

Läbirääkimistega hankemenetluste rakendamise alused

1. Sissejuhatus

Riigihanke piirmäära ületava hankemenetluse korral tuleb üldjuhul kasutada avatud või piiratud hankemenetlust, mis oma loomult on paindumatud ja kindlate reeglite järgi fikseeritud. Selline range reguleeritus võib olla küll osapooltele ebamugav, kuid tagab samas kõige paremini riigihanke üldpõhimõtete järgimise, mis on hankija poolt ükskõik millise teostatava tehingu aluseks. Hankija peab järgima, et tema tegevus on konkurentsile suunatud, avatud, läbipaistev ja kontrollitav ning, et see ei tooks kaasa isikute ebavõrdset või diskrimineerivat kohtlemist.

On loogiline, et kõiki tegevusi ei ole võimalik ühtsete reeglite järgi sooritada, mistõttu näeb riigihangete seadus (edaspidi RHS)¹ ette erandlikud juhud, mille korral on hankijatel õigus ettenähtud reeglitest kõrvale kalduda. Oluline on märkida, et osundatud erandlikud reeglid tulenevad rangelt riigihanke direktiividest ning neid ei ole võimalik analoogia alusel kohandada või lisada. Seega ei ole läbirääkimiste pidamisega seonduv vabadus lõplik, vaid piiratud riigihanke üldpõhimõtete järgimisega ning lubatud üksnes RHSis loetletud olukordades. Selline piiratud lähenemine on vajalik, et kaitsta eelkõige pakujate huve, sest mida enam on lubatud läbirääkimistega menetlusi, seda suurem on oht isikute võrdsele kohtlemisele ja menetluse läbipaistvusele. Suurema paindlikkusega saavutatakse kasulikke tulemusi ainult juhul, kui hankijatel on vajalikud tehnilised teadmised, teadmised turust ning oskused saavutada läbirääkimistel tarnijatega hea tehing seejuures tagades ka riigihanke üldpõhimõtete järgimine. Kirjeldatud küsimustega tegeleb ka Euroopa Komisjon, püüdes leida direktiivide tasandil häid lahendusi riigihanke paindlikumaks läbiviimiseks².

Kui esmapilgul võib tunduda hankija jaoks läbirääkimistega menetluse valik lihtsam tee, siis lähemal vaatlusel sellisest arvamusel tihti taganetakse. Põhjuseks eelkõige hankijate vale arusaam läbirääkimistega hankemenetluse lubatavusest, mis toob omakorda kaasa oskamatuse õiguspäraselt valida läbirääkimistega menetluse alust ning seejuures oma valikuid objektiivselt põhjendada. Probleeme tekitab ka praktiline läbirääkimiste läbiviimine eelkõige läbirääkimiste sisu ja ulatuse osas. Kahjuks ei leevenda riigihanke direktiivide ning nendest tulenevalt ka RHSi pealiskaudsed ja kohati vastuolulised sätted esilekerkinud probleeme vaid pigem külvavad rohkem segadust: mida rohkem antakse hankijale vabadust oma tegevust kujundada, seda keerulisem see hankija jaoks on³.

¹ Riigihangete seadus võeti vastu 24.01.2007 (RT I 2007, 15, 76) ning jõustunud 01.05.2007. Viimane redaktsioon jõustus 16.01.2011 (RT I, 06.01.2011, 20).

² Euroopa Komisjon 27.1.2011 Roheline raamat ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta Euroopa hanketuru tõhustamine, lk 14-15.

³ Näitena võib tuua alla riigihanke piirmäära jäävad riigihanked, mille korraldamisel tuleb hankijal lähtuda üksnes riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest. Hankijate tungiv soov juhiste järele tõi kaasa lihthanke regulatsiooni, mis jõustub 01.01.2012.

Käesoleva analüüs eesmärk on avada läbirääkimistega menetluste olemust ja sisu, juhtida tähelepanu RHSi kitsaskohtadele ning seeläbi abistada hankijaid läbirääkimistega hankemenetluste aluste valikul ja praktilisel läbiviimisel.

Analüüs ei käsitle kõiki läbirääkimistega hankemenetluse rakendamise aluseid vaid nõustamispraktikast lähtudes enim kasutatavaid ja küsimusi põhjustavamaid sätteid, tuginedes lisaks siseriiklikule õigusele ka Euroopa õigusele.

2. Läbirääkimistega menetluste rakendamise alused riigihanke direktiivide ja Euroopa kohtupraktika valguses

Riigihanke direktiivi⁴ artikli 28 kohaselt peavad hankijad⁵ kasutama hankelepingu sõlmimiseks avatud või piiratud menetlust⁶. Teisi riigihanke direktiivis nimetatud menetlusi nagu konkurentidega peetavat dialoogi⁷, väljakuulutamise ja väljakuulutamiseteta läbirääkimistega menetlust on hankijal võimalik kasutada üksnes artiklites 29-31 nimetatud erijuhtudel ja eriolukordades. Seega võib avatud ja piiratud menetlust pidada reegliks, mida hankijad on igal ajal kohustatud järgima ning oma loomult läbirääkimistega menetlusi tuleb käsitleda erandlike menetlustena, mida hankija saab kohaldada üksnes riigihanke direktiivis sätestatud erilistel tingimustel.

On oluline märkida, et hankelepingute sõlmimiseks kasutatavad siseriiklikud menetlused peavad olema kohandatud riigihanke direktiivi eesmärkidele ning liikmesriikidel ei ole lubatud siseriiklikult ette näha uusi läbirääkimistega menetluse kasutamise juhtusid, mida ei ole direktiivis ette nähtud, või lisada direktiivis sõnaselgelt ette nähtud juhtudele uusi tingimusi, mille tulemusena nimetatud menetluse kasutamine on lihtsam⁸. Seega saavad liikmesriigid ka siseriiklikult sätestada läbirääkimistega menetluste kasutamise alustena üksnes riigihanke direktiivi artiklites 30 ja 31 märgitud erijuhte ja – olukordi ning täiendavaid menetlusi analoogia alusel ei ole võimalik juurde tekitada.

Euroopa kohtupraktika⁹ kohaselt tuleb erandeid reeglist, mille eesmärk on tagada Euroopa Ühenduse asutamislepinguga¹⁰ tunnustatud riigihankelepingute sektorit puudutavate õiguste efektiivsus, tõlgendada kitsalt. Seejuures lasub erandile tugineda soovival hankijal ka oluline põhjendamiskohustus ning tõendamiskoormis selle erandi tegeliku esinemist tõendavate erandlike asjaolude osas.

Kui riigihanke direktiivis käsitletakse eraldi menetlustena väljakuulutamise ja (artikkel 30) ja väljakuulutamiseteta menetlust (artikkel 32), siis 1992. ja 1993. aastal jõustunud riigihanke

⁴ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT L 134, 30.04.2004 (edaspidi nimetatud kui riigihanke direktiiv)).

⁵ Riigihanke direktiivis kasutatakse termini „hankija“ asemel terminit „ostja“. Käesolevas analüüsis kasutatakse jooksvalt terminit „hankija“.

