



Järelevalvemenetluse lõpetamine

Austatud härra Kiili

Tesman Ehitus OÜ, registrikood 14187812, esindaja esitas 05.08.2019 rahandusministeeriumile pöördumise (edaspidi järelevalveteade), osutades riigihangete seaduse (edaspidi RHS) väidetavale rikkumisele Kaitseliidu, registrikood 74000725, (edaspidi hankija) korraldatava avatud hanke-menetlusega ehitustööde riigihanke nr 209881 "Kaitseliidu Saaremaa maleva staabi- ja tagalakeskuse ehitustööd" (edaspidi riigihange) läbiviimisel.

Järelevalveteates sisalduva etteheite kohaselt on hankija riigihanke alusdokumendi kohta 19.07.2019 kell 10:35 (s.o 25 minutit enne pakkumuste esitamise tähtpäeva) esitatud selgitusega muutnud riigihanke tehnilist kirjeldust, lubades riigihanke alusdokumendis ettenähtust õhema asfaltbetoonkatte paigaldamist, pikendamata sealjuures pakkumuste esitamise tähtaega.

Vastates omal algatusel järelevalveteatele, esitas hankija 08.08.2019 kirjaga nr K-4.1-4/19/15847 rahandusministeeriumile selgituse, leides, et hankija ei ole teavevahetuse käigus lubanud pakkuda õhemat asfaltkatet. Hankija asus seisukohale, et riigihangete seadust ei ole rikutud ja riigihanke alusdokumente ei ole muudetud.

08.08.2019 esitas Tesman Ehitus OÜ riigihankes 01.08.2019 tehtud hankija otsustele vaidlustuse, mille riigihangete vaidlustuskomisjon (edaspidi VAKO) on võtnud menetlusse. 13.08.2019 kirjaga nr 12.2-10/134 teavitas VAKO rahandusministeeriumi vaidlustuse läbivaatamise käigus asjaolu ilmnenisest, mis võib tingida RHS § 208 lg-s 1 sätestatud ettekirjutuse tegemise, ning peatas vaidlustuse läbivaatamise kuni rahandusministeeriumi poolt järelevalve tegemise lõppemiseni.

VAKO seisukoha kohaselt on hankija vahetult enne pakkumuste esitamise tähtpäeva andnud pakkumuse esitamisest huvitatud isikutele selgituse, mis võimaldab järeldada, et tegemist on olnud hankija sooviga muuta varasemalt kehtinud nõuet asfaltkihi paksusele. VAKO avaldas, et hankija poolt 25 minutit enne pakkumuste esitamise tähtpäeva antud selgitus on selgelt suunatud asfaltkihi paksusele esitatud nõude muutmisele, mis VAKO hinnangul on vastuolus RHS § 46 lg-ga 3, sest antud selgitus muudaks juba esitatud pakkumuste sisu ja selgitusega on keelatud riigihanke alusdokumentide muutmine. VAKO arvates eeldab hankija antud selgitus riigihanke alusdokumentides vastava muudatuse tegemist ning pakkumuste esitamise tähtpäeva edasilükkamist (RHS § 82 lg 1), mida aga ei tehtud.

I. Menetluse käik ning hankija selgitused

Kaalumaks järelevalvemenetluse alustamist tutvus rahandusministeerium riigihangete registris avaldatud andmetega, millest nähtusid järgmised asjaolud:

1. Hankija alustas riigihangete registris (edaspidi eRHR) 03.06.2019 avaldatud hanketeatega rahvusvahelist piirmäära ületavat avatud hankemenetlusega ehitustööde riigihanget viitenumbri 209881 "Kaitseliidu Saaremaa maleva staabi- ja tagalakeskuse ehitustööd". Pakkumuste hindamise ainsaks kriteeriumiks oli hanketeate kohaselt madalaim hind (vt. HT osa II p 2.5). Pakkumuste esitamise tähtpäevaks oli määratud 19.07.2019 kell 11:00 (vt. HT osa IV p 2.2).
2. Riigihankest huvitatud ettevõtja esitas 16.07.2019 kell 15:52 hankijale eRHR-i teabevahetuse töölehel järgmise sisuga selgitustaotluse: "Projektis puudub nõue pealmise asfaltkatte nõuded täitematerjalidele. Kas Tellija soovib 100 % graniitkillustiku baasil asfaltbetooni või 50/50, ehk poolgraniit?" Hankija andis 17.07.2019 kell 11:24 eRHR-i teabevahetuse töölehel järgmise sisuga selgituse: "Kuna territooriumil liigub ka rasketehnikat peab pealne asfaldikiht olema 100% graniitkillustikuga." Riigihanke alusdokumentide (edaspidi RHAD) koosseisus esitatud tee-ehitusprojekti ning tehnilist kirjeldust hankija ei muutnud (ei täiendanud vastava tingimusega). Samuti ei pikendanud hankija pakkumuste esitamise tähtaega.
3. RHAD lisa 5 osa 1 koosseisus esitatud ehitusprojekti teedehituse osa töömahtude loendi kohaselt oli platsidele ja parkimisalale ette nähtud kahekihiline asfaltbetoonkate, s.o tihedast asfaltbetoonist kiht (AC 16 surf sh kruntimine) kiht H = 6 cm ja poorsest asfaltbetoonist kiht (AC 32 base) H = 10 cm (vt. Elstar OÜ. Töö nr 17041. 14.01.2019. Kaitseliidu Saaremaa maleva staabi- ja tagalakeskus Kalevi põik 5, Kuressaare, Saaremaa vald, Saaremaa. Tööprojekt. Lisa 5. Teedehituse osa töömahtude loend, lk 1, artiklid nr 43003c ja nr 43003b). RHAD lisa 5 osa 1 koosseisus esitatud ehitusprojekti teedehituse osa seletuskirja kohaselt oli platsidele ja parkimisalale ette nähtud kahekihiline asfaltbetoonkate, s.o tihe asfaltbetoon AC 16 surf 70/100 6 cm ja poorne asfaltbetoon AC 20 base 70/100 10 cm (vt. Elstar OÜ. Töö nr 17041. 14.01.2019. Kaitseliidu Saaremaa maleva staabi- ja tagalakeskus Kalevi põik 5, Kuressaare, Saaremaa vald, Saaremaa. Tööprojekt. Lisa 5. Seletuskiri, lk 4, p 2.5).
4. Riigihankest huvitatud ettevõtja esitas 17.07.2019 kell 13:48 hankijale eRHR-i teabevahetuse töölehel järgmise sisuga selgitustaotluse: "Projektis on määratud asfaldi kihiks: Poorne asfaltbetoon AC 20 base 70/100, 10 cm. Meie teada ei ole võimalik 10 cm paksust asfaldi paigaldada. Millest tingitult on ebaharilikult paks asfaldi kiht projekteeritud? Kas asfaldi paksust võib optimeerida tingimusel, et see vastab ettenähtud koormusnõuetele?" Hankija andis 19.07.2019 kell 10:35 eRHR-i teabevahetuse töölehel järgmise sisuga selgituse: "Antud kihi paksust võib optimeerida. Asfalkatte kogupaksus ja kandevõime ei tohiks muutuda." RHAD lisa 5 osa 1 koosseisus esitatud ehitusprojekti teedehituse osa töömahtude loendit ja seletuskirja, milles poorsest asfaltbetoonist kihi paksuseks oli määratud 10 cm, hankija ei muutnud. Samuti ei pikendanud hankija pakkumuste esitamise tähtaega.

