

Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses

1. Sissejuhatus

Ettevõtjate vahel on tihe konkurents, mistõttu esitavad turuosalised kohati hankemenetluses konkurentide seljatamiseks hanke kriteeriumidele vastavaid, kuid spekulatiivselt madala hinnaga pakkumusi. Ehitustööde, asjade või teenuste kohta liiga madalad ning hanke eeldatavast maksumusest või teiste pakkumuste maksumusest oluliselt odavamad pakkumused võivad põhineda ka eksimusel või ebaõigetel eeldustel. Alapakkumuste vastavaks tunnistamine kätkeb endas suurt lepingu mittekohase täitmise riski ning mõjutab oluliselt turul valitsevat konkurentsi. Selliste pakkumuste tuvastamisel, kontrollimisel ja tagasilükkamisel on abiks põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste kõrvaldamise reeglistik, mida peetakse kõige olulisemaks vahendiks, kaitsmaks hankijat lisaväljaminekute tegemise eest lepingu täitmise ajal.*²

Seoses Euroopa Komisjoni 21. detsembri 2011. a ettepanekuga Euroopa Liidu Nõukogule asendada kehtivad riigihankedirektiivid 2004/18/EÜ*³ ja 2004/17/EÜ*⁴ uute Euroopa Parlamendi ja nõukogu riigihankedirektiividega*⁵, ootavad riigihankeõigust 2014. aastal ees ulatuslikud reformid. Direktiivid on plaanis vastu võtta hiljemalt 2014. aasta alguses, misjärel on liikmesriikidel nende ülevõtmiseks aega kaks aastat. Riigihankereeglite reformiga loodetakse suurendada avaliku sektori kulutuste tõhusust ja õiguskindlust. Uute direktiividega soovitakse muuhulgas täiendada põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste kõrvaldamise reeglistikku. Euroopa Kohus on rõhutanud, et hankijal on kohustus tuvastada ebaharilikult madala hinnaga pakkumused, seejärel kohustus võimaldada pakkujal tõendada, et tema pakkumus on reaalne (tõeline, usaldusväärne ja tõsiselt võetav)*⁶, kolmandaks kohustus hinnata esitatud selgitusi ning neljandaks teha otsus pakkumuse vastavaks tunnistamise või tagasilükkamise kohta. Reformi eesmärgiks on inkorporeerida nimetatud põhimõtted kehtivasse õigusesse.

Käesolevas artiklis analüüsitakse, millist mõju omab uute direktiivide vastuvõtmine hankija kohustusele ebaharilikult madala hinnaga pakkumuse tuvastamiseks, antakse hinnang direktiivi eelnõus kehtestatud ebaharilikult madala hinnaga pakkumuste väljaselgitamise meetodi efektiivsusele ja tehakse ettepanekuid meetodi ülevõtmise kohta riigisisisesse õigusesse. Kuivõrd uus direktiiv ei kehtesta konkreetseid reegleid, mille abil ebaharilikult madala hinnaga pakkumusi kontrollida, analüüsitakse lisaks, millised meetodid võiksid aidata hankijal *inter partes* menetluses pakkumise tõelisust kontrollida. Kuivõrd direktiivi eelnõu järgi ei kehtestata hankijale kohustust põhjendamatult madala hinnaga pakkumuste tagasilükkamiseks, selgitatakse instituudi eesmärkidele tuginedes hankija kohustust sellised pakkumused tagasi lükata ning

¹ Autor tänab abi eest dotsent Carri Ginterit.

² D. Davies. Tackling Private Anticompetitive Behaviour in Public Contract Awards under the WTO's Agreement on Government Procurement. – World Competition 1998 (21) 5 (September), lk 65.

³ Euroopa Parlamendi ja Euroopa Liidu 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, lk 114–240.

⁴ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, 30.04.2004, lk 1–113.

⁵ Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta. KOM/2011/896 lõplik – 2011/0438 (COD). Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:ET:PDF> (07.12.2013).

⁶ EKo 27.11.2001, C-285/99, *Impresa Lombardini SpA vs. ANAS*. – EKL 2001, lk I-9233; EKo 15.05.2008, C-147/06 ja C-148/06, *SECAP SpA & Santorso Soc co-op arl vs. Comune di Torino*. – EKL 2008, lk I-3565; EKo 25.02.2003, T-4/01, *Renco SpA vs. Euroopa Liidu*. EKL 2003, lk II-171, lk 28; EKo 11.05.2010, T-121/08, *PC-Ware Information Technologies BV vs. Euroopa Komisjon*. – EKL 2010, lk II-1541.

tehadse selle alusel ettepanek riigihangete seaduse⁷ (RHS) muutmiseks. Seejärel peatatakse konkureerivate pakkujate kaebeõigusel põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste vastavaks tunnistamise vaidlustamisel.

Kuivõrd uue direktiivi tekst ei muuda oluliselt pakkuja selgituste ja nende veenvuse kohta kehtivaid reegleid, ei keskenduta käesolevas artiklis pakkuja võimalikele objektiivsetel alustel antud selgitustele (direktiivi eelnõu art 69 lg 3).

2. Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste tuvastamine

2.1. Hankija kohustus tuvastada ebaharilikult madala hinnaga pakkumus

Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2004/18/EÜ artikkel 55 ja direktiivi 2004/17/EÜ artikkel 57 sätestavad üheselt: „Kui teatava lepingu puhul tunduvad pakkumiste hinnad kaupade, ehitustööde või teenustega võrreldes ebaharilikult madalad, nõuab ostja enne, kui võib sellised pakkumised tagasi lükata, kirjalikke täpsustusi pakkumise koostisosade kohta, mida ta peab asjakohaseks.“ Seega võib hankija pakkumused, mille maksumus tundub ebaharilikult madal, tagasi lükata alles pärast seda, kui ta on andnud pakkujale võimaluse oma pakkumuse selgitamiseks. Direktiividega kehtestatud hankija kohustust võimaldada pakkujal enne pakkumuse tagasilükkamist oma pakkumust *inter partes* menetluses selgitada, on Euroopa Kohus kinnitanud korduvalt⁸ ning selles suhtes valitseb põhimõtteline üksmeel kogu Euroopas.