⁶ Kõiki riigihanke direktiivides nimetatud menetlusi kohandatakse siseriiklikult vastavalt riigihanke direktiivi eesmärkidele (artikkel 28).

⁷ RHSis ja edaspidi nimetatud kui võistlev dialoog. Kuigi oma olemuselt on tegu läbirääkimistega menetlusega ei kuulu võistleva dialoogi rakendamise aluste käsitlemine käesoleva analüüsi eesmärkide hulka.

⁸ Euroopa Kohtu 13.jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-84/03: komisjon vs Hispaania (punkt 48).

⁹ Euroopa Kohtu 18. mai 1995. aasta otsus kohtuasjas C-57/94: komisjon vs. Itaalia (punkt 23); 28. märtsi 1996. aasta otsus kohtuasjas C-318/94: komisjon vs. Saksamaa (punkt 13) ja 2. juuni 2005. aasta otsus kohtuasjas C-394/02: komisjon vs. Kreeka (punkt 33).

¹⁰ Nüüd nimetatud kui Euroopa Liidu toimimise leping. 11. juunil 2008. a allkirjastas Eesti Vabariik Lissaboni lepingu, millega muudeti ja täiendati Euroopa Liidu lepingut ja asendati senine Euroopa Ühenduse asutamisleping Euroopa Liidu toimimise lepinguga (edaspidi nimetatud kui asutamisleping).

valdkonda reguleerinud direktiivides¹¹ käsitleti läbirääkimistega menetlust ühtse terminina ning rakendamise alused sätestati ühes artiklis¹². Läbirääkimistega menetluses tehti vahet asjakohase teate avaldamise kohustuse järgi.

Sõltumata sellest, kas läbirääkimistega menetlus on teate avaldamisega (väljakuulutamisega) või teate avaldamiseta (väljakuulutamiseta) tuleb lähtuda Euroopa kohtupraktikas rõhutatud üldpõhimõtetest: läbirääkimistega menetluste kasutamise aluseid tuleb tõlgendada kitsendavalt ning nende kohaldamisel lasub hankijal oluline tõendamiskoormis. Ka 1992. ja 1993. aastal jõustunud riigihanke valdkonda reguleerinud direktiivide¹³ preambulas on märgitud, et läbirääkimistega menetlust tuleks pidada erandlikuks ja seetõttu tuleks seda kohaldada üksnes teatavatel kindlaksmääratud juhtudel, mistõttu võib pidada kõiki läbirääkimistega menetlusi erandlikeks ning ohuks asutamislepingus märgitud üldpõhimõtete järgimisele.

2.1 Tuleviku suunad

Euroopa Komisjoni 27. jaanuaril 2011. a avaldatud riigihangete rohelises raamatus juhitakse tähelepanu menetlusliikide rohkusele (5 menetlust) ning vajadusele selgitada välja, kas praeguse direktiivi kohased menetlused on ikka veel parim võimalik vahend tõhusaks hankeks. Muudatuste eesmärgiks on sidusrühmade suurenenud surve muuta hankimine paindlikumaks ning samas vähendada ka halduskoormust. Ühe ettepanekuna toetatakse üleüldist väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse lubamist, mis kindlasti on oma olemuselt paindlikum ja lihtsam, kuid samas tõstab oluliselt ka riigihanke üldpõhimõtete rikkumise riski, mis tuleneb hankijate suuremast valikuvabadusest läbirääkimistega hankemenetluses¹⁴.

Liikmesriikide vastustest selgub lai toetus väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise lubamisele. Samas teadvustatakse ka riske, mis tekivad läbirääkimistega menetluste kasutamisel, eelkõige läbipaistvust, diskrimineerimist ja objektiivsust puudutavas osas¹⁵. Eesti Vabariigi seisukoht¹⁶ rohelisele raamatule toetas hankemenetluste reeglistiku säilitamist hetkel kehtival kujul. Seda eelkõige põhjusel, et Eestis on väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse kasutamine allapoole rahvusvahelist riigihankepiirmäära lubatud ilma piiranguteta ning kui riigihange ületab rahvusvahelist piirmäära, on väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetlust võimalik kasutada vaid direktiivis sätestatud juhtudel.

¹¹ Nõukogu direktiiv 92/50/EMÜ, 18. juuni 1992, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord; Nõukogu direktiiv 93/36/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord; Nõukogu direktiiv 93/37/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord; Nõukogu direktiiv 93/38/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused.

¹² Nõukogu direktiiv 92/50/EMÜ, 18. juuni 1992, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (artikkel 11); Nõukogu direktiiv 93/36/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord (artikkel 6); Nõukogu direktiiv 93/37/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (artikkel 7).

¹³ Vaata viide 11.

¹⁴ Arvutivõrgust kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/rohelised-raamatud>

¹⁵ Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market. Synthesis of replies (lk 10-11).

¹⁶ Arvutivõrgust kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/rohelised-raamatud>.

3. Läbirääkimistega hankemenetluste rakendamise alused RHSi valguses

3.1 Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlus

RHSis on väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse kohaldamise alused sätestatud §-s 27, mis on siseriiklikult üle võetud riigihanke direktiivi artiklist 30.

Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlust on võimalik kasutada järgmistel juhtudel:

1. avatud hankemenetluse või piiratud hankemenetluse või võistleva dialoogi käigus ei esitatud ühtegi hanketeates või hankedokumentides sätestatud tingimustele vastavat pakkumust ja riigihanke esialgseid tingimusi olemuslikult ei muudeta;
2. hankelepingu esemeks olevate ehitustööde, asjade või teenuste olemus või nendega seotud riskid ei võimalda hankelepingu eeldatavat maksumust määrata;
3. hankelepingu esemeks olevate teenuste, sealhulgas CPV määruse VI lisa kategoorias number 6 nimetatud teenuste¹⁷ ja intellektuaalse omandiga seonduvate, näiteks ehitustööde projekteerimist hõlmavate teenuste olemus ei võimalda määratleda hankelepingu tingimusi piisava täpsusega, et sõlmida hankeleping avatud või piiratud hankemenetluse tulemusena;
4. hankelepingu esemeks olevaid ehitustöid tehakse üksnes teadus- või arendustegevuse eesmärgil või katsetuste tegemiseks ja mitte tulu saamiseks ega teadus- või arendustegevusega seotud kulude katmiseks.

Oluline on märkida, et hankijal on lubatud igal ajal kasutada väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlust, kui riigihanke eeldatav maksumus on rahvusvahelisest piirmäärast väiksem (RHS § 27 lg 3). Osundatud säte on oma loomult vastuoluline, võttes arvesse kõnealuse hankemenetluse erandlikku iseloomu ning senist Euroopa kohtupraktikat, mille kohaselt tuleks kõikide läbirääkimistega menetlusi kasutada kitsastel alustel ning erandlikel põhjustel.

