kuigi on erandkorradel lubatud korrigeerida

¹³⁹ VAKO 18.01.2016 otsus 1-16/165483 p-d 15-18.

¹⁴⁰ VAKO 9.03.2017 otsus 26-17/180823.

¹⁴¹ *Ibid*, p-d 9-13.

¹⁴² VAKO 22.02.2018 otsus 12-18/193315.

pakkumusega seonduvaid andmeid, kui ilmselgelt on vaja vaid täpsustust või parandada tehnilised vead, on antud juhul tegemist ja tuleks käsitleda kui uue pakkumuse esitamisenä.¹⁴³

Hankemenetluse esemeks oli õhusõidukite koristusteenuse tellimine.¹⁴⁴ RHAD-s üheks tingimuseks oli, et teenuse eest vastutav isik peab omama Teeninduse Kutsenõukogu kinnitatud kutsestandardi puhastustööde juhi 5. kutsetaseme kutsetunnistust. Vaidlustaja esitas vastutava isiku, kes omab kinnisvara hooldusmeistri 5. kutsetaseme tunnistust, mis vaidlustaja sõnul tõendab ka eelmainitud tingimuse täitmist. Vaidlustajal oli ka kehtiv leping pakkumuse esitamise ajal isikuga, kes omas RHAD-s nõutud tingimust, kuid polnud lisatud pakkumusse. Hankija jättis vaidlustaja kvalifitseerimata põhjendusel, et kinnisvarahooldusmeistri tase 5 ei kata puhastustööde juhi 5. kutsetasemel esitatavaid nõudeid ja hankija ei saa arvestada asjaoluga, et vaidlustajal oli nõutud tingimusele vastav spetsialist olemas. SA Kutsekoda märkis, et erineva kutse vahe on selles, et puhastustööde juhi 5. taseme puhul peab spetsialist oskama ise töid teostada. VAKO jõudis seisukohale, et kui kvalifitseerimise tingimusele mittevastav spetsialist on sinna kogemata ja mitte tahtlikult pandud, ei ole võimalik teda pärast pakkumuse esitamist asendada samadele tingimustele vastava spetsialistiga. Puuduste kõrvaldamise võimalus tuleb anda siis, kui nõutud andmed või dokumendid on ebapiisavad, esitamata, ebaselged või kui on ilmne, et pakkuja on teinud inimliku vea dokumentide vormistamisel. Selles menetluses ei olnud tegemist inimliku veaga dokumentide vormistamisel.¹⁴⁵

VAKO oma otsuses toob põhjendusi, millal on tegemist pakkumuse muutmisega.¹⁴⁶ Juhul kui pakkuja on pakkumuses referentslepingud esitanud, kuid need ei vasta RHAD-s sätestatud miinimumtingimustele, siis on tegemist teadliku veaga. Täiendavate dokumentide ja andmete esitamisega kõrvaldatava puudusega ei ole tegemist siis, kui dokumendid ja andmed, mis on juba esitatud, kinnitavad sisuliselt, et pakkuja ei vasta kvalifitseerimistingimustele. Puudus pole vormiline, vaid sisuline. RHS-ga vastuolus oleks tagantjärele anda vaidlustajal võimalus nimetada referentslepingud, mis ta oleks pidanud pakkumuse esitamisel juba välja tooma.¹⁴⁷

¹⁴³ *Ibid*, p-d 9-14.

¹⁴⁴ VAKO 11.04.2018 otsus 46-18/194608.

¹⁴⁵ *Ibid*, p-d 13-17.

¹⁴⁶ VAKO 26.04.2018 otsus 56-18/192850.

¹⁴⁷ *Ibid*, p-d 27-31.

Hankija otsis tehnilist lahendust arenduskeskuse baastaristu loomiseks.¹⁴⁸ RHAD kohaselt pidid seadmed olema uued ja seadmetele pidi tagama garantii. TK järgi pidi olema tootja kinnitus, kinnitamaks, et seade on uus ja garantiidokument, selgitamaks konkreetseid garantiitingimusi. Vaidlustajal jäi tootja kinnitus pakkumusse lisamata, öeldes, et tegemist on inimliku veaga. Peale selgituste küsimist edastas vaidlustaja kinnituse hankijale. Hankija lükkas pakkumuse tagasi kahel alusel, esiteks ei sisaldanud pakkumus garantiidokumente ja teiseks vaidlustaja ei tõendanud, et pakutavad seadmed on uued. „Kui ettevõtja esitatav teave või dokumendid on või tunduvad olevat mittetäielikud või vigased või kui konkreetsed dokumendid on puudu, võib avaliku sektori hankija, kui käesoleva direktiivi rakendamiseks siseriiklikus õiguses ei ole sätestatud teisiti, nõuda asjaomaselt ettevõtjalt vastava teabe või dokumentide esitamist, lisamist, selgitamist või täiendamist sobiva tähtaja jooksul, tingimusel et selline nõue esitatakse täielikus kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega.“¹⁴⁹ Direktiiv ei kohusta liikmesriikidel anda õigus hankijatele nõuda pakkujatelt pakkumuse kohta lisateavet. Igal liikmesriigil on ise võimalus seda sätestada, Eesti puhul on antud hankijatele see õigus. Samas on Eesti kitsendanud seda õigust, nimelt direktiiv lubab vastava teabe või dokumentide esitamist, lisamist, selgitamist või täiendamist, siis Riigihangete Seadus mainib ainult selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide esitamist. Eesti seadusandlus näeb ette, et pakkujal ei ole peale pakkumuse esitamist võimalik seda hilisemalt täiendada. RHS § 46 lg 4 näeb ette ainult selliste andmete selgitamist või toetamist teiste dokumentidega, mis on juba pakkumuses esitatud.. Seadusandlus ilmselgelt ei soovi, et pakkumustes oleks võimalik selgituste kaudu muuta/parandada/selgitada midagi, mida pakkumuses endas pole eelnevalt esitatud.¹⁵⁰ Antud kaasuses aitab nii hankijatel kui ka pakkujatel mõista, mis on olnud seadusandja tahtlus, kuid samas tekitab uusi küsimusi seletuskirjas öeldud formaalsuse kohta. VAKO on sama selgitust kasutanud ka teistes kaasustes.¹⁵¹

VAKO oma otsuses selgitab VAKO, millal ei ole võimalik muuta pakkumuses olevaid vastuolusid arvutustes või parandada arvutusvigu.¹⁵² Vaidlustajal oli antud kaasuses ühes tabelis erinevatel veergudel arvud, mis kokku liitmisel ei klappinud. VAKO leidis, et ei ole võimalik välja selgitada, kummas veerus on toimunud eksimus. Samuti selgituste küsimisega ühel või teisel veerul oleks

¹⁴⁸ VAKO 30.05.2018 otsus 83-18/194060.

¹⁴⁹ *Ibid*, p 17.

¹⁵⁰ *Ibid*, p 17-19.

¹⁵¹ VAKO 29.05.2018 otsus 82-18/19810, VAKO 15.06.2018 otsus 101-18/193527.

