

TARTU ÜLIKOOL
Johann Skytte Poliitikauuringute Instituut

Rando Undrus

**Huvide konflikti vältimine riigihankereeglitega mittehõlmatud
Euroopa Liidu vahendite kasutamisel**

Magistritöö

Juhendaja: Prof. Julia Laffranque

Tartu 2016

Olen koostanud töö iseseisvalt. Kõik töö koostamisel kasutatud teiste autorite seisukohad, ning kirjandusallikatest ja mujalt pärinevad andmed on viidatud.

Olen nõus oma töö avaldamisega Tartu Ülikooli digitaalarhiivis DSpace.

.....

/töö autori allkiri/

Kaitsmine toimub juunil 2016. aastal Lossi 36 auditooriumis 103.

Retsensent: Uku Varblane, MA

Lühikokkuvõte

Käesoleva töö eesmärgiks on uurida, kuidas Euroopa Liidu toetuste menetlemisel avalduv huvide konflikt kahjustab Euroopa Liidu huvisid ning kes saavad olla huvide konflikti põhjustajateks. Huvide konflikti olemust uuritakse Galtungi¹ konfliktiteooria ja agent-printsipaali suhte teooria ning Euroopa Liidu õiguse baasil, et mõista, milliste Euroopa Liidu jaoks oluliste väärtuste ja huvide kaitset huvide konflikti vältimine peab tagama. Sellealased õiguslikud puudujäägid ilmnenud eelkõige Euroopa Maaelu Arengu Põllumajandusfondi (EAFRD) toetuste valguses, millest tehtavatele investeeringute hangetele riigihankereeglid ei laiene, mis automaatselt sätestaksid kohustuse muu hulgas vältida ka huvide konflikte. Eestis võib perioodil 2014-2020 selliste EAFRD investeeringute erahangete mahuks, kus riigihankereeglid ei kohaldu hinnata ligikaudu 400 miljonit eurot. Euroopa teisesest õiguses selles osas selged regulatsioonid ei leia. Uurimistöö tulemusena jõudis autor järeldusele, et huvide konflikti vältimine kaitseb ennekõike avalike vahendite läbipaistvat, eesmärgipärast ning mõistlikku kasutamist, mis omakorda on oluline Euroopa Liidu majandusühendusena toimimise aluspõhimõtete kaitseks, milleks on kaupade ja teenuste vaba liikumine, isikute võrdne kohtlemine, avalike vahendite kasutamise läbipaistvus, proportsionaalsus ja vastastikune tunnustamine. Isikute ringi, kes võivad sattuda huvide konflikti, on senises praktikas tõlgendatud üsna kitsalt, st nähes üksnes huvide konflikti ametiisiku ametikohustuste ja erahuvide vastuoluna, kus erahuvide võivad mõjutada ametikohustuste täitmist. EL eelarveliste vahendite mõistliku, sihipärase ja läbipaistva kasutamisega on seotud väga paljud teised isikud, kes ei ole ametiisikud (eraisikud, ettevõtted kui taotlejad, nende lepingupartnerid, tarnijad, allhankijad, konsultantidest jne). Euroopa Liidu Kohtu praktika on paljudes lahendites siiski kinnitanud, et EL esmasest õigusest tulenevad põhimõtted, mis peavad tagama isikute võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja lõppastmes ka kaupade, teenuste vaba liikumise, tuleb igal juhul tagada ka alla riigihanke piirmäära hangetes, mille põhjal on Euroopa Komisjon välja andnud vastava tõlgendava teatise. Lisaks nimetatud kohtupraktikale, oli vaatluse all ka huvide konfliktiga seotud Euroopa Liidu Kohtu lahendid, millel oli puutumus EL-i toetustega ja mis selgelt välistasid igasuguse huvide konflikti avalike vahendite kasutamisel.

¹ Johan Galtung (sündinud 24.10.1930, Oslos) Norra sotsiaalteadlane-matemaatik.

Käesoleva teema valikul sai otsustavaks autori osalemine OLAF-i poolt EL Maaelu ja Põllumajandusfondide jaoks väljatöötatud HK vältimise juhise väljatöötamise ekspertgrupi töös, kus jäi vähe aega uurida teaduslikult juhise aluseks oleva probleemi olemust ja teoreetilist tausta. Käesoleva töö lõpptulemusena julgeb autor kinnitada, et nimetatud OLAF juhise oli oma järeldustes õigel teel, kuid võinuks soovitustes olla isegi konkreetsem, kui kogu käesoleva tööga kaetud teoreetiline taust olnuks teada juba juhise väljatöötamise ajal.

Märksõnad: huvide konflikti vältimine, alla riigihanke piirmäära jäävad avalikud hanked, läbipaistvus, võrdne kohtlemine

SISUKORD

1. SISSEJUHATUS	5
2. HUVIDE KONFLIKTI TEOORIA	10
2.3 Konflikti olemus teoorias	10
2.4 Huvide konflikti olemus ja tekkimise eeldused (agenditeooria)	13
2.5 Agenditeooria Euroopa Liidu huvide kontekstis	18
2.6 Teooria kokkuvõte	27
3. HUVIDE KONFLIKTI VÄLTIMINE EL AVALIKES HANGETES	29
3.3 Huvide konflikti vältimise olulisus EL-i vaates.	30
3.4 Huvide konflikti olemus EL mitteriigihankeliste avalike hangete raames.	41
3.5 Huvide konfliktiga seonduv EL õiguspraktika seoses mitteriigihankeliste avalike hangetega.	49
3.5.1 Kohtupraktika seoses EL aluspõhimõtete laiendamisega alla EL riigihangete piirmääraga hangetele	50
3.5.2 Kohtupraktika seoses huvide konfliktidega EL toetuste raames	66
3.6 Järeldused huvide konflikti vältimise kohta EL mitteriigihankeliste avalike hangete raames.	72
4. ETTEPANEKUD	74
4.1 Õiguslikud ettepanekud	75
4.2 Administratiivsed ja muud teoorias kajastamist leidnud meetodid huvide konflikti vältimiseks.	82
5. KOKKUVÕTE	86
KASUTATUD ALLIKAD	89
Summary	95

1. SISSEJUHATUS

Käesoleva magistritöö esmaseks ajendiks sai eelkõige Eestis Euroopa Liidu (edaspidi EL) maaeluinvesteeringutoetuste menetlemisel ilmnunud ebaselgus olukordades, kui ilmnes, et toetuse saaja ise või tema valitseva mõju all olev ettevõtte on osutunud faktiliseks teenuste pakkujaks või kaupade müüjaks olgugi, et toetuse saaja poolt läbi viidud kolme pakkumisega erahanke võitjaks on osutunud toetuse saajaga mitteseotud isik. Eestis maaeluinvesteeringute osas kehtiva õiguse kohaselt on reeglina kehtestatud piirang, et kolme hinnapakkumisega hanke kohustuse korral ei tohi toetuse saaja olla seotud hinnapakkujatega ning hinnapakkujad ei tohi olla omavahel seotud. Sellise regulatsiooni selgituseks on tavapäraselt toodud asjaolu, et 3 pakkumisega hankemenetluse sõltumatus peamine eesmärk on tagada EL toetustega finantseeritavate kulude mõistlikkus ja turutingimustele vastavus. Kui mõistlik hind on välja selgitatud, siis ongi hanke eesmärk täidetud sõltumata sellest, kes tööd lõpuks teostab. Kui mitteseotud ja hanke võitnud hinnapakkuja sõlmib täies mahus allhanke lepingu toetuse saajaga või tema valitseva mõju all oleva isikuga, siis selle kohta Eestis õiguslik regulatsioon puudub. Samas on aga sageli just selliste juhtumite puhul ilmnunud EL finantshuve kahjustavad kuritarvitused, milleks eelkõige on põhjendamatult kõrge investeeringu maksumus. Samas, aktsepteerides investeeringu faktilise teostajana toetuse saajat ennast või valitseva mõju all olevat ettevõtet, muutub pakkujate seotuse õiguslik keeld selliste negatiivsete näidete puhul sisutühjaks.

Teiseks ajendiks on praktikas levinud juhtumid, kus toetuse saajaid nõustavad isikud-konsultandid või mõnikord ka kaupade ja teenuste pakkujad, kes osutavad toetuse saajatele nn „võtmed kätte“ teenust, korraldades toetuse saaja nimel (ja teadmisel) investeeringu elluviimise EL toetuste kaasfinantseerimisel. Muu hulgas „aidatakse“ toetuse saajal korraldada investeeringu maksumusest omaosaluse osaline või täielik näilik tasumine. Sageli on toetuse saaja juba enne investeeringu tegemist ja selle kohta toetustaotluse tegemist teadlik sellest, kelle abiga ta selle investeeringu ellu viib.

Kolmandaks ajendiks on praktikas levinud juhtumid, kus toetuse saaja soovib hankelepingu sõlmida just konkreetse tarnijaga, mis ei pruugi sugugi olla temaga seotud või tema valitseva mõju all. Põhjuseks võib olla varasem positiivne ja usalduslik koostöö, soov tagada hange oma piirkonna ettevõtjale, tuttavale vmt põhjus.

Nimetatud kolme ajendiks olnud juhtumi puhul pole küll tegemist ammendava loeteluga, kuid kõigi näidete ühine joon on ühel või teisel moel isikliku kasu või muu eelise saamine või muu kõrvaleesmärgi saavutamine lisaks EL vahendite sihtotstarbelisele kasutamisele. Praktikas on ilmnenud, et võimalikku huvide kattuvust ja isikute seotust üritatakse varjata isegi kui õiguslikult pole seda piiratud. Seega võivad EL toetuste ahelas erinevad isikud omada erinevaid huve, mis ei pruugi kattuda toetuste algse eesmärgiga. Sellist olukorda saabki kokkuvõtvalt nimetada huvide konfliktiks, mis sunnib küsima, kuidas sellised kõrvaleesmärgid EL huve kahjustavad ning kuidas selliseid olukordi oleks mõistlik vältida?

Praktikas tõusetunud probleemide tõttu tekkis töö autoril kahtlus, kas 3 pakkumisega hankemenetluse ainukeseks eesmärgiks on ikka üksnes mõistlikku hinna väljaselgitamine, või on avatud hankemenetlusel EL toetuse kontekstis veel teisigi eesmärke lisaks kulude mõistlikkusele. Kuivõrd autoril õnnestus osaleda ka Euroopa Pettustevastase Ameti (OLAF) töögrupis, mis töötas välja huvide konflikti vältimise juhise² ühtse põllumajanduse ja maaeluarengutoetuste kontekstis, siis vaatamata juhise valmimisele, ei jõutud autori arvetes juhise väljatöötamisel süveneda piisavalt põhjalikult huvide konflikti olemuse, põhjuste ning mõjudeni. Nimetatud soovitusliku iseloomuga juhise järeldusi ja soovitusi võib põhimõtteliselt pidada õigeteks ja aktsepteeritavateks, kuid järelduste põhjendused jäid autori hinnangul kohati pinnapealseks ning kaootiliseks. Nimetatud juhise loomise ajal tunnetatud teooria ning baastadmiste puudujääki püüabki autor käesoleva tööga korvata.

Tulenevalt eeltoodust võib käesoleva töö sisulised eesmärgid jagada kolmeks.

Esimeseks eesmärgiks on tuginedes huvide konflikti teoreetilisele käsitlemisele ning praktikas³ tekkinud kitsaskohtadele välja selgitada, kuidas ja milliseid EL huvisid huvide konfliktid võivad kahjustada ja milline on subjektide ring, kes EL huve kahjustavalt saavad käituda. Fookuses on eelkõige maaelu arengutoetused, mida makstakse Euroopa Maaelu Arengufondist (EAFRD – European Agricultural Fund for Rural Development). Nimetatud toetused on käesoleva töö fookuses eelkõige seetõttu, et erinevalt teistest EL toetusfondidest üle 95% EAFRD investeeringutest ei allu riigihankeseadusele ega EL

² Identifying conflicts of interests in the Agricultural Sector. A practical guide for funds managers (OLAF huvide konflikti vältimise juhise AGRI, 2015)

³ Peamiselt EL maaelu- ja põllumajanduse investeeringute toetuste näitel, kus on see probleem on eriti tekkinud kuivõrd üle ca 95% nendest investeeringutoetustest ei allu riigihankereeglitele.

riigihankedirektiividele hankesummade väiksuse tõttu või seepärast, et hankija (toetuse taotleja, saaja) ei ole riigihankekohustuslane. Eestis on EAFRD toetuste mahuks perioodil 2014-2020 kavandatud 725,9 miljonit eurot⁴, millest hinnanguliselt 400 miljoni euro osas tuleb läbi viia nn 3 võistleva pakkumisega ehk erahankemenetluses, millele riigihankereeglid ei kohaldu. Selgituseks veel niipalju, et EAFRD fond on üks osa Euroopa Struktuuri ja Investeeringufondidest (ESI fondid), mille alla kuuluvad veel Euroopa Regionaalarengu fond (ERF), Euroopa Sotsiaalfond (ESF), Ühtekuuluvusfond (ÜF) ning Euroopa Merendus ja Kalandusfond (EMKF). Kavandatud toetuste kogumaht Eestile perioodil 2014-2020 on 4,39 miljardit eurot⁵.

Eelneva põhjal on uurimistöö teiseks eesmärgiks uurida, kuidas on huvide konflikti vältimine, eelkõige EAFRD vaates, õiguslikult reguleeritud riigihankekohustusega mittehõlmatud hangete puhul ning milline on sellega seonduv Euroopa Liidu Kohtu praktika. Seega on käesoleva töö uurimisobjektiks eelkõige avalikest EL-i vahenditest finantseeritavad eraõiguslikud hanked, mitte riigihanked, kuigi mõlemal juhul on tegemist avalike vahendite ehk nn „maksumaksja“ raha arvel teostatavate kulutustega.

Käesoleva töö lõppeesmärgiks on ettepanekute tegemine, kas ja kuidas on võimalik saavutada olukord, et huvide konflikti vältimise kohustus kohalduks automaatselt ka sellele osa avalike Euroopa Liidu vahendite kasutamisel, millele riigihankereeglid ei kohaldu.

Kokkuvõtvalt on käesoleva uurimistöö eesmärgiks:

- 1) Uurida huvide konflikti teoreetilist olemust majandusteooriatest tuleneva agenditeooria baasil.
- 2) Uurida teooriatest ning EL aluspõhimõtetest tulenevalt, millised on kaitsmist vajavad EL huvid, mida väljapoole riigihanget jäävad huvide konfliktid võivad kahjustada.
- 3) Mõista, milline õiguslik raamistik nii seadusandluse kui kohtupraktika näol eksisteerib seoses huvide konflikti vältimise kohustusega riigihangetest väljapoole

⁴ Rahandusministeerium, Partnerluslepe Euroopa struktuuri- ja investeeringufondide kasutamiseks 2014 – 2020, http://ngo.ee/sites/default/files/files/Partnerluslepe_FINAL.pdf (kasutatud 29.02.2016), lk 92

⁵ ERF 1 874 261 393, ESF 586 977 010, ÜF 1 073 321 882, EAFRD 725 886 558, EMKF 129 600 000, Kokku 4 390 046 843 eur.

jäävate EL toetusvahendite rakendamisel ning huvide konflikti juhtumite osas, mis on seotud EL toetustega.

4) Osundada võimalikele lahendustele huvide konflikti olemuse selgemaks määratlemiseks ja reguleerimiseks.

Eesmärkide saavutamiseks on töö jagatud kolmeks sisuliseks peatükiks:

- 1) huvide konflikti teooria;
- 2) huvide konflikti vältimine EL avalikes hangetes;
- 3) ettepanekud.

„Huvide konflikti teooria“ peatükis uurime huvide konflikti teoreetilist külge, püüdes aru saada huvide konflikti olemusest ning leidmaks selgitust sellele, miks on teooriast tulenevalt oluline huvide konflikti vältimine.

Peatüki „Huvide konflikti vältimine EL avalikes hangetes“ eesmärgiks on kaardistada EL õiguslik baas, mis reguleerib huvide konflikti olemust ja vältimist. Püüame aru saada, kuidas on praktiliselt põhjendatud huvide konflikti vältimise vajadust ehk kuidas huvide konflikti esinemine kahjustaks Euroopa Liidu (alus) põhimõtteid. Selle peatüki raames on oluline uurida, milliseid juhiseid ja kohtupraktikat seoses huvide konflikti vältimisega võib leida ning mil määral on need seostatavad või üle kantavad riigihankealast välja jäävatele hangetele nagu seda on näiteks ka EAFRD raames makstavate toetuste raames läbiviidavad erahanked. Samuti on eesmärgiks analüüsida EL toetuste kontekstis huvide konflikti sisustavat Euroopa Liidu Kohtu praktikat. Loomulikult on fookuses eelkõige need avalikud hanked, mis jäävad alla EL riigihanke piirmäära ja millele EL riigihankedirektiivid ei kohaldu.

„Ettepanekute“ peatüki eesmärgiks on kokku võtta nii teoreetilised baasteadmised huvide konfliktist kui ka EL praktilised huvide konflikti vältimise väljendused ning nende põhjal jõuda järeldustele, kas ja mil määral esineb selles valdkonnas ebaselgust ning leida võimalusi, kuidas võimalikke puudujääke vähendada. Autori jaoks on huvitavaks väljakutseks jõuda võimalike reaalsete ettepanekuteni, mis tooksid õiguselgust huvide konflikti käsitlusse EAFRD fondist makstavate toetuste menetlemisel, kus seni on huvide konflikti nähtud üksnes ametnikkonna tasandi probleemina, kuigi enamus EL huve kahjustavast tegevusest toimub eraõiguslike isikute tasandil, kes on toetuse saaja, sellest kasusaaja või nende lepingupartnerite rollis.

Uurimistöös on kasutatud kvalitatiivse sisuanalüüsi uurimismeetodit, mis seisneb uurimiseseme kohta leitud teoreetiliste ja õiguslike allikate, juhendmaterjalide, uurimuste ning seotud õiguspraktika omavahelises võrdlemises, analüüsimises ning nende baasil järelduste ja ettepanekute tegemises. Empiirilises osas on kasutatud peamiselt Euroopa Komisjoni juhiseid ja selgitavaid teatisi koos teemakohaste EL õigusaktide ja Euroopa Kohtu praktikat ning nende analüüsimisel tulemusel koostatud teaduslike uurimistöid ja artikleid. Kvalitatiivse sisuanalüüsi uurimismeetodi eesmärgiks uurimiseset põhjalikult mõista ehk sellest aru saada, avastada uusi aspekte ja püstitada uusi hüpoteese, teha maailm nähtavaks, tuua tõsiasjad avalikkuse ette, kirjeldada tegelikkust, seletada, tõlgendada. (Õunapuu, 2014, lk 57). Just soov kõnealuse teema olemust sügavamalt mõista, ajendaski autorit käesoleva tööd kirjutama.

2. HUVIDE KONFLIKTI TEOORIA

2.3 Konflikti olemus teorias

Konflikti olemust on ajaloos üsna palju uuritud. Konfliktiga on inimkond seisnud silmitsi alates oma tekkest. Konflikti on püütud nii vältida kui õhutada, kuid konfliktil on lastud ka lihtsalt olla. Konflikti on püütud ohjata nii usu-, moraali-, kui õigusnormidega. Konfliktiga on tegelenud ka budistid püüdes leida vastust sellele, et kuidas teha nii, et ei oleks konflikti, pinget, ebamugavust - et oleks neutraalsus. Konfliktid esinevad absoluutselt kõikjal meie ümber ja erinevate objektide ja subjektide suhetes.

Konfliktiteooria rajajaks peetakse Karl Marxi, kes väitis, et klassiühiskond on pidevas konfliktis, mille põhjuseks on majanduslik, sotsiaalne ja poliitiline ebavõrdsus ja võitlus piiratud ressursside pärast. Konfliktiteooria algidee kohaselt tekivad ühiskonnas pinged ja konfliktid siis kui ressursid, staatus ja võim on ühiskonna erinevate gruppide vahel jaotunud ebahühtlaselt, mille tulemusena tekkiv pinge kulmineerub ühiskondlike ümberkorraldustena. Võimu esemeks võivad olla nii materiaalsed ressursid, jõukus, kui ka kontroll ühiskonda mõjutavate poliitiliste jõudude ja institutsioonide üle (klassi, sooliste, usuliste, kultuuriliste vms tunnuste alusel) ⁶.

Autorile aga imponeeris eriti ühe kaasaja kuulsama konflikti olemuse uurija Johan Galtung konflikti teoreetiline käsitlus rahu püüdleva ja vägivallatu konflikti vältimise kontseptsiooniga⁷. Kuivõrd käesoleva töö eesmärgiks ei ole niivõrd konfliktiteooria erinevate koolkondade uurimine, vaid toetustega kaasnevate huvide konflikti uurimine agenditeooria baasil, siis ei võimalda käesoleva töö maht pikemat konfliktiteooriate analüüsi. Galtungi kasuks kallutas autorit aga lõplikult asjaolu, et Galtungi teooria püüab konflikti olemust analüüsida mitte üksnes ühiskondlike gruppide vahelise konfliktina, vaid seda saab edukalt teha ka üksikisikute huvide kontekstis. (Galtung, 1973, lk 44)

⁶ <http://sociology.about.com/od/Sociological-Theory/a/Conflict-Theory.htm> (09.05.2016)

⁷ Rahu uuringute professor, sündinud 1930 Oslos (Norra). Matemaatika doktor (1956), sotsiaalteaduste doktor (1957). Ajakirja „Journal of Peace Research“ (1964), Rahvusvahelise Rahu Uuringute Instituudi (International Research Institute, Oslo 1959), Transcend: Rahu, Arengu ja Keskkonna võrgustiku (A Network for Peace, Development and Environment) rajaja. TRANSCEND võrgustiku missiooniks on kasutades empaatiat ja loovust, luua rahumeelne maailm läbi aktiivsete tegevuste, hariduse, teaduse, uuringute, mis aitavad konflikte vägivallatult transformeerida püsivaks positiivseks ja aktsepteeritavaks seisundiks. <https://www.transcend.org/#about> (09.05.2016)

Johan Galtung on konflikti olemust selgitanud ühe Hiina Hani dünastia relvakaupmehe müügikuulutustega, kes reklaamis, et müüb maailma parimaid sõjakirveid (hellebarde), mis on nii teravad, et läbistavad iga kilbi. Samas reklaamis ka, et müüb kõige tugevamaid kilpe, mida ükski sõjakirves (hellebard) ei suuda läbistada. (Galtung, 1973, lk 9) Nimetatud näide viib enamuse lugejaist mõttele, et tegemist on täiesti ületamatu vastuolu ehk konfliktiga.

Tekib küsimus, kas see konflikt on üldse ületatav ilma, et me muudaksime konflikti osapoolte kilbi ja sõjakirve olemust või tähendust. Tegelikult süüvides detailidesse, ilmneb, et see on võimalik. Selline vastuoluline väide on liiga üldine ja teoreetiline. Süüvides konflikti taga olevatesse detailidesse, saame aru, et see väide järelikult ka konflikt ei saa olla olemuselt absoluutne. Asjaolusid, mis praktikas sellise konflikti ehk vastuolulised väited üsna tõenäoliselt ümber lükata võivad, on üsna palju. Olgugi, et nii sõjakirves kui kilp võivad olla tehtud samast materjalist, sõltub nende tugevus või vastupidavus väga palju muudest asjaoludest, sh metalli koostis, materjali paksus, temperatuur, karastus, esemete kuju jpm. Muutused nimetatud tingimuses muudavad ka ühe relva tugevust või vastupidavust teise suhtes ning see võib praktikas viia tagajärjeni, kus sõjakirves võib realselt siiski kilbi läbistada. See näide demonstreerib konflikti olemuslikku suhtelisust.

Kõnelause kilbi ja sõjakirve näitel, algse kahe vastuolulise väite analüüsimisel, saab järeldada, et vastuolu ehk konflikti eksisteerimiseks on vajalik vähemalt kahte erinevat osapoolt (väidet, mõtet vms). Iga väide üksi eksisteerides ei ole kunagi vastuoluline iseendaga. Selle mõtte selgitamiseks võtab Galtung kasutusele reaalsuse erinevad tasemed:

- 1) empiiriline reaalsus (E) ehk mis on võimalik ja on,
- 2) potentsiaalne reaalsus (P) ehk mis on võimalik, kuid (veel) ei ole,
- 3) irreaalsus (I) ehk mis ei ole võimalik ja mis ei ole.