Tõsi, riigihanke direktiivid on kohaldatavad üksnes rahvusvahelist piirmäära ületavate hankelepingute sõlmimisele, mistõttu on liikmesriik justkui vaba kehtestama siseriiklikke reegleid. Oluline on aga asjaolu, et osundatud vabadus ei ole absoluutne.

Euroopa Kohus on märkinud, et [--] kuigi teatavad lepingud jäävad tõepoolest riigihankeid puudutavate ühenduse direktiivide kohaldamisalast välja, peavad neid lepinguid sõlmivad tellijad siiski kinni pidama asutamislepingu alussätetest [--]¹⁸. Oluline on märkida, et asutamislepingust tulenevaid põhimõtteid kohaldatakse vaid nende lepingute suhtes, mis on piisavalt seotud siseturu toimimisega. Kui Euroopa Komisjon saab teada võimalikust põhinõuete rikkumisest riigihankedirektiividega reguleerimata riigihangete lepingute sõlmimisel, hindab ta kõnealuse lepingu olulisust siseturu jaoks, lähtudes iga juhtumi üksikasjadest¹⁹.

¹⁷ Finantsteenused. Täpsem loetelu arvutivõrgust kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/cpv-koodid1>.

¹⁸ Euroopa Kohtu 3.12.2001 määrus kohtuasjas C-59/00: Bent Moustén Vestergaard vs Spøttrup Boligselskab.

¹⁹ Komisjoni tõlgendav teatis, milles käsitletakse ühenduse õigust lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega (2006/C 179/02), lk 2.

Liikmesriigi vabadus siseriiklike reeglite määramisel on piiratud veel ühe olulise tingimusega, mis puudutab riigihanke direktiivide ülevõtmist siseriiklike reeglite sätestamisel. Euroopa Kohus on selgelt reguleerinud olukordi, kus liikmesriik rakendab vabatahtlikult mõnda riigihanke direktiivist tulenevat sätet, selleks vastavat kohustust omamata, märkides, et kui liikmesriik on otsustanud käsitleda riigisiseseid olukordi kui ka direktiiviga reguleeritud olukordi samal viisil ja kohandanud riigisiseseid õigusnorme vastavalt ühenduse õigusele, siis on lahknevuste korral pädev ühenduse õigust tõlgendama Euroopa Kohus²⁰.

Eeltoodule tuginedes võib väita, et RHSi § 27 lg 3 ei ole kooskõlas Euroopa Kohtu kohtupraktikaga ning asutamislepingu üldpõhimõtetega, mistõttu ei tohiks hankijal väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse kasutamisel alla rahvusvahelise piirmäära olla täielikku vabadust. Vastuolu vältimiseks tuleks hankemenetluse kasutamise valikut põhjendada ka alla rahvusvahelise piirmäära jäävate riigihangete korral objektiivsete asjaoludega, mis sellise erandliku hankemenetluse kasutamise vajaduse on tinginud.

Kuivõrd RHSi seletuskirjast ei selgu kõnealuse regulatsiooni lubatavuse põhjused, võib ainuüksi eeldada, et põhjusteks peetakse menetluse lihtsust, mugavust ja paindlikust, kuid arvestades viimase aasta Rahandusministeeriumi nõustamispraktikat²¹ võib asuda seisukohale, et hankijatel on raskusi läbirääkimistega hankemenetluste läbiviimisel (seda nii menetlustoimingutes kui ka kokkuleppe saavutamise osas). Kahjuks näitab eelpool viidatud nõustamisstatistika vaid väikese osa tegelikest asjaoludest ning läbirääkimistega menetluse kasutamise eelistest saaksime rääkida vaid siis, kui antud asjaolude kohta oleks läbi viidud vastavasisuline uuring²².

Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlus on oma loomult kaheetapiline hankemenetlus. Esimeses etapis võib iga huvitatud isik esitada hankemenetluses osalemise taotluse koos kvalifikatsiooni tõendavate dokumentidega vastavalt hanketeates sätestatud mille järgselt kontrollib hankija taotlejate hankemenetlusest kõrvaldamise aluste esinemist (RHS § 38) ning kvalifikatsiooni (RHS § 39). Teise etappi pääsevad kõik kvalifitseeritud taotlejad²³, kellele hankija teeb pakkumuse esitamise ettepaneku ning peab läbirääkimisi pakkumuste üle, et kohandada neid hankedokumentides sätestatud nõuetele F ja valida välja edukas pakkumus.

Siinkohal on oluline märkida, et läbirääkimisi saab pidada üksnes nende tingimuste üle, mida hankija ei ole hankedokumentides määranud (RHS § 66 lg 3). Hankijal ei ole võimalik läbirääkimiste käigus asuda muutma hankedokumentides sätestatud tingimusi, kuivõrd hankedokumentide muutmise on rangelt reguleeritud RHSi § 36 ning osundatud paragrahvi lõike 1 kohaselt saab hankedokumente muuta üksnes enne pakkumuste esitamise tähtpäeva. Seega, tuleb hankijal hoolikalt läbi mõelda, milliste tingimuste üle soovitakse läbirääkimisi pidada ning millised on tingimused, millest ei ole võimalik isegi läbirääkimiste käigus taanduda.

Kõnealust hankemenetlust on võimalik kasutada ka olukorras, kus avatud hankemenetluse või piiratud hankemenetluse või võistleva dialoogi käigus ei esitatud ühtegi hanketeates või hankedokumentides sätestatud tingimustele vastavat pakkumust ja riigihanke esialgseid

²⁰ Euroopa Kohtu 17.07.1997 otsus kohtuasjas C-28/95, *Leur-Bloem*, p 34 ja 16.03.2006 otsus kohtuasjas C-3/04, *Poseidon Chartering*, p 16.

²¹ Ligikaudu 10 % kõikidest nõustamispäringutest on seotud läbirääkimistega menetluse kohaldamiseks võimaliku aluse tõlgendamise kohta või menetluse praktilise läbiviimise kohta.

²² M. Mugur, C.Ginter. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele: Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse näide. *Juridica IV/2010*.

²³ Hankijal võimalik kvalifitseeritud taotlejate arvu ka objektiivsete ja mittediskrimineerivate kriteeriumite alusel vähendada, kuid mitte alla kolme (RHS § 65 lg 2).

tingimusi olemuslikult ei muudeta (RHS § 65 lg 4). Osundatud juhul ei ole vajalik esitada uut hanketeadet ega kontrollida uuesti taotlejate kvalifikatsiooni, kui hankija alustab läbirääkimisi üksnes kõigi nende pakkujatega, kes esialgses hankemenetluses kvalifitseeriti ja kes esitasid pakkumuste avamisel kontrollitud vormilistele nõuetele vastava pakkumuse. Üleminekule viitab selgelt RHSi § 65 lg 4 viimane lause, mille kohaselt peab hankija tegema põhjendatud kirjaliku otsuse kõikide pakkumuste sisulise mittevastavuse kohta neid tagasi lükkamata ning läbirääkimiste alustamise kohta pakkumuste üle.