14.08.2019 kirjaga nr 12.2-1/4997-4 alustas rahandusministeerium avatud hankemenetlusega riigihanke nr 209881 "Kaitseliidu Saaremaa maleva staabi- ja tagalakeskuse ehitustööd" üle järelevalvemenetlust, eesmärgiga kontrollida riigihanke korraldamise õiguspärasust. Seoses järelevalvemenetluse alustamisega palus rahandusministeerium esitada hankijal selgitused ülaltoodud asjaolude kohta ning olemasolu korral vastuväited Tesman Ehitus OÜ 05.08.2019 järelevalveteates ja VAKO 13.08.2019 kirjas nr 12.2-10/134 esitatu kohta.

21.08.2019 esitas riigihankes edukaks tunnistatud pakkuja OÜ Ehitus5Eco, registrikood 11715995, esindaja rahandusministeeriumile taotluse OÜ Ehitus5Eco kaasamiseks järelevalvemenetlusse.

Taotlust põhjendati asjaoluga, et RHS § 205 lg 4 p 3 kohaselt võib järelevalvemenetlus lõppeda ettekirjutuse, sh. vastavalt RHS § 208 lg-le 1 hankijat riigihanget kehtetuks tunnistama kohustava ettekirjutuse, hankijale teatavaks tegemisega.

22.08.2019 toimunud telefonivestluses selgitas järelevalvemenetlust läbiviiv rahandusministeeriumi ametnik OÜ Ehitus5Eco esindajale, et järelevalvemenetlus on algusfaasis, hankijapoolsed selgitused ei ole rahandusministeeriumile veel laekunud ning ettekirjutusele eelneva ettekirjutuse tegemise kavatsuse (RHS § 208 lg 4) koostamise korral antakse ka edukale pakkujale võimalus esitada järelevalvemenetluses ettekirjutuse tegemise suhtes oma arvamus ja vastuväited.

22.08.2019 kirjaga nr K-4.1-4/19/16702 esitas hankija rahandusministeeriumile järelevalvemenetluses nõutud selgitused. Hankija märkis, et:

1. Õiguslikult on riigihanke alusdokumentide (edaspidi RHAD) muutmine selgituste teel välistatud ning hankija ei ole seda ka soovinud ega teinud. RHS § 46 lg 3 ls 2 sätestab, et selgituste ja selgitamist võimaldavate dokumentide alusel on keelatud riigihanke alusdokumente muuta. Hankija, nõustudes rahandusministeeriumi poolt järelevalvemenetluse alustamise teates (14.08.2019 kirjas nr 12.2-1/4997-4) väljatooduga, märkis, et on teadlik sellest, et selgitusi saab järgnevas hankemenetluses arvesse võtta vaid ulatuses, milles need ei lähe vastuollu RHS § 46 lg-s 3 sätestatud keeluga selgituste kaudu RHAD-i muuta. Seega õiguslikult ei saa ühegi selgitusega muuta pakkujate jaoks siduvalt RHAD-i ning osas, milles selgitused ei ole RHAD-iga kooskõlas, ei saa neid järgnevas menetluses ka arvesse võtta. Hankija kinnitas, et ei ole soovinud RHAD-i muuta, sealhulgas mingeid tingimusi ära jätta, neid modifitseerida või lisada uusi tingimusi. Hankija soovib sõlmida hankelepingu RHAD-is toodud tingimustel ega näe selleks takistusi.
2. Seonduvalt 17.07.2019 kell 11:24 antud selgitusega (pealmise asfaltkatte nõuded täitematerjalidele – asfaldikiht peab olema 100% graniitkillustikuga) hankija selgitas, et RHAD osaks oleva tee-ehitusprojekti (Elstar OÜ töö nr 17041 – RHAD lisa V osa 1) kohaselt on projekteerimisel arvestatud mh. majandus- ja taristuministri 03.08.2015 määrusega nr 101 "Tee ehitamise kvaliteedi nõuded", mille § 16 lg 8 järgi lubatakse lubjakivist või kruusast toodetud fraktsioneeritud täitematerjali ja lubjakivist või kruusast toodetud peentäitematerjali ülemise kihi asfaltbetoonsegudes kasutada ainult nendel teedel, mille talviseks libedusetõrjeks ei kasutata kloriide. Kloriidide (soolalahuste) kasutamine talvises teehoolduses on tavapärane (vt. ka majandus- ja taristuministri 14.07.2015. a määruse nr 92 "Tee seisundinõuded", nt § 17 p 4). Arvestades objekti sihtotstarvet, oli pakkujatele teada, et territooriumi kasutab rasketehnika ning talihoolduses kasutatakse kloriide, mis tingitult rasketehnika liikumisest territooriumivälistel teedel kanduvad ka territooriumile. Seega tulenes vastav nõue RHAD-is viidatud majandus- ja taristuministri määrustest, mistõttu hankijal puudus vajadus RHAD-i tingimusi vastavalt muuta, sh. täiendada.
3. Seoses erinevustega RHAD-i koosseisus esitatud projekteerimisdokumentides (teedeehituse töömahtude loendi kohaselt peaks pakkuja kasutama poorsest asfaltbetoonist kihis asfaltsegu "AC 32 base", ent seletuskirjas on poorsest asfaltbetoonist kihis kasutamiseks ette nähtud asfaltsegu "AC 20 base"), selgitas hankija, et tee-ehitusprojekti seletuskirja kohaselt on projekteerimisel arvestatud mh. majandus- ja taristuministri 02.07.2015 määrusega nr 82 "Tee ehitusprojektile esitatavad nõuded", mille § 4 lg 2 sätestab, et vastuolude esinemisel erinevate tee ehitusprojekti dokumentide vahel lähtutakse kõigepealt seletuskirjast, seejärel joonistest ning seejärel muudest tee ehitusprojekti sisalduvatest dokumentidest. Seega said ja pidid kõik pakkujad lähtuma pakkumuse koostamisel majandus- ja taristuministri määruuses sätestatud projekteerimisdokumentide prioriteetsusjärjekorrast.