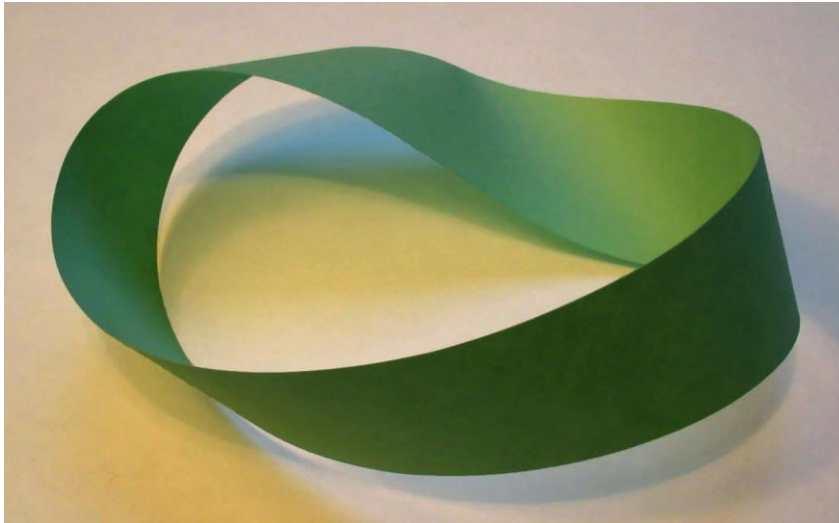
Galtungi väitel saab vastuolu erinevate väidete, teeside vms vahel eksisteerida üksnes potentsiaalse reaalsuse (P) tasandil. Potentsiaalse reaalsuse (P) tasandil võivad kõik väited olla õiged - või valed, kuniks nad leiavad kinnitust või saavad ümberlükatud empiirilises reaalsuses (E). Käesoleva töö autori arvates pole selline mõttekäik iseenesest

midagi uut, kui meenutada vanasõna, et tõe kriteerium on praktika. Siitkaudu jõuab Galtung mõisteni „vastuolu ületamine“ (ingl.k „transcend contradiction“), mis tähendab, et vastuolulisus muutub olematuks ehk olukorda, kus eraldiseisvad vastuolulised väited saavad praktikas järgi proovitud ning saab lõpuks selgeks kas, kuidas ja miks asjad on või ei ole. Kokkuvõtteks leiab Galtung, et konflikt esineb üksnes selliste väidete vahel, mida pole praktiliselt läbi proovitud. (Galtung, 1973, lk 11-13)

Galtung on konflikti defineerinud ka kui erinevate eesmärkidega erinevate osapoolte sotsiaalset süsteemi. (Galtung, 1973, lk 35). Konflikti osapoolte vahel saab konflikt jaguneda üksnes isikute, gruppide või ühiskondade vaheliseks. (Galtung, 1973, lk 44)

Galtungi teoorias eristatakse ka vertikaalset ning horisontaalset konflikti. Vertikaalse konflikti puhul tekivad konflikti osalised reeglina organisatsioonide kaudu ning osaliste huvid muutuvad konflikti eesmärkideks teadlikult. Võib öelda, et osapooled tegutsevad enda, mitte organisatsioonide huvides. Seega võib järeldada, et konfliktis on esindatud esmalt konflikti osaliste huvid, mitte organisatsiooni eesmärgid. Horisontaalse konflikti puhul on osapooled võrdses seisus, mistõttu ei saa huvide konfliktist rääkida kuna seda lihtsalt ei eksisteeri. Horisontaalse konflikti puhul on tegemist väärtuste vastasseisuga. (Galtung, 1973, lk 49)

Kokkuvõtteks võib öelda, et konflikt on oma olemuselt suhteline ning detailidesse süüvides on alati olemas lahendus konflikti lõppemiseks. Võtkem näiteks Möbiuse riba ja väide, et tegemist on pinnaga, millel on vaid üks külg ja üks serv. Pelgalt pealiskaudse vaatlemisega, ilma täiendava süvenenud vaatluseta st empiirilise kogemusega on selle väitega tõepoolest esmakordselt raske nõustuda.



Joonis 1 Möbiuse riba

Konflikti lõppemine tähendab antud juhul vastuolu ületamist ehk selguse saabumist, kuidas asjad on või mitte ehk potentsiaalse reaalsuse (P) muutumist empiiriliseks reaalsuseks (E). Käesoleva töö eesmärke silmas pidades on kahtlemata oluline, et ka teooria väitel on kõik konfliktid põhimõtteliselt lahendatavad, kuigi see ei anna vastust küsimusele, kas lahendus on vaataja seisukohalt soovitavas või ebasoovitavas suunas.

Käesoleva töö fookust arvesse võttes, saab järeldada, et huvide konflikt EL vahendite kasutamisel saab tekkida eelkõige vertikaalsest konfliktist, mitte horisontaalsest konfliktist, kus on vastamisi erinevad väärtused ja põhimõtted. Konflikti lõppemise aluseks on selgus ehk praktiline reaalsus. Konflikt tähendab vastuolu potentsiaalses reaalsuses ning vastuolu puudumine tähendab empiirilist selgust ehk konflikti puudumist.

2.4 Huvide konflikti olemus ja tekkimise eeldused (agenditeooria)

Galtungi konfliktiteooria põhjal saime järeldada, et konflikt ehk vastuolu eeldab alati vähemalt kahe osapoole olemasolu ning nende vahelist vastuolu potentsiaalses reaalsuses (ehk olukorda, mis saab olla, kuid (veel) ei ole). Seega sobib agent-printsipaali (agendi) teooria huvide konflikti olemuse selgitamiseks juba seetõttu, et tegemist on vähemalt kahe isiku suhtega ning isikute huvid on vastuolus üksteise huvide ja ootustega.

Enne agenditeooriasse süüvimist, on otstarbekas defineerida agenditeooria olemus ning selles kasutatavad peamised mõisted, millele käesolevas töös üsna palju tuleb viidata.

Esiteks kasutatakse nimetatud teooria tähistamiseks nii nimetust printsiipaal-agendi mudel või teooria, kuid sünonüümina ka lühemalt agenditeooria nimetust. (Yukins, 2010, lk 63). Agenditeooria tähendab üldise määratluse järgi kahe osapoole vahelist suhet, millest üks on printsiipaal (esindatav) ja teine osapool on agent (esindaja). Agent esindab printsiipaali suhetes kolmandate osapooltega. Agendisuhe tekib siis kui printsiipaal värbab agendi tegutsema enda nimel. Agendisuhete tulemusena delegeerib printsiipaal agendile tavaliselt ka esindusega seotud otsustamisõiguse, seega saab agent õiguse otsustada printsiipaali nimel. (Yukins, 2010, lk 64)

Eesti keeles on võimalik agenditeooria osapooli nimetada nii võõrsõnade kui nende eestikeelsete vastete kaudu. Nii on võimalik printsiipaali vastena võimalik kasutada sõna „esindatav“ ja agendi vastena sõna „esindaja“, mis kõik leiavad käesolevas töös vastavalt vajadusele ka kasutamist.

Huvide konflikt on sotsiaalses ja ühiskondlikus elukorralduses väga levinud nähtus ning lai mõiste, kus üksikisiku, organisatsiooni või institutsiooni huvid võivad sattuda vastuollu teiste isikute huvidega, kuigi neil lasub seadusest, tavadest või alluvussuhtest tulenev moraalne kohustus teise isiku huve kaitsta. Lisaks võib praktikas sageli juhtuda, et huvide konflikti põhjustab agendisuhetes printsiipaalide, ehk esindatavate paljusus (näiteks kui advokaat satub esindama kahte vastandlikku vaidluspoolt).

Huvide konflikti laia tähendust ilmestab ka see, et eristatakse potentsiaalset ning faktilist huvide konflikti (kus esindaja positsiooni kuritarvitamine on juba realiseerunud) ning ka näiliku huvide konflikti, mis tekib siis kui esindaja (agent) tunnetab konflikti olemasolu, mida tegelikult ei ole, ega saagi eksisteerida. Nii on võimalus, et huvide konflikti olukorda võib sattuda nii töötaja eraettevõttes, kes ei soovita klientidele ettevõtte uusi tehnoloogilisi lahendusi, kuna ta ise seda veel ei oska; distsiplinaarkomisjoni liige, kes peab otsustama talle meeldiva või ebameeldiva isiku käitumise üle; poliitik või avalik teenistuja kes värbab tööle oma parteikaaslast; endine minister kes on võetud tööle ettevõttesse, millise valdkonna eest ta varem vastutav oli jne.

Kõigis nimetud olukordades on olemas potentsiaalne huvide konflikt, millega töötajad, juhid, professionaalid, sõltumata sellest kas ollakse avalikus või eraettevõtluses, peavad igapäevaselt oma otsuste tegemisel arvestama. Samas on oluline ka märkida, et mitte kõik nimetatud situatsioonid pole kohe ebaeetilised või amoraalsed, kuid tegemist on olukordadega, millest ebaeetilised tegevused võivad välja areneda. (Argandona, 2004, lk 2-4).

Üldiselt arvatakse, et kompetentsed, sõltumatud, hästi haritud professionaalid suudavad langetada õigeid otsuseid, sh vältida ka huvide konflikte ja et tegelikult on probleemiks see, kuidas ära hoida teadlikku ja tahtlikku huvide konflikti kuritarvitamist. Siiski esineb tegelikult palju alateadlikke ning tahtmatuid nüansse, mis muudavad esindajatel objektiivse otsustamise keeruliseks. Nii näiteks on leitud, et esindajad kalduvad ennast pidama kompetentseteks ja eetilisteks isikuteks, kes väärivad tunnustust. Nad peavad ennast teistest rohkem ausateks, usaldusväärsemateks, õiglasemateks ja objektiivseteks. Nende arusaam õigusest kipub olema kasuistlik, st eelistatakse endale kasulikumaid lahendusi ja seisukohti. Agendid kipuvad olema ka kasuistlikud tõendite hindamisel ja järelduste tegemisel. Taoliste eelduste põhjal agendid usuvadki, et nad on suutelised vastu seisma ahvatlustele, mis tulenevad nende isiklikest huvidest (või kolmandate isikute huvides, mida nad on lubanud toetada), mis kahjuks päris tõe ei vasta. Seega kipuvad agendid ennast pidama täiuslikemaks kui nad tegelikult on. (Argandona, 2004, lk 6-7)

Kuivõrd huvide konflikt on olemuselt nii laiaulatuslik ja mitmekihiline nähtus, siis selle nähtuse kontrollimiseks ei piisa üksnes õiguslikest regulatsioonidest, vaid oluline on elukutsete ning organisatsioonide eetika ja moraalnormide mõtestamine ja arendamine. (Argandona, 2004). Huvide konflikti olemust on selgitatud ka läbi õigusliku ning majandusliku vaatenurga.

Huvide konflikti on õiguslikus aspektis iseloomustatud ka situatsioonina, kus (agendi vaates) erinevate huvide edasine kaitsmine või järgimine nõuab erinevat käitumist ehk kus edasine käitumine eeldab ühe või teise huvi eelistamist. Õiguslikus mõttes tekib huvide konflikt siis, kui esindaja teatud olukorras on kohustatud otsustama üksnes teise isiku huvidega, samas selle otsusega jättes tahaplaanile enda huvid või kolmandate isikute

huvid, mida samuti peab kaitsma. Selleks võib olla poliitika, õiguse kujundamine üldiselt, isikute vahelised lepingulised suhted jms. Seega võib järeldada, et kogu õigus kuid ka majandus tervikuna baseerub olemuslikult huvide konfliktil. Huvide konflikti ei esine üksnes seepärast, et isiklikud huvid on vastuolus esindaja ehk agendi seaduslike kohustustega kaitsta printsipaali või kolmandate isikute huve. Huvide konflikti õiguslikus plaanis ei õigusta isegi see kui esindajal on seadusest tulenev kohustus eelistada isiklikku huvi. Huvide konflikti iseloomustab eelkõige kohustus olla lojaalne. (Kruithof, 2005, lk 2-3)

Lojaalsuskohustuse esimene element on õiguslikult kehtestatud kohustuslik käitumisnorm- olla lojaalne, kuid see ei sisalda konkreetseid käitumisjuhiseid.

Üheltpoolt on isikul, kes peab olema lojaalne alati olemas teatav kaalutlusruum, kus ta saab hinnata, milline edasine käitumine on õiguslikult kõige kohasem. Lojaalsuse kohustuse sisuks ongi käitumine piisava hoolsusega, mis isikult eeldab mõistlikku pingutust leidmaks optimaalsed tegevused, et kõige esindatava huvid oleksid parimal võimalikul moel kaitstud. Teiselt poolt võib lojaalsuse kohustus olla üsna spetsiifiline ja kõikehõlmav, milleks ei piisa üldise piisava hoolsusega käitumisest. Lojaalsust on kirjeldatud ka kui isiku siirast, praktilist ja täielikku pühendumist eesmärgi/põhjuse suhtes (Royse, 1908, lk 16). Mõnikord on sellist lojaalsust nimetatud ka kutsumuseks. Lojaalsuse/ustavuse nõue on oluliseks piiranguks isikule järgida oma isiklike huve. Sisuliselt tähendab see jäägitud pühendumist ja juhendumist üksnes teise isiku (esindatava) huvidest ja seda isegi isiklike huvide kahjustamise hinnaga. (Kruithof, 2005, lk 4). Sellise pühendumise näideteks võib tuua näiteks laevakapteni elukutse, kes õnnetuse puhul on pühendunud üksnes laeva, reisijate, meeskonna päästmisele, mõtlemata isiklikele huvidele, olles valmis laevaga vajadusel ka põhja minema. Sellise lojaalsuse aluseks ei ole seadus, vaid isiku enda soov ja otsus allutada ennast jäägitult teise isiku huvidele/kohustuste täitmisele (kutsumus). (Royse, 1908, lk 16)

Teine lojaalsuskohustuse element on isiku käitumise eesmärk, mida on keeruline tuvastada. Seda hinnatakse subjektiivse standardi järgi, kus lähtutakse tegevuse eesmärkidest, mitte sellest, mis oli tegevuste tegelik tulemus. Tegevuste tulemus ja mõju on küll objektiivselt kontrollitavad, kuid need ei näita isiku kavatsusi, sest tegevuste tulemust mõjutavad lisaks välistele teguritele ka isiku kaalutlusruum, mille raames otsustatakse sel hetkel tunduva optimaalse käitumisviisi üle. (Kruithof, 2005, lk 5)

Agenditeooria kohaselt tekib huvide konflikt kolme eelduse täitumisel:

- 1) Saadava kasu või hüve erinevused, st kui esindatava (printsipaali) huvid on laialivalguvad /kauged ja seetõttu agendile vähemolulised, samal ajal kui esindaja (agendi) huvid on kontsentreeritud/lähedased ja hetkel väärtuslikumad;
- 2) Kui esindaja tegevuse kohta informatsiooni hankimise ning tegevuse jälgimine on esindatavale liiga koormav või kallis.
- 3) Kui esindaja (agendi) kohale puudub piisav konkurents või kui konkreetse esindussuhte saamiseks liiga kõrged nõudmised. (Argandona, 2004, lk 4)

Majandusliku agenditeooria kõnepruugis on „agendiks“ isik, kes mõjutab teise isiku või isikute huvisid ning isik, kelle huve mõjutatakse nimetatakse „printsipaaliks“. Enamikel juhtudel on agendil lisaks printsipaali huvidele ka isiklikud huvid, mis samuti võivad teisi isikuid mõjutada, kuid mis ei pruugi kattuda printsipaali (esindatava) huvidega. Utilitaristide seisukohtade järgi on sotsiaalselt parim huvide esindamine selline, mis suurendab üldist kasu ehk kaitseb nii agendi kui printsipaali huvisid. Jättes kõrvale õiguslikud kohustused, lähtub majanduslik agenditeooria eeldusest, et agent lähtub eelkõige isiklike huvide kaitsmisest, jättes esindatava huvid tahaplaanile, mistõttu ei jääb saavutamata sotsiaalselt optimaalne esindussuhte eesmärk.

Teaduskirjanduses on kokkuvõtvalt järeldatud, et huvide konflikti moraalsete aspektide osas ollakse üldiselt ühel meelel, et eetilisel väärtusel on see kui esindaja (agent) käitub esindatava huvide vastaselt, sest esindaja moraalne kohustus on käituda esindatava (printsipaali) huvides. Samuti on ebaetiline võtta vastu ebakohaseid hüvesid, esindaja rolli täitmise eest, kusjuures ebakohasust tuleb alati eraldi hinnata. Esindajal on kohustus heastada esindamisest tekkinud kahju esindatavale. Isegi kui esindaja ei taju huvide konflikti, ei välista see siiski moraalseid tagajärgi kui huvide konflikt tegelikkuses eksisteerib. Kui esindaja tunnetab huvide konflikti, pole see moraalselt taunitav kui isik käitub heas usus. Ebaõige on ka see kui esindaja teadlikult asetab ennast huvide konflikti olukorda - isegi siis kui soov on ausalt lahendada mingit konflikti. Esindaja üksnes ei pea vältima huvide konflikti, vaid ka muljet huvide konfliktist, mis tagab avalikkuse usalduse

esindatava isiku, organisatsiooni, elukutse vms suhtes. Ebaõige on ka survestada isikuid aktsepteerima – taluma huvide konflikti. Huvide konflikt võib kahjustada ka kolmandate osapoolte huvisid. Esindatav peab alati tajuma isiklikku vastutust oma esindatava rolli täitmise eest ning sellest ei ole võimalik vabaneda õigustades oma käitumist organisatsiooni, ameti vms üldiste reeglitega. Sama põhimõte kehtib ka organisatsioonide ja institutsioonide vaheliste huvide konflikti osas. (Argandona, 2004, lk 4-5)

2.5 Agenditeooria Euroopa Liidu huvide kontekstis

Alustuseks soovin selgitada, miks olen valinud just agenditeooria käesoleva töö teoreetiliseks baasiks.

Agenditeooria pakub mitmesuguseid uusi vaatenurki, kuidas mõista ja lahendada seni lahendamatuks jäänud probleeme hankeõiguses ja poliitikates, mõnikord isegi tavapäraseid piire ja arusaamasid murdes. Kui sageli eristatakse huvide konflikti isiku tasandil, organisatsiooni tasandil ning nn avalikust huvist (sh riigi institutsioonidelt) pärinevate /saadud ülesannete tasandil, siis agenditeooria kohaselt peitub kõigi huvide konflikti väljenduste taga üks ja sama küsimus: kuidas tagada, et agenti/esindajat saaks usaldada printsipaali/esindatava eesmärkide täitmisel ja huvide esindamisel sõltumata sellest, kes on agent ja kui kaugele esinduste ahelas asub viimane agent printsipaalist. Näiteks avalikku huvi esindav valitsus ei saa usaldada piisavalt neid asutusi, institutsioone, mis peavad avalikke ülesandeid ja eesmärke edasi täitma, kuid ei suuda tagada piisavat järelevalvet avalike ülesannete või eesmärkide täitmise üle.

Kokkuvõttes võimaldab agenditeooria poliitikakujundajatel mõista, et kõik huvide konflikti vormid, sh avaliku huvist tulenev huvide konflikt, asuvad kõik ühise teoreetilise katuse all, mistõttu pole nende erinevate huvide konflikti väljundite vältimiseks vaja luua erinevaid õiguslikke doktriine, kuhu vahele tekivad paratamatult uued õiguslikud lüngad. (Yukins, 2010, lk 83-84).

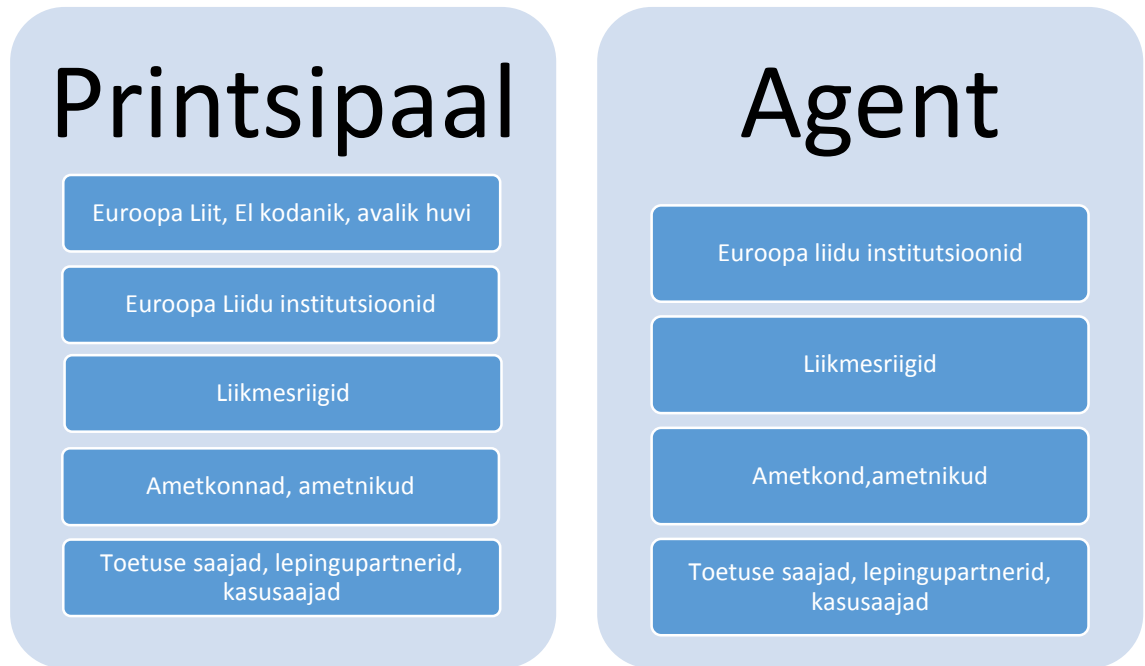
Käesoleva töö üheks eesmärgiks on uurida huvide konflikti olemust eelkõige avalike vahendite kasutamisel ning on selge, et selline tegevus (avalike rahaliste vahendite kasutamine või selle korraldamine) eeldab kokkuvõttes paljude osapoolte osalemist, kellel kõigil on lisaks oma rollile ka isiklikud huvid, mis annab ainekult võimalikeks huvide

konfliktideks. Seega võibki kõiki nimetatud osapooli kes puutuvad kokku avalike vahendite kasutamisega pidada teatud mõttes finantsvahendajateks sarnaselt finantsvahendusele panganduses, kus pank esindab hoiustajate kui investorite huvisid. Finantsvahenduse rolli, olla vahelülis raha pakkujate ja kasutajate vahel (Jeffrey Carmichael; Michael Pomereleano, 2002, lk 3) on seega väga lihtne vaadelda tüüpilise esindaja-esindatava ehk agent-printsipaali suhtena. Finantsvahendaja agendi/esindaja rollile on loomulik, et tegeletakse esindatava nimel ja esindatavale kuuluvate vahendite arvel, oma vahenditega riskimata. Huvide konflikti olukord tekib tavaliselt siis kui esindaja/agent pakub teatud lisateenuseid, nagu näiteks nõustamise, juhtimise vms teenused klientidele, kes tegelikult Esindatava ehk printsipaali vahendeid tarbivad või kasutavad ja mille eest kliendid maksavad mitte printsipaalile, vaid agendile. (Palazzo & Rethel, 2008, lk 5).

Kui tavapärasel finantsvahenduses pankade näol, mis käituvad hoiustajate suhtes agendina, on sellised vahendaja ehk agendi pakutavad teenused klientidele suhteliselt selgepiirilised, siis avalike vahendite kasutamisel on olukord laialivalguvam ja abstraktsem, mis muudab ka huvide konfliktide mõistmise keerukamaks. Kui tavapärasel finantssuhtes on esindatavateks (printsipaalideks) hoiustajad, kes usaldavad oma vahendid pangale kui agendile, siis näiteks Euroopa Liidu eelarveliste avalike vahendite kasutamisel on esindatava rolli nii selgelt piiritleda märksa keerulisem.

Kes on siis näiteks Euroopa Liidu eelarvest rahastatavate toetuste puhul printsipaaliks (esindatavaks) või agendiks (esindajaks)?

Lähemal uurimisel saame väita, et nende rollide kandjad on kohati väga abstraktsed ja samuti on need rollid olla ka omavahel väga läbipõimunud.



Joonis 2 - agendi printsipaali rollide jaotus

Printsipaalina võime Euroopa Liidu toetuste kontekstis välja tuua väga konkreetseid EL või liikmesriikide poliitilisi institutsioone, mis määratlevad ja sõnastavad konkreetset reeglid vahendite kasutamiseks. Abstraktsemal tasemel võime printsipaalina näha Euroopa Liitu kui tervikut või selle kodanikke, mille huvides on kasutada oma vahendeid Euroopa Liidu toimimise eelduseks olevate väärtuste ja põhimõtete tagamiseks ning näiteks Euroopa kodanike heaolu tõstmiseks. Printsipaalid saavad oma lepingupartnerite jaoks olla ka toetuse saajad jne.