3.1.1 Aktuaalseim hankemenetluse rakendamise alus

Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlust rakendatakse või soovitakse rakendada enim RHS § 27 lg 2 p 1 alusel: avatud hankemenetluse või piiratud hankemenetluse või võistleva dialoogi käigus ei esitatud ühtegi hanketeates või hankedokumentides sätestatud tingimustele vastavat pakkumust ja riigihanke esialgseid tingimusi olemuslikult ei muudeta. Nimetatud sätte alusel hankemenetluse korraldamiseks on kaks võimalust: kas hankemenetlus, mis algab hanketeate avaldamisega riigihangete registris või juba poolelioleva avatud või piiratud hankemenetluse või võistleva dialoogi jätkamine läbirääkimistega hankemenetlust kasutades ilma uut hanketeadet esitamata. Eeltoodu tingimuseks on, et hankija jätkab üksnes selliste pakkujatega, kelle suhtes oli vastu võetud kvalifitseerimise otsus ja kelle pakkumus vastas vormilistele nõuetele (RHS § 65 lg 4).

Olenemata hankija valikust tuleb väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse kasutamiseks täita järgmised kolm kumulatiivset tingimust:

- 1) eelnevalt peab olema korraldatud avatud või piiratud hankemenetlus või võistlev dialoog;
- 2) esialgses hankemenetluses ei esitatud ühtegi hanketeates või hankedokumentides sätestatud tingimustele vastavat pakkumust;
- 3) esialgse hankemenetluse tingimusi olemuslikult ei muudeta.

Kui esimese tingimuse osas ei ole tõlgendamisprobleeme, siis teise ja kolmanda punkti osas on nõustamist vajatud korduvalt.

Oluline on märkida, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlust saab kasutada üksnes juhul, kui hankija on tuvastanud kõikide esialgses hankemenetluses esitatud pakkumuste suhtes sisulise mittevastavuse RHS § 47 lg 2 mõttes. Ehk teisisõnu peab pakkumuste mittevastavus tulenema otseselt hanketeates või hankedokumentides esitatud tingimustest.

Nõustamispraktikale tuginedes võib väita, et RHS § 27 lg 2 p 1 kiputakse rakendada ka olukorras, kus pakkumuste maksumused ületavad eeldatavat maksumust. Eeltoodu ei ole aga lubatud, kuivõrd riigihanke eeldatavat maksumust ei saa hanketeates või hankedokumentides sätestada kui nõuet pakkumusele. Riigihanke eeldatava maksumuse määramine põhineb tõenäosusel ning selle määramise eesmärgiks on ühelt poolt hankemenetluse liigi valik ning teiselt poolt huvitatud isikute teavitamine maksumusest, millega hankija on hankelepingu sõlmimisel arvestanud. Riigihanke eeldatav maksumus ei saa olla üheks pakkumuse vastavuse tingimuseks, sest sellisel juhul määraks hankija pakkujatele pakkumuse maksumuse vahemiku ning võtaks sisuliselt pakkujatelt õiguse pakkumuse esitamiseks. Samuti ei oleks selline tegevus kooskõlas riigihanke üldpõhimõtetega, milleks on rahaliste vahendite säästlik ja otstarbekas kasutamine ning konkurentsi efektiivne ärakasutamine (RHS § 3 punktid 1 ja 4)²⁴.

²⁴ Antud seisukohta toetab Vaidlustuskomisjon oma 30.05.2011 otsuses nr 103-11/123879.

Hankijad on RHSi § 27 lg 2 p 1 tuginemiseks viidanud oma õigusele lükata kõik pakkumused tagasi RHSi § 49 alusel, kuid jättes seejuures arvestamata, et osundatud sättele tuginemisel ei ole tegu pakkumuse vastavuse küsimusega RHS § 47 mõttes. Hankijal on võimalik hankedokumentides sätestada kõikide pakkumuste tagasilükkamise alused (RHS § 31 lg 1 p 15) ning neid RHS § 49 lg 1 p 2 alusel kõikide pakkumuste suhtes rakendada, kuid kõikide pakkumuste tagasilükkamise korral ei ole võimalik RHS § 27 lg 2 p 1 alusel korraldada väljakuulutamiseiga läbirääkimistega hankemenetlust, kuivõrd tegu ei ole hanketeates või hankedokumentides sätestatud tingimuste rikkumisega vaid kõikide pakkumuste tagasilükkamise aluse täitumisega.

Isegi siis, kui hankijal oleks võimalik jätkata avatud hankemenetlust väljakuulutamiseiga läbirääkimistega hankemenetlusena põhjusel, et pakkumuse maksumus ületab riigihanke eeldatava maksumuse vahemikku või hankija eelarvelisi vahendeid, ei annaks see tõenäoliselt hankija jaoks soovitud tulemust. Hankijal ei ole võimalik hankedokumentides esitatud tingimuste üle läbirääkimisi pidada (RHS § 66 lg 3), mis tähendaks pakkuja jaoks sisuliselt pakkumuse hinna alandamist ilma esialgseid tingimusi muutmata. On vähetõenäoline, et pakkujad oleksid nõus seda tegema.

Kuigi RHSi kohaselt tuleb selgelt eristada pakkumust ja kvalifikatsiooni tõendavaid dokumente (RHS § 58 lg 1) tuleks riigihanke direktiivi artikli 30 (1) a) kohaselt asuda seisukohale, et kõnealuse hankemenetluse kasutamine on lubatud ka juhul, kui kõik pakkujad ei vasta hanketeates esitatud kvalifitseerimise tingimustele (sellisel juhul ei saa loomulikult rakendada RHS § 65 lg 4 vaid tuleks vajadusel kohandada kvalifitseerimise tingimusi ning avaldada uus hanketeade). Osundatud seisukohta toetab viidatud artikli sõnastus „[–]“ või kui pakkumised ei ole kooskõlas artiklite 4, 24, 25 ja 27 ning VII peatükile vastavate siseriiklike sätetega, [–]“. Artikli VII peatüki 2 jagu sätestab nõuded pakkuja kvalifikatsiooni kontrollile.

Kolmanda kumulatiivse tingimuse sisustamisel tekitab enim küsimusi, kuidas tõlgendada terminit „olemuslikult“. RHSis ega ka riigihangete direktiivides ei ole täpsustatud, mida tähendab „olemuslikult“. Eesti keele seletav sõnaraamat²⁵ annab „olemus“ tähenduseks iseloom, loomus, tuum; eseme või nähtuse sügavate, püsivate omaduste ja suhete kogum, mis määrab tema eksistentsi, iseloomu ja arenemise. Sõna „olemuslik“ tähenduseks on antud iseloomulik, oluline, olemust haarav või kajastav.

Oluline on märkida, et kui RHSi sõnastus käsitleb riigihanke tingimuste olemuslikku muutmist, siis riigihanke direktiivi 2004/18/EÜ vastava artikli 30 (1) a) sõnastus viitab lepingu algtingimuste muutmisele, mis on oma loomult oluliselt kitsam käsitlus kui riigihanke tingimused, mis viitab lisaks lepingu tingimustele ka pakkuja kvalifitseerimise tingimustele.