¹⁵² VAKO 21.06.2018 otsus 116-18/197039.

tegemist olnud pakkumuse sisulise muutmisega, mis ei ole pärast pakkumuse esitamist lubatav. Arvutusvea parandamiseks peab olema üheselt mõistetav, milles viga seisneb.¹⁵³

Pakkuja vaidlustas hankija otsuse tagasi lükata pakkumus põhjendusega, et inimliku eksimuse tõttu tehti viga pakkumuses.¹⁵⁴ Hankija otsis hankemenetluse käigus muuseas kahte programmeerijat, kes oskavad töötada Qlick View või Qlick Sense platvormil. Vaidlustaja oli välja toonud nelja liikmelise meeskonna, kellest kaks programmeerijat, üks projektijuht ja üks analüütik. Hankija, arvestades pakkumuses antud infot, järeldas, et vajaminevast kahest programmeerijast vastab nende poolt seatud tingimustele ainult üks ja lükkas pakkumuse tagasi. Kui küsida täpsustust või selgitamist vaidlustajalt ja saades vajaminevad tõendid, muudaks see pakkumust sisuliselt ning seda ei saaks arvesse võtta. Mõlemad programmeerijad osalesid samades projektides, kuid ühel oli inimliku vea tõttu jäänud märkimata, et on nõutaval platvormil töötanud. VAKO leidis, et ei ole võimalik, et ühe projekti ulatuses töötas üks programmeerija x platvormil, samas teine töötas mõnel muul y platvormil. Hankija oleks pidanud nõudma selgituste kaudu täpsustusi programmeerijate CV kohta. Hankijal oleks pidanud tekkima kahtlus, et pakkumuses esitatud andmed on ebaselged või ebapiisavad.¹⁵⁵

Hankija lükkas pakkuja pakkumuse tagasi põhjendades, et vaidlustaja pakkumuse oli allkirjastanud kahest juhatuse liikmest ainult üks, kes ei tohiks üksinda esindada ettevõtet õigustoimingute tegemisel.¹⁵⁶ Äriregistri andmetel on kaks juhatuse liiget ühise esindusõiguse kaudu. Mõlemad juhatuse liikmed oleks pidanud allkirjastama pakkumuse. RHAD aga ei sätestanud tingimust juhatuse liikmete ühise esindusõiguse osas. VAKO leidis, et puudust ei saa pidada sisuliseks puuduseks. Vaidlustaja on teinud vea pakkumise vormistamisel. Vormistamisega seotud puudused ei ole sisulised, sest nende parandamisega ei kaasne pakkumuse lubamatut muutmist. Sellist parandust nimetatakse otsuses täpsustamiseks.¹⁵⁷ VAKO otsusest võib järeldada, et ühe puuduva juhatuse liikme allkiri volikirjal ei ole sisuline puudus, vaid tehtud viga vormistamisel, mille täpsustamise puhul ei muutu pakkumus.

Järgnevatel vaidlustel 173-18/194960 ja 168-18/194960 jäi mõlemal pakkujal esitamata pakkumuse esilehe vorm. Pakkumuse esilehe vorm kinnitab, et pakkuja pakkumus on jõus

¹⁵³ VAKO 21.06.2018 otsus 116-18/197039, p 15.

¹⁵⁴ VAKO 10.08.2018 otsus 147-18/197722.

¹⁵⁵ *Ibid*, p 9.

¹⁵⁶ VAKO 13.09.2018 otsus 174-18/194960.

¹⁵⁷ *Ibid*, p 8.

vähemalt 6 kuud pakkumuste esitamise tähtpäevast alates. Samuti sisaldab pakkumuse esilehe vorm pakkuja andmeid ja tema esitatud andmete õigsuse kinnitust. Pakkujad olid seisukohal, et tegemist on puudusega, mille parandamist oleks saanud hankija selgitamise abil saanud parandada. Viga ei ole sisuline, vaid puhtalt vormiline, hankija oleks pidanud võimaldama selle parandamist ja pakkumuse vastavaks tunnistama.. Hankija selgitas puuduse sisulisust sellega, et dokument pidi sisaldama kinnitust pakkumuse jõusoleku kohta ja kuna vaidlustajatel see puudus, oli tegemist sisulise puudusega. VAKO nõustus vaidlustajatega, et pakkumuse esitamine ei tähenda, et pakkumus ei oleks jõus või on jõus vähem kui 6 kuud. Pakkumuse esitamisega vaidlustaja avaldas oma tahtet osaleda riigihankes ja sõlmida hankijaga raamlepingu ettenähtud perioodiks. Lihtsajah/ei küsimusega oleks saanud hankija küsida, kas pakkumus on jõus vähemalt 6 kuud. Hankija peab andma teatud olukordades võimaluse pakkujal pakkumuses esinenud vead parandada. VAKO ei leidnud, et tegemist on sisulise veaga antud kaasustes. Kui pakkujal on pakkumusest puudu kinnitus, mis kinnitab nende nõusolekut pakkumuse jõusolekuks teatud perioodiks või kinnitab tahteavaldust pakkumuses osalemiseks on pakkuja pakkumuse esitamisega põhimõtteliselt selle ka andnud. Juhul kui ongi puudu, tohib selgitamise kaudu seda küsida.¹⁵⁸

Vaidlustaja märkis perioodi valesti maksumuse vormil. Hankedokumentis oli märgitud teenuse perioodiks 01.10.2019-30.09.2020, vaidlustaja oli oma esitatud andmetes märkinud perioodiks 01.08.2019-31.07.2020.. VAKO leidis, et kuigi on periood vale, on mõlema puhul tegemist sisuliselt sama pika ajavahemikuga - 12-kuuline periood. Viga pakkumuse maksumuse perioodis ei ole pakkumuse sisuline puudus, vaid on selgituste kaudu kõrvaldatav.¹⁵⁹

Hankelepingu esemeks olid telereid.¹⁶⁰ Vaidlustaja tõi välja oma pakkumuses teleri PHILIPS 6500. Hankija hankedokumentides oli nõutud teleri mudeli koodi, mille peale küsis selgituste kaudu vaidlustajalt eelnevalt mainitud teleri tootekoodi. Väidetavalt ei leidnud hankija PHILIPS 6500 tootja koduleheküljelt ühtegi vastet. Vaidlustaja vastas tootekoodiga, kuid hankija siiski lükkas pakkumuse tagasi, põhjendades, et antud toode ei vasta dokumentides esitatud nõuetele, kuna puudus teleri täpne nimetus. VAKO nõustus hankijaga, et telerite puhul tähistab mudelit tähtedest ja numbritest koosnev kombinatsioon ehk tootekood. Samas sisestades PHILIPS 6500 Google otsingumootorisse või tootja koduleheküljele andis vaste, milles oli vaidlustaja poolt selgituste kaudu antud tootekood näha. VAKO ei saanud aru, kuidas hankija ei leidnud vastavat toodet

¹⁵⁸ VAKO 10.09.2018 otsus 173-18/194960 p-d 7-11, VAKO 14.09.2018 otsus 168-18/194960 p-d 9-12.

¹⁵⁹ VAKO 18.01.2019 otsus 264-18/194776.