Erimeelsused valitsevad selles, kas hankijal on uurimise kohustus ainult juhul, kui ta kavatses pakkumuse tagasi lükata, või laieneb ebaharilikult madala hinnaga pakkumuse uurimise kohustus kõikidele pakkumustele.⁹ Inglismaa on hea näide selle kohta, kuidas põhjendamatult madala hinnaga pakkumuse tagasilükkamise kohustuse tõlgendamise praktika eri kohtutes on täiesti erinev. Hertfordshire maakonna jäätmegaamade korrashoiu vaidluses selgitas kohus, et Euroopa Kohtu praktikast ega direktiividest ei tulene hankija kohustust põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste kontrollimiseks olukorras, kus neid ei olegi kavats tagasi lükata.¹⁰ Selline kohustus tõuseb väidetavalt ainult siis, kui hankija teadis või tal oli kahtlus, et pakkumuse maksumus oli põhjendamatult madal. Vaid mõni kuu enne Hertfordshire jäätmegaamade otsust kohaldas kohus hagi tagamist Norwichi linna ehitushanke asjas, selgitades, et hankijal on kohustus teha kindlaks kahtlased pakkumused ja hankija ei olnud seda kohustust täitnud.¹¹

Riigihangete vaidlustuskomisjon (VaKo) on seisukohal, et hankija kohustus pakkujalt kirjalikku selgitust küsida tekib üksnes siis, kui hankijal on tekkinud kahtlus pakkumuse madala maksumuse suhtes. VaKo: „Käesoleval juhul ei ole vaidlustusmenetluses leidnud tõendamist, et hankijal oleks tekkinud kolmanda isiku pakkumuse vastavuse kontrollimisel kahtlus pakkumuse maksumuse suhtes. RHS § 48 ei pane hankijale kohustust alati kontrollida pakkumuse maksumuse majanduslikku põhjendatust.“¹²

Hankija kohustus põhjendamatult madala hinnaga pakkumuste tuvastamiseks tuleneb instituudi eesmärkidest (vt p 3.1). Pakkumuste kontrollimise kohustus tuleneb ka informeeritud otsustusprotsessi põhimõttest (*informed decision-making*), mis tähendab, et hankijad peavad otsuseid langetades tuginema võimalikult täpsele asjakohasele informatsioonile. Nimetatud põhimõte toetab hankija kohustust uurida kõiki vähegi kahtlaseid pakkumusi *inter partes* menetluses. Vaid nii saab hankija olla kindel, et ta tugineb otsust tehes kõige täpsemale informatsioonile. Niisiis ei ole hankijal õigust otsustada, kas ta soovib ebaharilikult madala maksumusega pakkumusi välja selgitada või mitte.

⁷ RT I 2007, 15, 76; RT I, 06.01.2011, 20.

⁸ Vt nt EKO 10.02.1982, 76/81, *Transporoute vs. Ministère des travaux publics*. – EKL 1982, lk 417; EKO 27.11.2001, C-285/99, *Impresa Lombardini SpA vs. ANAS*. – EKL 2001, lk I-9233; EKO 15.05.2008, C-147/06 ja C-148/06, *SECAP SpA & Santorso Soc co-op arl vs. Comune di Torino*.

⁹ Vt kohtupraktikas valitsevate erimeelsuste kohta: T. Väljaots. Põhjendamatult madal pakkumus Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja PhD C. Ginter. Tartu Ülikool 2011, lk 25–28.

¹⁰ *J Varney & Sons Waste Management Ltd v Hertfordshire County Council* [2010] EWHC 1404 (QB) (16 June 2010). Arvuti-võrgus: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2010/1404.html> (09.12.2013).

¹¹ *Morrison Facilities Services Ltd vs. Norwich CC* [2010] EWHC.

¹² VaKo 25.08.2009, 182-09/111048, p 8.

Riigisiseste kohtute praktikas valitsevad ebakõlad või ebaõiged tõlgendused on tingitud sellest, et kehtivates direktiivides ei ole sõnaselgelt kehtestatud hankija kohustust pakkumuse kontrollimiseks olukorras, kus hankijal ei ole kavas pakkumust tagasi lükata.

Hankijal lasuv kontrollimiskohustus pakkumuste korral, mis on matemaatiliste kriteeriumide alusel ebaharilikult madala hinnaga, lahendab erimeelsused selles, kas hankijal on pakkumuse uurimise kohustus ainult siis, kui ta kavatses pakkumust tagasi lükata, või laieneb ebaharilikult madala maksumusega pakkumuse uurimise kohustus talle igal juhul. Uue direktiivi eelnõus sätestataksegi konkreetsed tingimused, mille täitumisel on hankijal kohustus pakkumust kontrollida.

Uue direktiivi eelnõu artikli 69 lõike 1 alusel pannakse hankijale kohustus küsida selgitusi pakkumuse kohta, mis täidab üheaegselt järgmised tingimused:

- (a) pakkumuse maksumus jääb rohkem kui 50% alla teiste pakkujate küsitud keskmisest maksumusest,
- (b) pakkumuse maksumus jääb rohkem kui 20% alla paremuselt teises pakkumuses küsitud maksumusest ning
- (c) hankemenetluses on esitatud vähemalt viis pakkumust.

Pakkumuse kontrollimine aitab tuvastada nii teadlikult põhjemamatult madala hinnaga pakkumused kui ka pakkuja poolt pakkumuse koostamisel tehtud eksimused, mis jääksid kontrollikohustuse puudumisel tõenäoliselt avastamata. Seetõttu on pakkumuse kontrollimise kohustuse kehtestamine direktiivi tasemel vajalik.

2.2. Ebaharilikult madala maksumusega pakkumuse väljaselgitamise meetodid

Kehtivates direktiivides ei ole sätestatud tingimusi, mis aitaksid hankijal otsustada, milliseid pakkumusi uurida. Asjakohase meetodi kehtestamisel on liikmesriikidel diskretsiooniõigus.^{*13}

Seetõttu on ebaharilikult madala maksumusega pakkumuste väljaselgitamise regulatsioon liikmesriigiti erinev. Mitmes liikmesriigis on ebaharilikult madala hinnaga ja lisakontrolli vajavate pakkumuste identifitseerimisel võetud abiks kõrvalekalde protsendi meetod (*percentage deviation*), mis on tavaliselt umbes 10 või 20% keskmise pakkumuse hinnast. Niisugused süsteemid on näiteks Belgias, Itaalias, Portugalis, Hispaanias, Kreekas ja Rumeenias.^{*14} Leedus kasutatakse kombineeritud meetodit, mille abil tuleb pakkumust kui ebaharilikult odavat kontrollida siis, kui selle maksumus on 15% või üle selle madalam teiste pakkujate keskmisest maksumusest või kui see on 30% või üle selle madalam hanke eeldatavast maksumusest.^{*15} Ühendkuningriigi kohtupraktikas on peetud piisavaks, kui hankija on ebaharilikult madala hinnaga pakkumust kõrvutanud konkureerivate pakkujate pakkumustega ja leidnud, et pakkumuse maksumus ei ole keskmist hinda arvestades põhjemamatult madal.^{*16} Seega on paljude riikide seadusandjad pidanud ebaharilikult madala maksumusega pakkumuste tuvastamisel asjakohaseks pakkumuse võrdlemist teiste esitatud pakkumustega.