Tuginedes Eesti keele seletavale sõnaraamatule koostoimes eelpool viidatud riigihanke direktiivi sättega tuleks asuda seisukohale, et väljakuulutamiseiga läbirääkimistega hankemenetluse kasutamiseks RHS § 27 lõike 2 punkti 1 alusel ei ole lubatud muuta riigihanke tingimusi, mis määravad tema iseloomu ja olemuse. Euroopa Komisjon on asunud seisukohale, et muuta ei tohiks maksetingimusi, hankelepingu täitmise perioodi pikkust ega tehnilist kirjeldust²⁶. Euroopa kohtupraktika kohaselt tuleks lepingu algse tingimuse muutmist käsitada „olulisena“²⁷ siis, kui muudetud tingimus, kui see oli olemas juba algses

²⁵ Arvutivõrgust kättesaadav: <http://www.eki.ee/dict/ekss/>

²⁶ European Commission. Guide to the community rules on Public procurement of services, other than in the water, energy, transport and telecommunications sectors.

²⁷ Eesti keele seletava sõnaraamatu kohaselt on „oluline“ ja „olemuslik“ sünonüümid.

hankemenetluses, andis aluse pidada esitatud pakkumusi nõuetele mittevastavaks või lubas pakkumusi esitada teistel kui algses hankemenetluses osalenud pakkujatel.²⁸

Olukorras, kus hankija kaalub riigihanke tingimuste muutmist tuleks lisaks eeltoodule arvestada riigihanke korraldamise üldpõhimõtetega, eelkõige konkurentsi tagamise põhimõttega. Kui hankija hinnangul ei ole mõne tehnilises kirjelduses esitatud parameetri muutmisel tegemist olemusliku muudatusega võib see siiski oluliselt piirata turul valitsevat konkurentsi ning selline tegevus on vastuolus RHS-i § 3 nimetatud üldpõhimõtetega.

3.1.2 Hankemenetluse läbiviimise kitsaskohad

Kui väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse rakendamise alused on loetletud RHSi § 27, siis menetluse reeglid on sätestatud RHSi 9. jaos (§ 65-67). Nõustamispraktikale tuginedes võib väita, et hankijate jaoks tekitab enim küsimusi RHSi § 67 lg 1 ehk millises etapis ja milliste pakkumuste üle tuleks läbirääkimisi pidada?

RHSi § 67 lg 1 sätestab, et hankija avab kõik pakkumused, välja arvatud RHSi § 65 lõikes 4 sätestatud juhul (hankemenetluse jätkamine), ja peab pakkujatega vastavaks tunnistatud pakkumuste osas läbirääkimisi, et kohandada neid vajaduse korral hanketeates ja hankedokumentides sätestatud nõuetele ning valida välja edukas pakkumus. Osundatud sätte sõnastus on loomult vastuoluline ning selle rakendamine praktikas keeruline.

Kui hankijal tuleks enne läbirääkimiste alustamist hinnata pakkumuste vastavust hanketeatele ja hankedokumentidele, siis kuidas on võimalik vastavaks tunnistatud pakkumusi kohandada vastavaks (RHSi § 67 lg 1 teine lauseosa)? Kui pakkumus on juba vastavaks tunnistatud, siis puudub vajadus selle kohandamiseks. Lisaks ei oleks võimalik sellise sõnastuse korral jätkata hankemenetlust RHSi § 65 lg 4 kohaselt, kuivõrd hankemenetluse jätkamiseks teeb hankija pakkumuste sisulise mittevastavuse kohta otsuse pakkumusi tagasi lükkamata ning alustab läbirääkimisi.

Eeltoodu viitab aga sellele, et läbirääkimised peaksid toimuma enne pakkumuste vastavaks tunnistamist, mida toetab ka direktiivi 2004/18/EÜ vastava sätte sõnastus, mille kohaselt peetakse pakkujatega läbirääkimisi, et kohandada pakkumusi tingimustele vastavaks (artikkel 30 lg 2). RHSi § 67 lg 1 grammatiline tõlgendus ei võimalda aga asuda seisukohale, et pakkumuste vastavaks tunnistamine toimub pärast läbirääkimiste pidamist, mistõttu tuleb hankijal siiski lähtuda RHSi vastavast sõnastusest.

Praktikas ei teadvustata endale ka läbirääkimiste ulatust. Nimelt asutakse läbirääkimisi pidama kõikide tingimuste üle, ka nende üle, mis olid hankedokumentides määratud, kuid selline tegevus ei ole RHSiga kooskõlas. RHSi § 66 lg 3 sätestab muuhulgas, et hankija jätab hankedokumentidesse lisamata RHSi § 31 lg 2 nimetatud andmetest need, mis väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse olemusest tulenevalt ei ole pakkumuse esitamise ettepaneku tegemise hetkel määratletavad või mille üle hankemenetluses käigus läbi räägitakse. Seega pole väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluses peetavate läbirääkimiste eesmärgiks olemasolevate hankedokumentide tingimuste muutmine, vaid hoopis pakkumuste kooskõlla viimine hankedokumentides sätestatuga. Hankijal ei ole lubatud muuta hankedokumentide tingimusi pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva saabumist (RHS § 36 lg 1).

²⁸ Euroopa kohtu 04.06.2009 otsus kohtuasjas C-250/07: komisjon vs Kreeka.

RHS ei täpsusta, millisel juhul ning millises ulatuses tuleb läbirääkimisi pidada. Kindlasti ei sisaldu viidatud sättes hankija kohustus läbirääkimiste pidamiseks kogu pakkumuste mahu üle, kõikides üksikasjades. Oluline on, et hankija kohtleks kõiki pakkujaid võrdselt (RHS § 67 lg 2), mis tähendab muuhulgas ka seda, et kui hankija asub läbirääkimisi pidama ühe pakkujaga, siis on ta kohustatud andma sama võimaluse ka teistele pakkujatele. Võrdse kohtlemise põhimõtte eeldab, et sarnaseid olukordi ei tohi kohelda erinevalt ning erinevaid olukordi ühetaoliselt, kui selline kohtlemine ei ole objektiivselt põhjendatud.²⁹ Kui ühegi pakkumuse osas ei ole läbirääkimised vajalikud (näiteks olukorras, kus pakkumus vastab hanketeates ja hankedokumentides esitatud tingimustele) ning riigihanke tingimused seda võimaldavad, siis ei ole RHSi järgi ka kohustust läbirääkimisi pidada. Seejuures tuleneb hankemenetluse olemusest, et vaidluse korral otsustab läbirääkimiste pidamise vajaduse olemasolu või puudumise üle hankija.

Lisaks pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte järgimisele on hankija kohustatud oma tegevuses lähtuma ka teistest riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest (RHS § 3). Läbirääkimiste läbipaistvuse ja kontrollitavuse tagamiseks peab hankija kehtestama hankedokumentides läbirääkimiste korra (RHS § 31 lg 6¹). Nimetatud põhimõtete järgimiseks peaks hankija kõik pakkujatega peetavad läbirääkimised ka protokollima.