¹⁶⁰ VAKO 8.04.2019 otsus 37-19/205509.

otsingumootoritest. Kuigi hankedokumentides oli nõutud tootekoodi, sai vähese vaevaga vaidlustaja poolt algselt esitatud teleri nimega leida. Selgituste kaudu saadud infoga ei ole pakkumust muudetud, vaid täiendatud/täpsustatud.¹⁶¹

Hankija oli RHAD-s esitanud nõude, et teise isiku vahenditele tuginedes peab olema lisaks tema hankepassile ka tema nõusolek Vormil 3.¹⁶² Vaidlustaja ei olnud esitanud oma pakkumuses teise isiku nõusoleku ja kinnitust Vormil 3. Hankija leidis, et tegemist on sisulise puudusega, VAKO nõustus hankijaga, et pakkuja, kes on jätnud esitamata andmed, mis tõestavad tema kvalifitseerimise tingimusi, on õiguslik alus kõrvaldamiseks. Samas ei ole hankija RHAD-es ette nähtud, et kvalifikatsiooni tõendamiseks nõutud dokumentide esitamata jätmine oleks aluseks pakkuja kõrvaldamiseks hankemenetlusest. Teise isiku hankepassist ja muudest dokumentidest sai kogu informatsiooni kätte ja ka tema nõusoleku, mis oli vajalik Vormis 3. Kui midagi jäi hankijal dokumentides selgusetuks, oleks saanud RHS § 46 lg 4 alusel küsida selgitusi.¹⁶³ Siit kaasusest jällegi on näha VAKO seisukohta, et kui pakkumusest on võimalik välja lugeda muudest dokumentidest vajaminev info või andmed, siis peaks hankija arusaamatuste tekkimisel kasutama võimalust pakkujal asja selgitada. Antud juhul jäi küll üks dokument esitamata, kuid kuna muudest dokumentidest oli võimalik leida vajalikud andmed, siis selgituste küsimisega ei oleks kaasnenud uute dokumentide või andmete pakkuja poolt lisamist.

Vaidlustaja pakkumus lükati tagasi, milleks üheks põhjuseks oli, et kuna vaidlustaja on ühispakkuja, puudusid tema pakkumusest kõigi kolme ühispakkuja allkirjad.¹⁶⁴ Vaidlustajal oli pakkumuses volikirj, mis volitasid vaidlustajat oma ühispakkujate eest kõiki menetlustegevusi tegema. VAKO leidis, et oma hankija enda poolt ette valmistatud volikirja plangis nõuab sellist kinnitust pakkujalt, mida RHS 110 lg-st 4 niigi kohustuslikus korras tuleneb. VAKO sõnul on selline nõudmine taunimisväärne. Pakkumuses esineva pisipuuduse korral, mis on seadusest tulenevalt niigi juba selge, on hankijal proportsionaalsuse põhimõttest lähtuvalt kohustus küsida selgitusi või täpsustusi pakkujalt.¹⁶⁵

¹⁶¹ *Ibid*, p 16.

¹⁶² VAKO 30.04.2019 otsus 42-19/203886.

¹⁶³ *Ibid*, p 10.

¹⁶⁴ VAKO 24.09.2019 otsus 145-19/210602.

¹⁶⁵ *Ibid*, p 16.

Vaidlustaja pakkus seadeldist, mis standardkõrguses on 20mm kõrgem, kui hankedokumentides nõutav.¹⁶⁶ Vaidlustaja kinnitab, et on võimalik 20mm lühemaks teha seadeldist jalgadest. Samuti teeb oma pakkumuses esitatud dokumentides vea vajamineva kõrguse nimetamisel. Dokumendis on kirjas, et seadeldis on maapinnast 2300mm, kuid on võimalik muuta seda 2320mm'ks. VAKO leiab, et sellel puhul oleks saanud hankija lihtsalt kindlaks teha pakutava kõrguse. Vaidlustaja pakkumuses oli selgelt kirjas, et on võimalik hankedokumentides nõutavaks kõrguseks kohandada seadeldist. Hankija selgituste kaudu küsis seadeldise jalgade ja kõrguse kohta, milles vaidlustaja kinnitas, et on võimalik lühemaks teha seadeldise jalge. Kinnitus jalgade muutmise kohta on vastus hankija esitatud küsimusele ja ei muuda pakkumust, vaid täpsustab. Vaidlustaja andis pakkumuses teada, et muudetakse seadme jalgu.¹⁶⁷

Tartu Halduskohtu haldusasjas¹⁶⁸ on kohus selgitanud, millal võib ja mida võib hankija selgituste kaudu küsida pakkujate käest. Hankemenetluse esemeks oli Tartu linna koolide toitlustamisteenuse osutajate leidmine. Hankija lükkas tagasi kaebaja pakkumuse, kuna RHAD-s nõutud toitade ja jookide valmistamisviisi kirjeldus päevade kaupa puudus pakkumusest. Kaebaja sõnul jäi eksituse tõttu nõutud dokument esitamata. Hankija küsis selgitusi kaebaja käest, mille kaudu sai puuduvad dokumendid. Hankija ei saanud võtta arvesse selgituste kaudu saadud dokumente, kuna see rikuks võrdse kohtlemise põhimõtet.¹⁶⁹ RHS seaduseelnõu seletuskiri ei ole kohtu hinnangul asjakohatu allikas õigusnormi tõlgendamisel, ka selle vaidluse Vaidlustuskomisjoni otsuses viitas VAKO antud seletuskirjale.¹⁷⁰ Samuti viitab ka sellele, et Riigikohus on tihti lähtunud seaduseelnõude seletuskirjadest õiguse tõlgendamisel, kuid kui tõlgendamisel võib see oluline olla, ei pruugi lõpptulemusena alati olla määrav. Üldiselt peegeldab seletuskiri seadusandja tegelikku tahet. Seadusandja eesmärk seadusega ei ole anda pakkujatele suuremat võimalust esialgset pakkumust ja koos sellega lisaks esitatud dokumentidele hiljem esitada õigeaegselt esitamata jäänud dokumente. Riigihankemenetlus toimib formaliseerituse põhimõttel.¹⁷¹ Selgituste küsimise kaudu saadud info ei tohi viia uue pakkumuse esitamiseni. Pakkumuse muutmist või täpsustamist/täiendamist on piiratult lubatud ainult siis, kui on ilmselgelt vaja ainult täpsustada või parandada tehnilised vead. Ei tohi pakkujale anda võimalust esitada andmeid või dokumente, mis olid hankedokumentides nõutud, kuid mis ei olnud õigeaegselt

¹⁶⁶ VAKO 25.10.2019 otsus 162-19/211436.

¹⁶⁷ *Ibid*, p 10.

¹⁶⁸ TrtHKO 3-18-977

¹⁶⁹ *Ibid*, p 6.8.

¹⁷⁰ VAKO 7.05.2018 otsus 60-18/295081.

