



Alapakkumuste kontroll: under the hood

Mario Sõrm

mario.sorm@sorainen.com

Taustsüsteem

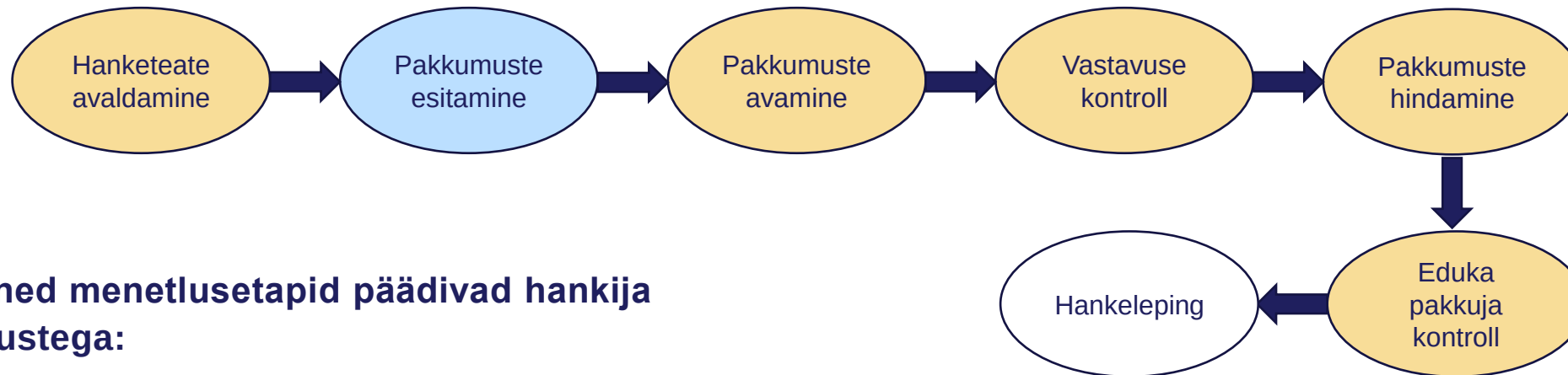


Miks sellest teemast üldse rääkida?

- 2020 välja kuulutatud riigihangetes on esitatud **209** vaidlustust, kokku 178-s riigihankes
- Nendest **24** puudutavad alapakkumuste teemat
- Kohtud on 2020. a lahendanud **13** alapakkumuste kaasust, sh **3** Riigikohtus
- Õigus selles vallas ilmselgelt areneb

Menetluse etapiviisilisus:

avatud hankemenetluse lihtsustatud variant



Mõned menetlusetapid päädivad hankija otsustega:

- pakkumuse vastavus
- pakkumuse edukus
- pakkuja kvalifikatsioon
- pakkuja kõrvaldamine
- pakkumuse tagasilükkamine

Mis on alapakkumus?



Alapakkumuse olemus

Alapakkumus: pakkumus, mille maksumus on hankelepingu eset arvestades põhjendamatult madal

- Hankelepingu eset arvestades – turuhind
- 2014 direktiivid – maksumust ei võrrelda enam otseselt hankelepingu eeldatava maksumusega

Põhjendamatult madal:

- maksumus, mille tõsiseltvõetavust ei suuda pakkuja tõendada (RHS § 115 lg 8)
- maksumus, mille madalus tuleneb keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse valdkonda reguleerivate sätete eiramisest (RHS § 115 lg 9)

Miks seda kontrollida?



Kontrollimise eesmärk

Pakkuja huvide kaitse – pakkumuse tagasilükkamine hankija poolt ei tohi olla meelevaldne

Nt: automaatne matemaatilisel tehtel põhinev tagasilükkamine

Hankija huvide kaitse – tagasi tuleks lükata pakkumus, mille maksumus toob kaasa riski hankelepingu nõuetekohasele täitmisele

Konkurentsi kaitse – abstraktne alla omahinna pakkumuse keeld vs lähtumine konkurentsiõiguse eeskujust (RKHKo 3-20-924)

Millistes riigihangetes kontrollida?