Ka agendi rolli on EL toetuste vaates võimalik määratleda väga laiaulatuslikult. Agendina võime näha Euroopa Liitu kõigil tasanditel esindavaid reaalseid institutsioone, mis sõnastavad ja kehtestavad toetuste saamise eesmärgid ja tingimused. Agendi positsioonis on lihtne näha kõiki institutsioone, asutusi, ametnikke, mis on seotud vahendite jagamise ja menetlemise tehnilise korraldamisega, kuid agendina võime näha ka toetuse saajaid ja nende partnereid, kelle toetamise kaudu tegelikult soovitakse saavutada laiemat ühiskondlikku mõju.⁸

⁸ Autori märkus: Agendiks üldise huvi kontekstis on isegi parlamendisaadikutest poliitikud.

Kuid lisaks esindatavale ja esindajale suhtes veel ka kolmas pool - see kellele või millele vahendeid (toetuseid) vahendatakse. Euroopa Liidu toetuste näitel võime siingi täheldada erinevaid konkreetsuse astmeid. Üheltpoolt võime toetuse saajana näha konkreetset toetuse saanud isikut, või isikute sihtrühma, kes peavad kasutama neile antud rahalisi vahendeid teatud teenuste või kaupade ostmiseks. Kuid avalike vahendite kasutamise ühiskondlik eesmärk ei ole kaupade või teenuste ostmine, vaid sellega seoses laiemalt suuremate ühiskondlike hüvede või eesmärkide saavutamine näiteks vaesuse vähendamise, konkurentsivõime suurendamise, turvalisuse, elukvaliteedi tõstmise vms näol. Seega agenditeooria kontekstis muutuvad ka toetusest kasusaajad hoopis agendiks EL avaliku huvi silmis, sest nende toetamine on üksnes vahend EL üldiste eesmärkide saavutamiseks (maapiirkondade jätkusuutlik areng jms), mitte eesmärk omaette.

Seega, mida üldisem ja ühiskondlikum on huvi, seda abstraktsem, kaugem ning vähemolulisem konkreetsel ajahetkel tundub see reaalsele isikutele (agentidele), kes tegelevad nende üldiste huvide esindamisega antud ajahetkel. Kuivõrd Euroopa Liidu toetuste ahelas võib nii printsipaali kui ka lõppkasusaaja rolli vahendaja ehk agendi vaates tunnetada väga abstraktsena ja lisaks eksisteerivad selles ahelas omakorda väiksemad agendi-printsipaali suhted, kus näiteks EL toetuste juurpõhjused/huvid ja eesmärgid ning väärtused veelgi kaugemaks muudavad. Seetõttu on ka ilmne, miks huvide konfliktide tekkimine on üsna tõenäoline. Huvide konflikti tekkimise eeldusteks olid mäletatavasti esindussuhtest saadav osaliste erinev kasu, st mida kaugem ja abstraktsem on esindatava huvi, seda lähedasem ja olulisem tundub agendile tema isiklik huvi. Mida hajusam, killustunum ja abstraktsem on printsipaali roll, seda vähem omab ta kontrolli esindaja/agendi tegevuse üle. Mida rohkem on Euroopa Liidu toetuste ahela sees väiksemaid agendisuhteid, seda läbipõimunum ning seega ebaselgem on agendi-printsipaali rollijaotus erinevates ahela etappides ning seda keerulisem on tagada agentide vahelist konkurentsi selle põhjal, kes suurimal määral tagab algse printsipaali huvide kaitse.

Esindatavate paljusus võib tekitada üldse segaduse, milliseid või kelle huve tuleks kaitsta. Taandades selle olukorra näiteks maaelu investeerinute toetuse saaja tasemele, võib siin näha tõesti probleemi kui toetuse saajal või tema partneril tema tekib konflikt tulenevalt

sellest, et EL eesmärgid ning liikmesriigi kehtestatud tingimused toetuste jagamisel on vastuolus.

Võtame näiteks ühe maaelu 2007-2013 perioodi mitmekesistamise toetusmeetme ja vaatame erinevate osapoolte huvisid ühe kaasuse näitel ning sedagi kuidas need võivad omavahel kohati vastanduda. Näiteks võib võtta eelmisel perioodil⁹ selles toetuskeemis äärmiselt laialt levinud praktika, kus maapiirkonda sooviti ehitada puhkemajasid. Juhul kui taotlejaks oli maapiirkonnas asuv ning sihtgruppi kuuluv mikroettevõtja, võis ta saada investeeringu tegemiseks toetust 50% investeeringu maksumusest, kuid mitte rohkem kui 100 000 eurot. Üsna sagedased olid juhtumid kui peale investeeringu teostamist ning objekti kasutusse võtmist selgus, et objekti hakati turismiettevõtluse asemel isikliku elamuna.

a) Euroopa ja liikmesriigi huvi

Toetuse eesmärgiks on Eesti maaelu arengukava 2007-2013 alusel toetada Maaelu Arengu Euroopa Põllumajandusfondist (EAFRD) põllumajandusettevõtjate tootmise mitmekesistamist muu maettevõtlusega väljaspool põllumajandust ja samuti kohalikul ressursil põhineva, maapiirkonna elukvaliteedi parandamisega seotud mittepõllumajandusliku mikroettevõtluse arendamist. Toetus on suunatud ka ettevõtluse uuenduslikkuse suurendamisele läbi uudsete, sh mobiilsete lahenduste leidmisele kaupade ja teenuste pakkumise.¹⁰

b) Liikmesriigi lisanduvad spetsiifilisemad huvid.

Lisaks EL üldisele huvile on liikmesriigil huvi tagada kogu ulatuses selle toetuskeemi vahendite laiali jagamine sihtgruppi kuuluvate toetusesaajate vahel. Põhjuseks on riigi huvi võimalikult suures ulatuses absorbeerida välisvahendeid riigi majandusele elavdamise ning välisvahendite kasutamisest tekkivat maksutulu tõusu. Näiteks moodustab maksukulu (riigile tulu) ehitusliku investeeringu maksumusest ca 10-12% . Siinkohal võibki riigi huvi toetusfondi vahendite võimalikus suurel määral kasutamises prevaleerida sihipärase kasutamise ees. Selline mõtteviis on sageli levinud ka

⁹ Maaelu arengukava 2007-2013, <http://www.agri.ee/et/eesmargid-tegevused/eesti-maaelu-arengukava-mak-2007-2013> (09.05.2016)

¹⁰ Maapiirkonnas majandustegevuse mitmekesistamise investeeringutoetus (MAK meede 3.1) VÄIKEPROJEKTID 2012 PRIA veebilehe tutvustav info (16.04.2016): http://www.pria.ee/et/toetused/meede/maapiirkonnas_majandustegevuse_mitmekesistamise_investeeringutoetus_mee_de_3_1_vaikeprojektid_2012/

liikmesriikide elanike seas, kelle hinnangul on riik ka toetuste mittesihipärase euroraha kasutamise puhul siiski kasu saanud kui võrd toetusraha on jäänud liikmeriigi majandusse.

c) Taotleja huvi

Lisaks EL üldisele huvile ja eesmärgile toetada maapiirkonnas ettevõtluse mitmekesistamist ja elujõulisust on ka taotleja tasandil täheldatavad spetsiifilised huvid, mis võivad hakata prevaleerima nimetatud üldise eesmärgi suhtes. Esiteks võib taotleja soovida saada toetust suuremas ulatuses kui 50% . Selleks näidatakse praktikas sageli tegelikult 100 000 eurot maksva ehituse hinnaks 200 000 eurot. Loomulikult eeldab selline hinnapaisutus hankega manipuleerimist ja ehitajaga kokkuleppimist, kuid sellised juhtumid on praktikas üsna sagedased üle Euroopa, millele käeolva töö alguses sai ka viidatud. Teiseks võib taotleja küll taotluses väljendada soovi alustada maapiirkonnas turismiettevõtlusega kuid teostab investeeringu viisil, mis võimaldab seda ka isiklikuks tarbeks elamuna kasutama hakata ja seda lõpuks ka teeb. Sellisel juhul on tegemist olukorraga, kus EL huvi ettevõtluse elavdamiseks ei ole realiseerunud, vaid tegemist on olnud taotlejale avalike vahendite arvel elamu ehitamisega, mõnikord ka turismiettevõtlust tehes¹¹. Isegi kui sellisel juhul nõutakse toetusraha tagastatakse, on tegemist EL avalike vahendite mittesihipärase kasutamisega sõltumata sellest, et riigi majandus sai selle investeeringu tõttu jõukamaks sellest laekunud 10-12% ulatuses maksutulude võrra. On ilmne, et taotleja – olles EL huvide agendiks- peaks üles näitama täielikku kooskõla EL huvidega, mida antud näite puhul kuidagi järeltada ei saa.

Esiteks on taotleja selle näite puhul kasutanud toetusvahendeid ebanõistlikult, st näidates investeeringu maksumust ning sellest tulenevalt toetussummat suuremana tegelikust maksumusest – et pääseda 50% -st omaosaluse maksmisest.

Teiseks on taotleja kasutanud avalikke toetusvahendeid mittesihipäraselt. Mõnikord on praktikas ette tulnud olukordi, kus objekti kasutatakse edukalt ja täiesti sihipäraselt, kuid investeeringu elluviimisel on kunstlikult suurendatud investeeringu maksumust, eeltoodud põhjustel, et saada toetuse arvel kaetud võimalikult suur osa investeeringust. Sellistel juhtumitel on taotleja õigusvastast käitumist või vastuolu riigi või EL huvidega oluliselt keerulisem selgitada kuna moraalselt on taotlejale siis keerulisem valet

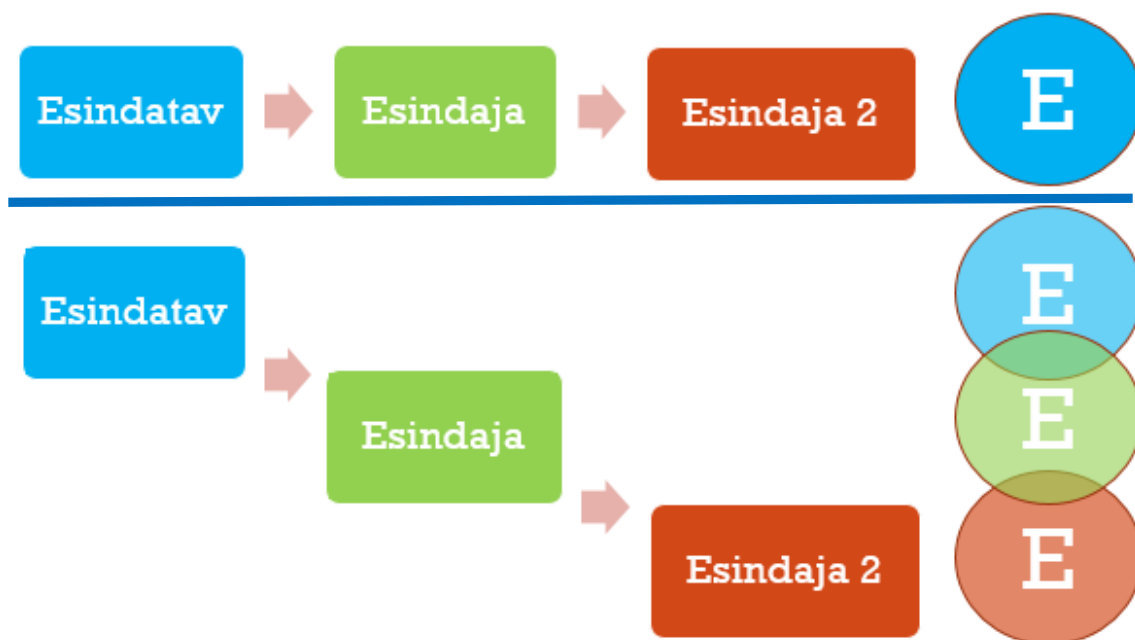
¹¹ Näiteks on olnud PRIA praktikas juhtumeid, kus ettevõtluse „demonstreerimiseks“ näidatakse aastas 1-2 korda ruumide või puhkemaja rentimist tuttavatele või sugulastele, kui võrd toetusreeglite kohaselt peab isik tõendama objekti sihipärasest kasutamisest peale selle kasutuselevõttu 5 aasta jooksul.

käitumist ette heita. Ometi on taotleja sellisel juhul EL huve esindava agendina käitunud EL-i ja ka liikmesriigi huvide vastaselt, kasutades avalikke vahendeid oma investeringu jaoks suuremal määral kui lubatud, mistõttu on võisid teised taotlejad toetusest ilma jääda vahendite lõppemise tõttu.

d) Ehitaja huvi

Ehitaja huvi antud juhul on kõige kaugem EL kui algse printsipaali(esindatava) huvidest ja tema esmane huvi on osutada taotlejale puhkemaja ehitamise teenust. On selge, et ehitaja– tellija(toetuse saaja) suhtest tulenev agendi-printsipaali suhe varjutab kindlasti EL ja ehitaja vahel oleva agendisuhte. Siiski on ka ehitaja vaadeldav agendina EL vahendite kasutamisel, kuna saab tasu teenuse eest EL vahendite arvel. Tavalise konkurentsi tingimustes, kus puhkemaja ehituse finantseerimiseks kasutatakse 100% oma – või laenuvahendeid on tellija sooviks reeglina saada nõuetele vastava kvaliteediga ehitus kätte võimalikult soodsalt. Tellija selgitab sellisel juhul välja nn vähempakkumise konkursi tulemusel. Antud näitel 50% tagastamatu toetuse korral, kui taotlejal on soov kajastada ehituse maksumust tegelikkusest kõrgemana, on vajalik koostöö ehitajaga, kes teeks talle sobiva hinnaga paisutatud hindadega pakkumuse. Seega osaleb võidukaks osutunud ehitaja otseselt EL toetusvahendite ebamõistliku kasutamise ja võib-olla ka mittesihipärase kasutamise korraldamisel, kuigi peaks EL vahendite kasutamisel agendina käituma mõistlikult ja heas usus just EL eesmärke ja huvisid silmas pidades. Samas on ilmne et ehitaja tasandil tegevuse ja huvide seostamine EL huvidega on üsna kaudne ja seetõttu praktikas ka vähe mõtestamist leidnud. Samas oleks väga keeruline väita, et ehitaja puhul puudub igasugune agendi-printsipaali suhe EL huvide kontekstis.

Alljärgneval joonisel on kujutatud esindatava (printsipaali), 1 esindaja (agendi) ja 2 esindaja (agendi) eesmärkide kokkulangevust ehk olukorda kui huvide konflikti ei esine ning juhul kui huvid kattuvad vaid osaliselt st kui huvide konflikt esineb. Esindatavana võime ette kujutada EL toetusfonde või neid rakendavat liikmesriiki, esindajana toetuse saajat ja 2. esindajana näiteks ehitajat.



Joonis 3 Printsipaali-Agendi huvide kokkulangevus ja lahknevus

Kokkuvõtvalt saame väita, et huvide konflikt majanduslikus (sh EL avaliku hankemenetluse) vaates on loomulik printsipaal-agendi suhte tulemus. Agendil (antud juhul avalike vahendite kasutaja) on reeglina parem informeeritus kui printsipaalil, et saada kasu, mis võib olla vastuolus printsipaali eesmärkidega. Selleks, et agenti kohustada järgima ennekõike siiski printsipaali huvisid, soovivad majandusteadlased seada sisse agendi tegevuse jälgimise põhimõtted (mis suurendavad agendi tegevuste läbipaistvus) ja sanktsioonide süsteemid (distsipliini).

Siinjuures on selge, et valitsus (avalikes huvides tegutsejana-ostjana) erineb tavalisest era ostjatest. Valitsus pole üksikisik (juriidiline või füüsiline isik), vaid hierarhiline isikute kollektiiv. Valitsused koosnevad nii valitud kui mittevalitud üksikisikutest. Mittevalitud inimesed teostavad nn bürokraatiat ehk valitsusaparaadi ehk ametkonna. Valitsusaparaat vastutab valitsuse efektiivse toimimise eest. Samas poliitilised valitsuse liikmed jälgivad, et poliitilised valikud ja otsused saaksid valitsusaparaadi poolt ellu viidud. Avalike hangetega seotud otsused tehakse enamasti alati bürokraatide tasemel ja reeglina selleks värvatud isikute (esindajate-agentide) poolt. (Trepte, 2005, lk 5)

Avalike hangete kontekstis eristatakse agenditeoorias kahte tasandit, poliitilist ning bürokratliliku (ametkondlikku) tasandit. Poliitilist tasandit peetakse seejuures agenditeooria alusel printsipaaliks (esindatavaks) ning bürokratide tasandit (agendiks-esindajaks).

Agendisuhe muutub aktuaalseks antud EL avalike hangete kontekstis kahel juhul.

Esiteks ei pruugi printsipaali ja agendi huvid olemuslikult omavahel kattuda ja kindlasti löövad aja jooksul välja ka vastuolud. Teiseks baseeruvad mõlemad tasandit täiesti erinevatel alustel välise maailma suhtes (valitud vs värvatud/ametisse palgatud). Hangete kontekstis tähendab see, et agent on palju lähemal reaalsele hankeprotsessile ning omab tõenäoliselt oluliselt rohkem infot turuolukorra ja pakkujate kohta kui printsipaal¹². Sellest tekibki informatsiooni ebakõla esindaja ja esindatava vahel. Kuid info ebakõla ei valitse üksnes printsipaali (poliitikud¹³) ja agendi (bürokraadid/ametnikud) vahel vaid ka sealte edasi, agendi ja omakorda tema lepingupartnerite suhtes (millest kasvab välja eraldi nn alam-agendisuhe) (Trepte, 2005, lk 6). Sisuliselt tekib seeläbi olukord, kus nn alam-agendisuhtest moodustub taas omakorda teatav printsipaali-agendi suhe, kus algne agent muutub alam-agendi jaoks printsipaaliks.

Miks siiski tekib agendil huvi käituda agendisuhtes omakasupüüdlilikult?

Seda on selgitatud asjaoluga, et agent omab alati informatsiooni, mida printsipaal ehk esindatav ei oma. Majanduses kasutatakse selleks terminit „asümmeetriline informatsioon“. See tähendab, et agent valdab täielikku infot kogu esindamiseks vajaliku avaliku hanke protsessi, pakkujate, teenuste, toodete jms kohta. Sellest tulenebki agendi informatsiooniline eeliseisund esindatava (printsipaali) suhtes, mida agent võib ära kasutada muu hulgas ka isikliku kasu saamiseks. Kuid sellega erisused veel ei piirdu. Agendil on omakorda informatsiooniline mahajäämus võrreldes pakkujatega ja lõpuks ka isikutega, kes saavad hanke tulemusel lepingu konkreetsete toodete või teenuste osas, küll mitte alati aga tervikliku turusituatsiooni osas. (Trepte, 2005, lk 8). Printsipaali jaoks võib see informatsiooni defitsiit kaasa tuua kolme tüüpi agendi ebasoovitavat käitumist:

¹² Autori märkus: Printsipaal ongi teadlikult andnud selles osas oma huvide esindamise agendile.

¹³ Autori märkus: Üldise huvi aspektist vaadatuna on ka poliitikud agendi staatuses.

varjatud tegevused, varjatud teadmised/oskused, informatsiooni varjamine (Palazzo, et al., 2008, lk 6).

Teoorias on räägitud veel ühest agendisuhte elemendist seoses avalike hangetega, millega tuleb arvestada ja selleks on avalik huvi. Max Weber on oletanud, et iga avalikku huvi esindav agent on oma kohustuste täitmisel seotud demokraatlikult valitud printsipaali huvide esindamisega, kuid agenditeooria näitel võime öelda, et alati ei pruugi agent oma eeldatavaid kohustusi printsipaali huvides täita. Sellest mõttekonstruktsioonist lähtub ka üldisem eeldus, et millised ka poleks agendi (tavaliselt peetakse silmas ka valitsusi) konkreetsed eelistused või eesmärgid, peaks sellise agendi või valitsuse (mis ise on samuti agendi staatuses rahva, riigi üldise huvide esindamisel) huvi siiski olema sotsiaalse heaolu suurendamine. Loomulikult eeldatakse avalike huvide esindamisel printsipaali kui agendi puhul korruptsiooni ja ebakompetentsuse puudumist. (Trepte, 2005, lk 9)

2.6 Teooria kokkuvõte

Agenditeooria kasutamine hankemenetluse iseloomustamiseks ja analüüsimiseks on üsna levinud ning sotsiaalteaduste alases kirjanduses on seda ka sageli tehtud. Agenditeooria kohaselt on avaliku hanke läbiviijat peetud pigem agendiks, kes esindab ühte või mitut esindatavat (printsipaali). Esindatav erineb sõltuvalt poliitilistest kultuuridest. Ameerika Ühendriikide näitel võidakse printsipaaliks pidada nii „maksumaksjat“, valitsust või kongressi, monarhiates on printsipaaliks loomulikult kuningas. Mida keerulisem (abstraktsem, kaugem) on agendi/ametniku suhe (kuningas, parlament), seda suurema tõenäosusega tekib informatsiooni asümmeetrilisus (agent teab oluliselt rohkem) ning seda olulisemaks muutuba vajadus agente kontrollida. (Yukins, 2010, lk 66-67)

Avalike hangete puhul on printsipaal-agendi suhe laiem, hõlmates lisaks tavapärasele suhtele (printsipaal-poliitik > agent-ametnik) ka töövõtjad (alam-agendi rollis), kes samuti peaksid tegustema algse printsipaali huvides, kelle vahendite arvel nad tegutsevad, et täita printsipaali seatud üldisi eesmärgi. Kui riik on printsipaal ja tema esindaja on lepinguline ametnik ehk agent, siis tema töövõtja (lepingupartner) on omaette agent ehk alam-agent. Agendi kõrvalkaldumine printsipaali eesmärkidest, mõjutab automaatselt ka

lepingupartnerite - töövõtjate käitumist, kes ise muutuvad agendiks põhiagendi silmis. Selline olukord võib kaasa tuua omakorda huvide konfliktid nii agendi kui tema töövõtja tasemel. Üha asümmeetrilisem (erinevam) informatsioon printsipaali (esindatav), agendi (ametnik) ja alamagendi (töövõtja) vahel suurendab omakorda riski, et just töövõtja tasemel toimub selle informatsiooni kuritarvitamine ehk realiseerub huvide konflikt, mistõttu jäävad märkamata ja saavad kahjustatud algse/peamise printsipaali huvid. (Yukins, 2010, lk 67 - 68)

Teooria kokkuvõtteks võib välja tuua järgmised edasise töö jaoks olulisemad tähelepanekud.

- Konflikt eeldab alati vähemalt kahte osapoolt.
- Huvide konflikti tekkimise 3 eeldust on printsipaali ja agendi erinevad huvid/isiklikud kasud; printsipaali poolt agendi tegevuse madal kontrollivõimekus; agentide vahel piisava konkurentsi puudumine.
- Huvide konflikti juures on oluline lojaalsus, mis võib olla minimaalne nõutav seaduse alusel, või isiku enda tahtest ja moraalist tulenev absoluutne lojaalsus.
- Huvide konflikti avalikes hangetes iseloomustavad sageli agentide ja alam-agentide paljusus, algse printsipaali (riik, rahvas jne) abstraktsus, „kaugus“ agentidest, printsipaalide paljusus, avalik huvi. Avalike hangete juures on agentide mõiste palju laiem, ulatudes ka töövõtjate ning tehingupartneriteni. Avalike hangete puhul on sagedane nn agendi rolli edasikandumine.
- Avalike hangete puhul on informatsioon algse printsipaali, kuni kõige viimse lüli agendini väga asümmeetriline ebavõrdne agentide kasuks.

3. HUVIDE KONFLIKTI VÄLTIMINE EL AVALIKES HANGETES

Senise töö käigus on otsitud vastust konflikti olemusele ja agenditeooria baasil vastuseid küsimusele, miks huvide konfliktid tekivad. Kokkuvõtvalt on huvide konflikti eelduseks esindatava (printsipaali) ja esindaja (agendi) vaheline huvide lahknevus. Peamiseks põhjusteks, mis suurendavad huvide konflikti tõenäosust, on agendi suurem informeeritus võrreldes printsipaaliga (informatsiooni asümmeetria), printsipaalide paljusus, abstraktsus, üldisus, mis muudab printsipaali huvid agendi jaoks kaugemaks ja ebaselgemaks võrreldes agendi isiklike huvidega. Eriti oluline on see avalike hangete kontekstis, kus algne printsipaal on ühiskond, maksumaksjad (abstraktne avalik huvi) ning kus avalike vahendite abil on eesmärgiks ühiskondliku heaolu suurendamine, mitte otseselt kellelgi rahaliste vahendite jagamine. Toetused on selles kontekstis üksnes vahendiks, mitte eesmärgiks. See omakorda muudab ka kõik avalike vahendite jagamise institutsioonid (sh poliitilised), rakendamise ja kasutamise seotud ametkonnad ja isikud ning toetuste saajad ja sellest kasusaajad sisuliselt agentideks, ühiskonna (avaliku huvi kandja) kui algse printsipaali vaates.