¹⁷¹ EN direktiiv 2014/24/EL art 56 lg 4.

pakkujate poolt esitatud.¹⁷² Kohus leidis, et eelpool nimetatud lahend koosmõjus riigisisese õigusega ei anna pakkujale võimalust esitada mitte ühtegi dokumenti, mis on nõutud varasemalt hankedokumentis. VAKO kui ka Halduskohus on ühel nõul, et hankijal oli õige järeldus arvestades kõike eelpool mainitud.¹⁷³

Hankija otsis pakkujat, kes täidaks bussiveo teenindamise lepingut.¹⁷⁴ Muuhulgas hankija sätestas tingimused liigendbussidele, millel oleks kolm teenindusust, uste valemiga 2+2+2 või 1+2+2. Pakkujate töi pakkumuses välja bussi margi ja mudeli ning uste valemi, milleks on 2+2+2+2. Pakkujal oli busside tarnijaga sõlmitud busside ostu-müügi eelleping, milles oli välja toodu, et kõik bussid vastavad hankija poolt välja kuulutatud riigihanke tingimustele.¹⁷⁵ Hankija palus selgitada pakkuja pakkumust, kus on kirjas 2+2+2+2 valem. Vastuses pakkuja esitas uue vormi IX, millel esitati busside kohta uus valem 2+2+2, samuti pakkujaga eellepingu teinud tarnija kinnitas, et nende tarnitavatel liigendbussidel on mõeldud kolm teenindusust valemiga 2+2+2. Hankija otsustas arvesse võtta lisatud dokumendid ja tunnistas pakkuja pakkumuse vastavaks. VAKO ja Halduskohus olid arvamisel, et tegemist on pakkumuse muutmisega, kuna pakkuja esitas dokumendi, mida algselt polnud pakkumuses kajastatud. Dokument esitati pärast pakkumuse tähtaega ja see muudab pakkumust. Mittevastavus TK-le ei ole vormiline puudus, see tähendab hanketingimuste otsest ja sisulist rikkumist. Tallinna Ringkonnakohtu aga tühistas VAKO ja Halduskohtu otsuse. Ringkonnakohtu hinnangul on vaidluse lahendamisel oluline, kas vormil IX näidatud uste arv muutus peale selgituste küsimist. Kohtu arvates kinnitus, et liigendbussid vastavad tehnilistele nõuetele ja hankedokumentide tingimused ei ole tehniliste andmete kirjeldus. Ebatäpsustuste kõrvaldamine peab olema erandlik ja neid olukordi tuleb vältida, kus hankija järelepärimise peale asub pakkuja pakkumust muutama. Kohtu hinnangul ei ole sellise olukorraga tegemist. Kui pakkujatel on nõutud andmete esitamist suures mahus, siis ei saa pakkujalt nõutud hoolsuskohustust pidada sedavõrd kõrgeks, et mistahes vea korral pakkumus lükata tagasi kui mittevastav. Puudusid tõendid, et busside tarnija oleks müünud neljaukselisi busse ning hankija küsimuste peale hakati pakkuja ning tarnija vahel lepingutingimusi muutama. Selgituste küsimise tagajärjel ei tohi tekkida olukorda, kus teistele pakkujatele võib näida, et hankija pidas neid ebasoodsamasse olukorda ja võrdse kohtlemise põhimõtet rikkudes selle

¹⁷² EKo C-131/16 p-d 31, 36.

¹⁷³ TrtHKo 3-18-977 p 13-17.

¹⁷⁴ TlnRko 3-16-1219.

¹⁷⁵ VAKO 7.06.2016 otsus 117-16/168909.

pakkumuse üle konfidentsiaalselt läbirääkimisi.¹⁷⁶ Tuldi järeldusele, et pakkujad ei soovinud algselt pakkuda teistsuguseid busse ega muutnud oma arvamust pärast hankijaga läbirääkimiste ajal.¹⁷⁷ Halduskohtu lahend nr 3-18-1681,. Hankija lükkas pakkujad pakkumuse tagasi, kuna nõutud 8-st eksperdis allkirjastatud CV-st puuduvad pakkujad pakkumuses 2 eksperdi poolt allkirjastatud kinnitust. Hankija leidis, et puudust ei ole võimalik selgituse nõudmisega kõrvaldada. Vastuolus oleks võrdse kohtlemise põhimõttega ning hilisema kinnituste esitamisega oleks tegemist pakkumuse sisulise muutmisega. Pakkujad vaidlustasid hankija otsuse VAKO-s ja nõudsid kehtetuks tunnistada hankija otsuse. VAKO nõustus pakkujaga ja tühistas hankija otsuse pakkumuse mittevastavaks tunnistada. VAKO leidis, et kahe isiku kinnituse puudumine pakkumusest ei ole käsitatav sisulise puudusena. Hankija oleks pidanud lähtuma RHS § 46 lg 4-le ja selgituse kaudu küsima kinnitused, kuna pakkumuse koosseisus oli juba kõik nõutud andmed kahe disainijuhiga koostatud. VAKO arvates on tegemist vastuolu kõrvaldamisega pakkumusest, mitte pakkumuse lubamatu muutmisega.¹⁷⁸ Halduskohtu arvates on oluline selgitada, kas hankija oleks pidanud enne pakkujad tagasi lükkamist kohaldama RHS § 46 lg-s 4 sätestatud ning selgituste kaudu küsima pakkujalt puuduva kahe disaineri allkirjastatud nõusolekut pakkumuses meeskonnas osalemiseks. Halduskohus ei nõustu sellega, et kahe meeskonnaliikme kinnituskirja puudumine ei ole sisuline puudus ning selle puuduse kõrvaldamine oleks võimalik eelnimetatud sättega. Hankija võib paluda pakkujal oma pakkumust selgitada või parandada pakkumuses sisalduvat ilmne tehniline viga, kuid lubada ainult selliste andmete või dokumentide esitamist, mida on võimalik objektiivselt kontrollida, et see on varasem kui taotluse esitamise tähtaeg. Eelnevat ja riigisisest õigust arvesse võttes ning kehtivat formaliseerituse põhimõtet aluseks võttes ei saa tuletada, leiab Halduskohus, et riigisisene õigus annaks eelnevalt välja toodud direktiivi koostöös ettevõtjale võimaluse esitada peale pakkumuse tähtaega esitamata jäänud dokumente, mida nõuti RHAD-s. Kinnituste eesmärgiks oli saada meeskonnaliikmetelt sisuline nõusolek hankes osalemiseks. Hankija RHAD-st nähtub, et meeskonnaliikmete kinnituskiri oli pakkumuse koosseisus kohustuslik, seega esitas pakkujad pakkumuse mis ei vastanud hanke tehnilisele kirjeldusele ehk hankija poolt kehtestatud nõuetele. Halduskohus selgitab, et kahe disaineri allkirja puudumine pakkumuses tähendas seda, et need isikud ei ole andnud oma nõusolekut pakkumuse meeskonnas osalemiseks. CV-dest ei nähtu, kas need on isikute enda poolt koostatud. Ei oma tähendust asjaolu, et hilisem kinnituskirjade esitamine ei muuda faktiliselt pakkumuse sisu. Antud kaasuse puhul

¹⁷⁶ TlnRKO 3-16-1219, p 19.

¹⁷⁷ *Ibid*, p 14-20.

¹⁷⁸ VAKO 16.08.2018 otsus 143-18/195911.

hilisem nõutud kinnituskirjade esitamine tähendab seda, et isikud kinnitavad oma osalemist peale pakkumuse esitamise tähtaega, ehk tegemist on pakkumuse sisulise muutmisega.¹⁷⁹

Kokkuvõttes nähtub, et VAKO ja kohtud on pakkumuse selgitamist puudutavates kaasustes peamiselt viidanud ühele kindlale Euroopa Kohtu lahendile Manova¹⁸⁰ ja Riigikohtu otsustele 3-3-1-24-13. Põhiline järeldus: sisulise puuduse kõrvaldamine selgituste kaudu ei ole lubatav.