3.2 Väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlus

Väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise alused loetleb RHSi § 28. Nimetatud hankemenetluse kasutamiseks on erinevaid aluseid kirjeldatud kuues paragrahvis, kuid nende aluste rakendamisel tuleb hankijal arvestada hankemenetluse erandlikkust, mis tähendab, et kõiki RHSi § 28 sätteid tuleks tõlgendada kitsalt ning hankijal lasub oluline põhjendamiskohustus.

Kui väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluses saavad osaleda kõik huvitatud isikud, siis väljakuulutamisetä hankemenetluses osalemine saab toimuda üksnes hankija poolt väljavalitud huvitatud isikute osas, kelle majanduslik ja finantsseisund ning tehniline ja kutsealane pädevus on eeldatavalt piisavad hankelepingu nõuetekohaseks täitmiseks (RHS § 68 lg 1).

Hankemenetlus algab hankedokumentide esitamisega huvitatud isiku(te)le, kusjuures nendele lisab hankija ka kvalifitseerimise tingimused, millele vastavust on ta kohustatud vastavalt RHSi § 39 kontrollima. Lisaks kvalifikatsiooni kontrollimisele peab hankija olema ka veendunud, et pakkujatel ei esineks hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid (RHS § 38).

3.2.1 Aktuaalsemaid hankemenetluse rakendamise aluseid

Senisele nõustamispraktikale tuginedes võib väita, et enim kasutatakse või soovitakse kasutada väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlust RHSi § 28 lõikes 2 ning lõikes 5 sätestatud alustel.

a) hankijal õigus korraldada hankemenetlus väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlusena, kui avatud või piiratud hankemenetluse käigus ei esitatud ühtegi

²⁹ Euroopa kohtu 18.04.2007 otsus kohtuasjas nr T-195/05: Deloitte Business Advisory NV vs komisjon, punkt 110.

pakkumust ega hankemenetluses osalemise taotlust või kõik esitatud pakkumused olid olemuselt erinevad hankedokumentides sätestatud hankelepingu eseme tehnilisest kirjeldusest ja riigihanke esialgseid tingimusi olemuslikult ei muudeta (RHS § 28 lg 2 p 1).

Osundatud sätte mõte seisneb eelkõige hankija halduskoormuse vähendamises, andes hankijale võimaluse esialgse hankemenetluse luhtumise korral alustada erandlikku hankemenetlust, mis oma iseloomust tulenevalt võimaldab hankijal jõuda hankelepinguni tõenäoliselt kiiremini kui avatud hankemenetlust kasutades (eelkõige seetõttu, et väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetluses ei ole hankija kohustatud järgima RHSi sätteid pakkumuse esitamise tähtajale ega järgima kohustuslikku ooteaega hankelepingu sõlmimiseks). Siinkohal on oluline mõista, et tegu ei ole hankemenetluse jätkamisega, vaid täiesti uue hankemenetluse alustamisega, mis tähendab, et hankija on kohustatud esialgse hankemenetluse lõppemise kohta esitama ka riigihanke aruande (RHS § 37 lg 1).

Sarnaselt väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetluse kasutamisele RHS § 27 lg 2 p 1 alusel on ka antud juhul läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise piiranguks keeld muuta olemuslikult³⁰ riigihanke esialgseid tingimusi.

b) tehnilistel või kunstilistel põhjustel või ainuõiguse kaitsega seotud põhjustel saab hankelepingu sõlmida ainult ühe pakkujaga (RHS § 28 lg 2 p 2);

Osundatud sättele on võimalik tugineda kolmel erineval põhjusel: tehnilistel, kunstilistel või ainuõiguse kaitsega seotud. Olenemata nimetatud põhjustest peab olema alati täidetud tingimus, mille kohaselt saab hankelepingu sõlmida ainult ühe pakkujaga. Eeltoodust tulenevalt on kõnelause sätte kohaldamise võimalused küllaltki piiratud.

Tehniliste põhjustena võiks nimetada olukordi, kus olemasolevat asja saab tehnilistel põhjustel remontida üksnes asja tootja (siia tuleks lugeda ka olukorrad, kus teistsuguse pakkuja kasutamisel kaoks tootja poolt asjale antud garantii).

Ainuõigusi tuleb sisustada kui isikule antud erilist õigust näiteks seonduvalt autorlusega või eri- ja ainuõigusi, mis antakse ettevõtetele seaduse või haldusaktiga või ka näiteks pädeva asutuse volitusega, mille tulemusel mingi konkreetne tegevus reserveeritakse eksklusiivselt ühele või mitmele isikule ja mis on seeläbi kaitstud. Ainuõiguse kontekstis saaks kõne alla tulla näiteks pakkuja ainuõigus teenuse osutamiseks (va juhul, kui sellise teenuse osutamine on all-litsentseeritud)³¹.

Kunstiliste põhjustena võiks kõne alla tulla näiteks etendustega seotud kostüümide hankimine, lavadekoratsioonide valmistamine või hoonesse kunstiteoste ostmise. Sõltumata põhjustest on oluline, et hankija oleks suuteline välja tooma objektiivsed asjaolud, mis tõid kaasa vajaduse hankelepingu sõlmimiseks üksnes ühe pakkujaga.

c) hankelepingu kiire sõlmimine on vajalik hankijast sõltumatute ettenägematute sündmuste tagajärjel tekkinud äärmise vajaduse tõttu, mis ei võimalda kinni pidada RHSi §-s 35 sätestatud tähtaegadest (RHS § 28 lg 2 p 3).

³⁰ Vaata punkt 3.1.1, lk 7.

³¹ European Commission. Guide to the community rules on Public procurement of services, other than in the water, energy, transport and telecommunications sectors.

Viidatud alusele tuginemine seondub nelja kumulatiivse tingimusega, mis peavad kõik olema RHS § 28 lg 2 p 3 tuginemiseks täidetud: a) hankelepingu kiire sõlmimise vajadus; b) hankijast sõltumatute ettenägematute sündmuste tagajärjel; c) tekkinud äärmise vajaduse tõttu, mis d) ei võimalda kinni pidada RHSi §-s 35 sätestatud tähtaegadest³².

Euroopa Komisjon on märkinud³³, et ettenägematute sündmuste all tuleks mõelda olukordi, mis ülekaalukalt väljuvad normaalsetest majandusliku ja sotsiaalse elu piiridest (näiteks looduskatastroofid, mille tulemusena tekkinud olukorra leevendamiseks tuleb kasutusele võtta erakorralised meetmed). Oluline on rõhutada, et kõnealusele sättele tuginemine on lubatud üksnes juhul, kui ettenägematu sündmusega on vajalik tegeleda viivitamatult (rahvusvahelist piirmäära ületava hankelepingu korral soovitatavalt ühe kuu jooksul), mistõttu ei ole võimalik järgida RHSis sätestatud minimaalseid tähtaegu.