Eestis reguleerib põhjemamatult madalamaksumusega pakkumusi RHS § 48, mille lõike 1 kohaselt „[k]ui hankija leiab, et pakkumuse maksumus on **hankelepingu eeldatava maksumusega võrreldes** põhjemamatult madal, peab hankija kirjalikus vormis nõudma pakkujalt asjakohast kirjalikku selgitust“ (autori rõhutus). Niisiis seab RHS erinevalt teistest riikidest põhjemamatult madala maksumusega pakkumuse väljaselgitamise sõltuvusse peaaesjalikult hanke eeldatavast maksumusest. Kuigi seadus ei välista *expressis verbis* muude meetodite kasutamist põhjemamatult madala maksumusega pakkumuse selgitamisel, ei ole see valitseva rakenduspraktika kohaselt võimalik.^{*17} Niisiis tuvastatakse Eestis põhjemamatult madala hinnaga pakkumusi hetkel üksnes hanke eeldatavast maksumusest lähtudes.

¹³ S. Arrowsmith. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Sweet & Maxwell 2nd ed. 2008, lk 1018.

¹⁴ N. Giffin. *Abnormally Low Tenders In Procurement Law*. Procurement Lawyers' Association 2010, lk 3. Arvutivõrgus: <http://tinyurl.com/03hy26v> (07.12.2013); A. S. Graells. *Rejection of Abnormally Low and Non-Compliant Tenders in EU Public Procurement: A Comparative View on Selected Jurisdictions*, lk 8.

¹⁵ Lithuania – Definition and Guidelines for Reasoning of Abnormally Low Tenders. Lex Universal 01.08.2010. Arvutivõrgus: <http://lexuniversal.com/en/news/9883> (07.12.2013)

¹⁶ J Varney & Sons Waste Management Limited v Hertfordshire County Council (viide 10), p 163.

¹⁷ RHS § 48 rakenduspraktikat kujundab peamiselt riigihangete vaidlustuskomisjon, mis ei aktsepteeri peale hanke eeldatava maksumuse muid põhjemamatult madala hinnaga pakkumuse tuvastamise võimalusi. Vt VaKo 21.02.2009, 173-08/107942; VaKo 18.03.2011, 35-11/122349; VaKo 24.11.2008, 143-08/107942.

Uute direktiividega ühtlustatakse ebaharilikult madala maksumusega pakkumuste väljaselgitamise kohustuslikke kriteeriume. Direktiivi eelnõu artikli 69 lõige 1 seab pakkumuste kontrollimise kohustuse sõltuvusse konkureerivate pakkumuste maksumusest, lubades seejuures ebaharilikult madala maksumusega pakkumuste tuvastamist ka muude meetoditega (art 69 lg 2).

Kui konkureerivate pakkumuste maksumus on paljudes liikmesriikides kriteeriumina juba kasutusel, siis üsna suur erinevus võrreldes senise praktika ja direktiivi eelnõus sätestatuga seisneb kõrvalekalde protsendi suurusel. Kui tavaliselt (v.a Rumeenias)¹⁸ on kõrvalekalde protsent 10% kuni 30% keskmise pakkumuse hinnast¹⁹, siis direktiivi artikli 69 lõike 1 punkti a kohaselt tuleb pakkumust kontrollida alles siis, kui selle maksumus erineb teiste pakkujate küsitud keskmisest maksumusest 50% või rohkem. Nii suur protsendimäär võib kaasa tuua olukorra, kus oluline osa ebaharilikult madala maksumusega pakkumusi jääb välja selgitamata.

Ebaharilikult madala hinnaga pakkumuste avastamata jätmise ohtu ei vähenda ka direktiivi artikli 69 lõike 1 punktis b kehtestatud kontrollikohustus olukorras, kus pakkumuse maksumus jääb rohkem kui 20% alla paremuselt teises pakkumuses küsitud maksumusest. Kuigi sätestatud kohustus on iseenesest mõistlik, kehtestatakse artikli 69 lõikes 1 nimetatud kontrollikohustuse eeldused mitte alternatiivselt, vaid kumulatiivselt. Seega, isegi kui pakkumuse maksumus jääb rohkem kui 20% alla paremuselt teises pakkumuses küsitud maksumusest, tekib hankijal pakkumuse kontrollimise kohustus üksnes juhul, kui pakkumuse maksumus erineb samal ajal vähemalt 50% teiste pakkujate küsitud keskmisest maksumusest ja kui hankemenetluses on esitatud vähemalt viis pakkumust. Sellist reeglit võiks pidada ebaharilikult madala maksumusega pakkumuste tuvastamisel pigem teoreetiliseks, kuivõrd see aitab tuvastada üksnes absurdseid alampakkumusi.

Samas, kuna pakkumuse maksumuse matemaatiline võrdlemine konkureerivate pakkumuste maksumusega on iseenesest efektiivne meetod lisakontrolli vajavate pakkumuste identifitseerimisel ning eelnõu artikli 69 lõikes 1 sätestatud nõudeid võib ebaefektiivseks pidada üksnes seetõttu, et kehtestatud kõrvalekalde protsendimäär on äärmiselt suur, ei tasu seda meetodit ebaharilikult madalamaksumusega pakkumuste tuvastamisel kõrvale lükata. Korrigeerida tuleks protsendimäära. Efektiivsust lisaks see, kui muuta eelnõu artikli 69 lõike 1 punktides a ja b sätestatud kumulatiivsed nõuded alternatiivseteks. Kaaluda tasuks ka nimetatud meetodi kombineerimist juba Eestis kasutusel oleva meetodiga, mille kohaselt võrreldakse pakkumust hanke eeldatava maksumusega. Samamoodi tuvastatakse ebaharilikult madalamaksumusega pakkumusi Hispaanias.