Nagu öeldud, mida kaugem ja abstraktsem on agendi-printsipaali vaheline side või rohkem on printsipaale (killustatus), seda vähemolulisem tundub printsipaali huvi agentide jaoks. Seetõttu on käesoleva uurimistöö kontekstis oluline välja selgitada, millised on need minimaalsed avalikud huvid, mille peab EL avalike vahendite kasutamise puhul arvestama sõltumata sellest, kas tegemist on riigihankereeglitele alluvate või sellest väljajäävate hangetega.

Käesoleva töö empiirilise osa võib tinglikult jagada kolmeks uurimissuunaks.

Esimese suund uurib praktiliste näidete ja kehtiva EL õiguse pinnal seda, kuidas huvide konflikt avalike hangete puhul üldiselt kahjustab EL-i huvisid ja kui kitsalt või laialt on seni agendirolli seoses huvide konflikti vältimisega osatud sisustada.

Teine uurimissuund uurib, milles seisneb huvide konflikti problemaatika just mitteriigihankeliste avalike hangete osas ja sh eelkõige hangete osas, mis jäävad alla

riigihangete piirmäära. Selleks analüüsitakse nii praktilisi näiteid kui ka EL huvide konflikti vältimise juhiseid¹⁴, mille väljatöötamisel õnnetus autoril ka osaleda.

Kolmas uurimissuund (mahukaim) võtab vaatluse alla EL-i õiguspraktika analüüsimise vaadatuna kahest aspektist. Esiteks analüüsitakse EL-i õiguspraktikat ning Euroopa Komisjoni tõlgendusi seoses vaidlustega, kus on arutluse all EL aluspõhimõtete otsekohaldatavus avalikele hangetele, mis jäävad väljapoole EL riigihankedirektiivide toimeala ja teiseks analüüsitakse EL kohtupraktikat seoses EL toetustega, kus on ilmnunud huvide konfliktid. Empiirilises toodud näidete puhul on juhtumeid analüüsitud ka agenditeooria kontekstis.

3.3 Huvide konflikti vältimise olulisus EL-i vaates.

Üldiselt saab väita, et huvide konflikti esinemine EL avalike vahendite kasutamisel, sõltumata kellest konflikt lähtub, kahjustab EL avalikku ehk üldist huvi ning EL finantshuve ja EL toimimise aluspõhimõtteid. Järgnevalt uurime, miks see nii on.

Analüüsimiseks uurime, kuidas on huvide konflikti vältimise vajadust põhjendatud eelkõige seoses korrupsiooniga ja riigihangetele kehtestatud üldiste põhimõtete tagamisega näiteks läbipaistvuse, võrdse kohtlemise, ausa konkurentsi jne kaudu.

Üks enamlevinumaid viise, kuidas huvide konflikti pahelisust selgitada, on läbi korrupsiooni prisma. Avalikud hanked on seotud mitme erineva osapoolega ja võtmerollis on võimalik altkäemaksu või muu mittelubatava hüve saaja ja pakkuja. Pakkujaks on enamasti huvipool, kes hankel osalemise tulemusena soovib saada tegelikult lepingu täitjaks (seejuures võib see olla nii pakkuja ise, allhankijad või nendele kaupade või teenuste tarnijad). Altkäemaksusaajaks on tavapäraselt hanget läbiviiv asutus või selle vastutav ametnik, kelle võimuses on langetada otsus ja sõlmida leping. Sageli ei liigu altkäemaks aga otse hankija ja pakkuja vahel, vaid selle asemel kasutatakse esindajaid, konsultante või muid vahelülisid altkäemaksu varjamiseks. Korrupsioon üldistatult tähendabki – läbipistva ning parimat hinda ja kvaliteeti tagava hankeprotsessi põhimõtete eiramist. Riigihanke reformide raames tegeletakse eraldi konkurentsi

¹⁴ (OLAF huvide konflikti vältimise juhised AGRI, 2015)

tagamise ja läbipaistvuse teemadega, samal ajal kui avalike vahendite kasutamise usaldusväarsuse (*integrit - ausameelsus*) on jäetud eraldi korruptsioonivastaste meetmete korraldada. (Gabriella M. Racca , Christopher R. Yukins, 2014, lk 3).

Nähtuvalt korruptsiooni definitsioonist on selles oluline koht läbipaistvusel. Ilmneb, et läbipaistvus on huvide konflikti üks suuremaid „vaenlasi“, mistõttu on nii teoorias kui ka õiguses suur rõhk huvide konflikti vältimisel pööratud avalike vahendite kasutamise läbipaistvuse suurendamisele. Vaatamegi järgnevalt, kuidas väljendub läbipaistvuse olulisus huvide konflikti vältimisel.

Vaatamata EL riigihankereeglite keerulisusele, sai juba nende loomise algusest peale selgeks riigihangete läbipaistvuse olulisus, mil selline nõue ka kehtestati. Näiteks põhjendati riigihankedirektiivide vajalikkust sellega, et võrdsete konkurentsitingimuste tagamiseks kõigis liikmesriikides, oli kõikjal vajalik tagada ühetaoliselt läbipaistev riigihangete läbiviimine selliselt, et selle nõude täitmist oleks võimalik ka teistel kontrollida. Õige pea vajas see ka Euroopa Liidu Kohtu seisukohta-selgitust, mille järgi eeldab läbipaistvuse kohustus, et hanke läbiviijal lasub hoolsuskohustus veenduda, et hankel oleks võimalik osaleda kõigil sobilikel pakkujatel ning kohustus tagada hanke piisav avalikustamine tagamaks maksimaalselt vaba konkurentsi eeliste ärakasutamine ja teenuste ja kaupade vaba liikumise põhimõtte järgimine. Oluline on ka hankeprotseduuri sõltumatu ja erapooletu läbiviimine (Trepte, 2005, lk 15-16).

Näiteks hankele kvalifitseerumistingimuste läbipaistvuse tagamiseks pole oluline üksnes hankekutsete-teadete avalik avaldamine, vaid ka kõigile pakkujatele ühesuguse kirjaliku tagasiside andmine, nagu ka tagasiside andmine neile, kelle pakkumised on tagasi lükatud, sõltumata tagasilükkamise põhjusest.

Üldiselt selgitatakse hanke võitja välja kahe võimaliku meetodi alusel, milleks on kas 1) madalaima hinna meetod või 2) soodsaim hind koomõjus eelnevalt määratletud ja pakkumisdokumentides kirjeldatud kriteeriumitega. Viimati nimetatud võimalust on raske konkreetselt defineerida, sest ühtne standard ja terminoloogia selle meetodi osas puudub. Rahvusvaheliste laenuagentuuride poolt on kasutatud ka määratlust „madalaim,

kaalitud nõuetele vastav pakkumine“¹⁵. EL-i süsteemis on kasutatud ka määratlust kui „majanduslikult soodsaim pakkumine“¹⁶. (Trepte, 2005, lk 19). Kahtlemata on viimati nimetatud valikumeetod keerulisem ja võib tunduda ka läbipaistmatum, kuid samas ei pruugi ka lihtsam ja selgem „madalaima hinna meetod“ alati tagada parimal moel printsipaali ehk EL-i huvide kaitset ning võib eelisseisundisse seada hoopis need pakkujad, kelle madalam hind on tingitud ebaausatest võtetest, näiteks maksudega mitteamvestamine vms.

Siinjuures on huvitav jälgida praktikas täheldatud fenomeni kus tavaliste riigihangete puhul, kuhu pole finantseerimiseks kaasatud EL toetusvahendeid, kipuvad probleemiks olema pigem ebaloomulikud alapakkumised. Nende puhul on hanke korraldajaks reeglina avalikõiguslikud asutused ning pakkujateks eraettevõtted ning viimased püüavad mõnikord kasutada ka ebaausaid võtteid, millest teadlik alapakkumine on üks levinumaid, et iga hinna eest hanked võita.

Seevastu EL vahenditest kaasrahastatud hangete puhul, kipuvad hinnad olema pigem ülepaisutatud. Huvide konflikti vaatenurgast on selline erinevus põhjendatav sellega, et EL toetusvahendite kaasrahastuse korral investeeringuteks, on toetuse saajaks ja seega ka hanke korraldajaks reeglina eraõiguslik isik¹⁷ ning reeglina kaasfinantseeritakse EL-i vahenditest abikõlblikku investeeringut vaid osaliselt, näiteks suurusjärgus 40%-60%. See tingib sageli olukorra, kus toetuse saajal, olles ise ka hanke läbiviija, on kasulik näidata objekti hinda tegelikust kallimana, et saada suurem osa finantseeritud toetuse EL toetuse arvel, mille tulemusena jääb faktiline omafinantseeringu osa väiksemaks või puudub sootuks. Seda olukorda on hea kirjeldada ka järgmise näite abil.

Näide 1

Eraisikust taotleja soovib saada toetust maapiirkonda uue tootmishoone rajamiseks maksumusega 80 000 eurot. Toetuse osakaal abikõlblikust investeeringust tohib olla maksimaalselt 50% ehk antud juhul 40 000 eurot. See tähendab, et taotleja kanda jääb omaosalus 40 000 eurot. Omaosaluse tasumiseks võib toetuse saaja laenu- või omavahendite arvel. Kuid sageli ei soovi toetuse saajad nimetatud osas kulutusi kanda, mistõttu on vajalik tagada võidukas pakkumine,

¹⁵ inglise keeles: lowest evaluated substantially responsive bid

¹⁶ inglise keeles: most economically advantageous tender

¹⁷ Eelkõige on silmas peetud EL maaeluarengu fondist makstavaid investeeringutoetusi, kus sellised toetused moodustavad üle 95%.

mis oleks tegelikult maksumusest nii palju suurem, et 50% (toetuse maksimummäär) kataks 100% ehituse maksumusest. Seetõttu peab parim pakkumine olema vähemalt summas 160 000 eurot, millest toetuse osa moodustabki 80 000 eurot.¹⁸ Loomulikult on olemas viisid, kuidas tekitada üksnes mulje 160 000 euro ja sh ka omaosaluse 40 000 euro ulatuses, kuid lõpptulemusena tekib ikkagi olukord, kus toetusvahenditega makstakse kinni 100% tegelikust tootmishoone maksumusest.

Selle näite puhul on tegemist ilmselge huvide konfliktiga.

EL-i huvides on toetada teatud maapiirkondades ettevõtlust, mille lõpptulemusena peaks elujärg maapiirkondades paranema, seoses lisanduvate töökohtade, suureneva kaupade, teenuse lisandväärtuse, ekspordivõimekuse jms toel. Selleks toetataksegi maapiirkonda tootmisettevõtete rajamist. Sama soov on ka näites toodud ettevõtjal, kes soovib rajada maapiirkonda uue tootmishoone ja mis lõpptulemusena nii juhtubki. Nii võib tunduda, et huvide konflikt puudub, sest eesmärk rajada maapiirkonda tootmisettevõtte, mille tulemusel lisanduksid uued töökohad, suureneks ekspordivõimekus, lisandväärtus ja piirkonna üldine elujärg on justkui täidetud.

Käesoleva näite puhul on probleemiks aga hoopis EL-i kui printsipaali finantshuvid, mida on agendi kui eraettevõttest toetuse saaja poolt kuritarvitatud selliselt, et pettusega on EL vahenditest finantseeritud terves ulatuses tootmishoone ehitust õiguspärase 50% asemel. Samuti on selline olukord tekitanud ebavõrdse kohtlemise nende sarnastes tingimustes olevate toetuse saajate suhtes, kes oma investeringuks on toetust saanud lubatud 50% ulatuses ja kes pidid omaosaluse tarbeks tegema kulutusi laenuressursi kasutamise näol või omavahendite arvel. Samuti on üsna tõenäoline, et mõni toetuse taotleja on jäänud tänu näites toodud taotleja kasuistlikule käitumisele toetusest ilma seoses toetusvahendite lõppemisega. Ausa käitumise puhul, pidanuks sama tulemus saavutamiseks avalikku raha kulutama üksnes 40 000 euro ulatuses.

Võttes näite tulemus kokku riigihankepõhimõtete valguses, saame järeldada, et

- 1) taotleja ei ole kasutanud rahalisi vahendeid säästlikult ja otstarbekalt ning saavutanud hanke eesmärki mõistliku hinnaga, tagades konkurentsi korral

¹⁸ Tähelepanu tasub pöörata ka asjaolule, et kui võidukas pakkumine peab olema 2 x turuhinnast kallim, siis ülejäänud „konkureerivad“ pakkumised peavad olema veelgi kallimad. Sellise olukorra tekkimine tõeliselt avatud konkurentsitingimustes aga ei ole võimalik.

erinevate pakkumuste võrdlemise teel parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhtes;

- 2) taotleja ei ole taganud hanke läbipaistvust ja kontrollitavust;
- 3) taotleja ei ole kohelnud kõiki isikuid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning pole jälginud, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud;
- 4) tagatu ei ole olemasoleva konkurentsi efektiivne ärakasutamine hankel
- 5) taotleja ei ole vältinud konkurentsi kahjustavat huvide konflikti;

Selle näite puhul on huvitav tähele panna ka seda kuidas avaldub huvide konflikti üks 3-st eeldusest agentide vahelise piisava konkurentsi puudumine. Toetuse saaja, olles üheltpoolt toetuse saajana agendi positsioonis, on hankijana samal ajal printsipaali rollis. Selleks, et toetuse saajana (agendina) toetuse arvel saada maksimaalset isiklikku kasu¹⁹ tuleb tal sisuliselt likvideerida agentide paljusus. Selleks, et tagada toetuse arvel maksimaalselt suurem kasu saamise võimalus, tuleb luua kunstlik agentide paljusus, st tegelikkuses korraldada asjaolud nii, et parim pakkumine oleks 2 x turuhinnast kõrgem, mis ilmselgelt ei saaks juhtuda avatud konkurentsi tingimustes.

Toodud näide ilmestab selgelt, et huvide konflikt EL –i kui avalike vahendite kasutamisel on ilmne ja eelkõige on tingitud see printsipaali kui abstraktse isiku eesmärkidest, mis on samuti toetuse saaja jaoks abstraktsed. Toetuse saajale võib jääda mulje, et tema toetamine ongi kogu tegevus lõppeesmärk, mõistmata, et tema roll on olla agent ehk EL huvide väärikas esindaja suuremate eesmärkide saavutamiseks. Nii nagu eeltoodud näites toetuse saaja roll, nii ei ole ka läbipaistvuse tagamine avalike hangete puhul eesmärk iseeneses, vaid vahend, mis aitab kaasa üldisemate EL eesmärkide saavutamisele.

Milliseid EL toimimise lepingus sätestatud aluspõhimõtteid tuleb riigihangete sõlmimisel järgida on selgelt kirjas uues EL Riigihangete direktiivi²⁰ preambula punktis 1, mille kohaselt: „*Riigihankelepingute sõlmimine liikmesriikide ametiasutuste poolt või nende nimel peab toimuma Euroopa Liidu toimimise lepingus (ELi toimimise leping) sätestatud*

¹⁹ Autori märkus: Investeeringu eest tasumine 100% ulatuses toetusvahendite arvel

²⁰ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26.02.2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta.

põhimõtete alusel ning järgides eelkõige kaupade vaba liikumise, asutamisevabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtteid ning nendest tulenevaid põhimõtteid, nagu võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine, vastastikune tunnustamine, proportsionaalsus ja läbipaistvus. Teatavat maksumust ületavate riigihankelepingute puhul oleks siiski vaja riiklike hankemenetlusi kooskõlastavaid sätteid, mis aitaksid tagada, et kõnealuseid põhimõtteid praktikas järgitakse ning et riigihanked oleksid konkurentsile avatud.“

Kuid siin on üks probleem. Nimel sätestab kõnealuse EL riigihankedirektiivi preambula punkt 4, et

- 1) Riigihankeid käsitlevate liidu eeskirjade eesmärk ei ole hõlmata kõiki avaliku sektori vahenditest tehtavaid väljamakseid, vaid ainult neid, mille eesmärk on hankida tasu eest ehitustöid, asju ja teenuseid riigihankelepingu alusel. Tuleks selgitada, et selline ehitustööde, asjade ja teenuste hankimine peaks olema käesoleva direktiiviga hõlmatud sõltumata sellest, kas seda tehakse ostmise, liisimise või muus lepingulises vormis.
- 2) Hankimist tuleks siinkohal mõista laiemas tähenduses ehitustöödest, asjadest ja teenustest tulenevate hüvede saamisena, millega ei kaasne tingimata omandiõiguse üleminekut avaliku sektori hankijale.
- 3) Lisaks ei kuulu tavaliselt riigihangete eeskirjade kohaldamisalasse ka mõne tegevuse pelk rahastamine, eelkõige toetuste kaudu, mis on tihti seotud kohustusega hüvitada saadud summad, kui neid ei kasutata eesmärgipäraselt.
- 4) Sarnaselt sellele ei tuleks käsitada hankena, vaid lihtsalt loa andmise süsteemina (nt loa andmine ravimite või raviteenuste puhul), olukordi, mille puhul kõikidel teatavald tingimusi täitvatel ettevõtjatel on õigus täita teatavat ülesannet, ilma et oleks toimunud mingit valikumenetlust, näiteks tarbijate võimalus valida või teenuskupongide süsteemid. Viidatud kehtivast EL hankedirektiivist võib järeldada, et kuigi riigihangetele kui avalikele hangetele kehtivad EL toimimise lepingu põhimõtted (preambula p1) ei kohaldu need tavalise rahastamise korral, eelkõige toetuste kaudu, mis on tihti seotud kohustusega hüvitada saadud summad, kui neid ei kasutata eesmärgipäraselt (preambula p4).

Rääkides huvide konflikti vältimise vajadusest üldiselt, peame küsima, et milliseid eesmärke see aitab saavutada. Huvide konflikti ei saa olemuslikult eksisteerida, kui

puuduks vastuolu Euroopa Liidu kui printsipaali huvide, väärtuse, eesmärkide ja huvide ning agendi (EL vahendite suunaja, kasutaja, kasusaaja) huvide vahel.

Sellest tulenevalt ongi oluline vaadelda olemasolevat EL õigust ning kohtupraktikat juhtumite osas, kus riigihankeõigus ei kohaldu.

Huvide konfliktiga seoses on ainukene EL toetusfondide ülene otsekohalduv Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus 1303/2013²¹ (edaspidi Ühissätete määrus), mis sätestab huvide konflikti vältimise järgmistel juhtudel:

1) Euroopa Komisjonile antava õigusega kehtestada liikmesriikidele peamised eesmärgid ja head tavad juhtudel, kui korraldusasutus kaasab asjaomaseid partnereid projektikonkursside ettevalmistamisse, ning eeskätt head tavad võimalike huvikonfliktide vältimiseks juhtudel, kui on võimalus, et asjaomased partnerid on ka võimalikud toetusesaajad.

2) Erinevate toetuskeemide (kohalike algatusrühmade poolt rahastamisel ja rahastamisvahendite puhul) kohustusega tagada mittediskrimineeriv ja läbipaistev valikumenetlus, tegevuste objektiivsete valikukriteeriumide koostamine, finantsvahendajate valimine selliselt, et välditakse huvide konflikte .

Üldist ja käesoleva teooria baasil kaugeleulatuvat huvide konflikti vältimise kohustust viidatud fondide ülesest Ühissätetest ei leia.

Viidatud Ühissätete määrusest järgmine EL tasemel horisontaalselt üle kõigi toetusfondide kohalduv õigusakt, millest on võimalik tuletada mh avalike vahendite kasutamisel huvide konflikti vältimise kohustus, on EL finantsmäärus, milles on üsna palju tähelepanu pööratud ka huvide konflikti mõiste avamisele ja huvide konflikti vältimisele. Samas on avalike hangete juures võtmetähtsusega jätkuvalt see, kuidas lahendatakse majanduses tuntud agent-printsipaali ehk esindaja-esindatava huvide konflikti probleemi, avaliku hanke menetluses osalevad ja kasusaajad osapooled, kes kõik on „maksumaksja“ (printsipaal) vahendite korraldamise ja kasutamise osas agendi rollis. Avalike hangete puhul kasutavad valitsused tavaliselt esindajaid /agente, ametkondi ja

²¹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) nr 1303/2013, 17. detsember 2013 , millega kehtestatakse ühissätted Euroopa Regionaalarengu Fondi, Euroopa Sotsiaalfondi, Ühtekuuluvusfondi, Euroopa Maaelu Arengu Euroopa Põllumajandusfondi ning Euroopa Merendus- ja Kalandusfondi kohta, nähakse ette üldsätted Euroopa Regionaalarengu Fondi, Euroopa Sotsiaalfondi, Ühtekuuluvusfondi ja Euroopa Merendus- ja Kalandusfondi kohta ning tunnistatakse kehtetuks nõukogu määrus (EÜ) nr 1083/2006.

ametnikke, kui vahendajaid. Peamiselt tehakse seda seetõttu, et ei olda kindlad, kes kannab hankemenetluses printsipaali ehk esindatava rolli, kas see on õigusaktide kogum, rahvas või ametiasutus. Seega kindla ülesande saanud ametniku näol tekib konkreetne isik, kes kannab printsipaali kollektiivset rolli. Seega volitatud ametnik, olles ise avalikkuse esindaja (agent), peab täitma printsipaali ehk tema esindatava rolli avalike vahendite kasutamise korraldamisel. (Gabiella M. Racca, Christopher R. Yukins, 2014, lk 4-5)

Avalike vahendite ausa ja usaldusväärse kasutamise põhimõte on avatud Euroopa Parlamendi uurimuses Euroopa Liidus avaldunud erinevate korruptsiooniilmingute kohta sh toetuste jagamisel (M. Beke; F. Cardona; R. Blomeyer, 2013, lk 19). Selles uuringus kasutatud OECD määratluse järgi on ausa ning usaldusväärse avalike vahendite kasutamise näol tegemist avalike vahendite, ressursside ja võimu kasutamisega üksnes selleks ettenähtud otstarbel ning üksnes avalikes huvides. See tähendab, et hankeprotseduurid on läbipaistvad, toetades kõigi pakkujate ja tarnijate ausat ja võrdset kohtlemist, hankemenetluse läbiviijad juhivad oma organisatsiooni eesmärkidest ning on olemas vajalikud otsuste vaidlustamise ning usaldusväärse kontrollimise sh tsiviilkontrolli süsteemid.

EP korruptsiooniuringu kohaselt nähakse tõsisemid minetusi avalike hangete reeglite järgimisel korruptsiooni osana, mis võib avalduda erinevates vormides. Uuringus on hankereeglite korruptsiooniilmingute liigitamisel lähtutud ÜRO korruptsioonivastasest konventsioonist (UNCAC²²), mille järgi avaldub avalike hangetega seotud korruptsioon

- Tavalise korruptsioonina – mis sisaldab tähendab ametniku otsuse mõjutamist tasu eest ja selle vastuvõtmist lepingupartnerite valikul või lepingu täitmise osas. Sisuliselt tähendab see ametniku poolt talle usaldatud avaliku võimu/volituste kuritarvitamist isiklikel eesmärkidel.
- Pettuse vormis – mis tähendab reeglina olulise info varjamist või võltsimist saamaks eeliseid valikuprotsessis või lepingu täitmisel.
- Varjatud kokkulepete vormis – mis tähendab tavapäraselt kahe või enama pakkuja või muu osapoole vahelisi varjatud kokkuleppeid, hinna, turujagamise vms osas. Sellised

²² ÜRO resolutsioon nr 55/61 (04.12.2000); <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>

juhtumid võivad esineda nii hanke läbiviija teadmata kui ka (vaikival) teadmisel ja heakskiidul.

- Ebaseadusliku sunni või ähvardamise vormis, mis tähendab ähvardust isikute või nende varaliste huvide kahjustamisega ähvardamist, kui nad ei käitu soovitud viisil ehk sisuliselt on tegemist väljapressimisega. (M. Beke; F. Cardona; R. Blomeyer, 2013, lk 28) Kuigi eelnev on kirja pandud avalike hangete aspektist, siis on ilmne, et olemuslikult mahuvad selle alla ka see osa avalikest hangetest, millele riigihankereeglid ei kohaldu.