Kontrollikohustuse ulatus

Riigihanke menetlused jagunevad: **hankemenetlused** (2. ptk), **erimenetlused** (§ 125–127), **kontsessioonilepingu sõlmimise menetlus** (4. ptk) ja alla madalaima piirmäära toimuvad menetlused

Alapakkumuste kontrolli kohaldamine **on kohustuslik**:

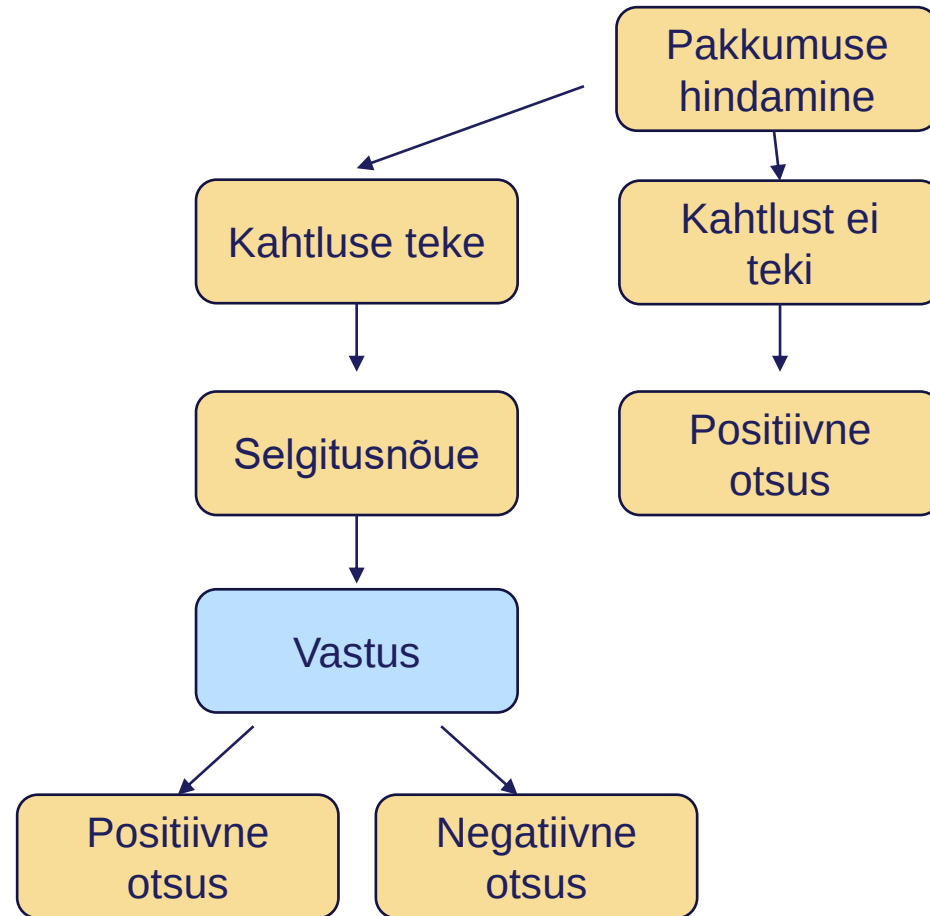
- hankemenetlustes
- ehitustööde kontsessioonilepingute sõlmimisel (osaliselt)
- kõigil juhtudel, kui riigihanke alusdokumendis on nii ette nähtud
- juhtudel ja ulatuses, kui eriseadus nii ette näeb (JäätS)

VaKo ja kohtud on olnud erinevatel seisukohtadel, kas erimenetlustes või teenuste kontsessioonilepingute korral tuleneb seadusest alapakkumuste kontrollimise kohustus. Viimased lahendid eitavad sellist kohustust kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses (RKHKo 3-19-1825) ja sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses (TlnHKo 3-21-1809)

Mille üle vaieldakse?



Alapakkumuste kontrollskeem



Vaidluse ese

Lähtekoht: hankija ja puudutatud pakkuja eriarvamus selles, kas pakkumuse maksumus on põhjendamatult madal

Vaidlustatav otsus: pakkuja edukaks tunnistamise otsus

Vaidluse vormid:

- Kontrollikohustuse täitmata jätmine – hankija pidanuks pakkumuse maksumuse põhjendatust kontrollima, kuid ta seda ei teinud
- Kontrollikohustuse valesti täitmine – hankija pidanuks pakkumuse maksumuse põhjendatust teisiti kontrollima või tegema kogutud teabe põhjal teistsuguse otsuse

Millal tekib kahtlus?