Hispaania õiguses peetakse pakkumuse maksumust ebaharilikult madalaks kombineeritud meetodi alusel kas hanke eeldatavast maksumusest või esitatud pakkumuste keskmisest maksumusest lähtuvalt seatud künnise ületamisel (kusjuures künnise arvutamise alused sõltuvad esitatud pakkumuste arvust).²⁰ Näiteks kahe pakkuja korral peetakse pakkumuse maksumust ebaharilikult madalaks või ebaoproportsionaalseks, kui see on hanke eeldatavast maksumusest üle 25% ja teisest pakkumusest üle 20% madalam. Kolme või enama pakkumuse puhul aga juba siis, kui pakkumuse maksumus on teistest pakkumustest üle 10% madalam. Hispaanlaste meetod ebaharilikult madala maksumusega pakkumuste väljasõelumisel tundub tulemuslikum nii rumeenlaste meetodist (kus kõrvalekalde protsent on ebamõistlikult suur) kui ka uue direktiivi artikli 69 lõikes 1 sätestatud skeemist. Lisaks jätab Hispaania seadusandja erandkorras sõltuvalt hankelepingu esemest hankijale võimaluse hankedokumentides eespool kirjeldatud protsendimäärasid kolmandiku võrra vähendada.²¹ Niisugune võimalus annab hankijale hanke planeerimisel vabamad käed ja tagab ebaharilikult madala hinnaga pakkumuste tuvastamise ka äärmiselt suurte summadega või erilise hankeeseme korral.

Hispaanlaste kehtestatud meetod on kooskõlas nii kehtiva direktiiviga kui ka uue direktiivi eelnõuga, kuivõrd artikli 69 lõige 2 võimaldab kontrollida pakkumust kui ebaharilikult odavat ka artikli 69 lõikes 1 sätestamata (muudel) alustel. See meetod võimaldab hankijal efektiivselt tuvastada ebaharilikult madala maksumusega pakkumused, mida pakkumuse täitmise riski meetodi abil kontrollida ja seejärel hinnata,

¹⁸ Rumeenias peetakse pakkumust *prima facie* ebaharilikult odavaks, kui selle maksumus ilma käibemaksuta on vähem kui 85% riigihanke eeldatavast maksumusest või vähemalt viie pakkumuse korral, kui pakkumus on odavam kui 85% nende keskmisest maksumusest (keskmise arvutamisel ei lähe arvesse kõige kõrgema ja kõige madalama hinnaga pakkumus). Vt selle kohta A. S. Graells (viide 14), lk 8.

¹⁹ N. Giffin (viide 14), lk 3; T. Väljaots (viide 9), lk 75.

²⁰ A. S. Graells (viide 14), lk 8.

²¹ Samas.

kui tõenäoline on lepingu kohane täitmine pakutud hinna juures. Järkjärguline põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse tuvastamise meetod tundub mõistlik ja selle kehtestamist tuleks kaaluda ka direktiivi ülevõtmisel Eestis.

Tuleb arvestada, et ülalnimetatud meetodid on asjakohased ennekõike menetluses, kus kriteeriumiks on madalaim hind. Majanduslikult soodsaima pakkumuse leidmise menetluses ei pruugi nimetatud meetoditest kasu olla. Samas ei saa ka majanduslikult soodsaima pakkumuse kriteeriumit kasutades pakkumusi objektiivselt hinnata kvaliteeti ja täitmise elemente pakkumuse hinnaga võrdlemata.^{*22} Niisiis peaksid hankijad sätestama majanduslikult soodsaima kriteeriumi kasutamise korral tingimata üheks hindamiskriteeriumiks pakkumuse ja selle osade maksumuse.

Kuigi direktiivi eelnõu art 69 lõige 2 lubab ebaharilikult madala hinnaga pakkumusi tuvastada ka muudel alustel, näitab kehtiv rakenduspraktika, et konkreetse kohustuse ja kriteeriumide puudumisel hankijad põhjendamatult madalate pakkumuste tagasilükkamise võimalust ei kasuta. Eeltoodust tulenevalt võiks seadusandja direktiivi ülevõtmisel kaaluda protsendimäära vähendamist ja alternatiivsete kriteeriumide kehtestamist kohustuslike tuvastamise aluste juures. Lisaks oleks Eesti tingimustes mõistlik kehtestada RHS-s pakkumuse kontrollimise kohustuse aluseks olevad kriteeriumid mitte viie pakkuja olemasolul, vaid juba kolme pakkuja puhul. Selliselt oleks tagatud ebaharilikult madala maksumusega pakkumuste kontrollimine võimalikult paljude hankemenetluste korral.

2.3. Ebaharilikult madala maksumusega pakkumuste kontrollimise meetodid

Pakkumuse maksumuse võrdlemine automaatsete menetluste abil võimaldab tuvastada ebaharilikult madala hinnaga pakkumused, kuid selle alusel veel pakkumusi tagasi lükata ei saa. Nüüd tuleb hankijal kontrollida, kas matemaatilise kriteeriumi alusel ebaharilikult odavaks osutunud pakkumuse maksumus on põhjendamatult madal või mitte. Täpsemaid juhiseid selle kohta, millal tuleks ebaharilikult madala hinnaga pakkumust pidada põhjendamatult odavaks, ei leia ei kehtivast direktiivist ega uue direktiivi eelnõust. See on jäetud riigisisese õiguse ja hankijate otsustada. Alljärgnevalt käsitletakse võimalikke meetodeid põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste kindlakstegemiseks.

Ebaharilikult madala hinnaga pakkumuse kontrollimise üheks võimalikuks meetodiks on selgitada välja, kas pakkumusel lasub mittekohase täitmise risk. Sellise pakkumuse edukaks kuulutamise ei ole majanduslikult mõistlik, sest on oht, et pakkuja ei soovi või ei ole võimeline lepingut ettenähtud määral täitma, nõuab hiljem lepingu täitmise eest lisatasu või tasustab hilisemaid muudatusi ülemäära.^{*23} Riskid võivad realiseeruda täielikult (kui pakkuja ei suuda lepingut üldse täita) või ka osaliselt (kui täitmise kvaliteet on oodatust halvem või kui täitmise viivitatakse).^{*24} Riskide hindamisel eristatakse kahte lähenemisvõimalust: pakkuja üldist võimekust ning konkreetse lepingu täitmise võimet.^{*25}

Laiema tõlgenduse kohaselt lasub pakkumusel mittekohase täitmise risk, kui on oht, et pakkuja ei suuda või ei taha lepingut täita. Sellise lähenemise korral arvestatakse lepingu mittekohase täitmise riski hindamisel lisaks pakkumusele ka pakkuja üldist finantsvõimekust (pakkuja kogu tegevust, sh kohustusi ja üldist finantsseisundit). Seega võivad hankija otsuseid laiema tõlgenduse korral mõjutada pakkuja suurus ja fakt, kas tegemist on avalik-õigusliku pakkujaga või mitte, ning pakkuja üldine finantsvõimekus. Õigusteoorias on väidetud, et mõnedel pakkujatel (nt avalik-õiguslikud pakkujad ja suured heas finantsseisus olevad ettevõtjad) ei lasu peaaegu mitte kunagi mittekohase täitmise riski, mis võib tuua kaasa olukorra, kus hankijad on sunnitud pakkumuste puhul, kus täitmise riski ei esine, võtma vastu röövellikke pakkumusi, minnes vastuollu asutamislepingu artikliga 82.^{*26} Seega tuleks põhjendamatult madala hinnaga

²² Issues in Evaluating Public Sector Tenders. Procurement Lawyers Association, 2010. Arvutivõrgus: http://www.planpublicprocurement.org/main/index.php?option=com_content&view=article&id=553:recent-paper-on-issues-in-evaluating-public-sector-tenders&catid=1:latest-news&Itemid=50 (07.12.2013).