Nii Euroopa Liidu õiguses kui ka Eesti õiguses on otsesõnu sätestatud kohustus vältida huvide konflikti eelkõige riigihangete raames. Euroopa Liidu teises õiguses sisaldub huvide konflikti vältimise viiteid Euroopa Liidu eelarve eeskirjades kuid ka Euroopa Liidu riigihankedirektiivides.

Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26.02.2014 vastu võetud direktiivi nr 2014/24/EL²³ (Riigihangete direktiiv, 2014) preambula p 16 sätestab otsesõnu, et avaliku sektori hankijad peaksid kasutama kõiki siseriiklike õigusnormide kohaselt nende käsutuses olevaid võimalikke vahendeid, et hoida hankemenetlustes ära huvide konfliktidest tulenevad moonutused. See võiks hõlmata menetlusi huvide konfliktide tuvastamiseks, vältimiseks ja heastamiseks.

Euroopa Liidu üldeelarve eeskirju kehtestava määruse 966/2012²⁴ (EL finantsmäärus, 2012) muutmise määrusega 2015/1929²⁵ (EL finantsmäärus 2015) eristatakse „huvide konflikti“ ja „ametialaste käitumisreeglite olulist rikkumist“ ning „ametialast konfliktset huvi“. Siiski on autori hinnangul kõik nimetatud olukorrad seotud ebaõiglase eelise saamisega või sellise võimaluse loomisega EL vahendite kasutamisel ehk kokkuvõtvalt EL huvide kahjustamisega ja seda alljärgnevatel kaalutlustel.

²³ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (vaadatud 29.02.2014) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&rid=1>, ELT 28.03.2014 L 94/65

²⁴ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL, EURATOM) nr 966/2012, 25. oktoober 2012, mis käsitleb Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju ning millega muudetakse nõukogu määrust (EÜ, Euratom) nr 1605/2002, ELT 26.10.2012 L 298/1 (edaspidi Finantsmäärus)

²⁵ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL, EURATOM) 2015/1929, 28. oktoober 2015, millega muudetakse määrust (EL, Euratom) nr 966/2012, mis käsitleb Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R1929&from=ET> (kasutatud 19.02.2016)

EL Finantsmääruse 2015 preambula punkti 24 kohaselt, on asjakohane tuvastada juhtumeid, millele tavapäraselt osutatakse kui „huvide konflikti” olukordadele, ning neid eristatult käsitleda. Mõistet „huvide konflikt” tuleks kasutada ainult juhtudel, kui niisugusesse olukorda on sattunud liidu institutsiooni ametnik või teenistuja. Kui ettevõtja püüab menetlust alusetult mõjutada või omandada konfidentsiaalset teavet, tuleks seda käsitada „ametialaste käitumisreeglite raske rikkumisena”. Lisaks võivad ettevõtjad sattuda olukorda, kus neid ei tohiks valida lepingut täitma ametialase konfliktse huvi tõttu. Näiteks ei tohiks äriühing hinnata projekti, milles ta ise on osalenud, ega audiitoril ei tohiks olla võimalust auditeerida tema poolt eelnevalt kinnitatud raamatupidamise aastaaruandeid.

Arvestades käesoleva töö teoreetilist tausta ning uurimistöö fookuses olevat probleemistikku olen kriitiline viidatud preambula p 24 esitatud tõlgenduse suhtes, mille järgi seotakse huvide konflikti mõiste üksnes liidu institutsiooni ametniku või teenistuja staatusega ning teiste isikute poolne kasuistlik st EL-i huvide vastast käitumist loetakse üksnes ametialaste käitumisreeglite rikkumiseks või ametialaseks konfliktseks huviks. Viimati nimetatut ei erinegi olemuselt huvide konflikti üldmõistest ja seda ebaselgem on vajadus seda eristada ametnikuga seotud huvide konfliktist või kuidagi teisiti defineerida, kui sellel puudub teoreetiline alus ja praktiline tarvidus. Sellise eristamise probleem seisneb autori hinnangul selles, et agendi mõistet EL üldiste huvide kontekstis nähakse liialt kitsalt. Olemuslikult ei ole ju vahet, milline lüli vertikaalse agendisuhete jadast ja millisel isiklikul motiivil kaldub kõrvale EL kui algse printsipaali tegelikest huvidest ja väärtustest. Olemuslikult ei ole vahet, kas selleks on ametnik (agent), kes omakasu ajendil või muul motiivil loob eelistingimused konkreetse pakkuja huve silmas pidades või hoopiski võidukaks osunud pakkuja (alamagent), kes on teadvalt eksitanud ametnikke valeandmete esitamisega, saades alusetu eelise teiste pakkujate ees olles seetõttu saanud ebaõiglaselt võimaluse tegutseda avalike vahendite arvel. Kriitika aluseks oleva huvide konflikti suhtes erineva terminoloogia kasutamise nõrkuseks saab pidada ka seda, et selles kontseptsioonis ei võeta arvesse seda, et avalike vahendite printsipaal (EL ja selle kodanikkond ehk avalik huvi) on ühtlasi ka lõplik sisuline kasusaaja. Näiteks EL-i toetuste puhul ei ole sooviks osta teenuseid või kaupu toetuste taotlejatele või tekitada käivet kaupade teenuste müüjatele, kellel on võimalus teenida EL vahendite arvel, vaid

eesmärgiks on üldise või konkreetses osas ühiskondlikku elujärje paranemine. Seega olen seisukohal, et huvide konflikti kohta erineva terminoloogia kasutamine, nagu seda on tehtud EL finantsmääruse 2015 preambulas, ei ole teoreetiliselt ega ka praktiliselt põhjendamist leidnud.

Kokkuvõtvalt on agendi rolli kitsas tõlgendamine viinud selleni, et EL-i õiguses puudub selge viide kohustusele järgida avalike hangete läbipaistvust ning sellest tulenevaid teisi põhimõtteid ja vältida huvide konflikte muu hulgas ka hangete puhul, mis jäävad allapoole EL-i või siseriiklikult kehtestatud riigihankepiirmäärasid.

Abstraktsel printsipaalil ehk Euroopa Liidul või selle kodanikul võib seepeale tekkida õigustatud küsimus, et miks ei ole alla riigihangete piirmäära eelarveliste vahendite (Euroopa maksumaksja raha) kasutamise puhul pole nende vahendite läbipistev, mõistlik ja eesmärgi pärane kasutamine nõutav?

Viidatud põllumajandusfondidele koostatud huvide konflikti vältimise juhise (OLAF huvide konflikti vältimise juhise AGRI, 2015) põhjal võib järeldada, huvide konflikt ei seonu üksnes EL või nende nimel institutsioonide ja ametnike tegevusega. Agentideks avalike EL vahendite jagamisel, rakendamisel ja kasusaamisel võivad olla nii toetuste jagajad, taotlejad ja nende tehingupartnerid kuid lõppkliendid, kes teenuseid või kaupu tarbivad. Ometi on kõik nimetatud rollid olemuselt üksnes agendid EL huvide ja eesmärkide suhtes.

Nähtuvalt seni väljatoodust on pilt riigihanke reeglite ja põhimõtete reguleerimisalast välja jäävate EL toetuste menetlemisel huvide konflikti reguleerituse osas ebahühtlane ja heitlik. Sellega on selgitatav käesoleva töö aktuaalsus, kuivõrd ka Euroopa Komisjoni tasemel on tunnustatud riigihankevaldkonnast väljapoole jäävate hankemenetluste puhul puudujääke huvide konflikti vältimise reguleerimisel eelkõige põllumajanduse- ja maaelu investeringumeetmete raames.

EL tasandil on riigihankepõhimõtete laienemine EL toetustele, taotlejatele, kellele riigihankereeglid ei kohaldu levinud osaliselt läbi Euroopa Liidu Kohtu praktika, mida

põgusalt on oma mittesiduvast tõlgendavas teatises (EK Tõlgendav teatis, 2006), millest hiljem tuleb juttu ka Euroopa Komisjon.

Finantsmääruses on EL finantshuvide kaitsele pööratud suurt tähelepanu ning olemuselt on see määrus ka horisontaalset laadi, st selle põhimõtted kohalduvad üle kõigi EL toetusvahendite fondide. Samas suurem tähelepanu on pööratud taas eelkõige riigihankereeglite ühtlustamisele ning 2015 parandustega on püütud eristada „huvide konflikti“ (eelkõige liidu institutsiooni ametniku või teenistuja osalusel) „ametialaste käitumisreeglite raskest rikkumisest“ ehk olukorrast, mil ettevõtja püüab menetlust alusetult mõjutada või omandada konfidentsiaalset teavet. Ka selline eristus ei anna paraku selgust, et milline ring isikuid on kummagi nimetatud situatsiooniga hõlmatud ning kas nimetatud taunitavate olukordade tuvastamisel toetuste vähendamine, nendest ilmajätmine või ka halduskaristuse kohaldamine eeldab üksnes objektiivse olukorra fikseerimist läbipaistvuse nõude või on vajalik ka subjektiivse külje, ehk reaalselt EL (finants)huvide kahjustamise fakti ning isiku subjektiivse külje (tahtluse) tuvastamine.

Käesoleva töö kontekstis võib siinkohal kokkuvõtvalt järeldada, et EL õigusraamistikku seonduvalt huvide konflikti vältimise temaatikaga, võib üldistades jagada kaheks.

- 1) Regulatsioonid, mis kohustavad järgima EL toimimise lepingus sätestatud põhimõtteid avalike hangete läbiviimisel,
- 2) Regulatsioonid, mis kohustavad vältima huvide konflikte mh ka avalike vahendite kasutamisel sh avalike hangete puhul.

Kõike eelnevat arvesse võttes saab ka järeldada, et kuna huvide konflikt loob eelduse Euroopa Liidu toimimislepingus sätestatud aluspõhimõtete eiramiseks, siis sellega on õigustatav ka huvide konflikti vältimine kohustus avalike hangete puhul.

3.4 Huvide konflikti olemus EL mitteriigihankeliste avalike hangete raames.

EL toimimise lepingust tulenevate üldpõhimõtete tagamiseks riigihankeõiguses on kehtestatud juba eelpool nimetatud hankedirektiivid, mis tagavad siseriikliku õiguse vastavuse EL õigusega. Vastavate üldpõhimõtete järgimisel riigihangetel tagatakse

avatud konkurents ning nende põhimõtete järgimine peab olema eesmärgiks ka siis, kui direktiivid ei kohaldu. (Sannik, 2013)

Kokkuvõtvalt saab järeldada, et Euroopa Liidu avalike vahendite kasutamisel tuleb tagada Euroopa Liidu aluspõhimõtete ning eesmärkide järgimine. Riigihankeõiguse eesmärk on tagada maksumaksja rahaliste vahendite läbipaistev, otstarbekas ja säästlik kasutamine, isikute võrdne kohtlemine ning olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine (E.Kergandberg, P.Blankin, M.Lemetti, 2007, lk 100).

Avaliku sektori korraldatavate hangete juures on hanke läbipaistvuse ja usaldusväärsuse tagamist peetud eriti oluliseks. (EBRD Procurement Policies, 2014, lk 6). Käesoleva töö autori arvates peavad samad põhimõtted kohalduma ka neile avalike vahendite kasutamisele, mis riigihangetele ei allu ja kus pole kokku lepitud lihtsustatud kulumeetodite kasutamises. Põhjuse selleks annab eeldus, et Euroopa Liidu avalike vahendite kasutamise eesmärgid ja põhimõtted ei muutu johtuvalt sellest, kas vahendite kasutaja peab järgima Liidu riigihankedirektiive või mitte.

2013 valmis Euroopa Pettustevastase Ameti (OLAF²⁶) pettuste ennetamise üksuse D2 koordineerimisel liikmesriikide ekspertide poolt praktiline juhend „Huvide konflikti kindlakstegemine struktuurimeetmetega seotud riigihankemenetluses“²⁷ (OLAF huvide konflikti vältimise juhised SF, 2013) ning 2015 detsembris analoogne juhend „Huvide konflikti kindlakstegemine ühise põllumajanduspoliitika sektoris“²⁸ (OLAF huvide konflikti vältimise juhised AGRI, 2015). Kui struktuurifondide tarbeks loodud juhised käsitlesid eelkõige riigihankemenetluse raames huvide konflikti vältimist, siis põllumajandusfondide tarbeks 2015 valminud juhised vaatlesid huvide konflikti laiemalt ka nendes olukordades, kus hankija (toetuse saaja) ei ole kohustatud hanget läbi viima

²⁶ OLAF on Euroopa Komisjoni juurde kuuluv sõltumatu uurimisõigusega asutus, eesmärgiga kaitsta EL finantshuve. OLAF kuulub Euroopa komisjoni Eelarve ja Inimressursside direktoraadi asepresidendi alluvusse (2016 Kristalina Georgieva). http://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/mission_en (30.04.2016)

²⁷ European Commission Anti-Fraud Office (OLAF), Identifying conflicts of interests in public procurement procedures for structural actions. A practical guide for funds managers 2013 http://www.esfondi.lv/upload/02-kohezijas_fonds/Lielie_projekti/EK_vadl_par_interesu_konflikta_identif_publiciepirk_EN.pdf (19.02.2016)

²⁸ European Commission Anti-Fraud Office (OLAF), Identifying conflicts of interests in the Agricultural Sector. A practical guide for funds managers 18.12.2015 <https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc2014/files/sfc-files/IdentifyingConflictsInterestsAgriculturalSector.pdf> (16.03.2016)

riigihanke reeglite alusel. Töö autoril oli võimalus olla üks ekspertidest, kes osales põllumajandussektori tarbeks välja töötatud huvide konflikti vältimise juhendi väljatöötamisel²⁹.

Dokumendi väljatöötamise ekspertgrupis selgus, et EL institutsioonides sh Euroopa Komisjonis pole väljapoole riigihankeregulatsioone jäävate avalike hangete osas huvide konflikti reguleerimatust EL õiguses probleemina osatud näha. Samas on just Euroopa Komisjoni Põllumajandusdirektoraadi makseasutuste akrediteerimistingimuste soovitusel väidetud, et kahetsusväärset toimuvad põllumajanduse- ja maaelu arengu investeeringutoetuste osas suurimad kuritarvitused seotud eelkõige nn „3 pakkumisega“ hankemenetluse manipuleerimisega (Peter Baader, 2014). Nimetatud hankeviisi kuritarvituste ulatus viitab aga otseselt suurele huvide konflikti olemasolule. Nagu juba käesolevas töös viidatud, ei ole üle 95% EL maaelu investeeringutest kohustatud järgima EL riigihankedirektiive ja neis sätestatud riigihankemenetluse üldisi põhimõtteid.

Tõsi on ka see, et EL maaelu investeeringute mitteallutamise EL riigihankedirektiividele on põhjendatud sellega, et enamik nimetatud investeeringud on üsna madala maksumusega, neid on väga palju ja need on reeglina lokaalse iseloomuga. Samuti on enamik hanke läbiviijatest eraettevõtted ja eraisikud, kes pole hangete läbiviimisel kohustatud riigihankereegleid järgima. Ilmselt oleks sellise hulga väikemahuliste hankemenetluste allutamine rangele riigihankereeglistikule liigselt koormav nii toetuse saajatele kui ka menetlusele. Seetõttu on lihtne kolme võistleva pakkumisega hankemenetlus lihtsaim ja kiireim hankeviisi parima pakkumise väljaselgitamiseks.

Ka Euroopa Rekonstruktsiooni ja Arengupank on nende poolt finantseeritavate investeeringute hankepoliitikas eristanud **avalikku** hanget (*public procurement*), millele läbipaistvus peab olema oluliselt suurem ning nn **erahanget** (*private procurement*). Vaatamata sellele peavad ka erahanked tagama avalike hangete aluspõhimõtete järgimise, milleks on kõigi potentsiaalsete osalejate võrdne kohtlemine, ausus ja menetluse läbipaistvus. Selleks kehtivad ka erahangetele teatud tingimused.

²⁹ Autori rolliks ekspertgrupis oli praktiliste juhtumite/näidete toomine, kus huvide konflikt on asetleidnud mh ka eraisikutest taotlejate ja sh nende partnerite tasemel.

- 1) Erahanked peavad olema täielikult avatud muu hulgas ka rahvusvahelistele pakkumistele.
- 2) Tagatud peab olema täielikult olemasoleva konkurentsi ärakasutamine, st pakkumiste sõltumatus.
- 3) Tagatud peab olema huvide konflikte hangete läbiviimisel.
- 4) Loomulikult peab hange tagama avalike vahendite efektiivse ja turuhinnale vastava kasutamise. (EBRD Procurement Policies, 2014, lk 18)

Väljapoole riigihankereegleid jäävate hangete puhul on enim kasutatav valikumenetlus tavaline võistlevate pakkumiste menetlus (*competitive procurement*), mida peetakse üldiselt majanduslikult kõige efektiivsemaks hankemeetodiks. (Antonio Vives; Juan Benavides, 2009, lk 7). Eeltoodud põhjusel on ka EL maaelu arenguprogrammides toetuste kulude mõistlikusse tagamiseks lubatud kasutada lisaks erinevatele hindamissüsteemidele (näiteks võrdlushinnad³⁰), hindamiskomiteele, ka eri pakkumiste võrdlemist³¹.

Põllumajandusfondide toetuste osas huvide konfliktiga seotud juhtumeid ja tegelikku olukorda kaardistades jõuti OLAF-i ekspertgrupis³² järeldusele, et isikute ringi, kes peaks hoiduma huvide konfliktist EL finantshuvide võimaliku riive suhtes tuleks, tõlgendada laiemalt, sest Liidu eelarvevahendite suunamisel, rakendamisel ja kasutamisel osalevad ka isikud (taotlejad, hankijad, allhankijad, nõustajad jne) kellele riigihangete reeglitest tulenevad huvide konflikti vältimise reeglid ei laiene. Põhjuseks just asjaolu, et isikute ring (agendid ja alam-agendid), kes oma tegevusega võivad kahjustada Euroopa Liidu kui algse printsipaali huve, toimise aluseid ja eesmärke, on oluliselt laiem kui seni arvatud ametkondlik ja ametnike tasand.

Järgnevalt vaatlemegi, kuidas maaeluarengutoetuste jaoks koostatud huvide konflikti vältimise juhises on põhjendatud isikute ringi laienemine ka väljapoole EL

³⁰ Sisuliselt on tegemist samuti võistlevate pakkumiste menetlusega

³¹ Euroopa Komisjoni rakendusmäärus (EL) nr 809/2014 15.04.2014 millega kehtestatakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruse (EL) nr 1306/2013 rakenduseeskirjad seoses ühtse haldus- ja kontrollisüsteemi, maaelu arengu meetmete ja nõuetele vastavusega, ELT L 227/69 (31.07.2014) artikkel 48

³² (OLAF huvide konflikti vältimise juhise AGRI, 2015) ettevalmistav ekspertide grupp, kuhu kuulus ka käesoleva töö autor

institutsioonide ja ametnike tasandit mh ka tavaliste taotlejate ning nende partnerite tasemele.

OLAF-i ³³ poolt koostatud Põllumajandusfondides huvide konflikti vältimise juhise eesmärgiks oli muu hulgas

- 1) defineerida huvide konflikti mõiste EL maaeluarengu fondide kontekstis,
- 2) laiendada huvide konflikti mõistet selliselt, et see hõlmaks ka „erahankeid“ ³⁴ ehk lihtsustatud 3 pakkumise menetlust ning taotluste heakskiitmise ja valikmenetluste protseduure
- 3) määratleda kõige suuremad riskikohad, kus huvide konflikt võib avalduda EL maaeluarengu fondi investeringute tegemisel, millele EL riigihankedirektiivid ei laiene.
- 4) Leida võimalusi toetuste läbipaistvuse ning sõltumatuse suurendamiseks. (OLAF huvide konflikti vältimise juhise AGRI, 2015, lk 2-3)

Käesoleva uurimistöös kajastatud agenditeooria kontekstis on huvitav jälgida, kuidas on viidatud OLAF-i juhises jõutud isikute ringi laiendamiseni, kelle suhtes tuleks huvide konflikti vältimist eeldada ja nõuda. Peab märkima, et kõnealuse juhise väljatöötamisel ilmnes, et mitteriigihankega hõlmatud EL vahendite kasutamise valdkond vähemalt Maaeluarengutoetuste kontekstis EL poolt sisuliselt reguleerimata.

Seega oli õigusliku alusena võimalik juhise koostamisel lähtuda EL finantsmääruse nr 966/2012 (EL finantsmäärus, 2012) artiklist 57, millega defineeritakse huvide konflikti mõiste EL eelarveliste vahendite kasutamise kontekstis.

Artikkel 57 p 1 kohaselt ei tohi finantsjuhtimises osalejad ja teised isikud, kes on seotud eelarve täitmise ja haldamisega, sh seda ettevalmistavate aktide ja toimingutega, ning eelarve auditeerimise või kontrolliga, astuda samme, mille tagajärjel võivad nende oma huvid sattuda vastuollu liidu huvidega (inglise keeles: *Financial actors and other persons involved in budget implementation and management, including acts preparatory thereto, audit or control shall not take any action which may bring their own interests into conflict with those of the Union*).

³³ OLAF- Euroopa Pettustevastane Amet, http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_et.htm (20.03.2016)

³⁴ Hanked, millele EL riigihankedirektiivid ei kohaldu ehk nn 3 võistleva pakkumise menetlus.

Tõsi on see, et nimetatud regulatsioon ei võimalda esmapilgul väga selgelt aru saada, keda on silmas peetud rollides „finantsjuhtimises osalejad ja teised isikud“ (ingl. keeles *financial actors*).

Koosmõjus EL finantsmäärusele lisaks antud Euroopa Komisjoni delegeeritud määrusega nr 1268/2012 (EL finantsmääruse delegeeritud määrus, 2012), mille artiklis 32 on täpsustatud, mida peetakse realiseerunud³⁵ ja potentsiaalseks huvide konfliktiks³⁶ ning kuidas on kohane neile olukordadele reageerida³⁷ - määratletud OLAF-i huvide konflikti vältimise juhises huvide konfliktile viitavad elemendid, milleks on

- 1) Isikute vaheline seos, mis võib seisneda perekondlikes seostes, muul moel tekkinud emotsionaalsetes seostest, poliitilistest või rahvuslikest seostest, majanduslikust huvist või muudest isikute vahelisest ühistest huvidest.
- 2) Isiklike huvide vastuolu EL huvidega või eelistamine EL huvidele
- 3) Isiku õigust tegevusteks, mis seisneb EL vahendite suunamise, kasutamise või kasusaamise õiguse olemasolus, mis võib tekitada aluse erapooletuks käitumiseks/suhtumiseks EL huvide kontekstis (OLAF huvide konflikti vältimise juhise AGRI, 2015, lk 10-11)

Lisaks nimetatud finantsmäärusele on OLAF-i juhises lähtutud huvide konflikti sisustamisel EL riigihanke direktiivi artiklis 24 (Riigihangete direktiiv, 2014) sisustatud huvide konflikti mõistest. Artikkel 24 määratleb liikmesriikide kohustuse, et **avaliku sektori hankijad** võtavad asjakohaseid meetmeid, et tõhusalt ära hoida, tuvastada ja kõrvaldada huvide konflikte, mis tekivad hankemenetluste läbiviimisel, et vältida igasugust konkurentsi moonutamist ja tagada kõigi ettevõtjate (*economic operators*) võrdne kohtlemine. Mõiste „huvide konflikt“ hõlmab artikkel 24 kontekstis vähemalt olukordi, kus **avaliku sektori hankija** või **avaliku sektori hankija nimel tegutseva**

³⁵ Potentsiaalne huvide konfliktiks on a) endale või teistele põhjendamatute otsuste või kaudsete eeliste andmine; b) toetusesaajale ette nähtud õiguste või eeliste andmisest keeldumine; c) põhjendamatute või õigusvastaste tegude või kohustusliku toimingute tegemata jätmine.

³⁶ Tegudeks, mis on tõenäoliselt tehtud (potentsiaalse) huvide konflikti tõttu, loetakse ka teod, mis võivad kahjustada isiku ülesannete erapooletut ja objektiivset täitmist, muu hulgas näiteks hankemenetluse või toetuste andmise menetluse raames hindamiskomisjonis osalemist, kui see isik võib nende menetluste tulemustest otseselt või kaudselt kasu saada.