Muud järeldused:

- *Segaduste tekkimisel või andmete ebaselgusel peab hankija teostama kaalutusõigust, mis annab õiguse nõuda selgitusi või parandusi;
- *Pakkumuses esitatud vormi muutmine või tootja poolse kinnituse esitamine muudaks pakkumust sisuliselt, mis ei ole kooskõlas läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttega;
- *Hinna ja tehniliste tingimuste muutmine muudab pakkumust sisuliselt, nende osas ei ole võimalik selgitusi küsida;
- *Kui pakkumusse on kogemata inimliku vea tõttu märgitud vale spetsialist, siis pärast tähtaega ei ole võimalik teda asendada tingimustele vastava spetsialistiga;
- *Arvutusvea parandamiseks peab olema üheselt mõistetav, milles viga seisneb;
- *Kui kaks spetsialisti on erinevalt viidanud samale referentsprojektile oma CV-s, siis hankija võiks järeldada, et mõlemal spetsialistil on vastav kogemus olemas, segaduste puhul küsida selgitusi;
- *Kui pakkumusest on puudu pakkuja nõusolek või pakkumuse jõusolek, on pakkumuse esitamisega see tegelikult nagunii antud. Puudus on mittesisuline;
- *Võttes arvesse proportsionaalsuse põhimõtet on hankija erandlikel juhtudel kohustatud küsima pakkujalt selgitusi, näiteks kui esineb pisipuudus ja see nõue on seadusest tulenev;
- *Teatud tingimustel ei ole pakkumuse maksumuse perioodis tehtud vea parandaminepakkumuse sisuline puudus, seda saab selgituste kaudu kõrvaldada;
- *Ebatäpsustuste kõrvaldamine peab olema erandlik ja neid olukordi tuleb vältida, kus hankija järelepärimise peale asub pakkuja pakkumust muutama;
- *Selgituste küsimise tagajärjel ei tohi tekkida olukorda, kus teistele pakkujatele võib näida, et hankija peab neid ebasoodsamasse olukorda ja võrdse kohtlemise põhimõtet rikkudes pakkumuse üle konfidentsiaalselt läbirääkimisi pidas;

¹⁷⁹ TlnHKO 3-18-1681 p-d 12-17.

¹⁸⁰ EKO C-336/12, *Manova*.

*Hilisem kinnituskirjade esitamine tähendab seda, et isikud kinnitavad oma osalemist peale pakkumuse esitamise tähtaega, ehk tegemist on pakkumuse sisulise muutmisega, kuigi hilisem kinnituskirjade esitamine ei muuda faktiliselt pakkumuse sisu.

KOKKUVÕTE

Magistritöö eesmärgiks oli tuvastada kriteeriumid, mille abil hinnata, kas pakkumuse selgitamine ja täpsustamine RHS § 46 alusel on õiguspärane või mitte.

Avatud ja piiratud hankemenetluses ei ole võimalik muuta pakkumust pärast esitamise tähtaja saabumist. See tuleneb RHS-i eesmärgist ja riigihangete korraldamise üldpõhimõtetest. Käesolevas töös on keskendunud pakkumuste täpsustamise ja sisulise muutmise lubatavuse hindamisel olulistele proportsionaalsuse, läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetele. Võrdse kohtlemise põhimõtte nõuab, et ettevõtjatele tuleb anda võrdsed võimalused hankes osalemiseks, ehk kõigile pakkujatele tagatakse võrdsed võimalused hankes osalemiseks ja kõik pakkumused kehtivad samadel tingimustel. Ei saa tekkida olukorda, kus lubatakse ühele pakkujale ühtedel tingimustel pakkumuses osaleda, kuid teistel on teised tingimused. Läbipaistvuse printsiip avaldub olukordades, kus hankija on küll riigihankes osalemise tingimused sätestanud selgelt ja läbipaistvalt, kuid riigihanke läbiviimise käigus hankija ei ole käitunud piisavalt läbipaistvalt. Igasugune hankija seadusvastane tegevus, oma tegevuse või kaalutusotsuse põhjendatuse varjamine on läbipaistvuse printsiibi rikkumine.

Pakkumuste muutmist keelavad RHS § 3 sätestatud võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiip. Võrdne kohtlemine keelab anda pakkujatele soodustavaid tingimusi, milleks võib olla selgituste kaudu nõuda puuduolevaid dokumente või andmeid. Siseriiklik seadusandlus ja direktiivid ei too täpselt välja, mis mahus on lubatud pakkumust muuta. Täpsed piirid puuduvad. Piiride täpsustamiseks tuleb lähtuda kolmandas peatükis toodud kohtute ja VAKO praktikast, et hankijatel ja pakkujatel oleks selgem arusaam, milliste asjaolude puhul saab esitatud pakkumusi täpsustada või muuta ning millisel juhul riivatakse teiste hankemenetluses osalevate pakkujate huve või õigusi.

Kui Euroopa ja ka Eesti siseriiklik riigihankeõigus lisaks olemasolevatele riigihanke põhiprintsiipidele reguleerib pakkumuste kohta selgituste küsimist, on kohtupraktikast võimalik tuletada üldised kriteeriumid, mille alusel pakkumuse selgitamise lubatavust hinnata:

- i) Selgituste kaudu ei tohi pakkuja esitada andmeid või dokumente, mida pole varem esitatud või pole võimalik tuletada varasemast perioodist.
- ii) Kui pakkumusest selgub, et pakkumus ei vasta hankija poolt seatud tingimustele, siis ei ole hankija kohustatud selle kohta selgitusi küsima.

- iii) Hankijal on õigus täpsustada selgituste kaudu dokumente või andmeid, mille täiendamisel ei muudaks pakkumust, ehk täpsustamisega ei tekiks uue pakkumuse esitamine.
- iv) Hankijal tuleb kohelda kõiki pakkujaid võrdselt, nii et täidetud oleks võrdse kohtlemise ja proportsionaalsuse printsiibid.

Riigihankedirektiivi üks eesmärk on anda hankijale rohkem kaalutlusruumi, siis RHS-i seletuskirjast nähtub, et Eesti seadusandja soov on formaliseerituse põhimõtte poole liikuda. Ehkki seadusandja soov on RHS seletuskirja kohaselt ekslikult liikuda formaliseerituse põhimõtte poole, siis tegelikult seadus seda nii ei reguleeri ning riigihankedirektiiv ja RHS annavad ikkagi hankijale kaalutlusõiguse selgituste küsimisel. Hankija peab olema kindel selgituste küsimisel, et see oleks vastavuses nii võrdse kohtlemise kui ka läbipaistvuse põhimõttega.

Selgituste küsimine ei ole ainult hankija kaalutlusõigus, vaid ka teatud erandjuhtudel on kohustatud küsima selgitusi. Euroopa Liidu õigusest ega RHS-st samas ei tulene, et hankijal oleks seda kohustust. Siiski on kohtupraktikast välja tulnud, et kui pakkumuse tingimused ja ametiasutusele teadaolevad asjaolud näitavad, et ebaselgusel pakkumuses on tõenäoliselt lihtne seletus ja kergelt lahendatav, siis on pakkumuse tagasi lükkamine ilma, et hankija on kasutanud oma õigust selgitusi saada vastuolus hea halduse põhimõttega. Pakkumuse tagasilükkamise otsus sellistel asjaoludel on hankija kaalutlusviga ja võib põhjustada tarbetu konkurentsi piiramise. Ehk lihtsalt parandatava vea korral võib tekkida proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt hankijal kohustus selgitust küsida.