²³ S. Arrowsmith (viide 13), lk 531–532.

²⁴ Commission of The European Communities. Guide on Dealing with Innovative Solutions in Public Procurement. 10 Elements of Good Practice. Brussels 2007. Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/research/era/docs/en/ec-era-instruments-3.pdf> (07.12.2013).

²⁵ G. S. Ølykke. Abnormally Low Tenders with an Emphasis on Public Tenders. Copenhagen: DJØF Publishing 2010, lk 231–232.

²⁶ T. Väljaots (viide 9), lk 20.

pakkumuste väljaselgitamisel eelistada kitsamat, konkreetse lepingu täitmise riski meetodit, mille kohaselt saab riskide hindamisel arvesse võtta pakkumuse enda tingimusi, pakkuja tehnilisi oskusi ja võimeid ning pakkumuse hinda.^{*27}

Täitmisriski meetodi juures on hankijatel suur diskretsiooniruum otsustamiseks, kas mittekohase täitmise risk eksisteerib või mitte. Õiguskirjanduses on viidatud ohule, et hankijad võivad lükata pakkumused tagasi põhjendusel, et välismaistel pakkumustel lasub suur täitmisrisk.^{*28} Selline kartus ei ole põhjendatud. Isegi, kui hankijal peaks tekkima soov nimetatud meetodi abil välismaiseid pakkujaid kõrvaldada, lasub tal otsuse põhjendamise kohustus. Samuti oleks hankija käitumine eelkirjeldatud olukorras vastuolus ühtsuse siseturu reeglitega.

Üheks võimalikuks märksõnaks põhjemamatult madala maksumusega pakkumuste tuvastamisel võiks olla kasumi teenimine. Kuidas peaks käituma, kui pakkumuse maksumus on ebaharilikult madal põhjusel, et pakkuja kasumit ei teeni, kuid ta on oma tugeva finantsseisundi abil suuteline kahju kannatama ja lepingu kohane täitmine on reaalne?

Õiguskirjanduses on viidatud võimalusele, et kui pakkumuse maksumus on ebaharilikult madal, saab hankija uurida välja ettevõtte finantsolukorra, selgitamiseks, kas pakkuja suudab lepingut täita kahjumiga omafinantseeringu arvelt.^{*29} Põhimõtteliselt võivad ettevõtjad tõesti soovida hankes osaleda muudel põhjustel kui kasumi teenimine, näiteks eesmärgiga tagada oma ettevõtte töötajatele kriisi ajal töö või majanduskriisi perioodil turuosa hoidmiseks. Seisukoht, et majanduslikult heal järjel olevate ettevõtete puhul tuleks alapakkumusi aktsepteerida, ei ole kooskõlas Euroopa Majandusühenduse asutamislepingust^{*30} (edaspidi asutamisleping) tuleneva keeluga piirata ja moonutada turu kontrollimise eesmärgil konkurentsi ning turgu valitseva seisundi kuritarvitamise keelust tuleneva ebaausate hindade kehtestamise keeluga.^{*31} Lisaks võib asjaolu, et äriühing kasumit teeniva üksusena esitab pakkumuse, millega ta kasumit ei teeni, tähendada, et ta hakkab hiljem raha juurde nõudma. Järelikult tuleks hankijal sellises olukorras pakkumuse tagasi lükata. Niisugune seisukoht on võetud Luksemburgis, kus pakkumuse maksumust peetakse põhjemamatult madalaks, kui see ei jäta pakkujale ruumi kasumi saamiseks.^{*32}

Kasumit võivad mõjutada ka tingimused pakkuja koduriigis. Pakkumust, mille maksumus vastab pakkuja koduriigis turuväärtusele ja mis vastab hanketingimustele, ei tohi põhjemamatult madala maksumusega pakkumusena tagasi lükata.^{*33} Seega, kui pakkuja suudab oma kulud koduriigis võrreldes teiste pakkujatega tunduvalt väiksemad hoida (nt uute tootmistehnoloogiate võimaluste arvelt või väikese palgakulu tõttu), on võimalik, et ta teenib pakkumuse ebaharilikult madala maksumuse juures kasumit. Pakkumuse pidamine põhjemamatult odavaks oleks sel juhul vastuolus riigihanke üldpõhimõtetega.^{*34}

Oluline on silmas pidades, et täitmisriski meetodi alusel saab pakkumuse tagasi lükata ainult siis, kui pärast pakkujalt selgituste saamist on hankija veendumusel, et pakkumuse puhul on lepingu mittenõuetekohase täitmise risk. Kui hankija leiab pärast selgituste küsimist, et oluline risk pakkumuse tingimuste täitmise suhtes puudub, tuleb pakkumus vastavaks kuulutada.^{*35}

Põhjemamatult madala maksumusega pakkumuse tuvastamisel on abiks ka hinnameetod, mille kohaselt võrreldakse täitmise kulusid pakkumuse maksumusega. Pakkumuse võib tagasi lükata juhul, kui täitmise kulu ei ole pakkumuse maksumusega kaetud ja sellele pole ühtegi asjalikku põhjendust. Hinnatesti abil tuvastatakse ebaharilikult madala hinnaga pakkumusi näiteks Itaalias, kus töötajate ja töökoha turvalisusega seotud kulud on varem hankija poolt välja arvatud ja ükski pakkuja ei saa pakkumuse koostamisel töökoha turvalisuse puhul arvestada väiksema kuluga, kui hankija on kehtestanud.^{*36} Ka uue direktiivi

²⁷ Samas, lk 20–21.

²⁸ G. S. Ølykke (viide 25), lk 297.

²⁹ Samas, lk 73.

³⁰ Treaty establishing the European Economic Community: Arvutivõrgus: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_en.htm (12.12.2013). Euroopa Ühenduse asutamisleping (konsolideeritud versioon). Lepingu tekst ELT C 321E, 29.12.2006, lk 37–186.

³¹ Euroopa Ühenduse asutamisleping (konsolideeritud versioon), art 81 (endine art 85) ja art 82 (endine art 86).