³⁷ Kui taotleja või pakkuja on ühtlasi töötaja, kelle suhtes kohaldatakse personalieeskirju, esineb eeldatavalt huvide konflikt, välja arvatud juhul, kui tema ülemus on eelnevalt andnud talle loa menetluses osalemiseks. Huvide konflikti korral võtab volitatud eelarvevahendite kasutaja asjakohased meetmed, et vältida mis tahes põhjendamatut mõju, mida asjaomane isik võib kõnealusele protsessile või menetlusele avaldada.

hanketeenuse osutaja töötajal, kes on kaasatud hankemenetluse läbiviimisse või võib mõjutada selle menetluse tulemust, on otseselt või kaudselt finantsalaseid, majanduslikke või muid isiklikke huvisid, mida võib hankemenetluse kontekstis käsitada tema erapooletust ja sõltumatust kahjustavatena.

Nii EL finantsmääruse kui EL riigihankedirektiivi viidatud sätete baasil on järeldatud, et finantsmääruses nimetatud (*financial actors and other persons*) ja riigihankedirektiivis nimetatud (*contracting authorities, economic operators*) vaadeldakse antud juhise kontekstis sünonüümidena, kuivõrd kõigil nimetatud isikutel on võime osaleda EL eelarveliste vahendite kasutamise korraldamisel ja rakendamisel, olles toetuse saaja, tema lepingupartneri, allhankija rollis. Järelikult eksisteerib neil kõigil potentsiaalne huvide konflikt EL finantshuvide huvide suhtes. Juhises on välja toodud ka mitmeid praktikas aset leidnud juhtumeid, kus isiklikud ning EL finantshuvid on sattunud reaalsesse konflikti olugi, et agent (ehk EL huve esindatav isik) pole olnud Liidu või liikmesriigi ametnik või mõne ametkonna esindaja, vaid hoopis eraõiguslik juriidiline isik toetuse saajana. Järgnevalt vaatame ühte OLAF-i juhises esitletud näidet koos analüüsiga, kuidas avaldub selles isiku konflikt EL finantshuvidega.

Üldinfo:

Ettevõtted L, K ja M esitasid igäüks eraldi taotluse 100 000 euro suuruse maaelu investeeringutoetuse saamiseks. Iga ettevõtte näitas oma investeeringu suuruseks 200 000 eurot. Ettevõtte L taotles toetust käsitöökoja ehitamiseks, K taotles toetust köögi ehitamiseks ja taotleja M kauplus-kohviku ehitamiseks. Kõik investeeringud planeeriti rajada taotleja B omandis olevale kinnistule. Toetuse reeglite kohaselt võib toetust saada maksimaalselt kuni 50% kogu abikõlblikust investeeringust.

Probleemi kirjeldus:

Tegelikkuses sooviti 3 erineva taotleja (L,K,M) poolt ehitada valmis taotlejale K kuuluval kinnistul üks multifunktsionaalne hoone (käsitöökoda, köök, kohvik). Kõik taotlejad viisid läbi 3 võistleva pakkumise menetluse ehk nn erahanke³⁸, mille tulemusel selgus, et kõigi objektide puhul oli võitjaks üks ja sama erahankijatega (L,K,M) juriidiliselt

³⁸ Riigihankereeglid ei kohaldu

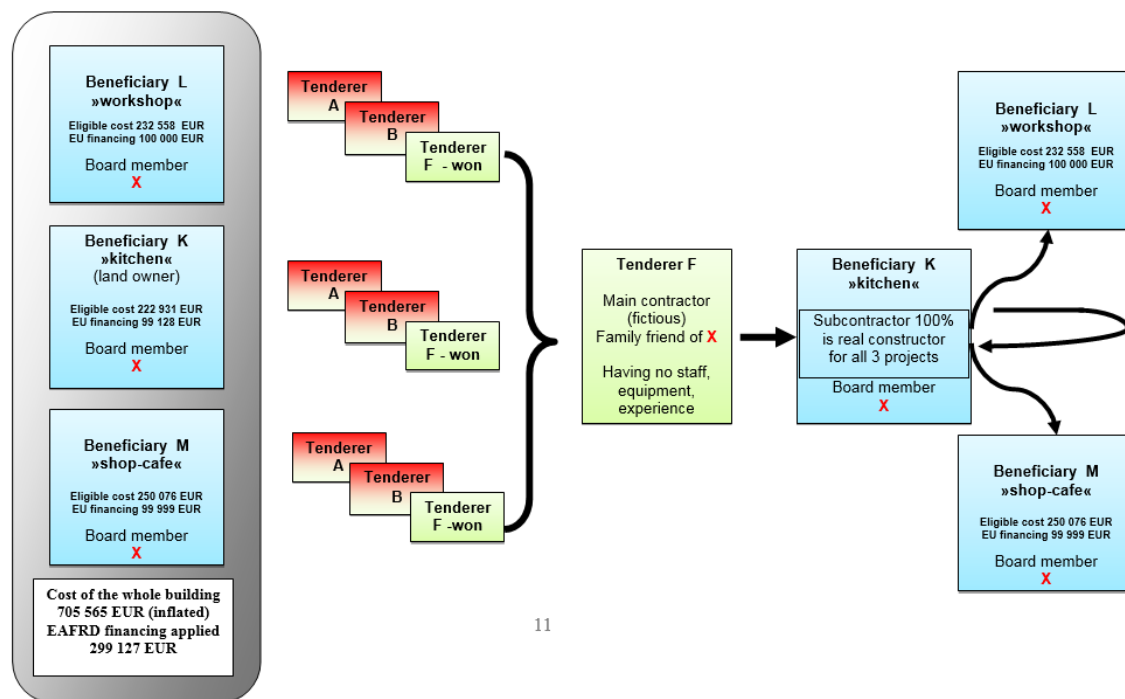
mitteseotud ettevõtte D. Ettevõtte D peatöövõtjana (millel puudus ehitustöödeks vajalik ressurss ja kompetents) lasi objektidel kõik töö teostada allhankijal K, kes oli ise üks kolmest toetuse taotlejast ja erahanke läbiviijast. Kõiki toetuse taotlejaid ning allhankijat ehk ettevõtteid (L,K,M) esindas üks ja sama füüsiline isik (X). Toetuse väljamaksmise eelduseks, pidid taotlejad (L,K,M) tõendama makseasutusele, et on kogu investeringusumma eelnevalt tasunud. Tasumise näilikuks tõendamiseks näitasid kõik taotlejad 200 000 euro tasumist kordamööda väiksemates 20 000 euro suurustes osades selliselt, et makstud rahasumma liikus näilike tehingute tulemusel samal päeva tagasi taotlejale, kes sai sama summa arvel uuesti näidata 200 000 euro osalist tasumist. Lisaks näilikule tasumisele varjati selliselt toimides objekti tegelikku maksumust, milleks oli deklareeritust kordades väiksem. Selliselt toimides jäeti mulje, et iga objekti hind oli 200 000 eurot, ning et taotleja on tasunud projekti omaosaluse 100 000 eurot.

On ilmne, et kõik antud juhtumis osalenud eraettevõtted ning nende taga tegutsenud füüsiline isik X tegutses Euroopa finantshuve kahjustavalt lähtuvalt mitmest aspektist.

- 1) Kolme erineva taotleja kaudu varjati tegelikku eesmärki saada hoone ehitamiseks rohkem toetust kui see toetusreeglite järgi oleks võimalik olnud ja rohkem kui tegelikuks ehitamiseks tarvis oli.
- 2) Hanke protseduur ei olnud läbipaistev ega avalik, mistõttu ei saanud sellel osaleda teised potentsiaalsed ning turuhindadele vastavaid pakkumisi tegevad ehitusettevõtted (mis ilmselt oligi eesmärk).
- 3) Lubatust õigusvastaselt suurema toetuse tõttu, jäid toetusest ilma mitmed teised taotlejad.

Ausa käitumise korral oluks taotlejatel soov avaliku erahanketulemusel soov välja selgitada võimalikult soodsam hoone ehitusmaksumus (vajadusel ka ühise erahanke kaudu), mille tulemusel oluks taotletav summa senisest väiksem ning väiksem ka taotleja omasosaluse tasumise kohustus.

Kirjeldatud juhtum täpsustatud andmetega on kujutatud järgneval joonisel.



11

Joonis 4³⁹

3.5 Huvide konfliktiga seonduv EL õiguspraktika seoses mitteriigihankeliste avalike hangetega.

Järgnevalt võtamegi vaatluse alla, kuidas on arenenud Euroopa Liidu aluspõhimõtete integreerimine ja huvide konfliktide vältimine avalike vahendite kasutamisel üldiselt ning nende hangete puhul, kus Euroopa Liidu riigihankedirektiivid ei kohaldu ning eelkõige on fookuses avalikud hanked, mis jäävad alla EL riigihangete piirmäära. Olgu täpsustuseks märgitud, et lisaks allapoole riigihanke piirmäärasid hangetele, ei kohaldu EL riigihankedirektiiv ka kontsessioonilepingutele (lepingud, millega antakse avaliku teenuse osutamine lepinguga eraettevõtetele) ning Riigihanke direktiivis nimetatud B-teenustega seotud lepingute sõlmimine (väheolulised või siis olemuslikult sellised lepingud, mille suhtes hanke korraldamine ei ole võimalik). See märkus on oluline seetõttu, et mitteriigihankeliste hangete üle peetud vaidlustes on oluliseks muutunud põhjused, miks

³⁹ (OLAF huvide konflikti vältimise juhised AGRI, 2015, lk 26) juhtumi nr 4 kirjeldus, mille aluseks on käesoleva töö autori tööpraktikas ettetulnud juhtum Eestist ja OLAF-juhise mustandmaterjalile autori poolt lisatud, nimetatud juhtumit selgitav, ingliskeelne joonis.

üks või teine liik hankeid on hankedirektiivide kohaldamise alast välja jäetud ning et need põhjused ei pruugi alati olla sugugi kõik ühesugused ⁴⁰.

Olemasolevat kohtupraktikat analüüsid, võib käesoleva töö huvide konflikti teemaga seondult eristada kahte tüüpi kohtupraktikat.

- 1) Ühelt poolt on tegemist kohtupraktikaga, kus alla riigihangete piirmäära jäävate hangete puhul on hinnatud seda, kas ja mil määral EL toimimise lepingus sätestatud põhimõtted neile siiski kohalduvad. Siinjuures oluline tähelepanu pöörata sellele, et jutt on eristada põhimõtete laiendamisest, mitte riigihankereeglite laiendamisest.
- 2) Teiselt poolt on tegemist kohtupraktikaga (mida leidub vähem), kus vaatluse all on huvide konflikti juhtumid ja nende mõju EL-i huvidele. (OLAF huvide konflikti vältimise juhised AGRI, 2015, lk 17 - 19)

3.5.1 Kohtupraktika seoses EL aluspõhimõtete laiendamisega alla EL riigihangete piirmääraga hangetele

Euroopa komisjon 2006 aastal andnud välja tõlgendava teatise (EK Tõlgendav teatis, 2006), milles käsitletakse ühenduse õigust lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega. Selle kohaselt on Euroopa Liidu Kohus oma praktikaga loonud riigihangete lepingute sõlmimiseks põhiolemuse kogumi, mis tuleneb otseselt Euroopa Ühenduse asutamislepingus sätestatud eeskirjadest ja põhimõtetest. Võrdse kohtlemise põhimõtte ja kodakondsuse alusel mittediskrimineerimise põhimõtte eeldavad läbipaistvuse kohustust, mille sisuks vastavalt Euroopa Liidu Kohtu kohtupraktikale on tagada vastav avalikustamise tase kõigile potentsiaalsetele pakkujatele, mis võimaldab teenuste avatud konkurentsi ning samuti hankemenetluse erapooletuse kontrolli.

⁴⁰ Näiteks leidis Saksamaa vaidluses Euroopa komisjoniga (Euroopa Kohus T-258/06, 2010) et teenuste kontsessioonid erinevad piirmäärast allapoole jäävatest riigihanketehingutest majandusliku huvi poolest, mis üldiselt ületab Euroopa piirmäärad ning mille tõttu on need sarnasemad riigihankedirektiividega hõlmatud lepingutega. Seega, kuigi teenuste kontsessiooni puhul võib läbipaistvuse kohustus olla kohane, ei ole see kindlasti nii teatisega hõlmatud lepingute puhul. (otsuse p 37)

Samas Euroopa riigihanke reformi ettevalmistamisel (moderniseerimisel) aastal 2011 läbi viidud uuringutest selgus, et puudub õigusselgus alla riigihangete piirmäära jäävate hangete osas. Paljud protsessi kaasatud arvasid, et viidatud Komisjoni tõlgendav teatis on piisav loomaks õigusselgust, millised põhimõtted on alla piirmäära jäävate avalike hangete juures olulised järgida. Samas enamus jäi siiski seisukohale, et nimetatud Komisjoni teatist tuleks täiustada, eesmärgiga aidata hangete korraldajatel selgemini mõista, millal on tegemist huvide konfliktiga ja millal mitte, eelkõige teatud piiriülese võimaliku huvi tõttu. (EC working paper modernisation of EU PP, 2011, lk 12)

Seda osa kohtulahenditest on rohkem uuritud, mida kinnitavad ka antud teema kohta leitud uurimustööd ja kokkuvõtted, millele käesolevaski töös viitan - näiteks (A.Venckute, 2010), (A.Sundstrand, 2009), (B.Heuninckx, 2010) ja (EC working paper modernisation of EU PP, 2011).

Euroopa Liidu Kohus on asunud seisukohale (vaidluses Saksamaa Liitvabariik vs Euroopa Komisjon)⁴¹, et riigihankelepingute sõlmimise menetlus igas etapis, eelkõige kandidaatide valimisel piiratud menetluse raames, peab kinni pidama nii potentsiaalsete pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttest kui ka läbipaistvuse kohustusest selleks, et kõigile oleks osalemise taotluste või pakkumuste koostamisel tagatud võrdsed võimalused. Lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega, peavad vahendid võrdse konkurentsi tingimuste saavutamiseks tagama nii nende põhimõtete kui ka teenuste osutamise vabaduse järgimise.

Sama Euroopa Liidu Kohtu seisukohta on kinnitanud ka Eesti kohus Riigikohtu halduskolleegiumi kaudu, et isegi kui riigihange ei kuulu riigihankeid käsitlevate Euroopa Liidu direktiivide kohaldamisalasse, peab hankija järgima Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtteid (eeskätt art-d 43 ja 49) (Euroopa Liidu toimimise lepingu art-d 49 ja 56), eelkõige asutamisevabaduse, teenuste osutamise vabaduse, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtteid (Euroopa Liidu Kohtu 7. detsembri 2000. a otsus kohtuasjas C-324/98: Telaustria ja Telefonadress, EKL 2000, lk I-10745, p-d 60 ja 61; 13. oktoobri 2005. a otsus kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen, EKL 2005,

⁴¹ (Euroopa Kohus T-258/06, 2010)

lk I-08585, p-d 46-48; 9. septembri 2010. a otsus kohtuasjas C-64/08: kriminaalasi Ernst Engelmanni vastu, kohtulahendite kogumikus veel avaldamata, p 49) (RKHK 3-3-1-66-10, 2010).

Eelpool viidatud Euroopa komisjoni tõlgendava teatise osas on Euroopa Üldkohus teinud olulise otsuse, millega tunnistab selles toodud põhimõtete paikapidavust alla riigihanke piirmäärasid jäävate hangete puhul. Üldkohtu arvates tähendab võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise nõue on tingitud läbipaistvuse tagamise kohustusest. Läbipaistvuse tagamine omakorda tähendab kõigi potentsiaalsete pakkujate osalemise huviga, tagada neil reaalse osalemise võimalus läbi piisava ulatusega avaliku kuulutamise, et antud avalik hange oleks võimalikult suures ulatuses avatud tavapärasele turukonkurentsile.

Euroopa Liitu hangetel esinevad asutused, institutsioonid, ettevõtted on kohustatud lepingute sõlmimisel järgima Euroopa Liidu Toimimise Lepingust (ELTL konsolideeritud, 2012)⁴² tulenevaid aluspõhimõtteid, milleks on kaupade vaba liikumine (art.34, ELTL); Vaba kaupade ja teenuste liikumine (art 36 ja 56, ELTL), ettevõtete asutamisevabadus (art.49 ELTL) ja üldiseid mittediskrimineerimise, võrdse kohtlemise, läbipaistvuse, proportsionaalsuse ja vastastikkuse lugupidamise põhimõtteid. ELTL artikkel 34 selgitab, et igasugused kaupade sisseveo piirangud või sellele sarnanevad piirangud on keelatud. Impordipiirangutega sarnasteks piiranguteks loetakse kõiki liikmesriigi kehtestatud piiranguid ja reeglid, mis kahjustavad või ka võivad kahjustada EL-i sisest kauplemist. Raskuskese peitub selles, et kauplemist puudutavad reeglid võivad mõjutada kaupade vaba liikumist nii otseselt või kaudselt. Samas pole artiklis 34 nimetatud keeld absoluutne. ELTL artiklis 36 sisalduvad mitmed alused, mil teatud piirangute lubamine liikmesriigi poolt on õigustatud. Lisaks nimetatule on ka kohtupraktika tuletanud erandeid, millal kõrvalekalle EL ühisturu piirangu keelust võib olla lubatud.

Üheks näiteks on Cassis de Dijon kaasus (Euroopa Kohus 120/78, 1979). Selles lahendis leidis kohus, et kõrvalekaldumine ühisturu piiramise keelust võib olla õigustatud kaaluka

⁴² <http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties-force.html?locale=et>

avaliku huvi korral, mis siiski ei õigusta võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse, ausa ja vaba turukonkurentsi põhimõtete järgimata jätmist.

Siiski tuleb eelnimetatud EL üldised põhimõtted saavutada EL-i ülese avaliku hangetest teavitamisega; keeluga seada hangetele tehnilisi kriteeriumeid, mis on diskrimineerivad välismaistele pakkujatele; läbipaistva, objektiivse ning mittediskrimineeriva valikumenetluse rakendamisega; lepingute sõlmimisega lähtudes madalaimast hinnast või majanduslikult soodsaimast pakkumisest ja lõpuks ka efektiivse õigusliku kaitse tagamisega, kui EL põhimõtteid ei järgita. (A.Venckute, 2010, lk 2-3)

Alati aga tekib selliste üldiste põhimõtete järgimisega kohustusega küsimus, kuidas see praktikas on ellu viidud. Alla riigihanke piirmäära jäävate hangete puhul on see küsimus veelgi teravam, kuivõrd EL riigihanke direktiividega kehtestatud kohustust nimetatud EL üldisi põhimõtteid järgida, ei kohaldata alla piirmäära jäävate hangete puhul.

Euroopa Liidu Kohtu praktikas on selles osas näha huvitavat trendi, kus esimeste kohtulahendite järel - mis avasid tee EL aluspõhimõtete kohaldamiseks ka hangetele, mis EL riigihanke direktiividele ei allu – võttis Euroopa Komisjon vastu eelpoolnimetatud tõlgendava teatise (EK Tõlgendav teatis, 2006), milles käsitletakse ühenduse õigust lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega. Teatises tuletas Euroopa komisjon meelde Euroopa Liidu Kohtu praktikat, millest nähtub, et siseturueeskirju peab kohaldama ka riigihankedirektiivide ulatusest väljaspool olevate lepingute suhtes. Samuti selgitas Komisjon teatises oma arusaama Euroopa Liidu Kohtu praktikast ja soovitas parimaid tavasid, et aidata liikmesriikidel siseturust täielikku kasu saada. Samuti täpsustati, et teatisega ei kehtestata uusi õigusnorme.

Siiski tekkisid seejärel kohtuvaidlused, kus liikmesriigid soovisid nimetatud teatise tühistamist, millest üheks huvitavamaks lahendiks peab autor kaasust Saksamaa vs Euroopa Komisjon (Euroopa Kohus T-258/06, 2010). Selle vaidluse muudab autori jaoks huvitavaks see, et Saksamaa eestvedamisel, millega liitusid ka teised liikmesriigid ⁴³ sooviti nimetatud Euroopa Komisjoni teatise tühistamist, kuna leiti, et teatise näol on tegemist siiski varjatult uue õigusnormiga, mis väljendub selles, et

⁴³ Poola vabariik, Austria vabariik, Madalmaade kuningriik.

- 1) teatisega kehtestatakse ka alla riigihangete piirmäära hangetele eelneva avalikustamise kohustused, mis ei tulene kohtupraktikast ega EÜ asutamislepingu aluspõhimõtetest.
- 2) Teatistes on alla piirmäära jäävate hangete tulemusel lepingu sõlmimise suhtes kohalduvate EÜ aluspõhimõtete rakendamisel, mindud kaugemale, kui senine kohtupraktika on vajalikuks pidanud.
- 3) Teatistes on alusetult üle võetud riigihankedirektiivide reegleid konkursita lepingute suhtes ka alla riigihanke piirmäära jäävatele hangetele.
- 4) Kuivõrd teatistes viidatakse võimalikule rikkumismenetlusele liikmesriigi suhtes juhtumil kui alla piirmääraga hangete puhul ei järgita EÜ aluspõhimõtteid, siis on see ilmne viide teatise kohustuslikule iseloomule.

Enne teatise sisu analüüsimist, tuli lahendada küsimus, kas Euroopa Teatajas avaldatud teatise siduvus ning mh ka see, kas selle tühistamise nõue on üldse lubatav. Selgituseks olgu öeldud, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt võivad tühistamishagi esemeks olla kõik institutsioonide võetud meetmed, mille eesmärk on tekitada õiguslikke tagajärgi, ning seda nende laadist ja vormist olenemata (vt Euroopa Liidu Kohtu 20. märtsi 1997. aasta otsus kohtuasjas C-57/95: Prantsusmaa vs. komisjon, EKL 1997, lk I-1627, punkt 7 ja seal viidatud kohtupraktika).

Asja sisulises osas hindas kohus seda:

- 1) **kas teatis piirdub nende sätete selgitamisega**, mis puudutavad EÜ aluspõhimõtetest tulenevat kaupade vaba liikumist, asutamisõigust, teenuste osutamise vabadust ning diskrimineerimiskeeldu, võrdse kohtlemise ja proportsionaalsuse põhimõtet ning läbipaistvuse ja vastastikuse tunnustamise eeskirju, mida kohaldatakse lepingutele, mis on osaliselt või ei ole üldse reguleeritud riigihankedirektiividega,
- 2) **või kehtestab teatis konkreetsed või uued kohustused** võrreldes nende sätete, põhimõtete ja eeskirjadega (vt selle kohta Euroopa Liidu Kohtu 16. juuni 1993. aasta otsus kohtuasjas C-325/91: Prantsusmaa vs. komisjon, EKL 1993, lk I-3283, punkt 14, ja eespool punktis 25 viidatud 20. märtsi 1997. aasta kohtuotsus Prantsusmaa vs. komisjon, punkt 13).

Vastates kaebuse neljale väitele ja selle raames Teatise sisu analüüsid, jõudis kohus huvitavatele järeldustele.

Esiteks ei nõustunud kohus väitega, nagu kehtestaks Teatis uut õigust, mis ei tulene kohtupraktikast ega aluslepingutest. Kaebajad pidasid uueks kohustuseks hanke eelnevat avalikustamise kohustust (mis on riigihankedirektiivides olemas). Sellega märkis kohus, et riigihankemenetlusi kooskõlastavates ühenduse direktiivides ette nähtud rangeid erimeetmeid kohaldatakse üksnes lepingutele, mille maksumus ületab igas nimetatud direktiivis sõnaselgelt väljendatud piirmäära ning nende direktiivide eeskirju ei kohaldata lepingutele, mille maksumus ei ületa seal kindlaksmääratud piirmäära. Siiski ei tähenda see, et viimati nimetatud lepingud oleksid ühenduse õiguse kohaldamisalast välja jäetud. Vastavalt Euroopa Liidu Kohtu väljakujunenud praktikale seoses hankemenetlustega, mis oma maksumuse osas ei allu ühenduse eeskirjades sätestatud menetlusele, peavad hankijad siiski kinni pidama EÜ asutamislepingu alusnormidest⁴⁴. Kohtu hinnangul toetab seda väidet ka direktiivi 2004/17⁴⁵ põhjendus 9, mille kohaselt „riigihangete puhul, mille maksumus on liiga väike selleks, et rakendada neile ühenduse kooskõlastamissätteid, on soovitatav pidada silmas Euroopa Ühenduste Kohtu pretsedendiõigust, mille järgi rakendatakse asutamislepingute ülalmainitud reegleid ja põhimõtteid [st võrdse kohtlemise põhimõte, mille üheks konkreetselt väljenduseks on diskrimineerimiskeelu põhimõte, vastastikuse tunnustamise, proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõte], ning direktiivi 2004/18⁴⁶ põhjendused 1 ja 2, mis viitavad nende samade põhimõtete kohaldamisele kõikide lepingute – sõltumata sellest, kas need jäävad piirmäärast allapoole või ületavad selle – sõlmimisele liikmesriikides⁴⁷. Kokkuvõttes leidis kohus tuginedes varasemale kohtupraktikale, et läbipaistvuse kohustus piisava avalikustamise mõttes eeldab sellisel viisil avalikustamist, mis toimub enne asjaomase

⁴⁴ (Euroopa Kohus T-258/06, 2010) punkt 74 ning selles tehtud viide Vestergaardi kohtuasjale (Euroopa Kohus C-59/00, 2001) punkt 19

⁴⁵ EUROOPA PARLAMENDI JA NÕUKOGU DIREKTIIV 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. ELT L 134/1

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0017&qid=1462992238727&from=EN>

⁴⁶ EUROOPA PARLAMENDI JA NÕUKOGU DIREKTIIV 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelistingute, asjade riigihankelistingute ja teenuste riigihankelistingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. ELT L 134/114

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&qid=1462992544144&from=EN>

⁴⁷ (Euroopa Kohus T-258/06, 2010) punkt 75

riigihankelepingu sõlmimist ehk teisisõnu eelnevat avalikustamist ning seetõttu pole Teatises liikmesriikidele uut õigust kehtestatud, vaid piiratud on üksnes olemasoleva kohustuse meenutamise, mis tuleneb ühenduse õigusest⁴⁸.