Kahtluse teke kontrolli alusena

Kui hankija leiab, et pakkumuse maksumus on hankelepingu eset arvestades põhjendamatult madal, peab hankija kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis nõudma pakkuvalt asjakohast samas vormis esitatud selgitust – RHS § 115 lg 1

Kahtluse tekke aluseks võib olla **tavatu ja märkimisväärne** erinevus:

- teiste pakkumuste maksumusega
- pakkumuste maksumuse keskmisega
- hankelepingu eeldatava maksumusega
- pakkumuste maksumusega sarnastes riigihangetes
- hankelepingu täitmisega seotud kuludega

VaKo viimase aja praktika on võrdlus teiste pakkumuste maksumuse ja maksumuste keskmisega (RHS § 115 lg 2 p 1 eeskujul)

Kahtluse tekke kvantitatiivne meetod

Tavatule ja märkimisväärsele erinevusele on antud **kvantitatiivne** mõõde, et hankijas võiks kahtlus tekkida siis, kui pakkumuse maksumus on:

- ca 30% või enam madalam, kui hankelepingu eeldatav maksumus
- ca 20% või enam madalam, kui maksumuselt järgmine pakkumus
- ca 25% või enam madalam, kui pakkumuste maksumuste keskmine

Kvantitatiivse mõõde kasutatavust mõjutab:

- eeldatava maksumuse korrektsus
- pakkumuste maksumuste vastavus või mittevastavus turutingimustele
- kas pakkujate kulud või pakkumused on tegelikult võrreldavad

Seega pole kahtluse tekke matemaatiline meetod absoluutne ja võimalikud on mitmed kaitseargumendid

Ühikuhinnad kahtluse tekke alusena

Üldreegel: erinevused ühikuhindades ei ole olulised, pakkumuse maksumuse põhjendatust hinnatakse kogumaksumuse alusel

- Avab võimaluse ristsubsideerimise kaitseargumendile

Erand: kui riigihanke alusdokumendis on ristsubsideerimine keelatud, siis võib kahtluse tekke aluseks olla ka tavatu ja märkimisväärne erinevus ühikuhinnas

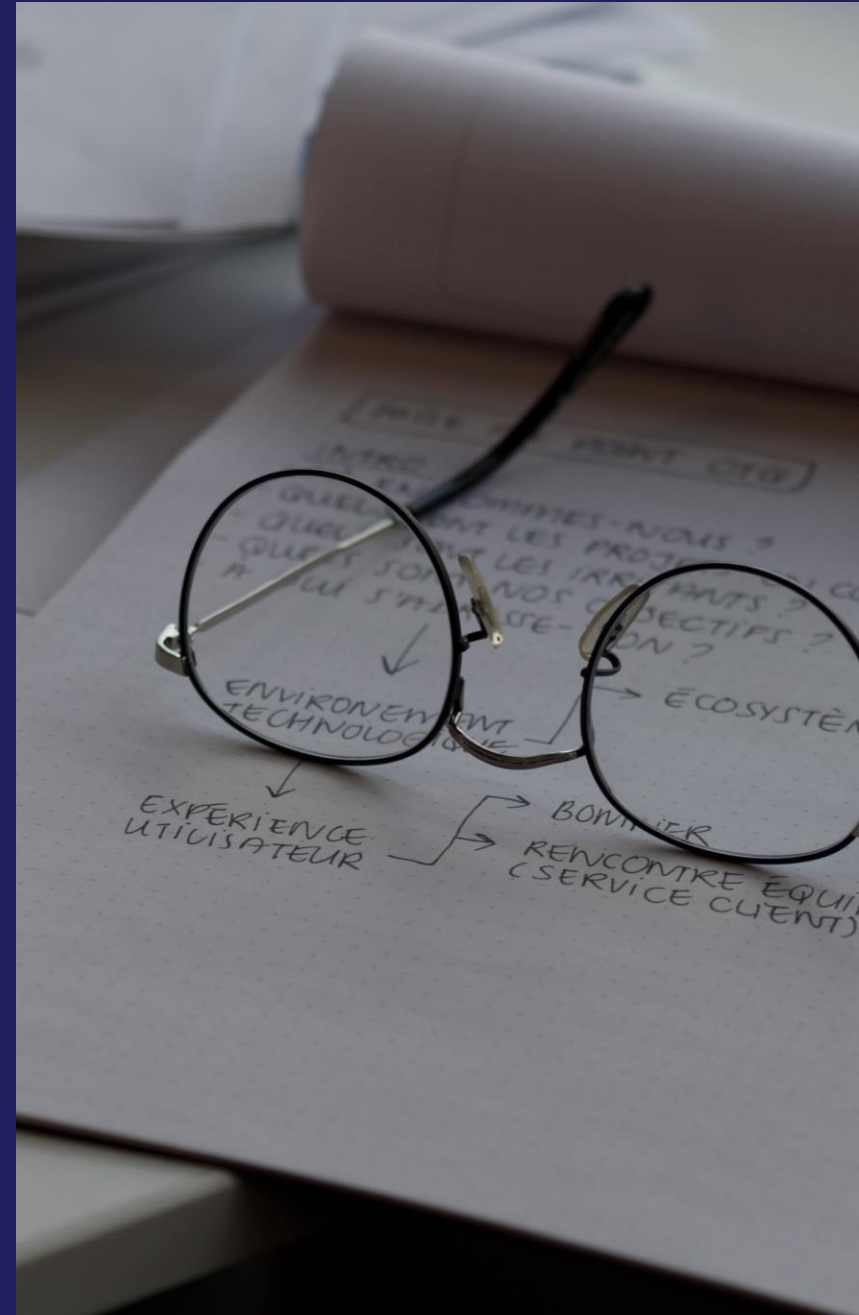
Kohustuslik kahtluse teke (RHS § 115 lg 2)