Selgituste kaudu on võimalik pakkumust korrigeerida või parandada nii vormiliselt kui ka sisuliselt, kuid seda ainult juhul, kui on täidetud seadusandlusest, riigihankedirektiivist ja EK lahenditest tulenevad põhimõtted ja tingimused. Nende kohaselt peavad eelkõige olema kaitstud teiste riigihankes osalevate pakkujate õigused ja huvid. Pakkuja kellele antakse võimalus oma pakkumust parandada, täiendada, täpsustada selgituste kaudu, ei tohi saada nende selgitusküsimuste ja pakkumus tehtavate muudatuste kaudu eelist teiste pakkujate ees. Seega selgitusküsimuste tekkimisel ja formeerimisel ning pakkujalt vastuste nõudmisel ei saa hankija kaalutlusõigus olla meelevaldne ja see ei saa olla absoluutne hankija õigus ja valik, vaid hankija on seotud kohustusega järgida võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid.

Töös püstitatud hüpoteeside testimise tulemusena saab järeldada, et pakkumuste kohta selgituste küsimine on seadusandlusest ja kohtukaasustest tulenevalt hankija poolt rakendatav

kaalutusõigus, millal tuleb järgida riigihangete võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse üldpõhimõtteid. Hankijal lasub samuti, küll mitte alati, kohustus selgituste küsimiseks, et täita proportsionaalsuse põhimõttest tulenevat näiteks pisipuuduste esinemisel pakkumuses. Oluline on asjaolu, et selgituste küsimise vajaduse olemasolul või selle tekkimisel ei saa selgituste küsimise eesmärgiks olla pakkumuse muutmine, mida seadusandlus keelab. Küll on selgituste küsimine igati õigustatud, kui pakkumustes esinevad ebatäpsused või vead ning pakkumusi tuleb seetõttu täpsustada. Täpsustamine ei tohi väljuda piiridest, mis muudaks esitatud pakkumust, seega täpsustamine peab jääma mittesisuliste kõrvalekallete parandamise piiridesse. Täites neid kriteeriume, võib hankija pakkumuste täpsustamise eesmärgil küsida pakkujatelt vajalike dokumentide ja andmete esitamist. Kas ja milliseid dokumente lubada pakkujal esitada selgituste andmiseks, oleneb hankija enda poolt RHAD-s sätestatud tingimustest. Kohustuslikus korras esitatava dokumendi puudumine ja selle küsimine selgituste kaudu ei saaks olla lubatav. Kokkuvõttes saab väita, et pakkumuste selgitamise lubatavuse hindamise aluseks on eelkõige riigihangete üldpõhimõtted, kuid oluline on hankija poolt nende põhimõtete mõistmine ja järgimine nii, et ei riivataks hangetes osalevate pakkujate huve ega rikutaks nende õigusi. Ebaselgus pakkumuses on võib olla kergelt lahendatav ning pakkumuse kergekäeline tagasi lükkamine võib olla vastuolus hea halduse põhimõttega, see võib olla hankija kaalutusviga ja võib põhjustada tarbetu konkurentsi piiramise. Lihtsalt parandatava vea korral võib tekkida proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt hankijal kohustus selgitust küsida.

Uurimistöös jõuti järeldusele, et kui hankija ei anna selgituste küsimiste tulemusena eelist ühele pakkujale teistega võrreldes, siis ei ole tegemist riigihangete üldpõhimõtete rikkumisega ning ei esine olulisi kõrvalekaldeid riigihankes esitatud tingimustest. Hankija on kohustatud teatud juhtudel selgitusi pakkujalt küsima, et kõrvaldada pakkumuses esinev viga või ebatäpsus. Seega ei suurene hankija halduskoormus, mis võinuks tekkida juhul, kui hankija formaalse pisivea esinemisel oleks pakkumuse mittevastavaks tunnistanud ja selle tulemusena pidanud uue riigihanke korraldama.

Autor järeldab tehtud uurimistöö tulemusena, et läbiviidava riigihanke raames vigade või ebatäpsuste esinemisel pakkumuses peaks hankija kõigepealt analüüsima, millise eksimusega on tegu ning hindama, kuidas esinev viga võimalikult lihtsate haldustoimingutega kõrvaldada. Seejärel tuleb hankijal analüüsida kas selgituse küsimine pakkumuse täpsustamiseks tulemusena võidakse riivata teiste pakkujate huve. Hankija otsused peavad olema läbipaistvad ja teistele pakkujatele arusaadavad nii, et vajadusel saaksid teised pakkujad pöörata hankija tähelepanu ühe

või teise seadussätte rikkumisele. Hankijal on võimalus oma kaalutusotsust lihtsasti muuta, enne kui seda VAKO-s või kohtutes vaidlustatakse.

Uurimistöös väljatoodud tuleks arvestada riigihangete seadusandluse arendamiseks taoliselt, et selgituste küsimise juhud ja kord oleks oluliselt arusaadavam. Kindlasti aitaks hankijatele mõeldud riigihangete juhiste väljatöötamine selgituste küsimise piire ja võimalusi veelgi selgitada ja täpsustada, et hoida ära arusaamatusi ja kulukaid vaidlustusmenetlusi.

SUMMARY

Tender explanation and specification permissibility in public procurement law

Ken Annikve

The purpose of the Master's thesis is to identify the circumstances and criteria by which it can be assessed whether the clarification and refinement of the tender under § 46 of the Estonian Public Procurement Act (PPA) is lawful or not.

Under the open and restricted procurement procedures - calls for tenders, it is not possible to modify the tender after the deadline for tender submission. This follows from the purpose of PPA and the general principles of public procurement. This thesis focuses on the essential principles of proportionality, transparency and equal treatment in assessing the admissibility and clarity of the content of tenders. The principle of equal treatment requires that economic operators be afforded equal opportunities to participate in the procurement process, meaning that all tenderers are guaranteed equal opportunities to participate in the procurement and all tenders are subject to the same conditions. There can be no situation in which one tenderer is allowed to participate in the tender on equal terms but others have other conditions. The principle of transparency is expressed in situations where the Contracting Authority has clearly and transparently laid down the conditions for participation in the procurement procedure, but the Contracting Authority has not acted with sufficient transparency in the conduct of the procurement. Any unlawful activity on the part of the Contracting Authority, concealment of the reasonableness of its action or discretion is a breach of the principle of transparency.

Modification of tenders is prohibited by the PPA, and especially by the principle of equal treatment and transparency laid down in § 3 of the PPA. Equal treatment prohibits the granting of favorable conditions to tenderers, which may include requests for documents or information which are not provided within the submitted tender. National legislation and directives do not specify the extent to which tenders may be modified. There are no exact boundaries. The boundaries need to be clarified in line with the case law of courts and the Complaint Board - VAKO in Chapter 3, so that contracting authorities and tenderers have a clearer understanding of the circumstances under which tenders may be adjusted or modified and if the interests or rights of other tenderers are damaged.