Teiseks ei nõustunud kohus kaebajate väitega, nagu läheks Teatis avalikustamise kohustuse täpsustamisega kaugemale kui kohtupraktika või esmane õigus eeldaks. Näiteks arvasid kaebajad, et Teatises on lähtuvalt eeldusest, et lepingute sõlmimine peab olema kooskõlas EÜ asutamislepingus sätestatud aluspõhimõtetega, et tagada võrdsed konkurentsitingimused kõikidele huvitatud pakkujatele- tuletanud sellest üldisest kohustusest teatud arvu konkreetseid kohustusi⁴⁹, mis puudutavad lepingu sõlmimise kavatsuse avalikustamist. Kohus leidis tuginedes Telaustria lahendile⁵⁰, et läbipaistvuse kohustus seisneb vastava avalikustamise taseme tagamises kõigile potentsiaalsetele pakkujatele, mis võimaldab avatud konkurentsi ning hankemenetluste erapooletuse kontrolli. Kohustusega kindlustada läbipaistev avalikustamine kaasneb tingimata õiglase ja erapooletu menetluse tagamine. Järelikult, õiglaste konkurentsitingimuste pakkumiseks kõigile lepingust huvitatud ettevõtjatele peab leping olema kooskõlas Euroopa Ühenduse asutamislepingus sätestatud eeskirjade ja põhimõtetega. See on kõige paremini saavutatav järgmiste vahenditega:

- Lepingu objekti mittediskrimineeriv kirjeldus.
- Võrdne juurdepääs kõigi liikmesriikide ettevõtjatele.
- Diplomite, tunnistuste ja muude kvalifikatsioonitõendite vastastikune tunnustamine.
- Asjakohased tähtajad.
- Läbipaistev ja objektiivne lähenemine.

⁴⁸ (Euroopa Kohus T-258/06, 2010) punkt 79

⁴⁹ Saksamaa Liitvabariik toob eelkõige esile, et teatise punkti 2.2. kohaselt peavad liikmesriigid kirjeldama lepingu objekti nii, et kõik potentsiaalsed pakkujad saaksid sellest ühtemoodi aru, tagades võrdse juurdepääsu kõigi liikmesriikide ettevõtjatele. Kui nad nõuavad pakkujatelt kirjalike dokumentide esitamist, siis peavad ametivõimud võtma vastu ka teistes liikmesriikides koostatud dokumente. Kehtestatud tähtajad peaksid olema piisavalt pikad, et teiste liikmesriikide pakkujad saaksid nendest tähtaegadest kinni pidada. Lõpuks peab menetlus olema kõikidele osalistele läbipaistev. Seda eeskirjade kogumit täiendavad menetlusnormid, mis on kehtestatud liikmesriikidele, kes soovivad koostada pakkumist esitama kutsutud taotlejate lõpliku nimekirja. (teatise punkt 2.2.2.), ning lepingu sõlmimise otsustamist puudutavad normid (teatise punkt 2.2.3.).

⁵⁰ (Euroopa Kohus C-324/98, 2000)

Seega leidis kohus ka selle argumendi puhul, et teatise eesmärk on esiteks tagada avalikustamise kohustuse täitmine ning teiseks lepingute sõlmimine EÜ asutamislepingu eeskirjadest ja põhimõtetest kinni pidades. Selleks toetub teatis Euroopa Liidu Kohtu praktikale, mille kohaselt peab riigihankelepingute sõlmimise menetlus igas etapis, eelkõige kandidaatide valimisel piiratud menetluse raames, kinni pidama nii potentsiaalsete pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttest kui ka läbipaistvuse kohustusest selleks, et kõigile oleks osalemise taotluste või pakkumuste koostamisel tagatud võrdsed võimalused (vt selle kohta seoses pakkumuste võrdlemise etapiga Euroopa Liidu Kohtu 25. aprilli 1996. aasta otsus kohtuasjas C-87/94: komisjon vs. Belgia, EKL 1996, lk I-2043, punkt 54, ja 12. detsembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-470/99: Universale-Bau jt, EKL 2002, lk I-11617, punkt 93).⁵¹

Kolmanda väite sisuks, millega kohus ei nõustunud, oli kaebajate väide, et teatisega oli komisjon alusetult laiendanud riigihankedirektiiviga lubatud konkursita hangete tingimusi ka allapoole riigihankepiirmäära hangetele, olgugi, et direktiivi regulatsioon kehtis üksnes üle piirmäära hangete suhtes. Sama etteheide tehti direktiivis sätestatud riigihankelepingu avalikustamise põhimõtte laiendamise suhtes.

Kohus leidis, et vastupidi kaebaja (Saksamaa Liitvabariigi) väidetule, ei välista teatise hanke avalikustamisega seotud punktid võimalust, et on olemas muud erandid eelneva avalikustamise kohustusest. Nagu teatises on meelde tuletatud, peavad liikmesriigid ja hankijad täitma EÜ asutamislepingus sätestatud eeskirju ja põhimõtteid. Seega osas, milles need eeskirjad ja põhimõtted sisaldavad erandeid eelneva avalikustamise kohustusest, võivad liikmesriigid ja hankijad neile automaatselt tugineda teatisega hõlmatud (st alla riigihanke piirmääraga) riigihankelepingu sõlmimisel. Samuti leidis kohus, et konkursita hangete regulatsioon saab tuleneda muudest alustest kui teatis. Nendeks on 1) EÜ asutamislepingu sätted, mis võimaldavad teha teatud erandeid esmase õiguse kohaldamises (nt tagamaks avalikku korda, tervist) ja 2) kohtupraktika (nt kaalukas avalik huvi tingimused on täidetud (vt ülekaaluka üldise huvi kohta C-158/03: komisjon vs Prantsusmaa). Seega on teatises toodud konkursita hangete avalikustamise erisused võimalikud ja õigustatud tulenevalt nii esmasest õigusest kui kohtupraktikast.⁵²

⁵¹ (Euroopa Kohus T-258/06, 2010) punkt 111

⁵² (Euroopa Kohus T-258/06, 2010) punkt 139-140

Neljanda väite kohaselt leidis kaebaja, et teatise õigustloov ehk liikmesriike kohustav iseloom on põhjendatud selle punktis 1.3 tehtud viitega, mille kohaselt ettenähtud menetluse mittejärgimisel alustatakse komisjoni poolt rikkumismenetlust. Tegemist on selge sanktsiooni ja käitumiseskirjaga, mis on omane õigusaktile.

Kohus lükkas ka selle väite ümber. Teatise punkti 1.3. viimane lõik sätestab: „Kui komisjon saab teada võimalikust põhinõuete rikkumisest riigihankedirektiividega reguleerimata riigihangete lepingute sõlmimisel, hindab ta kõnealuse lepingu olulisust siseturu jaoks, lähtudes iga juhtumi üksikasjadest. [EÜ] artikli 226 kohased rikkumismenetlused algatatakse vaid juhtudel, kui seda on vaja lepingu rikkumise tõsiduse ja selle mõju tõttu siseturule.” Kohus leidis, et komisjonil on viidatud EÜ artikli 226 alusel rikkumismenetluse algatamine liikmesriigi vastu täiesti võimalik ka EÜ asutamislepingus sätestatud eeskirjade ning põhimõtete alusel, kui liikmesriik ei täida riigihankelepingute⁵³ sõlmimisel hankijale pandud kohustusi, mistõttu ei tekita teatis⁵⁴ ise selles osas uut õigust ja selle tagajärjena rikkumismenetlust. Lisaks leidis kohus, et EÜ artikli 226 alusel kohustuste rikkumismenetluse alustamine ise ei ole toiming, millel on siduv või kohustuslik tagajärg.

Huvide konflikti teooria aspektist oli siin huvitav jälgida liikmesriigi ja komisjoni vahelist vaidlust kui printsipaali (Komisjon EL-i esindaja) ja agendi (liikmesriik) vahel ning olukorras, kus agent kaitseb vaidluses eelkõige isiklikku suveräänsust. Autori arvates ei vaidlustanud Saksamaa antud juhul mitte niivõrd põhimõtteid kui võrd kaitstes oma suveräänsust ja iseotsustamise õigust (subsidiarsuse põhimõte), mille järgi otsused tehakse võimalikult lähedal kodanikule.

Järgnevalt vaatleme lähemalt alla piirmäära hangetele kohalduvaid miinimumnõuded ja sedagi, mida tähendab Euroopa dimensioon.

Oluline on ELi põhimõtteid laiendava kohtupraktika jälgimisel aru saada sellest, millises ulatuses ELi põhimõtete üle võtmist näiteks alla riigihanke piirmäära hangete osas kohtupraktikas silmas peetakse. On raske ette kujutada tõlgendust, et näiteks alla EL

⁵³ Ei sõltu hanke suurusest ega piirmäärast

⁵⁴ (Euroopa Kohus T-258/06, 2010) punkt 150

riigihanke piirmäära hangete osas EL riigihankedirektiivid küll ei kohaldu, kuid selle eest kohalduvad direktiividest kõrgemalseisvates õigusaktides sh EL-i Toimimise Lepingus sisalduvad põhimõtted sellises ulatuses, mis ei eeldagi täiendavat vajadust eraldi riigihankedirektiivide sarnaste regulatsioonide järgi, mis sätestaks konkreetsed nõuded ja tingimused menetlustele, et tagada nimetaud põhimõtete järgimine. Nii võiksime lihtsustatult jõuda olukorrani, kus alla riigihanke määra hangete suhtes kehtivad ilma õigusliku regulatsiooniga sama „koormavad“ tavad kui direktiividega kehtestatud reeglid riigihangetele endile. See aga ei saa olla, ega olegi olnud seadusandja tahe. Riigihanke piirmääradest allapoole jäävate hangete lihtsustatumad menetlusreeglid ehk väiksem formaliseeritus on loogiliselt põhjendatav, nende hangete väiksema finantsilise kaalukusega ning eesmärgiga vähendada hangete läbiviimisest tekkivat bürokraatiat ja halduskoormust mõistlikes piirides seal, kus riskid madalamad.

Siinkohal tuleb on sobilik kasutada mõistet EL põhimõtete miinimum nõuded (A.Venckute, 2010, lk 1), mida tuleb avalike hangete puhul igal juhul tagada sh ka juhul kui need jäävad alla riigihanke piirmäära. Eelnevalt on erinevaid EL-i põhimõtteid, mis sellistek hangetele kohalduvad küll juba mainitud, kuid nüüd püüame analüüsida seda, millises mahus need põhimõtted rakenduvad ja mille poolest erineb see olukord riigihankedirektiividega reguleeritud hangetest.

Euroopa Liidu aluspõhimõtete miinimumstandarditest rääkides, peab silmas pidama seda, et kehtestades need horisontaalselt, tuleb ka liikmesriikidelt eeldada nende nõuete harmoniseerimist oma õiguskorras üksnes selles minimaalses ulatuses. Kui sellised miinimumstandardid hakkavad kehtestama otseseid reegleid, protseduure, ajaraame, mida järgida, et kindlustada nimetatud miinimumnõuete (võrdne kohtlemine, läbipaistvus) – võib see tekitada pingeid mh ka esmase õiguse pinnal, sest sellisel juhul ei erine need enam täieliku ühtlustamise nõuetest, nagu on seda tehtud näiteks riigihankedirektiividega (A.Venckute, 2010, lk 4).

Olgugi, et ka riigihankedirektiivide algseks taotluseks oli ühtlustada üksnes minimaalne osa hankereeglitest, ei välista see siiski seda, et teatud valdkonnad on ikkagi täielikult ühtlustatud. Eriti üksikasjalikult puudutab ühtlustamine teavitamis- ja avaldamiskohustust erinevate hangete puhul. Seega on esmases õiguses sätestatud võrdse

kohtlemise ja piisava läbipaistvuse põhimõtte EL riigihankedirektiivis teavitamis- ja avalikustamiskohustustena äärmiselt detailselt ühtlustatud.

Seega tuleb teiseses õiguses (sellesama riigihankedirektiiviga) kehtestatud ühtlustavaid sätteid teatud juhtudel võtta käsitada täieliku ja kohustusliku ühtlustamisena. (Kohtujuristi arvamus C-160/08, 2010) ⁵⁵.

Alla riigihanke piirmäära hangete puhul on see nii ei ole, sest puudub sellekohane teisene õigus ja juhinduda saab üksnes esmase õiguse üldistest põhimõtetest. Kui teisese õiguse normidega sõnastatakse ja kujundatakse põhiõigusi puudutavad sätted konkreetseteks õigusteks ja kohustusteks siis esmase õiguse normid on seevastu palju üldisemad ja neid võib põhimõtteliselt järgida mitmel eri viisil ⁵⁶. Nimetatu tekitabki pingeid ning õiguslikke vaidlusi Euroopa Komisjoni ja liikmesriikide vahel.

Kohtuasjas C-160/08 asus kohus aga seisukohale, et võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtete tagamine eeldab läbipaistvuse kohustust, mille sisuks on tagada, et kõigile potentsiaalsetele pakkujatele tuleb tagada piisava reklaami kättesaadavus, et võimaldada avatud konkurentsi ning läbipaistva ja erapooletu menetluse tingimustes osalemine hankemenetluses avaliku lepingu saamiseks. (A.Venckute, 2010, lk 4-5)

Konflikt esmase õigusega võib tekkida ka sellest, et rikutud saab näiteks EL-i subsidiaarsuse põhimõtte, mille järgi kõik poliitilised ja õiguslikud otsused, tuleb võtta vastu võimalikult madalaimal tasemel, ehk võimalikult lähemal kodanikele. Alla piirmäära riigihangetele reeglite kehtestamine ei saa seega olemuslikult olla EL-i tasemel otsustamise küsimuseks ning see kas liikmesriigid peavad vajalikuks siin rangemaid kordasid-protseduure kehtestada on nende endi otsustada.

Rääkides miinimumnõuetest põhimõtete tasandil võib näiteks tuua EL toimimise lepingu artikli 18, mis kehtestab üldise rahvuse põhise mittediskrimineerimise keelu. On üsna ilmne, et sellisel üldistuse tasemel ei saa rääkida selgest, arusaadavast, läbipaistvast ning

⁵⁵ (Kohtujuristi arvamus C-160/08, 2010) punkt 101-102

⁵⁶ (Kohtujuristi arvamus C-160/08, 2010) punkt 108

otsekohalduvast õiguslikust regulatsioonist. Sama üldine ja kõikehõlmav ning erinevates olukordades erinevalt tõlgendatav on põhimõtte avatud turu tagamisest. Liikmesriikidel on väga keeruline selle põhjal ühetaoliselt harmoneerida oma õigussüsteeme, et nimetatud põhimõtte oleks ühetaoliselt kogu ELis mõistetud ja järgitud. (A.Venckute, 2010, lk 5)

Konkreetsed hankelepingud saavad olla üldiste EL põhimõtete ning EL õigusega kehtestatud baasnõuete subjektiks üksnes siis kui sellel on olemas puutumus EL-ga ehk nn Euroopa dimensioon. Euroopa dimensioon tekib lepingule siis kui sellest on huvitatud või võib olla huvitatud isikud teistest liikmesriikidest. Lepingu väärtus ehk hanke maksumus määratleb sageli ära, kas selline piiriülene huvi võib eksisteerida või mitte. Hankelepingu maksumus võib jääda alla ELi kehtestatud riigihanke piirmäärade, kuid nn Euroopa dimensiooni see ära ei kaota, kuivõrd jätkuvalt võivad lepingu saamisest olla huvitatud ka teiste liikmesriikide isikud. (A.Venckute, 2010, lk 5)

Avalikustamise ja läbipaistvuse põhimõtte eesmärgiks huvide konflikti vältimisel ning lähtudes agenditeooriast on tagada agentide paljusus ja konkurentsi tekkimine nende vahel, mis mäletatavasti on oluline vähendamaks lepingu saanud agentide ahvatlusi eelistada isiklike huve printsipaali huvidele. Võimalikult avatud juurdepääsu tagamine kõigile potentsiaalsetele agentidele, loob hea eelduse nn ühiskondlikuks kontrolliks agendi tegevuse suhtes.

Euroopa Liidu riigihankedirektiivide alusel on Euroopa Liidus küll avalike hangetega seotud reeglistik harmoneeritud, kuid siiski ei kata need kogu avalike hangete spektrit. Liikmesriigid on endale jätnud täieliku otsustusõiguse reguleerida Euroopa riigihankedirektiivist väljapoole jäävaid hankeid. Seetõttu ongi levinud selles osas väga erinevad praktikad. Mõned liikmesriigid on alla piirmäärasid jäävaid riigihankeid reguleerinud siseriikliku riigihangete õigusega, kehtestades neile ka kohustuse järgida üldisi riigihangete põhimõtteid, nagu menetluse avatus, ausus ja konkurentsi efektiivne ärakasutamine.

On ka reegleid, kus siseriiklik õigus ja protseduurid näevad ette võimalused hangete läbiviimiseks sõltumata piirmäärast ka muude meetodite alusel (kvalitatiivsed valikumeetodid, hindamiskomisjonid, väga väikese summalised kulutused, tehnilised tingimused, elektrooniline avatud hankekeskkond). Mõned liikmesriigid on aga otsustanud kehtestada alla Euroopa riigihangete piirmäärade hangete suhtes lihtsustatud hankereegleid, sätestades need sageli vaid soovituslike administratiivsete juhistega. Lihtsustatud reeglid tähendavad reeglina lühemaid tähtaegasid nii hangetele kui pakkumiste esitamiseks ja lihtsamaid avalikustamisega seotud nõudeid. (Euroopa Komisjoni tööpaber, 2011, lk 8)

Siiski on Euroopa Liidu Kohtu praktika asunud pigem seisukohale, et riigihankedirektiivide mõjualast väljajäävate avalike hangete puhul tuleb lähtuda Euroopa Liidu esmasest õigusest, muu hulgas ka aluslepingus sätestatud läbipaistvuse põhimõttest (L. Bolzonello, 2012, lk 1).

Kas või kuidas läbipaistvuse põhimõtet muu hulgas ka alla piirmäära hangete puhul on rakendatud, saab hinnata siis kui oleme välja selgitanud „läbipaistvuse“ mõiste tähenduse. Läbipaistvuse mõiste ilmus Euroopa Liidu esmasesse õigusesse alates Amsterdami lepingust 2007. aastal, kuid juba Maastricht lepingust alates (1992) olid liikmesriigid läbipaistvuse põhimõtet tunnistanud (O.Heitling, 2012, lk 5). Väikese maksumusega avalikud hanked moodustavad mõnedes riikides lausa üle 90%, mis eraldivõetuna koosneb väikestest summadest, kuid kogusumma ulatub miljarditesse eurodesse aastas. (A.Venckute, 2010, lk 1) .

Euroopa dimensiooniga avalike hangete puhul on läbipaistvust selgitatud eelkõige läbi avalike hangete võimalikult laialdase avalikustamise kohustuse. Eesmärgiks on tagada võimalikult erapooletu, ühiskonnale läbipaistev hankemenetlus, kus saavad osaleda soovi ja kvalifitseerumistingimuste täitmise korral kõik soovijad üle kogu Euroopa siseturu.

Kõigile avatud ja nähtav ehk läbipaistev menetlus annab tunnistust reaalsest erapooletust ning ausast avaliku hanke lepingu soovist kui on tagatud ka mittediskimineerivad, kõiki võrdselt kohtlevad ning mõistlike ajaraamidega hanketingimused. (A.Venckute, 2010, lk

7). Seega *de facto* hanketeadete avaldamise kohustusele, tuleb avalike hangete puhul järgida võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtetest, muu hulgas ka tehnilisemate hanke- ja valikukriteeriumite ja protseduuride ja tähtaegade kehtestamisel. (L. Bolzonello, 2012, lk 7)

Üldistatult võib väita, et läbipaistvus EL-i hangete kontekstis tähendabki eelkõige hanke täielikku avalikustamist. Seda üldist ja üllast põhimõtet pole praktikas aga alati sugugi nii lihtne ja loogiline järgida. Seetõttu on EL riigihankedirektiivideski ette nähtud selged erandid ja nendega seotud ranged protseduurid, mil hankelepinguni võib jõuda läbi avalikult kuulutamiseteta hankevormide. Alla piirmäära hangete puhul sellist teisest õigust aga ei eksisteeri ning on liikmesriigi või hankija enda otsustada kuidas läbipaistvus tagatakse, arvestades seejuures, et see allub kohtulikule kontrollile.

Euroopa Liidu Kohtu praktikas sai üheks olulisemaks lahendiks seoses läbipaistvuse tagamisega hankemenetluses Telaustria kaasus (Euroopa Kohus C-324/98, 2000). Selle lahendi punktis 62 on kohus sisustanud läbipaistvuse põhimõtte hankijal lasuva kohustusena tagada kõigi potentsiaalsete pakkujate **piisav informeeritus** (reklaam) ning juurdepääs hankele, eesmärgiga tagada konkurentsile avatud teenuste turgu ning samuti erapooletu hankemenetluse läbiviimine.

Läbipaistvuse kohustus nõuab, et teises liikmesriigis asuv ettevõtja saab kõnealust lepingut puudutava asjakohase teabe enne lepingu sõlmimist, et saaks soovi korral teatada oma huvist seda lepingut saada. Komisjoni arvates on tava võtta ühendust teatava arvu potentsiaalsete pakkujatega ebapiisav isegi siis, kui tellija kaasab ettevõtjaid teistest liikmesriikidest või püüab võtta ühendust kõigi potentsiaalsete pakkujatega. Selline selektiivne lähenemine ei välista, et diskrimineeritakse teiste liikmesriikide potentsiaalseid pakkujaid, eriti uustulnukaid turul. Sama kehtib ka iga liiki “passiivse” teavitamise suhtes, kui tellija hoidub aktiivsest avalikustamisest ja vastab vaid taotlejate teabenõuetele, kes on ise saanud teada kavatsetavast lepingu sõlmimisest. Sarnaselt ei loeta piisavaks avaldamiseks üksnes viitamist meediakajastustele, parlamendi- või poliitilistele debattidele või sellistele sündmustele nagu infokongressid ⁵⁷.

⁵⁷ (EK Tõlgendav teatis, 2006) punkt 2.1.1 „Piisava teavitamise kohustus“

Siiski jättis Telaustria lahend õhku küsimuse, mida pidada „piisavaks“ avalikustamiseks, eriti kui võtta arvesse elulisid olukordasid, mil hangete täielik avaldamine oleks ebamõistlik hankesumma väiksuse, Euroopa dimensiooni ehk huvi tõenäolise puudumise vms asjaolu tõttu. Telaustria kohtuasjas arvamuse andnud kohtujurist Fennely leidis näiteks, et „piisava avalikustamise“ määratlemiseks on vaja esmalt küsida, kas antud asjas avalikustamine üldse on vajalik ja võimalik. Fennely leidis, et nii nagu riigihankedirektiivides (teiseses) õiguses on lubatud teatud erandid, mil avalikustamine pole nõutav- peaks sellised erandid olema lubatud ka esmase õiguse kohaldamisel. Oleks täiesti ebaloogiline eeldada ning õiguslikult äraspidine olukord kui direktiividest väljajäävate hangete puhul ei oleks avalikustamine lubatud või oleks lubatud üksnes teise õiguse (direktiivide) alusel, mida ei eksisteeri. (A.Venckute, 2010, lk 13).