4. Seonduvalt 19.07.2019 kell 10:35 antud selgitusega (poorsest asfaltbetoonist kihi paksus – antud kihi paksust võib optimeerida tingimusel, et asfaltkatte kogupaksus ja kandevõime ei muutu) hankija selgitas, et ei ole muutnud RHAD-is toodud tingimusi, sest: (i) tehnilise kirjelduse üldosa p 3.3.11 järgi on töövõtjal, kooskõlastatult tellija, projekteerija ja omanikujärelevalvega, võimalik teha lepingu täitmise käigus muudatusi võrreldes RHAD-i koosseisus esitatud projektiga; (ii) RHAD-i koosseisu kuuluva hankelepingu projekti p 2.33 kohaselt on töövõtjal lubatud projektdokumentatsioonist kõrvale kalduda määras, mis ei muuda ehitise põhimõttelisi ja funktsionaalseid lahendusi. Eeltoodule tuginedes, asus hankija seisukohale, et 19.07.2019 vastusega ei soovinud hankija RHAD-is toodud tingimusi muuta, vaid üksnes kordas RHAD-is ette nähtud võimalust muuta tööde käigus projektiga ette nähtud lahendusi ning selgitas, millised täiendavad tingimused peavad hankija poolse kooskõlastuse andmiseks olema täidetud.
5. Järelevalveteate esitaja väited sellest, et 19.07.2019 kell 10:35 antud selgitus avaldas mõju riigihanke tulemusele, ei vasta tegelikkusele. Edukaks tunnistatud pakkumus oli esitatud enne kõnealuse selgituse andmist hankija poolt. Ainult üks pakkumus kuuest oli esitatud pärast selgituse andmist ning viimasena esitatud pakkumuse maksumus on suurem mitte ainult edukast pakkumusest ja maksumuselt teiseks jäänud pakkumusest, vaid ka järelevalveteate esitaja pakkumusest. Vale on väide, nagu oleks järelevalveteate esitaja esitanud täiendava pakkumuse enne, kui sai teada teiste riigihankes esitatud pakkumuste maksumused. Järelevalveteate esitaja on esitanud täiendava pakkumuse eRHR-i teabevahetuse töölehe kaudu 22.07.2019 kell 09:02. Hankija tegi kõigi pakkujate pakkumuste maksumused kõigile riigihankes pakkumuse esitanud pakkujatele, sh. järelevalveteate esitajale, teatavaks juba 19.07.2019. Ebaõige on ka järelevalveteate esitaja väide, et 19.07.2019 kell 10:35 antud selgitusest lähtudes pärast pakkumuste esitamise tähtaega koostatud ning eRHR-is teabevahetuse kaudu 22.07.2019 kell 09:02 esitatud pakkumus oleks olnud madalaima hinnaga – järelevalveteate esitaja on pärast teiste pakkumuste kogumaksumuse teadasaamist pakkumuse osamaksumustega manipuleerinud, vähendades pakkumuse kululiigituse tabelis lisaks "teede ja platside asfaltbetoon katete" osamaksumusele ka neid pakkumuse osamaksumusi, millel ilmselgelt pole mingit seost poorse asfaltbetooni kihi paksusega ega asfaldikatte töödega üldisemalt. Tegelikult ei vähendaks 19.07.2019 kell 10:35 antud selgitusest lähtuv lahendus tööde mahtu ega kulusid, sest asfaldikatte kogupaksus ei oleks tohtinud muutuda. Samas ulatuses nagu pakkuja teeks poorse asfaltbetooni kihi õhema, peaks pakkuja samaaegselt tegema tiheda asfaltbetooni kihi paksema ning jätkuvalt oleks pidanud olema tagatud sama kandevõime nagu katendis, milles tiheda asfaltbetooni kiht on 6 cm ja poorse asfaltbetooni kiht 10 cm. Järelikult ei muutuks sisuliselt tööde maht – endiselt tuleks rajada kokku 16 cm paksune asfaldikiht. Veelgi enam – tihe asfaltbetoon on kallim kui poorne asfaltbetoon. Seega 19.07.2019 kell 10:35 antud selgitusest juhindudes koostatud pakkumuse korral oleksid pakkuja kulud mitte vähenenud, vaid hoopis suurenenud.

II. Rahandusministeeriumi seisukoht ja menetluse kokkuvõte

Rahandusministeerium, olles tutvunud järelevalveteatega, samuti järelevalvemenetluses kogutud seisukohtade ja dokumentidega ning hinnates kõiki tuvastatud asjaolusid kogumis ja nende vastastikusel seoses, leiab, et hankija on 19.07.2019 kell 10:35 antud selgitusega rikkunud RHS § 46 lg-s 3 sätestatud keeldu, samuti vastuolud RHAD-i koosseisus esitatud erinevate dokumentide vahel kahjustavad RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid, ent sellele vaatamata puudub piisav faktiline alus järeldamiseks, et nimetatud rikkumised antud juhul mõjutasid või vähemalt võisid mõjutada riigihanke lõpptulemust. Seega, vaatamata RHS-is sätestatud nõuete eiramisele ei esine järelevalvealuses riigihankes asjaolusid, mis ei võimaldaks riigihanget jätkata ning tingiksid seetõttu rahandusministeeriumi poolt RHS § 208 lg-s 1 sätestatud ettekirjutuse tegemise. Rahandusministeerium põhjendab oma seisukohta alljärgnevalt.

Avatud hankemenetluses ei tohi hankija sõlmida riigihanke alusdokumendis ettenähtust teist-suguse sisuga hankelepingut. RHS § 110 lg 2 järgi peab pakkumus vastama riigihanke alusdokumentides sätestatud tingimustele ning RHS 120 lg 1 kohaselt tuleb hankeleping sõlmida riigihanke alusdokumentides ettenähtud tingimustel ja vastavuses edukaks tunnistatud pakkumusega. Riigihanke alusdokumentides sätestatud erinevatel tingimustel hankelepingu sõlmimine on karistatav RHS § 214 järgi väärteona. RHS § 4 p-s 17 toodud legaaldefiniitsiooni kohaselt on riigihanke alusdokumendid hanketeade, kontsessiooniteade, ideekonkursi kutse, pakkumuse esitamise ettepanek ja kõik hankija koostatud või viidatud muud dokumendid, milles on määratud ühe konkreetse riigihanke üksikasjad, sealhulgas pakkujale ja taotlejale esitatud tingimused ja dokumentide esitamise nõuded, tehniline kirjeldus, hankelepingu tingimused ning pakkumuste hindamise kriteeriumid. Hankija peab koostama riigihanke alusdokumendid vastavalt RHS-is sätestatud nõuetele kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis ja tegema need ettevõtjatele hankemenetluse algamisest arvates piiranguteta tasuta kättesaadavaks, üldjuhul elektrooniliselt (RHS § 77 lg 1). Riigihanke alusdokumentides peab muu hulgas sisalduma RHS §-des 87-89 sätestatu kohaselt koostatud hankelepingu eseme tehniline kirjeldus (RHS § 77 lg 4 p 1). Tehniline kirjeldus on hankelepingu eseme kirjeldamiseks vastavas valdkonnas tegutsevatele isikutele arusaadavat terminoloogiat ja täpsusastet kasutades hankija kehtestatud ehitustööde hankelepingu esemeks olevate ehitustööde omaduste ja neile esitatavate tehniliste nõuete kogum (RHS § 87 lg 1 p 2). Seega saab riigihanke tehniline kirjeldus sisalduda ka ehitusprojekti ja selle lisades, mida käsitletakse sellisel juhul riigihanke alusdokumentidena ning mis peavad vastama RHS-is riigihanke alusdokumentidele ja iseäranis tehnilisele kirjeldusele seatud nõuetele. Kui hankija arvestab majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel ainult pakkumuse hinda, siis peavad kõik muud tulevase hankelepingu tingimused, sh. hankelepingu esemega seotud kriteeriumid, olema riigihanke alusdokumentides ammendavalt kindlaks määratud (RHS § 85 lg 4).