Riigihanke direktiivi artikli 31 (1) c sõnastuses tulenevalt tuleb asuda seisukohale, et ettenägematute sündmustena ei saa käsitleda olukordi, mis on tekkinud hankija tegevusest või tegevusetusest.

Ettenägematu sündmusena võiks näiteks käsitleda olukorda, kus ehitustööde käigus ilmneb vajadus teostada arheoloogilisi kaevetöid.

d) hankijal õigus ehitustööde või teenuste hankelepingu sõlmimisel korraldada hankemenetlus väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetlusena, kui tellitakse samalt pakkujalt esialgses projektis või hankelepingus mittesisaldunud, kuid esialgses hankelepingus kirjeldatud ehitustöödeks või teenuste osutamiseks ettenägematute asjaolude tõttu vajalikuks osutunud täiendavaid ehitustöid või teenuseid kuni 20 protsendi ulatuses esialgse hankelepingu maksumusest, kusjuures selliseid täiendavaid ehitustöid või teenuseid ei saa tehniliselt või majanduslikult esialgse hankelepingu esemest eraldada ilma hankijale suuri kulusi põhjustamata või on täiendavad ehitustööd või teenused esialgse hankelepingu täitmiseks vältimatult vajalikud (RHSi § 28 lg 5 p 1).

Viidatud sätte alusel on väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetluse korraldamine ja hankelepingu sõlmimine esialgselt sõlmitud hankelepingu osapoolega võimalik juhul, kui täidetud on kolm kumulatiivset tingimust:

- tellitakse samalt pakkujalt esialgses projektis või hankelepingus mittesisaldunud, kuid esialgses hankelepingus kirjeldatud ehitustöödeks või teenuste osutamiseks ettenägematute asjaolude tõttu vajalikuks osutunud täiendavaid ehitustöid või teenuseid;
- selliseid täiendavalt tellitavad ehitustööd või teenused ei ületa 20% esialgse hankelepingu maksumusest;
- selliseid täiendavaid ehitustöid või teenuseid ei saa tehniliselt või majanduslikult esialgse hankelepingu esemest eraldada ilma hankijale suuri kulusi põhjustamata või on täiendavad ehitustööd või teenused esialgse hankelepingu täitmiseks vältimatult vajalikud.

Esimese tingimuse täitmise tuvastamiseks on vaja eeskätt sisustada ettenägematud asjaolud, mis tõid kaasa vajaduse tellida esialgses hankelepingus kirjeldatud ehitustööde või teenuste osutamiseks täiendavaid ehitustöid või teenuseid. Oleme seisukohal, et ettenägematuks

³² Euroopa Kohtu 1993. aasta otsus kohtuasjas C-107/92: komisjon v. Itaalia, EKL 1993, lk I-4655, punkt 12, ja 28. märtsi 1996. aasta otsus kohtuasjas C-318/94: komisjon v. Saksamaa, EKL 1996, lk I-1949, punkt 14.

³³ European Commission. Guide to the community rules on Public supply contracts, other than in the water, energy, transport and telecommunications sector, lk 25.

asjaoluks ei saa üldjuhul pidada olukordi, mis on põhjustatud hankija tegevusest või tegevusetusest. Hankijal lasub riigihanke korraldamisel oluline hoolsus- ja planeerimiskohustus, mille täitmiseks peab hankija teadma, mida ja millises mahus ta soovib tellida ning olema samas ka suuteline oma vajadusi kooskõlas RHSiga kirjeldama. Ettenägematuks asjaoluks saaks pidada eelkõige selliseid olukordi, mida hankijal ei olnud võimalik hanke planeerimise faasis ette näha (näiteks ehitustööde teostamisel selgub vajadus arheoloogilisteks kaevetöödeks või pinnase iseloomust tulenevalt lisatöödeks).

Teine tingimus eeldab, et esialgses hankelepingus kirjeldatud teenuste osutamiseks ettenägematute asjaolude tõttu vajalikuks osutunud täiendavaid teenuseid või ehitustöid tellitakse kuni 20 protsendi ulatuses esialgse hankelepingu maksumusest.

Kolmandas kumulatiivses tingimuses on sätestatud kaks obligatoorset lisatingimust, millest üks peab olema kohustuslikus korras täidetud - hankelepingu esemest eraldamise võimatuse eeltingimus või täiendavate ehitustööde/teenuste vältimatu vajalikkuse kriteerium. Hankelepingust eraldamise võimatuse hindamisel tuleb hankijal välja selgitada, kas tellitavate ehitustööde/teenuste tehniliselt või majanduslikult eraldamine tooks hankijale kaasa suuri kulutusi või mitte. Täiendavate ehitustööde/teenuste vältimatu vajadus viitab aga sellele, et täiendav hankeleping peab olema vajalik esialgse hankelepingu täitmiseks (seega esialgne hankeleping peaks olema väljakuulutamisetähtaegade täitmisega hankemenetluse alustamise ajal kehtiv ning selle täitmine ei saaks olla võimalik ilma täiendava hankelepinguta).

3.2.2 Hankemenetluse läbiviimise kitsaskohad

Väljakuulutamisetähtaegade täitmisega hankemenetluse korraldamise reeglid on sätestatud RHSi § 68 võrdlemisi üldsõnaliselt, mistõttu on kõnealuse hankemenetluse rakenduspraktikas tekkinud eelkõige küsimusi pakkujate kvalifikatsiooni kontrollimise kohustusest ning läbiviimise sisust ja ulatusest.

Sarnaselt teistele RHSi II peatükis loetletud hankemenetlustele on hankija kohustatud ka väljakuulutamisetähtaegade täitmisega hankemenetluse korral kontrollima pakkujate kvalifikatsiooni (RHS § 68 lg 3) ning keelduma hankelepingu sõlmimisest pakkujaga, kelle suhtes esinevad hankemenetlusest kõrvaldamise alused (RHS § 38 lg 1). Nimetatud nõuded võivad olukorras, kus näiteks tehnilistel põhjustel on võimalik hankeleping sõlmida vaid ühe pakkujaga, tekitada tõsisemaid probleeme (näiteks olukorras, kus pakkujal, kellest hankija on tehnilistel põhjustel sõltuv esineb maksuvõlg RHSi § 38 lg 1 p 4 tähenduses, mis toob automaatselt hankijale kohustuse ilma kaalutusõigusega pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada).

Teine probleem võib tekkida kvalifikatsiooni kontrollimisega, jällegi eelkõige olukorras, kus hankelepingut on võimalik sõlmida ühe pakkujaga. Nimelt tuleb hankijal RHSi § 68 lg 3 kohaselt kvalifikatsiooni tõendavate dokumentide esitamise nõuete määramisel ja kvalifikatsiooni kontrollimisel lähtuda RHSist ehk § 39-41³⁴. Seega tuleks alati pakkuja suhtes esitada vähemalt üks nõue pakkuja majanduslikule ja finantsseisundile ning üks nõue tehnilisele ja kutsealasele pädevusele. Märkimisväärne on asjaolu, et ühe pakkuja korral oleks pakkuja kvalifikatsiooni kontrollimine paljuski sisutühi, kuivõrd hankija on sunnitud

³⁴ Kuigi osundatud sätetes on selge viide tingimuste esitamisele hanketeates, siis väljakuulutamisetähtaegade täitmisega hankemenetluses hanketeate puudumise tõttu tuleks hanketeate all käsitleda dokumenti, milles hankija on esitanud kvalifitseerimise tingimused.

määrama tingimused pakkuja järgi mitte hankelepingu täitmise võimekuse järgi nagu kohustab RHSi § 39 lg 1.