Erisäte „ kahtluse kohustuslikuks tekkeks“:

(2) Hankija on kohustatud ehitustööde hankelepingu või ehitustööde kontsessioonilepingu korral, mille eeldatav maksumus on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda, nõudma pakkujalt, kelle pakkumuse ta kavatseb edukaks tunnistada, käesoleva paragrahvi lõikes 1 nimetatud selgitust, kui:

1) hankemenetluses on riigihanke alusdokumentidele vastavaks tunnistatud vähemalt kolm pakkumust ja selle pakkuja pakkumuse maksumus on maksumuselt järgmise vastavaks tunnistatud pakkumuse maksumusest vähemalt 10 protsendi võrra madalam või selle pakkuja pakkumuse maksumus on vastavaks tunnistatud pakkumuste maksumuste keskmisest vähemalt 20 protsendi võrra madalam

Kuidas kahtlust kontrollida?



Kahtluse kontroll

- Halduspraktikas on eristatud siirast kahtlust (RHS § 115 lg 1) ja ebasiirast kahtlust (RHS § 115 lg 2 p 1)
- Kui hankijas on tekkinud kahtlus pakkumuse maksumuse põhjendatuses, lahendatakse see hankija ja pakkuja vahelise teabevahetuse teel
- Kui pakkuja suudab hankija kahtlused kummutada, teeb hankija tema suhtes positiivse otsuse
- Kui pakkuja seda ei suuda või selgitusnõudele ei vasta, peab hankija tema suhtes tegema negatiivse otsuse
- Kuna probleemi võti peitub teabevahetuses, on määrava tähtsusega **teabevahetuse kvaliteet** ja mõlema poole analüütiline võimekus
- Pakkuja sisendi detailsus ja maht on pigem eelis
- VaKo ja kohtute standardid ja nõudlikkus on aegade jooksul kasvanud

Teabevahetuse kvaliteet: siiras kahtlus

(RHS § 115 lg 1)

VaKo 98-18/194709

- Pakkumuse maksumuse põhjendatuse kontroll peab olema sisuline
- Selgitusnõue peab olema piisavalt täpsete küsimustega, võimaldades hankijal pakkumuse maksumuse põhjendatuse osas seisukoha võtta
- Seda eesmärki ei täida asjakohatud, üldsõnalised ja sellised küsimused, millele saab vastata „ei/jah“
- Pakkuja peab konkreetselt ja sisuliselt pakkumuse maksumust põhjendama, näiteks milles väljendub tema tootmisprotsessi, teenuse osutamise või ehitusmeetodi säästlikkus
- Üldsõnalised ja trafaretsed selgitused ei ole kaugeltki piisavalt konkreetsed, sisulised ja detailsed, et veenda hankijat oma pakkumuse maksumuse põhjendatuses

Teabevahetuse kvaliteet: ebasiiras kahtlus

(RHS § 115 lg 2 p 1)

VaKo 63-20/220337

Sedavõrd napisõnaline selgitusnõue, mis ei anna pakkujale mistahes suuniseid või pidepunkte selle kohta, mida too peaks oma selgituses adresseerima, oleks RHS § 115 lg 1 alusel ehk hankija siirast kahtlusest ajendatuna tegutsedes selgelt ebapiisav ning tingiks juba eos kontrollimenetluse mittesisulisuse, kui pakkuja just ise hankija ebaõnnestunud selgitusnõude kiuste ei esita detailseid ja küllaldasi põhjendusi.

Samas, ei saa RHS § 115 lg 2 alusel kontrollimenetlust läbi viivale hankijale lakoonilise selgitusnõude esitamist a priori ette heita. Nimelt, kui hankija on kohustatud pakkujalt selgitust küsima üksnes puhtmatemaatiliste kriteeriumide täidetuse tõttu, oleks liiast nõuda, et ta formuleeriks konkreetseid küsimusi maksumuse kujunemise kohta. Kui hankija ise pakkumuse maksumuse põhjendatuses ei kahtle, ei pea ta vägisi välja mõtlema küsimusi, mis sellise mulje jätaksid.