³² N. Giffin (viide 14), lk 2–3.

³³ Information from the Commission – Guide to the Community rules on open government procurement. – OJ C 358, 31.12.1987, lk 1–82. Arvutivõrgus: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31987Y1231\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31987Y1231(01):EN:HTML) (07.12.2013).

³⁴ T. Väljaots (viide 9), lk 20–21.

³⁵ S. Arrowsmith (viide 13), lk 534.

³⁶ A. S. Graells (viide 14), lk 9.

eelnõu artikli 69 lõike 3 järgi peaks pakkumuse tagasi lükkama, kui on kindlaks tehtud, et ebaharilikult madal hind tuleneb liidu kohustuslike sotsiaal-, töö- või keskkonnaõiguse sätete või rahvusvahelise tööõiguse sätete täitmata jätmisest. Niisiis on hinnatest iseenesest juba direktiivi eelnõus kehtestatud.

3. Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste tagasilükkamine

3.1. Hankija kohustus sõlmida leping pakkujaga, kelle puhul puuduvad ilmsed lepingu täitmise riskid

Kuigi pakkumuse kontrollimise kohustus toob põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste reeglites teatava selguse, siis pakkumuse tagasilükkamise kohustuse suhtes direktiivi eelnõu oodatud õiguskindlust ei loo. Sarnaselt kehtiva direktiiviga ei kehtestata ka uue direktiiviga sõnaselgelt Euroopa Liidu ülest kohustust hankijale lükata põhjendamatult madala hinnaga pakkumused tagasi. Uurime, kas hankijal lasub lähtuvalt põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse kõrvaldamise instituudist ja riigihanke aluspõhimõtetest kohustus lükata põhjendamatult madala maksumusega pakkumused tagasi.

Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste tagasilükkamise regulatsiooni loomisel oli selle peamiseks eesmärgiks tagada, et hankija ei saaks pakkumust tagasi lükata enne, kui pakkuja oli saanud odavana näivat pakkumust selgitada.³⁷ Reeglid kehtestati pakkujate kaitseks, hoidmaks ära olukorda, kus riigid lükkavad tagasi pakkumusi, mis on odavad tänu soodsatele konkurentsitingimustele teises liikmesriigis.³⁸ Direktiivi 71/305 artikli 29 lõike 5 eesmärk oli anda pakkujale menetluslik garantii, mille kohaselt pakkujat ei saa kõrvaldada enne, kui pakkumust on ametlikult uuritud.³⁹ Ka Euroopa Komisjoni 1987. aasta juhise „Guide to the Community Rules on Open Government Procurement“ kohaselt on põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi reguleerivate sätete peamine eesmärk kaitsta pakkujaid hankija suvaotsuste eest pakkumuste tagasilükkamisel.⁴⁰

Pakkujate kaitsmise vajadus ei välista aga hankijate võimalust põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi tagasi lükata. Hankija kaitset võib pidada instituudi kõrvaleesmärgiks.⁴¹ Kuivõrd asjakohased riigihankedirektiivid tuginevad Maailma Kaubandusorganisatsiooni (WTO) riigihankelepingule⁴² (GPA leping), tuleb direktiivide tõlgendamisel lähtuda GPA lepingust, mille artikli 13 lõike 4 punkt b sätestab hankija õiguse kuulutada hanke võitjaks üksnes **pakkuja, kelle puhul on kindlaks tehtud, et ta on täielikult võimeline (fully capable) lepingut täitma.**⁴³ GPA lepingust tuleneb seega hankija kohustus uurida, ega pakkumuse puhul pole tegemist põhjendamatult madala maksumusega pakkumusega, ning kohustus lükata tagasi põhjendamatult madala maksumusega pakkumused.⁴⁴

Kui alapakkumuse teinud pakkuja osutub hanke võitjaks ning leiab hiljem, et ta ei ole võimeline kokkulepitud tingimustel lepingut täitma, võib väita, et hankija ei ole täitnud GPA lepingust tulenevat kohustust sõlmida leping pakkujaga, kelle puhul ta on lepingu kohases täitmises veendunud. Seepärast ei saa

³⁷ EKo 06.07.2005, T-148/04, *TQ3 Travel Solutions Belgium vs. komisjon*, p 49. – EKL 2005, lk II-2627; EKo 11.05.2010, T-121/08, *PC-Ware Information Technologies BV*.

³⁸ S. Arrowsmith, P. Kunzlik. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and Directions*. New York: Cambridge University Press 2009, lk 224; S. Arrowsmith. *EU Public Procurement Law: an Introduction*. 2010, lk 180. Arvutivõrgus: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (09.12.2013).

³⁹ Opinion of Mr Advocate General Lenz delivered on 25 April 1989, p. 11, *Fratelli Costanzo SpA v Comune di Milano*. – ECR 1989, lk 1839.

⁴⁰ Public Procurement in the European Union. Guide to the Community Rules on Public Procurement of Services, p 59. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/services_en.pdf (09.12.2013).

⁴¹ C. Bovis. *The New Public Procurement Regime of the European Union: A Critical Analysis of Policy, Law and Jurisprudence*. – *European Law Review* 2005 (30) 5, lk 607–630.

⁴² Agreement on Government Procurement. Arvutivõrgus: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm (09.12.2013).

⁴³ C. McCrudden, S. G. Gross. *WTO Government Procurement Rules and the Local Dynamics of Procurement Policies: A Malaysian Case Study*. – *European Journal of International Law* 2006 (17) 1, lk 157; Agreement on Government Procurement (GPA), art 13 lg 4 p b.

⁴⁴ Vt normi eesmärkide kohta: T. Väljaots (viide 9), lk 35–42.

nõustuda sellega, et hankijal on diskretsiooniõigus otsustada, kas ta uurib pakkumuse tegelikku eesmärki või mitte.^{*45} Säärane tõlgenduspraktika on lähtunud valedest eeldustest normi eesmärkide kohta, et regulatsiooni ainus eesmärk on tagada hankija õigus hinnata hankelepingu sõlmimisega kaasnevaid riske ja mitte sõlmida hankelepingut tingimustel, mis seavad majandusliku ebamõistlikkuse tõttu kahtluse alla hankelepingu nõuetekohase täitmise edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkujate poolt. Normi algsest eesmärgist lähtudes saame väita, et direktiivid sätestavad üksnes tingimused, mida hankija peab täitma enne, kui saab põhjemamatult madala maksumusega pakkumuse tagasi lükata.