Lisaks võib ühe pakkuja korral tekitada hankemenetluses takistusi³⁵ ka RHSi § 41 lg 2, mille kohaselt on hankijal alati, kui riigihanke hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne või ületab rahvusvahelist piirmäära nõuda RHSi § 41 lg 1 p 1 või 2 nimetatud teavet. Märkimisväärne on asjaolu, et kuigi kirjeldatud kohustus on märgitud ka riigihangete seaduse juhises³⁶, siis riigihanke direktiiv 2004/18/EÜ sellist piirangut ei sätesta. Miks selline kitsendav tingimus on RHS § 41 lõikes 2 toodud ei õnnestunud tuvastada ei RHSi juhises ega seletuskirjast. Olukorras, kus Euroopa õigus on vastuolus siseriikliku õigusega tuleb otse kohaldada Euroopa õigust ehk kõnealusel juhul riigihanke direktiivi 2004/18/EÜ. Sellise tõlgenduse pinnalt võiks asuda seisukohale, et RHSi § 41 lg 2 võib jätta kohaldamata, kuid lõpliku seisukoha antud küsimuses saab kujundada üksnes Euroopa Kohus, kes on pädev hindama siseriikliku õiguse vastuolu Euroopa õigusega. Seega, hoolimata võimalikust vastuolust ei saa kehtiva siseriikliku regulatsiooni valguses RHSi § 41 lg 2 kohaldamata jätmist otseselt soovitada. Analüüsi koostaja hinnangul tuleks aga osundatud säte eeltoodut arvestades RHSist eemaldada.

Hankemenetluse läbiviimist võib ohustada ka RHS § 39 lg 4 koostoimes sama paragrahvi lg 4¹. Kui pakkuja jätab kvalifikatsiooni tingimusele vastavuse tõendamiseks nõutud dokumendi esitamata, siis hankijal ei ole võimalik seda juurde küsida ega pakkujal hiljem juurde esitada, mistõttu tuleks selline pakkuja jätta kvalifitseerimata (juhul, kui kvalifikatsioonile vastavust ei ole võimalik kontrollida andmekogu kaudu, mis välismaise pakkuja puhul on vähetõenäoline). Samas on ebamõistlik seda ühe pakkuja korral teha, kuivõrd hankelepingut on hankijal vaja ning formaalselt hankemenetlus lõpetada selleks, et siis see uuesti alustada on äärmiselt ebamõistlik ning nii hankijat kui ka pakkujat koormav.

Sarnaselt väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetlusele sätestab RHSi § 68 lg 2, et hankija jätab hankedokumentidesse lisamata need tingimused, mis ei ole tulenevalt hankemenetluse olemusest määratletavad või mille üle hankemenetluse käigus läbi räägitakse. Seega tuleks ka väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse korral asuda seisukohale, et läbirääkimisi saab pidada üksnes nende tingimuste üle, mida ei ole hankedokumentidesse lisatud.

³⁵ Näiteks, kui hankijal on võimalik asjade ostmiseks tehnilistel põhjustel sõlmida hankeleping vaid ühe pakkujaga, kes on küll asjade tootja ja ise ka kasutaja, mistõttu omab piisavalt kogemust ja võimet hankelepingu täita, kuid kuna ei ole oma toodangut seni müünud vaid üksnes välja rentinud, mistõttu puudub RHSi § 41 lg 1 p 2 nõutavad müügilepingud.

³⁶ Kätesaadav elektrooniliselt <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/riigihangete-korraldamine>.

4. Kokkuvõte ja järeldused

Väljakuulutamise ja väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetlusi tuleks käsitleda erandlike hankemenetlustena, mille kasutamine on lubatud rangelt RHSis sätestatud juhtudel. Kuivõrd erandliku hankemenetluse kasutamine on seotud suurema ohuga riigihanke üldpõhimõtete rikkumisele, tuleks hankemenetluse liigi valiku aluseid tõlgendada alati kitsendavalt ning täita seejuures olulist põhjendamiskohustust.

Kuigi RHSi § 27 lg 3 võimaldab hankijal alla rahvusvahelist piirmäära jäävate riigihangete korral kasutada alati väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetlust, siis Euroopa Kohtu praktikale tuginedes tuleks sellist võimalust kasutada siiski üksnes juhul, kui hankijal on selleks olemas ka objektiivsetele asjaoludele tuginevad põhjendused.

Läbirääkimistega menetluste kasutamine võib esmapilgul tunduda paindlikum ning hankija halduskoormust kergendav, kuid praktikas ei pruugi see nii olla. Senisele nõustamispraktikale tuginedes võib väita, et hankijate teadmised läbirääkimistega menetluse läbiviimisest ei võimalda menetlust edukalt läbi viia, mistõttu võivad menetluslikud eksimused viia isegi hankemenetluse tühistamiseni. Eeltoodust tulenevalt peaksid hankijad endale teadvustama, et ka läbirääkimistega menetluse kasutamine eeldab hankemenetluse täpset planeerimist, tingimuste läbimõttlemist ja kirjalikult fikseerimist. Menetluse iseloomust tulenevalt peab hankija pöörama tähelepanu ka läbirääkimiste fikseerimisele, et tagada menetluse läbipaistvus ja kontrollitavus ning kõikide menetluse osaliste võrdne kohtlemine.

Tuleb tunnistada, et riigihanke direktiivide ning sellest tulenevalt ka RHSi menetlusreeglid on kohati praktikas raskesti rakendatavad ja isegi vastuolulised. Enim küsimusi on tekitanud pakkumuste vastavaks tunnistamine väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetluses, mis RHSi § 67 lg 1 kohaselt tuleks läbi viia enne läbirääkimiste pidamist, kuid mis riigihanke direktiivile tuginedes ning RHSi § 66 lg 3 arvesse võttes on ebaloogiline. Väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetluse korral võib aga pakujate kvalifikatsioonile tingimuste määramine osutada sisutühjaks.

Kokkuvõtvalt võib märkida, et läbirääkimistega menetluste rakendamise kitsaskohti võib leida nii hankijate teadmiste ja oskuste piiratusest kui ka RHSi sätete vastuolulisusest, mistõttu tuleks ette võtta RHSi vastavate sätete kohandamine kui jätkata hankijate koolitus- ja nõustamistegevust.

Autorist:

Kadri Look on Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna juhtivspetsialist.

Rahandusministeerium, november 2011.