Hankemenetluses on täpselt kindlaksmääratud ja üheselt arusaadavalt sõnastatud hanketingimustel oluline roll riigihanke korraldamise üldpõhimõtete (RHS § 3) tagamisel (vrd. RKHKo 10.05.2007, nr 3-3-1-100-06, p 14). Sellest tulenevalt peab ettevõtjatele juba enne pakkumuse koostamist ja esitamist olema muu hulgas üheselt selge, millised on ehitustööde materjalidele esitatavad nõuded. Ebapiisavalt koostatud riigihanke alusdokumendi eest vastutab alati hankija (vt. RKHKo 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13, p 39). Vastuolud riigihanke alusdokumentides on ühemõtteliselt lubamatud. Selline väärpraktika on vastuolus RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtetega, ennekõike riigihanke läbipaistvuse ja riigihanke kontrollitavuse nõudega (RHS § 3 p 1), seades ühtlasi ohtu pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise (RHS § 3 p 2). Vastuolud riigihanke alusdokumentides võivad eksitada riigihanke osalemisest huvitatud ettevõtjaid, mistõttu esineb oht, et erinevad pakkujad tõlgendavad riigihanke tingimusi erinevalt ning vastuoludest tingitud väärtõlgendus ja väärarvamuste tekkimine võib mõjutada nii pakkumuste maksumusi kui ka pakkujate arvu.

Riigihanke alusdokumentide muutmise kord on ammendavalt reguleeritud RHS §-des 81-82. Avatud hankemenetluses võib riigihanke alusdokumente, sh. riigihanke tehnilist kirjeldust, muuta üksnes enne pakkumuste esitamise tähtpäeva (RHS § 81 lg 1) ning riigihanke alusdokumentide muutmisel peab hankija pikendama pakkumuste esitamise tähtaega selliselt, et muudetud riigihanke alusdokumentide kättesaadavaks tegemisest või edastamisest arvates oleks pakkumuste esitamise tähtaeg võrdne vähemalt poolega vastavast RHS §-s 93 sätestatud minimaalsest tähtajast (RHS § 82 lg 1). Hankija ei pea riigihanke tehnilise kirjelduse muutmisel pakkumuste esitamise tähtaega pikendama ainult siis, kui esialgsetest riigihanke alusdokumentidest lähtudes koostatud pakkumus ei saa muutuda tehtud muudatuste tõttu riigihanke alusdokumentidele mittevastavaks või kui tehtud muudatuste tõttu ei muutuks riigihankest huvitatud ettevõtjate ring või pakkumuste sisu (RHS § 82 lg 2). RHS § 46 lg-st 1 tuleneb, et riigihankest huvitatud ettevõtjal on õigus saada riigihanke alusdokumentidega seotud selgitusi või riigihanke alusdokumentide selgitamist võimaldavad dokumente.

Selgitustel on hankemenetluses oluline tähendus. Selgituste andmise eesmärk on tagada, et hankija ja pakkujad saaksid hanke alusdokumentides sätestatust ühtemoodi aru. Kui hankija on riigihanke alusdokumentide sätte tähendust RHS § 46 lg 1 alusel selgitanud, tuleb sellest selgitusest asjaomase sätte tõlgendamisel lähtuda (vt. VAKO 27.11.2017, nr 181-17/183146, p 18; VAKO 16.01.2018, nr 211-17/191039, p 14). Sealjuures peab iseenda antud tõlgendusest kinni pidama ka hankija (vt. VAKO 10.07.2018, nr 125-18/194358, p 20). Kohtupraktikas on sedastatud, et enne pakkumuse tegemist hanke alusdokumentide kohta selgituste küsimine on pakkujal lasuv elementaarne hoolsusnõue (vt. TlnRKO 30.08.2011, nr 3-11-1452, p 17), seejuures ei ole isegi piisava põhjalikkusega ette valmistatud riigihanke puhul välistatud, et hankija ja pakkuja tõlgendavad riigihanke alusdokumentides toodud nõudeid erinevalt ning ka kõige hoolikam pakkuja ei pruugi alati mõista riigihanke alusdokumendis ettenähtud tingimuste tegelikku sisu (vt. RKHKo 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13, p 16).

Samas on oluline silmas pidada, et selgitustega ei saa hankija mis tahes ulatuses muuta hanke alusdokumente, sh. teatud tingimusi ära jätta, neid modifitseerida või lisada uusi tingimusi. See oleks vastuolus selgituste andmise olemusega. Teabevahetuse käigus hankija poolt riigihanke alusdokumentide kohta antud selgitused ise ei ole käsitletavad riigihanke alusdokumendina ning RHS §-d 81-82 näevad riigihanke alusdokumentide muutmiseks ette erikorra (vt. TlnRKO 04.06.2013, nr 3-13-431, lk 8). Kui hankija annab eRHR-i teabevahetuse töölehel riigihanke alusdokumentides märgituga võrreldes vastupidiseid selgitusi, nt. aktsepteerib huvitatud isiku soove, mis ei vasta hanke alusdokumendis kirjutandule, on nimetatu käsitletav tahteavaldusena muuta selgituste kaudu riigihanke alusdokumente, mis läheb vastuollu RHS §-s 46 sätestatud selgituste andmise olemuse ja RHS §-des 81-82 sätestatud riigihanke alusdokumentides muudatuste tegemise regulatsiooniga. Riigihanke alusdokumentide täiendamine, laiendamine või kitsendamine peavad samuti toimuma RHS §-des 81-82 ettenähtud korras. Hankemenetluses on hankelepingu eseme kirjelduse kehtestamisele seadusega ette nähtud kindel vorm, milleks on riigihanke alusdokumendiks olev tehniline kirjeldus (RHS § 87 lg 1 p 2, § 4 p 17), mistõttu tingimusi ei saa muuta teistsuguses vormis, sh. selgituste andmisega. Tingimuse muutmine on materiaalselt mõistetuna ka sellise (uue) nõude kehtestamine, mida algne hanke alusdokument ei sisaldanud.