European and Estonian national public procurement legislation and basic principles govern the procedure of clarification of tenders, but the admissibility of a tender can be assessed by reference to general criteria derived from the case-law:

- (i) The tenderer may not submit, by way of explanation, data or documents which have not previously been submitted or cannot be derived from an earlier period.
- (ii) If it appears from the tender that the tender does not meet the conditions laid down by the contracting authority, the contracting authority shall not be obliged to seek clarifications.
- (iii) The contracting authority shall have the right to specify, by way of explanation, any documents or particulars which, if supplemented, would not alter the tender, that is to say, would not result in a new tender being submitted.
- (iv) The contracting authority must treat all tenderers equally so that, subsequently, the tenderers may not be in a position to feel that they have been treated differently from other tenderers.

While one of the aims of the EU Procurement Directive is to give the Contracting Authority more room for maneuver, the Explanatory Memorandum of the PPA from 2017 shows that the Estonian legislature wishes to move towards the principle of formalization. Despite of this, its not still really regulated by law, and the PPA still give the Contracting Authority discretion in asking for clarifications. The Contracting Authority must be certain in its request for clarification that it is in line with the principles of equal treatment and transparency.

Asking for clarification is not only a right for the Contracting Authority, but is also required in certain exceptional cases the CA to seek clarification. However, neither EU Directives nor Estonian PPA requires the Contracting Authority to have this obligation. However, it is clear from the case-law that if the terms of the tender and the facts known to the authority indicate that the unclear tender is likely to be simple and easily resolved, rejecting the tender without exercising its right to obtain clarification would be contrary to the principle of sound administration. A decision to reject a bid in such circumstances is a discretion on the part of the Contracting Authority and may result in an unnecessary restriction of competition. Perhaps in the event of a simple correction of the error, the Contracting Authority may, under the principle of proportionality, be required to seek clarification.

Explanations can be used to correct or rectify a bid, both formally and substantively, but only if the principles and conditions deriving from legislation, the EU Directive and EC Decisions are

met. In particular, they must protect the rights and interests of other tenderers. A tenderer who is afforded the opportunity to improve, supplement or clarify his tender shall not be entitled to the advantage against of other tenderers through his clarification questions or changes to the tender. Thus, when creating and formulating clarification questions and requesting answers from a tenderer, the contracting authority's discretion cannot be arbitrary and cannot be the absolute right and choice of the contracting authority, but the contracting authority is bound by the principle of equal treatment and transparency.

As a result of testing the hypotheses set in the thesis, it can be concluded that asking for clarification of tenders is a discretionary power exercised by the contracting authority by virtue of legislation and cas-law, when the general principles of equal treatment and transparency in public procurement must be observed. The contracting authority also, though not always, has a duty to seek clarification in order to comply with the principle of proportionality, for example in the event of minor deficiencies in the tender. What matters is that the existence of a request for clarification, or the need for it, cannot seek to modify a bid, which is prohibited by law. However, requests for clarification are fully justified where tenders contain inaccuracies or errors and tenders must therefore be specified. The refinement must not exceed the limits which would alter the submitted tender, so the refinement must remain within the limits of the correction of non-substantial deviations. In fulfilling these criteria, the contracting authority may ask tenderers to provide the necessary documents and particulars in order to clarify their tenders. Whether and which documents to allow the tenderer to provide explanations is subject to the terms and conditions set out by the contracting authority in the tender documentation. The absence of a mandatory document and its request through explanations procedure could not be tolerated. In conclusion, the admissibility of the clarification of tenders is based primarily on the general principles of public procurement, but it is important that the contracting authority understands and adheres to these principles in a way that does not prejudice the interests of tenderers or infringe their rights. Ambiguity in the bid may be easily resolved, and in easy way rejection of the bid may be contrary to the principle of good administration, be a discretion error on the part of the contracting authority, and may lead to the elimination of unnecessary competition. In the event of a simple correction of the error, the contracting authority may, under the principle of proportionality, be required to seek clarification.

The Master's thesis concluded that the failure of the contracting authority, as a result of the clarification questions, to favor one tenderer over the other does not constitute a breach of the

general principles of public procurement and that there are no significant deviations from the conditions set out in the procurement. In some cases, the contracting authority is obliged to seek clarification from the tenderer in order to eliminate any error or inaccuracy in the tender. Thus, the administrative burden of the contracting authority, which could have been incurred if the contracting authority had declared the tender inadequate in the event of a minor formal error, would not increase. As a result, the contracting authority should probably organize a new procurement procedure.

The author concludes from the research that, in the event of errors or inaccuracies in the tender, the contracting authority should first analyze the error and evaluate how to rectify the error by the simplest administrative steps. The contracting authority must then analyze whether asking for clarification as a result of the tender may adversely affect the interests of other tenderers. Contracting authorities' decisions must be transparent and comprehensible to other tenderers so that, where appropriate, other tenderers can bring to the notice of the contracting authority a breach of one or other provision of the law. The contracting authority has the opportunity to easily change its discretionary decision before it is challenged by the complaint board VAKO or the courts.

The points made in this research work should be taken into account in the development of public procurement legislation so that the cases and procedures for requesting clarifications could be significantly understood. The development of public procurement guidelines for contracting authorities would certainly help to further clarification of the limits and possibilities for requesting clarification in order to avoid misunderstandings, costly and redress complaint or court procedures.

KASUTATUD ALLIKATE LOETELU

Teadusraamatud:

1. Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. (2004). Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus.
2. Arrowsmith, S. (2011) EU Public Procurement Law: An Introduction. UK: University of Nottingham.
3. Arrowsmith, S. (2014). The Law of Public and Utilities Procurement Volume 1: Regulation in the EU and UK. Volume 1. London, UK: Sweet & Maxwell.
4. Arrowsmith, S. (2019) The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK. Volume 2, 3rd edition. UK: European Law Journal.
5. Bovis, C. (2015). Research Handbook on EU Public Procurement. Second Edition. Oxford, UK: Oxford University Press.
6. Davey, J., Falle, J. (2014) The Government Procurement Review. 2nd edition. London, UK: Law Business Research Ltd.
7. Hjelmbo, S.E., Jakobsen, P.S., Poulsen, S.T. (2006) Public Procurement Law: The EU Directive on Public Contracts. Denmark: Djoef Publishing.
8. Lichere, F., Caranta, R., Treumer, S. (2014). Modernising Public Procurement: The New Directive. Denmark: Djoef Publishing.
9. Merusk, K., Pilving, I. (2013). Halduskohtumenetluse seadustik: Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura.
10. Simovart, M.A., Parind, M. (2019). Riigihangete seadus – kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura.
11. Steinicke, M., Vesterdorf, P.L. (2018). EU Public Procurement Law: Brussels Commentary. Germany: Nomos.
12. Sanchez-Graells, A., Koninck, C. (2018). Shaping EU Public Procurement Law: A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015-2017. The Netherlands: Kluwer Law International B.V.