Tõlgendus, mille kohaselt on hankijal kohustus põhjemamatult madala maksumusega pakkumused pärast nende kontrollimist tagasi lükata, on kooskõlas ka riigihanke üldpõhimõtetega. Hankija rahaliste vahendite säästliku ja otstarbeka kasutamise põhimõtte (*value for money*) järgi tuleks leping sõlmida parimatel võimalikel tingimustel, mis tähendab ühtlasi, et edukaim pakkujate peab olema võimeline täitma kokkulepituid tingimusi. Viidatud põhimõtte toetab ühest küljest võimalikult odavate pakkumuste esitamist, kuid seab samas madalale maksumusele piirid, mille järgi ei tohiks hankija sõlmida lepingut pakkujaga, kelle suhtes ta pole kindel, et viimane on võimeline lepingut kokkulepituid tingimustel täitma. Hankija kohustus põhjemamatult madala maksumusega pakkumuste tagasilükkamiseks tuleneb ka pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttest. Hankija otsus sõlmida leping põhjemamatult madala maksumusega pakkumuse esitanud pakkujaga kahjustab turul valitsevat konkurentsi, seades põhjemamatult madala hinnaga pakkumuse esitanud pakkujate konkurentide ees eelisolukorda. Kui hankija ei ole võimeline tagama eduka pakkujaga sõlmitud lepingu pakkumusele vastavat täitmist, rikub hankija võrdse kohtlemise reegleid.^{*46}

3.2. Põhjemamatult madala maksumusega pakkumuse tagasilükkamise kohustus riigisisises õiguses

Euroopa Komisjon on viidanud liikmesriikide õigusele sätestada põhjemamatult madala maksumusega pakkumuste tagasilükkamise kohustus riigisisiselt.^{*47} Liikmesriikide õigust kehtestada põhjemamatult madala maksumusega pakkumuste tagasilükkamise kohustus osas on tunnistanud ka Euroopa Kohus. Hankija kohustus põhjemamatult madala maksumusega pakkumuste tagasilükkamiseks on juba sätestatud Saksamaal („Pärast pakkumuste läbivaatamist lükkab hankija põhjemamatult madala maksumusega pakkumused tagasi.“^{*48}) ja Leedus („[...] kui pakkujate ei suuda hankijat pakkumuse maksumuse osas veenda, lükkab hankija pakkumuse tagasi.“^{*49}). Samuti on hankijad riigisisese õiguse alusel kohustatud põhjemamatult madala maksumusega pakkumused tagasi lükkama Poolas.^{*50}

Kehtiv RHS põhjemamatult madala maksumusega pakkumuste tagasilükkamise kohustust ei kehtesta. Seega pole päris selge, mis peaks juhtuma siis, kui on tehtud kindlaks, et esitatud pakkumuse maksumus on põhjemamatult madal. Ühest küljest on Rahandusministeeriumi riigihangete juhises kirjas, et kui hankija leiab, et pakkujate selgitused ja esitatud tõendid pole piisavad, põhjemamatult madalat maksumust, peab hankija sellise pakkumuse tagasi lükkama.^{*51} Teisest küljest, VaKo senise praktika kohaselt ei saa konkureeriv pakkujate vaidlustada põhjemamatult madala maksumusega pakkumust, mida hankija ei kõrvalda.^{*52} VaKo: „Väidetav RHS § 48 rikkumine hankija poolt ei saa olla pakkumuse vastavaks tunnistamise otsuse kehtetuks tunnistamise aluseks, kuna RHS §-st 48 ei tulene pakkumuse vastavaks tunnistamise õiguslikku alust **ega hankija kohustust pakkumuse tagasi lükata** ja seega puudub teistel pakkujatel ka vastav

⁴⁵ C. Bovis. New Public Procurement Regime: A Different Perspective on the Integration of Public Markets of the European Union. – The European Public Law 2006 (12) 1 (March), lk 77.

⁴⁶ Is a Tender too Good to be True? Check or you May be Injuncted. PLC Public Sector, 24.02.2010. Arvutivõrgus: <http://publicsector.practicallaw.com/blog/publicsector/plc/?p=286> (09.12.2013).

⁴⁷ Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement. – OJ C 333, 28.11.2001, lk 27–41.

⁴⁸ Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO). Arvutivõrgus: <http://www.gesetze-iminternet.de/sectvo/BJNR311010009.html> (08.12.2013).

⁴⁹ Leedu riigihangete seadus. 13 August 1996, No. I-1491, § 40 lg 1. Viimane versioon 21. juuni 2011 – No XI-1494.

⁵⁰ A. S. Graells (viide 14), lk 9.

⁵¹ Riigihangete juhised 2012, lk 148. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/riigihangete-korraldamine> (08.12.2013).

⁵² VaKo 31.01.2011, 2-11/119583, p 9.2; VaKo 11.07.2012, 137-12/133061.

nõudeõigus.⁵³ Niisiis puudub kehtivas õiguses selgus põhjemamatult madala maksumusega pakkumuse tagasilükkamise kohustuse suhtes. Riigikohus ei ole selles küsimuses veel seisukohta võtnud.

Praktikas tekitab probleeme ka asjaolu, et hankijad kas ei oska või ei taha põhjemamatult madalate pakkumuste tagasilükkamise võimalust kasutada. See toob kaasa olukorra, kus pakkujad ei suuda sätestatud tingimustel lepingut täita või jäädakse tehtud töö eest võlgu allhankijatele. Avalikkuse ette on toodud mitu juhtumit, kus hankija oli lepingu täitmisel sunnitud valiku ees, kas nõustuda pakkuja nõutud hankelepingu muudatustega ning maksta pakkujale lepingu täitmise eest raha juurde või lõpetada leping ja korraldada uus hankemenetlus.

Eelnevale analüüsile tuginedes tuleks direktiivi riigisisesse õigusesse ülevõtmisel kehtestada hankijale sõnaselge kohustus põhjemamatult madala maksumusega pakkumuste tagasilükkamiseks. Muidu anname hankijale kaalutusõiguse ausa konkurentsi, läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtete järgimise suhtes. Hankija kohustus võiks RHS-s olla sõnastatud järgmiselt: „Kui selgub, et pakkumuse maksumus on põhjemamatult madal, lükkab hankija pakkumuse kirjalikult põhjemadatud otsusega tagasi.“

4. Kaebeõigus

Pakkujatel peab olema õigus eeldada, et hankija vastustab oma käitumise eest (*accountability*). Sõnaselge keeld põhjemamatult madala maksumusega pakkumuse esitajaga lepingut sõlmida ja pakkumuse tagasilükkamise kohustuse sätestamine suurendaks konkureerivate pakkujate võimalust hankija otsuste vaidlustamiseks, mis omakorda suurendaks hankija vastutusvõimet.