Kodifitseerides vaidlustus- ja kohtupraktika, milles leiti, et selgituste kaudu ei tohi riigihanke alusdokumente sisuliselt muuta (vt. nt TlnHKO 22.06.2018, nr 3-18-939, p 19; VAKO 19.01.2011, nr 275-10/121397, p 12.2; VAKO 17.11.2010, nr 211-10/120847, p 12.3), sätestab RHS § 46 lg 3 *expressis verbis*, et selgituste ja selgitamist võimaldavate dokumentide alusel on keelatud riigihanke alusdokumente muuta ning riigihanke alusdokumentide kohta esitatavad selgitused või selgitamist võimaldavad dokumendid ei tohi sisaldada uut teavet, ilma milleta ei ole pakkumuste esitamine võimalik või muutuksid juba esitatud pakkumused riigihanke alusdokumentidele mittevastavaks või muutuks nende sisu. Riigihanke alusdokumente saab muuta üksnes seaduses sätestatud korras ning hankijal puudub õigus sellest korrast kõrvale kalduda ka siis, kui hankija on sätestanud riigihanke alusdokumentides alusdokumendi muutmiseks teistsuguse reeglistiku (vrd. RKHKo 06.03.2014, nr 3-3-1-13-12, p 18). Õiguskirjanduses on põhjendatult leitud, et selgitustes uue teabe esitamise korral ei ole enam tegemist riigihanke alusdokumendi tingimuste selgitamise, vaid nende muutmise, mis on RHS § 46 lg 3 teise lause kohaselt keelatud ning mille elluviimiseks on hankijal sõltuvalt asjaoludest vaja, kas muuta riigihanke alusdokumentide tingimusi RHS §-des 81-82 sätestatud korda järgides või hankemenetlus omal algatusel kehtetuks tunnistada (RHS § 73 lg 3 p 6) ja korraldada hankelepingu sõlmimiseks uus hankemenetlus. Seejuures esimest alternatiivi (riigihanke alusdokumentide muutmine seaduses ettenähtud korras) on võimalik kasutada üksnes enne pakkumuste esitamise tähtpäeva.

Kuigi riigihangete seadus riigihanke alusdokumentide kohta antud selgituste siduvust ega RHS § 46 lg-s 3 sätestatud piirangute rikkumise tagajärgi otsesõnu ei reguleeri, on vaidlustus- ja kohtupraktikas jõutud järeldusele, et hankija poolt riigihanke alusdokumentide kohta antud selgitusi saab edasises hankemenetluses arvesse võtta vaid ulatuses, milles need ei lähe vastuollu RHS § 46 lg-s 3 kehtestatud keeluga selgituste kaudu riigihanke alusdokumente muuta (vt. ka RKHko 06.03.2014, nr 3-3-1-13-12, p 18; TlnHko 22. 06.2018, 3-18-939, p 19; VAKO 19.01.2011, nr 275-10/ 121397, p 12.2; VAKO 17.11.2010, nr 211-10/120847, p 12.3).

Seega, hankija 22.08.2019 kirjas nr K-4.1-4/19/16702 toodud seisukohtadega seoses, peab rahandusministeerium vajalikuks märkida, et:

1. Hankija on järelevalvemenetluses õigesti leidnud, et RHAD muutmine selgituste teel on õiguslikult välistatud ning RHS § 46 lg-s 3 sätestatud keeluga vastuolus olevad selgitused tuleb jätta edasises hankemenetluses tervikuna arvestamata. See tähendab, et pakkumuste esitamine ja nende menetlemine hankija poolt, sh. pakkumuste vastavuse kontrollimine, peab toimuma RHAD-is kehtestatud tingimustest lähtudes. Sellegipoolest tuleks hankijal täiendavalt arvestada võimalusega, et sõltuvalt konkreetse riigihanke tehiooludest ei pruugi edasises hankemenetluses mittelubataivate selgituste arvestamata jätmine lahendada probleeme, mis seonduvad selgituste andmisel eksitava teabe edastamisega, kõigi riigihankest huvitatud ettevõtjate võrdse kohtlemisega (ühed, kes lähtusid hanke alusdokumendist – teised, kes lähtusid hankija selgitusest) ning seeläbi ka laekunud pakkumuste võimaliku mittevõrreldavusega.
2. Rahandusministeerium nõustub hankija seisukohaga, et põhimõtteliselt on võimalik, et nõuded hankelepingu esemeks oleva töö sisule, mis avaldavad ka mõju pakkumuse maksumusele, tulenevad mõnest RHAD-is viidatud õigusaktist, sh. koostoimes RHAD-is eraldi toodud tingimustega. Kohtupraktikas on leitud, et RHAD-is tuleb sätestada vähemalt see teave, mida RHS selgesõnaliselt nõuab, ning vastava nõude täitmisel ei saa vaidlustaja tugineda RHAD õigusvastasusele (vt. TlnHko 23.02.2010, nr 3-09-2482, p 2). Teisalt on tunnustatud riigihankeeksperdid jaatanud hankijal lasuvat hoolsuskohustust, mis tähendab hankija mõistlikult põhjalikku tegevust riigihanke (alusdokumentide) ettevalmistamisel. Hoolas hankija koostab RHAD tingimused sellise täpsusastmega, et tagada läbipaistvus ja võrdne kohtlemine ning riigihanke korraldamisel konkurentsi maksimaalne ärakasutamine. Hankija hoolsuskohustusega oleksid vastuolus sellised RHAD tingimused, mis on mitmeti mõistetavad, vastuolulised, ebaselged või muul moel nurjavad juba ette riigihanke eduka läbiviimise. Seega on RHAD koostamisel oluline silmas pidada vajadust tagada kõigi pakkujate võrdne kohtlemine ja pakkumuste (maksumuste) võrreldavus. Seda eriti siis, kui hankija kasutab ainsa hindamiskriteeriumina pakkumuste maksumust (madalaimat hinda). Nimelt sätestab RHS § 85 lg 4, et hankijal on lubatud arvestada majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel ainult pakkumuse hinda üksnes siis, kui on täidetud järgmised kumulatiivsed tingimused: hankija jaoks sõltub pakkumuse majanduslik soodsus ainult pakkumuse hinnast või kulust; kõik muud tulevase hankelepingu tingimused, sh. hankelepingu esemega seotud kriteeriumid, on (võrdselt kõigi pakkumuse esitamisest huvitatud ettevõtjate jaoks) ammendavalt kindlaks määratud.
3. Kuigi hankija on põhjendatult viidanud majandus- ja taristuministri 02.07.2015 määruse nr 82 "Tee ehitusprojektile esitatavad nõuded" § 4 lg-s 2 sätestatud projektdokumentatsiooni prioriteetsusjärjekorrale, mille kohaselt vastuolude esinemisel erinevate tee ehitusprojekti dokumentide vahel lähtutakse kõigepealt seletuskirjast, seejärel joonistest ning alles seejärel muudest tee ehitusprojektis sisalduvatest dokumentidest, ei tähenda eelöeldu, et vastuolud RHAD-i koosseisus esitatud dokumentides, sh. ehitusprojekti erinevates osades, oleksid riigihanke aktsepteeritavad. Näiteks sätestab ka RHS § 77 lg 9, et erinevuste korral hanketeates