Nobeli preemia laureaatide kaasamine

TrtRko 3-20-537

Ringkonnakohus lisab, et teenuse kontsessioonilepingu sõlmimise riigihanke puhul on pakkumuse majanduslikkuse analüüsi keeruline kui mitte võimatu teostada. Kontsessiooni puhul võib mängus olla sedavõrd palju muutujaid, et ka majanduseksperdid ei pruugi suuta üheselt hinnata, kas pakkumus on põhjendamatult madal või mitte.

Kuidas kahtlust kummutada?



Kaitseargumendid

RHS § 115 lg 7

Seaduses nimetatud võimalikud kaitseargumendid:

- meetodi või protsessi säästlikkus
- tehnilise lahenduse või erakordselt soodsa tingimuse kättesaadavus
- hankelepingu eseme ainulaadsus
- täitmise asukoha õiguslikud eelised
- riigiabi

Pakkuja ei ole kaitseargumentide osas piiratud seadusest tulenevate alustega ja võib oma pakkumuse maksumust põhjendada mistahes objektiivse argumendiga

Kaitseargumendid kohtupraktikast: loovtöö

TlnRko 3-17-2544

- Teenuste puhul tuleb erilist tähelepanu pöörata hangitava teenuse sisule ja iseloomule
- Peamiselt tööjõukuludest sõltuva teenuse maksumuse puhul võiks alapakkumusest rääkida siis, kui pakkumuse maksumus ei saaks katta tööjõukulusid
- Mõned inimesed on lihtsalt intensiivsemad kui teised

Loovtöö puhul sõltub tulemuse saavutamiseks vajalik ajahulk ja sellele vastav tööjõukulu aga suurel määral töö intensiivsusest. See tähendab seda, et ühe ja sama tulemuse saavutamiseks võib erinevatel loovtöötajatel kuluda erinev hulk aega. Vaevalt, et on midagi uskumatut selles, kui intensiivsemalt töötada suutvad loovtöötajad saavutavad sama tulemuse kaks korda kiiremini kui nende vähemintensiivselt töötavad kolleegid. Sellest tulenevalt ei näita loovtöö (aga ka paljude muude tööde) tunnihind teenuse tegeliku maksumuse kohta eriti mitte midagi.

Kaitseargumendid kohtupraktikast: ristsubsideerimine I

- Ristsubsideerimine erinevate komponentide vahel nii-öelda hankelepingu sees on lubatud, kui see pole eriseaduse või riigihanke alusdokumendiga keelatud
- Seega saab mõne ühiku maksumuse suhtelist madalust põhjendada ristsubsideerimisega teise ühiku maksumuse arvelt
- Vaidluse korra peab pakkuja suutma tõendada, mille arvelt komponendi madalat maksumust ristsubsideerib (VaKo 150-18/199249)

Varasemas haldus- ja kohtupraktikas juurdunud arusaamad:

- Pakkumuse kogumaksumus peab katma vähemalt selle otsesed kulud, ehk alla omahinna pakkumus on alapakkumus
- Ristsubsideerimine hankelepingu välistest allikatest pole lubatud, välja arvatud seaduslikust riigiabist

Kaitseargumendid kohtupraktikast: ristsubsideerimine II

RKHKo 3-20-924

- igasugune alla omahinna pakkumus ei ole põhjendamatult madala maksumusega pakkumus
- ettevõtjatel pole üleüldist keeldu oma hindu lepingute üleselt ristsubsideerida, see kehtib erinormidest tulenevalt vaid teatud sektorites.
- konkurentsi kahjustamiseks ei saa pidada igasugust alapakkumuse tegija turuosa suurenemist, vaid eeskätt sellist, mis rikub turgu valitseva seisundi kuritarvitamise keeldu

Sellest võib järeldada, et uks on avatud ristsubsideerimisele ka hankelepingu välistest tuludest, nt kasumi arvelt. Siis ei omaks enamike ettevõtjate puhul tähendust, kas pakkumuse maksumus on omahinnast kõrgem või madalam

Ristsubsideerimise keelu rikkumine: millise otsusega taunida?

Kas ristsubsideerimise keeldu eirav pakkumus on mittevastav (RHS § 114) või tuleb see tagasi lükata RHS § 115 alusel?

Pakkumus on mittevastav § 114 alusel: VaKo 96-20/219424; 186-20/213197; 192-20/224390

Pakkumus tuleb tagasi lükata § 115 alusel: TlnHKo 3-20-1400; VaKo 132-20/221106; 131-20/220961

Hankekool



Mario Sõrm
mario.sorm@sorainen.com

SORAINEN