Konkureerivate pakkujate vaidlustamise õigust toetab Tartu Halduskohtu 22. veebruari 2011.a lahend asjas 3-10-2260: „Võrdse kohtlemise põhimõtte ja ettevõtlusvabaduse valguses tuleb kaitsmisväärivaks pidada majanduslikult soodsaima pakkumuse teinud pakkuja huvi, et edukaks tunnistataks tema pakkumus, mitte põhjemamatult madal pakkumus.“ (otsuse p 18). Lisaks nõustus Tartu Halduskohus 2. mai 2013. a otsuses asjas 3-13-646, et RHS § 48 üheks eesmärgiks on ka teiste pakkujate õiguste kaitse RHS §-s 3 nimetatud riigihangete korraldamise üldpõhimõtete järgimise kaudu ning lisan, et teiste pakkujate õiguste kaitse seisukohalt on RHS § 48 eelkõige suunatud pakkujate võrdse kohtlemise tagamisele ja konkurentsi moonutuste vältimisele (otsuse p 22).

VaKo on kehtiva riigihankeõiguse alusel võtnud seisukoha, et kuna hankelepingu nõuetekohane täitmine on üksnes hankija risk, ei ole teistel pakkujatel õigust põhjemamatult madala maksumusega pakkumuse edukaks kuulutamise otsust vaidlustada.⁵⁴ VaKo põhjematab oma seisukohta selliselt: „Kui RHS § 48 eesmärgiks oleks olnud reguleerida konkurentsi tagamist hankemenetluses ja võimaldada konkureerivatel pakkujatel vaidlustusmenetluse kaudu selle eesmärgi täitmist nõuda, peaks sellest paragrahvist tulenema ka hankija kohustus, analoogselt RHS § 47 lg-s 1 sätestatuga **alati kontrollida pakkumuse maksumuse majanduslikku põhjemadatust ja teha sellest lähtuvalt põhjemadatud otsus pakkumuse vastavaks tunnistamise või tagasilükkamise kohta**“ (autori rõhutused).⁵⁵ Niisiis ei ole kehtiva riigihangete seaduse teksti alusel konkureerivatele pakkujatele tagatud efektiivne võimalus põhjemamatult madalate pakkumuste kõrvaldamata jätmise otsuste vaidlustamiseks. Kui seadusandja võtab üle direktiivides sätestatud kohustuse ebaharilikult madala maksumusega pakkumuste kontrollimiseks, kehtestab hankija kohustuse teha sellest lähtuvalt põhjemadatud otsus pakkumuse vastavaks tunnistamise või tagasilükkamise kohta ning kohustab seejuures hankijat põhjemamatult madala maksumusega pakkumusi tagasi lükkama, tagatakse ka konkureerivatele pakkujatele reaalne võimalus hankija otsuste vaidlustamiseks.

⁵³ VaKo 27.04.2009, 64-09/111098, p 10.

⁵⁴ VaKo 18.06.2009, 128-09/112320, p 8; VaKo 07.12.2009, 253-09/114896, p 7.2; VaKo 31.01.2011, 2-11/119583, p 9.2; VaKo 31.01.2011, 2-11/119583.

⁵⁵ VaKo 07.12.2009, 253-09/114896, p 7.2; VaKo 11.07.2012, 137-12/133061.

5. Kokkuvõte

Kuigi uus direktiiv ei täida kõiki talle pandud ootusi, toob see riigisisesse õigusesse ja senisesse praktikka siiski märkimisväärsed muudatused. Kui hetkel sõltub suures osas üksnes hankija suvast, kas ebaharilikult madala hinnaga pakkumusi uuritakse, siis direktiivi eelnõu vastuvõtmisel saab üheselt selgeks, et hankijal on kohustus kontrollida kõiki pakkumusi, mis on matemaatiliste kriteeriumide alusel ebaharilikult madala hinnaga.

Direktiiviga ühtlustatakse ebaharilikult madala maksumusega pakkumuste väljaselgitamise kohustuslike kriteeriume. Praegu tuvastatakse Eestis põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi üksnes hanke eeldatavast maksumusest lähtudes. Uue direktiivi eelnõu artikli 69 lõige 1 seab pakkumuste kontrollimise kohustuse sõltuvusse konkureerivate pakkumuste maksumusest, võttes abiks kõrvalekalde protsendi meetodi. Direktiivi ülevõtmisel riigisisesse õigusesse võiks seadusandja kaaluda artikli 69 lõike 1 punktis a kehtestatud 50% määra vähendamist ja alternatiivsete kriteeriumide kehtestamist ning pakkumuse kontrollimise kohustuse aluseks olevate kriteeriumide kohaldumist mitte viie pakkuja olemasolul, vaid juba kolme pakkuja puhul. Selliselt oleks tagatud ebaharilikult madala hinnaga pakkumuste kontrollimise kohustus võimalikult paljude hankemenetluste korral.

Pakkumuse kontrollimise jaoks direktiivi eelnõu konkreetseid meetodeid ei sätesta. Veendumaks, kas pakkuja on võimeline lepingut kohaselt täitma või tekivad täitmisel tõenäoliselt pigem probleemid, võiks kasutada täitmisrisiki meetodit ja hinnameetodit. Hõlbustamiseks põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste väljaselgitamist, oleks mõistlik direktiivi ülevõtmisel kaaluda ka hankijat abistavate soovituste koostamist selle kohta.

Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste kõrvaldamise instituudi eesmärkidest tuleneb hankija kohustus uurida, ega pakkumuse puhul pole tegemist põhjendamatult madala maksumusega pakkumusega ning kohustus põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste tagasilükkamiseks. Kuivõrd direktiivi eelnõu järgi ei kehtestata hankijale kohustust põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse tagasilükkamiseks, ei pruugi uue direktiivi vastuvõtmisel olla täielikult saavutatud liidu seadusandja üllas eesmärk muuta senist praktikat põhjendamatult madalamaksumusega pakkumuste kõrvaldamise kohta. Eesmärgi saavutamiseks tuleks nimetatud kohustus kehtestada riigisisel tasandil.

Konkureerivate pakkujate kaebeõigus sõltub sellest, kuidas võtab seadusandja RHS-sse üle direktiivides sätestatud kohustuse ebaharilikult madala hinnaga pakkumuste kontrollimiseks, kehtestab hankija kohustuse teha sellest lähtuvalt põhjendatud otsus pakkumuse vastavaks tunnistamise või tagasilükkamise kohta ning kas seadusandja kohustab seejuures hankijat põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi tagasi lükkama.

Autorist: Triin Väljaots töötab advokaadina advokaadibüroos SORAINEN.