ja teistes riigihanke alusdokumentides esitatud teabe vahel lähtutakse hanketeates esitatust (vt. ka TlnRko 15.04.2009, nr 3-08-2585; TlnRko 21.11.2014, nr 3-13-1664, p 13; VAKO 12.04.2016, nr 64-16/169731, p 11.5), ent sellest ei tulene, et erinevused hanketeate ja muude riigihanke alusdokumentide vahel, nagu ka vastuolud RHAD-i koosseisu kuuluvate ehitusprojekti osade vahel, oleksid iseenesest kooskõlas riigihanke korraldamise üldpõhimõtetega, hankija hoolsuskohustusega ja riigihanke hea tavaga. Erinevused riigihanke alusdokumentides võivad riigihankes osalemisest huvitatud ettevõtjaid eksitada, mistõttu sellised vastuolud on ühemõtteliselt ja alati lubamatud. Selline väärtpraktika on vastuolus RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtetega, ennekõike riigihanke läbipaistvuse ja riigihanke kontrollitavuse nõudega (RHS § 3 p 1), seades ühtlasi ohtu ka pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise (RHS § 3 p 2). Kuna ebapiisavalt koostatud riigihanke alusdokumendi eest vastutab hankija (vt. RKHko 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13, p 39), peaks hankija tagama, et RHAD tervikuna on vastuoludeta, selge ja üheselt mõistetav.

4. Rahandusministeerium ei nõustu hankija väidetega sellest, et 19.07.2019 kell 10:35 antud selgitusega ei ole hankija RHS § 46 lg-s 3 sätestatud rikkunud. RHAD-is oli sõnaselgelt ja ühemõtteliselt kehtestatud tingimus, mille kohaselt asfaltkatte poorsest asfaltbetoonist kihi paksus/kõrgus pidi olema 10 cm (vt. Elstar OÜ. Töö nr 17041. 14.01.2019. Kaitseliidu Saaremaa maleva staabi- ja tagalakeskus Kalevi põik 5, Kuressaare, Saaremaa vald, Saaremaa. Tööprojekt. Lisa 5. "Teedeehituse osa töömahtude loend", lk 1, artikkel nr 43003b, ning "Seletuskiri", lk 4, p 2.5). Pakkumuse koostamisel, pakkumuse vastavuse kontrollimisel ja pakkumuse hindamisel tuleb lähtuda sellest, et pakkumus peab vastama riigihanke alusdokumentides sätestatud tingimustele (RHS § 110 lg 2, § 114 lg-d 1-2, § 117 lg 1), ning hankelepingu saab sõlmida, mööndusteta, ainult hanke alusdokumentides ettenähtud tingimustel (RHS 120 lg 1). See tähendab, et hankija ei tohtinud selgituste teel (ilma RHAD-i muutmata) aktsepteerida tingimust, mille korral poorse asfaldikihi paksus oleks väiksem või suurem kui 10 cm. 19.07.2019 selgitusega aga lubas hankija eeltoodud kihi paksuse nõudest kõrvale kalduda, tingimusel, et kahest kihist koosneva asfaltkatte kogupaksus jääb samaks.

Hankija poolt järelevalvemenetluses viidatud RHAD-i tingimused, sh. tehnilise kirjelduse üldosa p 3.3.11 ja hankelepingu projekti p 2.33, käsitlevad mitte pakkumuse koostamise nõudeid, vaid hankelepingu täitmise käigus muudatuste tegemist, hankelepingu täitmisel tehtavate muudatuste lubatavuse eeldusi, lubatud muudatuste mahtu ja ulatust. See tähendab, et tegemist on sõlmitud hankelepingu muutmise regulatsiooniga, mitte tingimustega, mis lubaksid pakkumuse koostamisel kalduda kõrvale poorse asfaltkihi kõrgusele kehtestatud nõudest. RHS § 123 lg 1 p 2 kohaselt on hankijal õigus sõlmitud hankelepingut muuta uut riigihanget korraldamata, kui muudatuse väärtusest sõltumata ei muudeta hankelepingu üldist olemust ning muudatuse ulatus, sisu ja kohaldamistingimused, nt. hinna läbivaatamise kohta, olid riigihanke alusdokumentides selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt ette nähtud. Asjaolu, et RHS §-s 123 sätestatud alustel on sõlmitud hankelepingut võimalik õiguspäraselt muuta ja riigihanke alusdokumendis on hankelepingu muudatuse ulatust, sisu ja kohaldamistingimusi reguleeritud, ei tähenda, et hankija saaks avatud hankemenetluses pakkumuste vastavuse kontrollimisel ja hankelepingu sõlmimisel hälbida RHAD-is pakkumusele kohustuslikena sätestatud tingimustest, sh. riigihanke tehnilises kirjelduses sätestatust. Ka kohtupraktikas on täheldatud, et hankeleping tuleb igal juhul sõlmida kooskõlas riigihanke alusdokumentidega ning alusdokumentidest teistsuguse sisuga hankelepingu sõlmimine ei ole ühelgi põhjusel seaduslik, sest erinevalt sõlmitud hankelepingu muutmise erandlikel asjaoludel ei ole seaduses analoogset regulatsiooni, mis lubaks avatud hankemenetluses tunnistada vastavaks ja edukaks riigihanke tehnilisele kirjeldusele mittevastava pakkumuse ning sõlmida hankelepingu riigihanke alusdokumentidest hälbiva sisuga (vt. RKKko 10.10.2014, nr 3-1-1-46-14, p-d 11.1-11.3; TlnRko 01.06.2015, nr 3-14-50324, p 17).

Korrates eelnevalt märgitud, ei saa RHS § 46 lg-s 3 toodud keeldu rikkudes antud selgitusi hankemenetluses arvestada.

5. Kuigi rahandusministeerium on eelnevalt leidnud, et vaatamata majandus- ja taristuministri 02.07.2015 määruses nr 82 sisalduvale kollisiooni lahendavale reeglile, eiras hankija RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtteid, kasutades riigihanke läbiviimisel vastuolulist alusdokumenti (teedehituse töömahtude loendis asfaltsegu "AC 32 base", projekti seletuskirjas asfaltsegu "AC 20 base"), ja rikkus RHS § 46 lg-s 3 sätestatud keeldu muuta selgituste teel riigihanke alusdokumente, puuduvad rahandusministeeriumil andmed selle kohta, et nimetatud menetlusvead oleksid avaldanud mõju riigihanke lõpptulemusele.