Teadusartiklid:

13. Arrowsmith, S. (1997). Future Prospects for the European Community's Regime on Public Procurement. – L. Gormley (ed.). Gordian Knots in European Public Procurement Law. *Academy of European Law*. Vol 24.
14. Brown, A. (2014) The Court of Justice Rules that a Contracting Authority May Accept the Late Submission of a Bidder's Balance Sheet, Subject to Certain Conditions: Case C-336/12 Danish Ministry of Science, Innovation and Higher Education v Manova A/S. – *Public Procurement Law Review* 2014/1. lk 253-267.
15. Brunning, S. (2011). Unambiguous errors in tenders. *Public Procurement Law Review*, 2011/5. lk 201-204.
16. Dickinson, J. Issues for public procurements resulting from instability in global financial markets. *Public Procurement Law Review (PPLR)*, 3, 95-97.
17. Fels., E. (2016). Hankelepingu kehtivuse vaidlustamine. – *Juridica* 2016/1.
18. Garcia-Andrade, X. C. (2015) Why Manova is not Slovensko: a new balance between equal treatment of tenderers and competition? – *PPLR* 2015/4.

19. Gomes, P. C. (2014) The innovative innovation partnerships Under the 2014 Public Procurement Directive. – *PPLR* 2014/5.
20. Hartlev, K., Liljenbol, M. W. (2013). Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to avoid the Need for a New Tender. – *PPLR* 2013/2.
21. Minumets, D. (2016). Ettevõtja seisundit kirjeldavate dokumentide kohta selgituste nõudmine riigihankemenetluses. – *Juridica* 2016/1.
22. Parrest, N. Hea halduse põhimõte Euroopa Liidu põhiõiguste hartas. – *Juridica* 2006/1.
23. Saar, K. Kas Eesti riigihangete reeglis põhjustavad konkurentsimoonusi? Hankemenetluse otsuste vaidlustamise probleemid. – *Juridica* 2014/6.
24. Simovart, M. A., (2014). Arvustus. D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus, - *Juridica* 2014/10.
25. Simovart, M. A. (2011). Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. – *Juridica* 2011/2.
26. Simovart, M. A. (2016). Hankelepingute lubatud ja keelatud muudatused uue riigihankedirektiivide ülevõtmise järel. – *Juridica* 2016/1.
27. Trepte, P. (2007). Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide. 2. ed. Oxford: Oxford University Press.
28. Treumer, S. (2007). Toward an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules – the end of status of concluded public contracts as sacred cows. – *PPLR* 2007/6.
29. Treumer, S. (2006). The discretionary powers of contracting entities - towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice? - *Public Procurement Law Review* 2006/3. lk 71-85.
30. Verschuur, S. (2006). Competitive dialogue and the scope for discussion after tenders and before selecting the preferred bidder – what is fine-tuning etc? – *Public Procurement Law Review* 2006/6.
31. Väljaots, T., Ginter, C. Hankemenetlusest kõrvaldatud pakkuja kaebeõigus riigihankemenetluses. – *Juridica* 2018/3.
32. Wiggen, J. (2012) Public procurement law and public-public cooperation: Reduced flexibility but greater legal certainty ahead? Commission's Stadd Working Paper on application of EU public procurement law relations etween authorities and the 2011 proposal for a new Directive. – *PPLR* 2012/5.

Eesti õigusaktid:

33. Haldusmenetluse seadus, RT I, 13.03.2019, 55.
34. Riigihangete seadus, RT I, 13.03.2019, 145.

EL-i ja rahvusvahelised õigusaktid:

35. Euroopa parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv 2004/18/EÜ, mis käsitleb ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta.
36. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari direktiiv 2014/24/EL, mis käsitleb riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta EMPs kohaldatav tekst
37. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. direktiiv 2014/25/EL, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste

riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ EMPs kohaldatav tekst

Eesti kohtulahendid:

- 38. TlnHKo 3-18-1681
- 39. TrtHKo 3-18-977
- 40. TlnRKO 3-16-1219
- 41. RKHKO 3-3-1-5-06
- 42. RKHKO 3-3-1-25-13
- 43. RKHKO 3-3-1-52-02

Muud kohtulahendid:

- 44. EKO C-16/98
- 45. EKO C-21/03
- 46. EKO C-27/15
- 47. EKO C-42/13
- 48. EKO C-43/03
- 49. EKO C-131/16
- 50. EKO C-157/96
- 51. EKO C-234/03
- 52. EKO C-324/14
- 53. EKO C-331/04
- 54. EKO C-331/6
- 55. EKO C-332/12
- 56. EKO C-336/12
- 57. EKO C-368/10
- 58. EKO C-496/99
- 59. EKO C-536/16
- 60. EKO C-559/10
- 61. EKO T-19/95
- 62. EKO T-211/02
- 63. EKO T-376/05
- 64. EKO T-495/04
- 65. VAKO 21.02.2014 otsus 21-14/147095
- 66. VAKO 02.06.2014 otsus 109-14/150491
- 67. VAKO 18.05.2015 otsus 87-15/159295
- 68. VAKO 08.06.2015 otsus 106-15/159790
- 69. VAKO 12.06.2015 otsus 101-15/159161
- 70. VAKO 18.01.2016 otsus 1-16/165483
- 71. VAKO 07.06.2016 otsus 117-16/168909
- 72. VAKO 09.03.2017 otsus 26-17/180823
- 73. VAKO 22.02.2018 otsus 12-18/193315
- 74. VAKO 11.04.2018 otsus 46-18/194608
- 75. VAKO 26.04.2018 otsus 56-18/192850
- 76. VAKO 07.05.2018 otsus 60-18/295081
- 77. VAKO 29.05.2018 otsus 82-18/19810
- 78. VAKO 30.05.2018 otsus 83-18/194060
- 79. VAKO 15.06.2018 otsus 101-18/193527

80. VAKO 21.06.2018 otsus 116-18/197039
81. VAKO 10.08.2018 otsus 147-18/197722
82. VAKO 16.08.2018 otsus 143-18/195911
83. VAKO 10.09.2018 otsus 173-18/194960
84. VAKO 13.09.2018 otsus 174-18/194960
85. VAKO 14.09.2018 otsus 168-18/194960
86. VAKO 21.09.2018 otsus 177-18/194960
87. VAKO 18.01.2019 otsus 264-18/194776
88. VAKO 08.04.2019 otsus 37-19/205509
89. VAKO 30.04.2019 otsus 42-19/203886
90. VAKO 29.05.2019 otsus 82-18/193810
91. VAKO 24.09.2019 otsus 145-19/210602
92. VAKO 25.10.2019 otsus 162-19/211436

Muud allikad:

93. Designing Buildings. 2019. Non-Compliant tender. Kättesaadav:
https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Non-compliant_tender_10.11.2019
94. European Commission. Public Procurement. Kättesaadav:
https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en, 30.11.2019.
95. Karindi-Kask, E. (2012) Hankelepingute muutmine: RaM riigihangete ja riigiabi osakond. European Union. 2019. Public tendering rules. Kättesaadav:
https://europa.eu/youreurope/business/selling-in-eu/public-contracts/public-tendering-rules/index_en.htm#shortcut-0 13.11.2019
96. Majanduskomisjon. (2017). Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri (450 SE I).
97. SIGMA. (2016). Detecting and Correcting Common Errors in Public Procurement. OECD. Kättesaadav: <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-29-200117.pdf> 20. november 2019.
98. Taube, K. (2012) Pakkumuse muutmine riigihankemenetluses pärast pakkumuste esitamise tähtaega. Magistritöö. Juhendaja M. A. Simovart. Tartu Ülikool.