Riigihankes laekus tähtaegselt kuus pakkumust, sealjuures viis neist esitati enne hankija poolt 19.07.2019 kell 10:35 avaldatud selgitust ning ainult üks pakkumus laekus pärast vaidlusaluse selgituse andmist. Seega ei saanud 19.07.2019 kell 10:35 avaldatud selgitus mõjutada enne selgituse andmist esitatud pakkumuste, sh. järelevalveteate esitaja poolt 19.07.2019 kell 09:13 esitatud pakkumuse, sisu ja maksumust. Kuna RHAD-iga vastuolus olev selgitus on õiguslikult tühine ega väära RHAD-i kehtivust, on ainetud järelevalveteate esitaja väited sellest, et pakkumuste esitamise tähtaja pikendamise korral oleks järelevalveteate esitaja saanud tähtaegselt esitada selgitusega arvestava pakkumuse, mille maksumus oleks olnud kõikidest pakkumustest kõige väiksem. Tähtaegselt laekunud viis pakkumust kuuest, sh. edukaks tunnistatud pakkumus ja järelevalveteate esitaja pakkumus, olid koostatud ja esitatud enne sisu poolest eksitava ja RHS § 46 lg-ga 3 vastuolus oleva ja seega kehtetu selgituse andmist, mistõttu 19.07.2019 kell 10:35 avaldatud selgitus nimetatud pakkumustele mõju ei avaldanud, sh. ei saanud need pakkumused selgituse tõttu mittevastavaks muutuda. Kõnealune selgitus RHAD-i ei muuda, mistõttu hankija ei pidanud pikendama ka pakkumuste esitamise tähtaega vastavalt RHS § 81 lg-le 1. On küll võimalik, et 19.07.2019 kell 10:35 antud selgitus võis olla pakkuja jaoks eksitav ning mõjuda 19.07.2019 kell 10:48 maksumuse poolest (odavamast kallimani) viiendaks jäänud pakkumuse hinnale suurendavalt, kuid seegi ei oleks saanud mõjutada hankemenetluse lõpptulemust. Nimelt on edukaks tunnistatud pakkumuse ja viiendal kohal oleva pakkumuse hinnavahe sedavõrd suur, et isegi, kui kõnealusest pakkumusest "teede ja platside asfaltbetoonkatete" osamaksumus tervikuna välja jätta, riigihanke lõpptulemus sellest ei muutuks. Teisiti öeldes, ka ilma selgitusest potentsiaalselt mõjutatud pakkumuse osamaksumuseta (vt. RHAD. Lisa IV. "Pakkumuse maksumuse esildis / Pakkumuse kulu-liigituse tabel", pos. 173 "Teede ja platside asfaltbetoon katted"), ei oleks kõnealune pakkumus sellegipoolest edukaks osutunud – edukas oleks jätkuvalt OÜ Ehitus5Eco pakkumus.

RHS § 208 lg 2 sätestab, et rahandusministeeriumil on õigus teha enne hanke- või raamlepingu sõlmimist kohustuslikke ettekirjutusi käesoleva seaduse ja selle alusel antud õigusaktide rikkumise lõpetamiseks, kui rikkumise lõpetamisel on riigihanget võimalik jätkata. Riigihanke spetsiifiliste iseärasuste tõttu on RHS § 208 lg 2 kohaldamisala mõnevõrra piiratud. RHS § 208 lg-t 2 saab kohaldada üksnes seni, kuni riigihange on staadiumis, kus rikkumist on veel võimalik lõpetada. Näiteks rikkumist, mis seisneb hanketeate või muu hanke alusdokumendi õigusvastasuses, on objektiivselt võimalik lõpetada ainult kuni pakkumuste esitamiseni, sest seadus ei võimalda muuta RHAD-i pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva (RHS § 81 lg 1). Ettekirjutus peab olema õigus-päraselt täidetav. Ettekirjutusega ei saa selle adressaati kohustada seaduserikkumiseks (vrd. HMS § 63 lg 2 p 4). Ettekirjutusega saab isikule panna avalik-õigusliku kohustuse ainult juhul, kui isiku vastav kohustus tuleneb kehtivast õigusest, on proportsionaalne ning õiguspäraselt täidetav (vt. RKHKo 28.02.2018, nr 3-15-1607, p 12). Seega ei saa rahandusministeerium pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva teha hankijale ettekirjutust RHAD-i õigusvastasuses seisneva rikkumise lõpetamiseks – selle asemel on objektiivselt võimalik teha ainult ettekirjutus riigihanke kehtetuks tunnistamiseks RHS § 208 lg-s 1 toodud alusel ning sedagi ainult juhul, kui kõik RHS § 208 lg 1 kohaldamise kumulatiivsed eeldused on üheaegselt täidetud.

Rahandusministeeriumi hinnangul ei ole järelevalvemenetluses tuvastatud rikkumisi, mis seisnevad RHAD-is asfaltsegu kohta vastuolulise teabe esitamises ning RHS § 46 lg-s 3 sätestatud keelu rikkumises, hankemenetluse praeguses etapis enam võimalik lõpetada. Seetõttu ei ole rahandusministeeriumil võimalik ka RHS § 208 lg 2 kohast ettekirjutust hankijale teha.

Järgnevalt selgitame, miks vaatamata RHS-i rikkumise tuvastamisele ei ole ka RHS § 208 lg 1 kohase ettekirjutuse tegemine antud asjaoludel võimalik. RHS § 208 lg 1 sätestab, et rahandusministeerium võib enne hankelepingu või raamlepingu sõlmimist teha hankijale ettekirjutuse riigihanke kehtetuks tunnistamiseks, kui hankija on rikkunud käesolevas seaduses või selle alusel kehtestatud õigusaktides sätestatud nõudeid ja ilmnevad asjaolud, mis ei võimalda riigihanget jätkata. Kehtetuks tunnistamise ettekirjutus on intensiivselt äärmuslik järelevalvemeede, mida *ultima ratio* põhimõttest tulenevalt ei saa kohaldada kergekäeliselt. Rahandusministeeriumi arvates ei ole praeguses asjas, vaatamata järelevalvemenetluses tuvastatud hankemenetluse nõuete rikkumisele hankija poolt, ilmnenud asjaolusid, "mis ei võimalda riigihanget jätkata". Samaselt RHS § 208 lg-le 1 sätestab HMS § 58, et haldusakti kehtetuks tunnistamist ei saa nõuda üksnes põhjusel, et haldusakti andmisel rikuti menetlusnõudeid või et haldusakt ei vasta vorminõuetele, kui eelnimetatud rikkumised ei võinud mõjutada asja otsustamist – s.t kui rikkumiste puudumisel oleks menetluse lõpptulemus olnud sama (vt. nt. RKHKo 31.10.2018, nr 3-15-2023, p 19). Võttes arvesse, et edukas pakkumus esitati 19.07.2019 kell 10:22 (pakkuja ei saanud pakkumuse koostamisel lähtuda 19.07.2019 kell 10:35 avaldatud selgitusest), RHAD-iga vastuolus olev selgitus tuleb edasises hankemenetluses ja hankelepingu sõlmimisel tähelepanuta jätta ning hankija on kinnitanud soovi sõlmida hankeping RHAD-is sätestatud tingimustel, samuti arvestades edukaks tunnistatud pakkumuse ja ainsa selgituse avaldamise järgselt (19.07.2019 kell 10:48) esitatud pakkumuse märkimisväärset hinnavahet, ei nähtu rahandusministeeriumi hinnangul asjaolusid, mis ei võimaldaks hankijal riigihanget jätkata ning takistaksid hankijal hankelepingu sõlmimist riigihanke alusdokumentides ettenähtud tingimustel ja vastavuses edukaks tunnistatud pakkumusega. RHS § 208 lg-s 1 nimetatud ettekirjutuse tegemist ei tingi ka RHAD-is asfaltsegu suhtes esinev vastuolu ning seda vaatamata asjaolule, et vastuolud hanke alusdokumentides ei ole lubatud ega ole kooskõlas riigihanke hea tavaga. Esiteks puuduvad andmed, et nimetatud vastuolu oleks avaldanud mõju hankemenetluse lõpptulemusele. Teiseks olid pakkujateks ehitusvaldkonna ettevõtjad, kes said ning pidid pakkumuse koostamisel arvestama RHAD-is viidatud majandus- ja taristuministri 02.07.2015 määrusega nr 82 "Tee ehitusprojektile esitatavad nõuded", mille § 4 lg 2 kohaselt vastuolude esinemisel erinevate tee ehitusprojekti dokumentide vahel lähtutakse kõigepealt seletuskirjast, seejärel joonistest ning alles seejärel muudest tee ehitusprojekti sisalduvatest dokumentidest.

RHS § 208 lg 1 ja lg 2 dispositsioonis kasutatud sõna "võib" ja "on õigus" kätkeb endas otsustusdiskretsiooni (vt. RKHKo 23.03.2005, nr 3-3-1-86-04, p 16; RKKKo 30.06.2014, nr 3-1-1-14-14, p 863; vt ka K. Merusk. Administratsiooni diskretsioon ja selle kohtulik kontroll. Tartu: Tartu Ülikool, 1997, lk 25 jj; A. Aedmaa, E. Lopman, jt (koost). Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus, 2004., lk 277, p 9.4.3.1 jj; H. Maurer. Haldusõigus. Üldosa. Tallinn: Juura, 2004, lk 84 jj). Seega ettekirjutuse tegemine eeldab alati otsustusdiskretsiooni rakendamist: RHS § 208 lg-st 1 ega lg-st 2 ei tulene, et rikkumise tuvastamine *ipso iure* tooks vältimatult alati kaasa ettekirjutuse tegemise. Kaalutusõigus ehk diskretsioon on haldusorganile seadusega antud volitus kaaluda otsustuse tegemist või valida erinevate otsustuste vahel (HMS § 4 lg 1). Kaalutusõigust tuleb teostada kooskõlas volituse piiride, kaalutusõiguse eesmärgi ja õiguse üldpõhimõtetega, arvestades olulisi asjaolusid ning kaaludes põhjendatud huve (HMS § 4 lg 2). Lisaks avalikele huvidele, mis on üldjuhul suunatud hankemenetluse objektiivse seaduslikkuse tagamisele, peab järelevalveasutus arvestama ka kolmandate isikute õiguste ning õiguspärase (õigusliku) ootusega. Eeltoodust tulenevalt peab haldusorgan erinevaid huvisid arvestades otsustama, nii seda kas on üldse vaja sekkuda, kui ka seda, milliste vahenditega sekkuda.

Rahandusministeeriumi hinnangul ei oleks praeguses järelevalveasjas hankemenetluse kehtetuks tunnistamiseks kohustava ettekirjutuse tegemine teadaolevatel asjaoludel vajalik ega mõõdukas (proportsionaalne kitsamas tähenduses).

Kohtupraktikas on leitud, et majanduslik huvi sõlmida hankelepung on isikute hankemenetluses osalemise seaduslik eesmärk (vt. TlnHKo 17.03.2017, nr 3-17-255, p 33; TlnHKo 17.03.2017, nr 3-17-252, p 27; TrtRKO 06.12.2017, nr 3-17-31, p 16). Rahandusministeerium on seisukohal, et olukorras, kus hankija poolt riigihanke ettevalmistamisel ja läbiviimisel toime pandud riigihangete seaduse rikkumised ei saanud mõjutada hankemenetluse lõppetulemust, riivaks hankemenetluse kehtetuks tunnistamiseks ettekirjutuse tegemine ebamõistlikult edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud ettevõtja õiguspärast ja põhjendatud majandushuvi, mis on suunatud hankelepungu sõlmimisele riigihanke alusdokumendis ja edukaks tunnistatud pakkumuses toodud tingimustel.

Võttes arvesse järelevalvemenetluses tuvastatud olulisi asjaolusid, järelevalvemenetluse käigus välja selgitatud õigusrikkumiste olemust ja nende mõju riigihanke lõpptulemusele, samuti olles igakülgset kaalunud põhjendatud huve, puudub järelevalvemenetluse jätkamiseks oluline avalik huvi ning alustatud järelevalvemenetlus kuulub seetõttu lõpetamisele ilma hankijale ettekirjutust tegemata.

Lähtudes eeltoodust ning juhindudes RHS § 205 lg 4 p-st 1, § 206 lg 2 p-st 2 ja lg-st 3, lõpetab rahandusministeerium 14.08.2019 kirjaga nr 12.2-1/4997-4 alustatud järelevalvemenetluse ettekirjutust tegemata.

Järelevalvemenetluse lõpetamist puudutavate küsimustega palume nende tekkimisel pöörduda Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna juristi Mihhail Antonov'i poole (tel 611 3468, e-post mihhail.antonov@fin.ee).

Lugupidamisega

(allkirjastatud digitaalselt)

Estella Põllu

osakonnajuhataja asetäitja osakonnajuhataja ülesannetes

Mihhail Antonov 6113468

mihhail.antonov@fin.ee

Lisaadressaadid:

Riigihangete vaidlustuskomisjon, vaidlustuskomisjoni liige Ulvi Reimets

Tesman Ehitus OÜ, esindaja vandeadvokaat Alar Urm

OÜ Ehitus5Eco, esindaja vandeadvokaat Taivo Ruus