Kuid hankes osalema oodatud isikute ringi saab piirata ka läbipaistval ning mittediskrimineerival viisil ja seda ka esmase õiguse põhimõtete alusel. Seda saab teha näiteks objektiivsete kriteeriumite kehtestamise läbi, milleks võivad olla näiteks nõuded kogemuse, tehnilise või professionaalse võimekuse kohta, mis on ilmsed hanke iseloomu silmas pidades. (A.Venckute, 2010, lk 7).

Samas on ka Euroopa Liidu Kohus liikmesriikidele selles küsimuses jäetud otsustamisvabadust tunnistanud ja aktsepteerinud. Näiteks kohtuasjas C-147/06, on kohus jõudnud järeldusele, et liikmeriikidel, institutsioonidel ja ka hankijatel on õigus kehtestada direktiividega mittehõlmatud alal oma õigusreegleid ja juhiseid, mis muu hulgas võivad vabastada automaatse hanke korraldamise kohustusest, näiteks väga väikesummalised hanked, kehtestades neile omad piirmäärad. Samas tuleb nii hankijatel kui ka liikmeriikidel, kes selliseid sisemisi reegleid kehtestavad arvestada sellega, et need piirangud/reeglid alluvad kohtulikule kontrollile⁵⁸. Nii leidis Euroopa Liidu Kohus viidatud kaasuse (Euroopa Kohus C-147/06, 2008) punktis 33, et kuigi siseriikliku või kohaliku omavalitsuse õigusnormiga või isegi hankija enda aktiga võib määrata mõistliku

⁵⁸ (Euroopa Kohus C-147/06, 2008) punktid 30-33

piirmäära põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste automaatseks väljaarvamiseks ei tohi need tingimused olla ebamõistlikud⁵⁹.

Seega kohalduvad ELi aluspõhimõtted mitteriigihankelistele avalikele hangetele teatavate piirangutega. Alla riigihangete piirmäära jäävate hangete osas nimetatakse piiranguid „vertikaalseteks“ st riigihangetega kehtestatud detailsed reeglid neile ei kohaldu. Nii on ka läbipaistvuse põhimõttega, mille järgimine arvukate kohtulahendite ning uurimustööde põhjal pole täies ulatuses alati eeldatav. Läbipaistvuse põhimõtte piiramist õigustavateks objektiivseteks asjaoludeks Euroopa dimensiooniga hangetel on näiteks piiriülese huvi puudumine, geograafiline kaugus välistava faktorina või lähedus piirile piiriülest huvi soodustava asjaoluna. Samas on selge, et siin universaalset õiguslikku lahendust ja õiguskindlust ei ole ning otsustamisel tuleb lähtuda tuleb juhtumi põhiselt (L. Bolzonello, 2012, lk 8-11).

Nagu juba eelpool viidatud kohtuasjas C-160/08 kohtujuristi V. Trestenjaki poolt välja toodud, on ELi teisene õigus riigihankedirektiividega suunatud eeskätt teavitamis- ja avalikustamise kohustuste väga detailsele ühtlustamisele, et tagada nende põhimõtete ühetaoline järgimine kõigis liikmesriikides ja seeläbi ühtse turu toimimine avalike hangete osas.⁶⁰ Alla piirmäära jäävate avalike hangete puhul, kus teisest õigust direktiivide näol ei eksisteeri, on olemasolev Euroopa Kohtupraktika sisuliselt võtnud samuti eelkõige fookusesse avalikustamise, läbipaistvuse ning võrdse kohtlemise tagamise ilma, et eeldataks riigihanke korraldamist.

Nii võimegi järeldada, et osas, kus teisest õigust avalike hangete jaoks ei eksisteeri on selle koha põhimõtete laiendamise üle võtnud Euroopa Liidu Kohus ning Euroopa Komisjon mittesiduva tõlgendava teatisega ilma, et see tähendaks rangete protseduuriliste hankereeglite kehtestamist ühtlustamise eesmärgil. Esmase õiguse normidest juhendumine annab liikmesriikidele kahtlemata suurema otsustusvabaduse kui riigihankeid reguleerivad direktiivid ning erinevus ei seisne üksnes reguleerimise

⁵⁹ Siseriikliku õigusega oli ettenähtud piirmäär põhjendamatult madalate maksumuste kõrvaldamiseks menetlusest, kuid see ei kehtinud juhul kui nõuetele vastavaid pakkumusi oli vähem kui 5. Seda tingimust ei pidanud kohus mõistlikuks.

⁶⁰ (Kohtujuristi arvamus C-160/08, 2010) punkt 55

detailsuses ja intensiivsuses, vaid esmased õigusnormid ongi olemuselt üldisemad ja vähem ranged ja vähem üksikasjalikud. Sellega on ka põhjendatud ka vaidlused Euroopa komisjoni ja liikmesriikide vahel juhtudel kui komisjon on tuvastanud ELi toimimise põhimõtete eiramise liikmesriikide poolt juhtumitel, mil riigihankedirektiivid ei kohaldu.

Kokkuvõtvalt saab välja tuua tõlgendavas teatises nimetatud miinimumnõuded, mida alla riigihanke piirmäära hangete puhul peab tulenevalt esmasest õigusest järgima.

- Piisava teavitamise kohustus, millest oli eelnevalt juba juttu.
- Erapooletu ja õiglane hankemenetlus, mis tähendab lepinguobjekti mittediskrimineerivat kirjeldust, võrdse juurdepääsu tagamist kõigi liikmesriikide ettevõtjatele, diplomite jm kvalifikatsioonitõendite vastastikkust tunnustamist, mõistlikke tähtaegasid, läbipaistvat ja objektiivset lähenemist sh kõigi osalejate võrdset kohtlemist.
- Tõhusa kohtuliku kontrolli ja kaitse tagamine ka hangetele, mis direktiividele ei allu.

Autor möönab, et senise analüüsi rõhuasetus oli kaldu avaliku hanke läbipaistvuse elemendile, mis peab kohtupraktika alusel olema tagatud ka alla riigihanke piirmäära hangete puhul sõltumata sellekohase teisese EL õiguse olemasolust. Magistritöö mahu piirangu tõttu, jääb põhjalikumalt analüüsimate alla piirmäära avalike hangete vaidlustamise instituut kui läbipaistvuse oluline õiguslik tagatis. Analüüsimate vääraks tulevikus aspekt, et kuidas on tagatud isikutel EL teisese õigusega reguleerimata avalike hangete vaidlustamine, kui nad tunnevad, et nende õigusi on EL esmase õiguse mittejärgmisega riivatud.

3.5.2 Kohtupraktika seoses huvide konfliktidega EL toetuste raames

Huvide konfliktidega seotud EL õiguspraktika ei ole nii laiaulatuslik kui eeltoodud EL esmase õiguse põhimõtteid alla riigihanke piirmäära hangetele laiendav praktika, kuid mõned huvitavad kaasused olid siiski leitavad. Euroopa Liidu Kohus on kinnitanud Euroopa Komisjoni seisukohtasid huvide konfliktiga seoses kohtuasjades C-387/03 ja T-257/13. Samuti kaasused T-73/08 (seotud ühe sotsiaalprojekti rahastamisega Daphné II programmi raames 2004-2006) ja T-160/03 (seotud hankemenetluse protseduuriga

TACIS programmi raames, kus soetati põllumajandusliku nõuandeteenuse osutajat lõuna-Venemaal) on samuti väga huvitavad - EL toetustega seotud huvide konflikti aspektist vaadatuna.

1. Kohtuasi Kreeka vs Euroopa Komisjon (Euroopa Kohus C-387/03, 2005).

Selles kaasuses oli küsimuseks veinituruga seotud kulude väljaarvamine EL toetustest, sest vajalikud analüüsid olid teostatud laborite poolt, mis kuulusid samal ajal ka toetuse saajatele. Komisjoni kontrollide käigus tuli ilmsiks veini alkoholisisalduse laboritulemuste kahtlustäratav sarnasus, mis viitas sellele, et veinikanguse taset, milleks toetust saadi, ei olnud tegelikkuses saavutatud. Ka Kreeka valitsus ei olnud maandanud huvide konflikti riski, mis tulenes veinikeldrite/tootjate ja laborite seotusest (laborid kuulusid veinitootjatele). Kuivõrd labori veinikanguse mõõtetulemused olid kahtlust äratavalt sarnased, kuid siiski oluliselt erinevad teadus- ja kogemus ja praktikapõhistest eeldusest (arvestades ka tootjate ja labori vahelist seost ehk huvide konflikti) – eeldas kohus, et veini alkoholisisaldus, mis saadi laborite andmetel ei vastanud tegelikkusele ehk ei olnud usaldusväärne. Seejuures ei arvestanud kohus ka vastuväitega, et selline olukord oli kestnud juba aastaid ning varasemates auditites polnud selline seotus probleeme tekitanud⁶¹.

Kohus leidis, et kuniks liikmesriigi kontrollisüsteemid ei taga laborite mõõtetulemuste täielikku erapooletust, sõltumatust ja usaldusväärset esineb oht toetusrikkumiste toimepanemiseks ning seeläbi ka oht EL-i finantshuvidele, mida ei saa kuidagi õigustada.⁶²

Ka selles juhtumis on täheldatav agenditeooria baasil, see, et EL-i kui printsipaali huvide kontekstis on nii liikmesriik oma kontrollisüsteemidega kuid ka veinitootjad ja laborid agendi rollis, st et keegi neist ei tohiks eelistada isiklike huve EL-i huvidele.

2. Kohtuasi Poola vs Euroopa Komisjon (Euroopa Kohus T-257/13, 2015)

Sellel juhtumil tekkis huvide konflikti küsimus seoses talupidamise pensionieelse üleandmisega nooremale talunikule, kes oli ka üleandja sugulane. Meetme lõppeesmärgiks on muuta talude juhtimise vanuselist struktuuri nooremaks, et tagada

⁶¹ (Euroopa Kohus C-387/03, 2005) p 34

⁶² (Euroopa Kohus C-387/03, 2005) p 35

põllumajandusettevõtluse elujõulisus ja järjepidevus. Toetuse saajaks oli tegevust lõpetav farmer eeldusel, et ta tegevuse päriselt lõpetab, ülevõtja jätkab talupidamist vähemalt 5 aasta jooksul ning et uuel juhul oleksid piisavad teadmised ja kogemused talu tegevuse jätkamiseks.

Antud kaasuses seisnes probleem sellest talu ülevõtja oskuste ja pädevuse hindamise alusena aktsepteeriti Poola Vabariigi poolt talu üleandja (toetuse saaja) kirjalikku kinnitust, milles sisalduski ilmselge huvide konflikt. Kuigi Komisjon auditi käigus ei lükanud üleandja kirjalikku kinnitust tõendina tagasi, ei pidanud ta sellist tõendit siiski piisavaks/usaldusväärseks, et tõendada taluettevõtlust üle võtva isiku pädevust ja oskusi ning luges sellise kinnituse tõendina aktsepteerimise Poola riigi poolt kontrollisüsteemi süsteemseks puuduseks, mille eest määrati Poolale finantskorrektsioon ja mille tõttu Poola Vabariik Euroopa Komisjoniga kohtus vaidleski. Kohus leidis, et asjas on võimalik eeldada (tulenevalt huvide konfliktist), et taluettevõtte üleandja motiiviks sellise pädevustõendi väljastamisel ülevõtjale, oli isikliku kasu saamine (eelpensionile jäämisel toetusena). Selline enne pensionile jäämist talu üleandmise eest toetuse saamise skeem ja selle tingimused, löid olemuselt juba olukorra, mis ahvatles taotlejaid esitama valeandmeid.

Käesoleva uurimistöö kontekstis võiks sellest lahendist seoses huvide konfliktiga ehk tähele panna seda, et huvide konfliktis käituvaks isikuks oli eraõiguslik isik, kellel oli võimalik kindlustada enesele toetuse saamine, andes kirjalik kinnitus isiku pädevuse kohta, kes tema talupidamise üle võtab. Tegemist on väga selge näitega sellest, et huvide konflikti ei saa vaadelda kitsalt juhtumina, kui niisugusesse olukorda on sattunud liidu institutsiooni ametnik või teenistuja, nagu seda on püütud sisustada 2015 finantsmääruse täienduste preambulas⁶³.

⁶³ (EL finantsmäärus 2015) preambula punkt 24

3. Kohtuasi Berliini Sotsiaaluuringute instituut vs Euroopa Komisjon (Euroopa Kohus T-73/08, 2013).

See vaidlus puudutas Daphné II programmi raames 2004-2006 finantseeritud projekti, mis oli ellu kutsutud võitlemaks laste, noorte ja naiste vastu suunatud vägivalla vastu. Rahastamiskokkuleppes sisaldus tingimus, mille kohaselt lasus toetuse saajal tingimusteta kohustus hoiduda igasugusest huvide konfliktist projekti elluviimisega seoses, millega kaasnes kohustus rahastajat (Komisjon) teavitada igast juhtumist, mil huvide konflikt võib aset leida. Kohtu jaoks polnud seega keeruline leida õiguslikku alust, kui Komisjon sellise juhtumi huvide konflikt osas tuvastas.

Kohus tuvastas, et huvide konflikt leidis aset toetuse saaja tasandil, võttes arvesse menetluse käigus tuvastatud organisatsioonilisi, geograafilisi, töötajate vahelisi ning majanduslikke seoseid toetuse saaja ja tema lepingupartneri vahel. Üks olulisemaid tõendeid seisnes tuvastatud faktis, et isik, kes allkirjastas toetuse saajale esitatud ning käimasoleva vaidluse esemeks oleva kularve lepingupartneri poolt, oli samal ajal ka toetuse saaja töötaja, kes nimetatud arve tasus ning taotles nimetatud arve alusel ka toetuse väljamaksmist⁶⁴.

Käesolev kohtuasi kinnitab lisaks huvide konflikti selgele taunimisele, käesoleva töö kontekstis sedagi, et huvide konflikt võib leida aset eraõigusliku isiku tasandil, kes toetuste ahelas võib olla hoopis toetuse saaja või muus rollis kuid EL-i (finants)huvide silmas pidades on siiski agendi rollis, kes peaks eelkõige tagama ELi huvide kohase esindamise, oma esindusrolli ulatuses.

4. Kohtuasi AFCon Managment Consultants vs Euroopa Komisjon (Euroopa Kohus T-160/03, 2005).

See vaidlus oli seotud nõuandeteenuse hankemenetlusega TACIS programmi raames projektile „Põllumajandusteenuste laiendamine Lõuna-Venemaal“. Kohus tuvastas, et peale taotluste hindamiseks moodustatud hindamiskomisjoni liikme (Hr. A) ja ühe pakkuja (GFA) vahelise huvide konflikti olukorra tuvastamist hindamiskomisjoni poolt, pidanuks komisjon rahastamise otsuse tegemisel arvestama ka neile teada olnud

⁶⁴ (Euroopa Kohus T-73/08, 2013) vt otsuse punkt 129

asjaoludega seotuse kohta. Seos väljendus selles, et üks hindamiskomisjoni liikmetest oli samal ajal ka esimeses voorus parima pakkumise teinud ettevõtete konsortsiumi (GFA) ühe ettevõtte tütarettevõtte töötaja, millest hindamiskomisjoni esimees ka kõiki asjaosalisi teavitas. Selle tulemusel lõpetas komisjon koostöö nimetatud isikuga. Komisjon otsustas tühistada esimese hindamisvooru tulemused ning korraldada uue hindamise uues komisjoni koosseisus. Ka teise hindamise tulemusel osutus parimaks pakkumiseks GFA pakkumine ning teiseks tuli AFCon –i pakkumine, kes oli ka käesoleva vaidluse initsiaatoriks, soovides, et GFA oleks pidanud üldse pakkumisest eemaldatama peale hindamiskomisjoniga seose tuvastamist.

Komisjon leidis, et kasutas temal olevat kaalutusõigust täiesti proportsionaalselt ning GFA kõrvaldamine polnuks ka õiguslikult põhjendatud, sest pakkumismenetlustes osalemine on võrdsetel tingimustel avatud nii asutamislepingute kohaldamisalasse kuuluvatele füüsilistele ja juriidilistele isikutele kui ka abi saava riigi füüsilistele ja juriidilistele isikutele⁶⁵. Komisjon asus seisukohale, et huvide konfliktis oli süüdi vaid hindaja ning samuti puudus sellel isikul mõjuvõim GFA otsuste üle, mistõttu ei saanud GFA olla süüdi huvide konfliktis.

Kohus oli aga teisel arvamusel väites, et võttes arvesse juhtumi asjaolusid, näib selline hinnang komisjoni ilmselgelt ekslik. Kuna komisjon ei uurinud GFA ja A vahelist võimalikku kooskõlastatud tegevust, ei olnud komisjonil mingisugust põhjust välistada mõistliku kindlusega, et GFA ei püüdnud hankemenetlust mõjutada. Vastupidi, mitmele objektiivsele asjaolule ja kokkusattumusele oleks komisjon pidanud pöörama eritähelepanu ning uurima GFA ja A vahelise salajase kokkuleppe võimalikkust. Nimetatud asjaolud lubavad põhjendatult oletada, et huvide konflikt ei sündinud üksnes asjaolude kokkusattumisest, vaid petturlikest kavatsustest.⁶⁶

Muud asjaolud, mis sellist pettusele viitavat kahtlust süvendasid olid seotud komisjoniliikme, antud hindepunktide analüüsimisega võrreldes teiste hindajatega, ning võitnud pakkuja oluliselt madalamat pakkumishinda võrreldes teiste pakkujatega.

⁶⁵ (EL finantsmäärus, 2012) artikkel 114

⁶⁶ (Euroopa Kohus T-160/03, 2005) punkt 79

Väheoluliseks ei saanud pidada ka seda, et komisjoni liige ise ei teavitanud oma seostest pakkujate gruppi GFA gruppi kuuluvaettevõtte töötajana, töötades juhtival kohal põllumajanduslike abiprojektide osas, kus puutus varasemalt osaliselt kokku ka käesoleva hankega. Hindamiskomisjoni liige ei jätnud lihtsalt oma seosest teavitamata, vaid oli hindamiskomisjoni liikmeks määramisel kinnitanud igasuguste seoste puudumist. Hiljemalt pärast GFA pakkumise läbivaatamist pidanuks isik aru saama ja teavitama erapooletusdeklaratsiooniga vastuollu sattumisest.

Just neid põhjuseid kogumis hinnates pidas kohus võimalikuks eeldada salakokkuleppe võimalikkust seotud hindaja ning GFA vahel. Lisaks hindamiskomisjoni liikme ebausaldusväärsele käitumisele, nägi kohus asjaolude varjamist ka GFA poolt, sest pakkumiste intervjuudel esindas GFA gruppi just selle ettevõtte juhtkonda kuuluv isik, kuhu kuulus ka hindamiskomisjoni liige ning komisjon võis mõistlikult eeldada, et GFA esindaja ning hindamiskomisjoni liige üksteist ka tundsid. Samuti analüüsiti seotud isiku käitumist ajavahemikul hindamiskomisjoni liikmeks kinnitamise ning pakkumiste esitamise tähtaja vahel, mil isikul oli olnud kontakte GFA-ga. Komisjon tunnistas ka kohtus, et kui see info olnuks neil teada, pidanuks nad kaaluma GFA kõrvaldamist hankemenetlusest, olgugi et hindamiskomisjoni liige ei osalenud hanketingimuste väljatöötamisel.

Kokkuvõtvalt eeltoodust järeldub, et kohtu hinnangul tegi komisjon ilmselge hindamisvea, jättes uurimata seotuks osutunud hindamiskomisjoni ja GFA konsortsiumi vahelisi suhteid. Rikkudes niiviisi hea halduse põhimõtet, rikkus komisjon ka pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet, mis kohustab teda analüüsima kõiki pakkumisi erapooletult ja objektiivselt üldisi hankemenetlust reguleerivaid tingimusi ja põhimõtteid silmas pidades, et tagada kõigile pakkujatele ühetaolised võimalused ⁶⁷.

Seoses käesoleva töö teoreetilise osaga, mis rääkis huvide konfliktist seoses agenditeooriaga, on selles lahendis huvitav jälgida seda, kui laialt sisuliselt tuleb agendi rolli näha. EL-i avaliku huvi (printsipaali) esindajana ei nähta üksnes hindamiskomisjoni kui institutsiooni, vaid see roll kandub üle ka komisjoni igale liikmele, sõltumata tema

⁶⁷ (Euroopa Kohus T-160/03, 2005) punktid 80-90

mõjukusest. Agendirollis saame näha ka mitte üksnes pakkumise teinut ettevõtete konsortsiumit, vaid ka igat selle ettevõtet ning seda esindavat isiku selles osas, mis puudutab kohustust tagada avalike vahendite läbipaistev, aus, kõiki osapooli arvestav ja erapooletu kasutamine.

3.6 Järeldused huvide konflikti vältimise kohta EL mitteriigihankeliste avalike hangete raames.

Üldiselt võib öelda, et hankemenetluses üle reguleerimise risk on suur. Üle reguleerimine toob kaasa palju tarbetuid kohtuvaidlusi ning lõhub üldiselt hangete protsessi terviklikkust ja hoomatavust, muutes sellest arusaamise ja järgimise keeruliseks. (Gabriella M. Racca , Christopher R. Yukins, 2014, lk 8)

Kokkuvõtteks saab öelda, et Euroopa kohtupraktika EL-i aluspõhimõtete laiendamiseks ka alla riigihanke piirmäärasid jäävatele hangete osas on üsna levinud, ning osaliselt on see põhjendatud sellest, et EL-i seadusandlus seda valdkonda pole piisavalt selgelt reguleerinud. Muu hulgas on reguleerimatus kaasa toonud vaidlused näiteks Euroopa Komisjoni poolt kohtupraktika baasil alla piirmäära jäävate hangete kohta antud tõlgendava teatise ⁶⁸ siduvusest liikmesriikidele. EL-i kui printsipaali põhimõtete järgimine eeldab avalike hangete puhul ka alla piirmäära jäävas osas eelkõige läbipaistvuse, aususe, võrdse kohtlemise tagamist, mida kõige enam kahjustab huvide konflikti esinemine. Euroopa Liidu Kohtu lahendid, mis olid seotud konfliktiga EL toetuste raames, ei jäta kahtlust, et Euroopa Liidu Kohus on selles osas resoluutne - igasugust huvide konflikti tuleb vältida ning kahtluste korral isegi kui ilmselged tõendid puuduvad, tuleb huvide konflikti olemasolu pigem eeldada kui mitte arvesse võtta. Samuti tõlgendab kohus isikute ringi, kelle tegevus võib põhjustada konflikti EL huvidega oluliselt laiemana kui seda võib eeldada kehtiva õiguse pinnal.

Igal juhul paneb selline Euroopa Liidu Kohtu praktika suure vastutuse isikutele (agendirollis), kes peavad langetama otsuseid seoses avalike vahendite kasutamisega ning suureks küsimuseks jääb see, kas otsustajad tunnetavad ennast agendirollis olevana või

⁶⁸ (EK Tõlgendav teatis, 2006)

lihtsalt teenuse osutajana, või kasusaajana, kellel on kohustus üksnes käituda isiklikes, mitte EL-i huvides.

Miks liikmesriigid siiski vaidlevad komisjoniga EL- aluspõhimõtetest tuleneva avalike hangete läbipaistvuse, aususe, mittediskrimineerimise ja võrdse kohtlemise vastu, mis suunatud EL põhivabaduste – kaupade ja teenuste vaba liikumise tagamiseks ehk ühtse siseturu toimimiseks? Vastuse leiab siingi tõenäoliselt agenditeooria baasil.

EL-i avalik huvi, EL-i toimimise põhivabadused ja eesmärgid on kokku lepitud liikmesriikide poolt, kuid ühes või teises kontekstis juhtub ikka nii, et üldine EL-i huvi-olguigi, et põhimõtetest õilis ja üldiselt ka kasulik, võib mõnikord reaalsete tehingute, rahapaigutuste vms reaalsete ettevõtmiste juures jääma tahaplaanile võrreldes suveräänsusest tulenevate huvidega. Nii satuvadki riigid EL huvide esindajatena liikmesriikides ise huvide konflikti riigi suveräänsuse ehk iseotsustamise huvide ja vajadustega. Agenditeooriast põhjuseid otsides, on sellele lihtne vastata Eesti vanasõnaga „oma särk on ikka ihule lähemal“ ning tegemist on klassikalise olukorraga, kus printsipaali huvide kaugus ja abstraktsus tingivadki liikmesriigi kui agendi poolt isiklike huvide eelistamise.

Kui kokku püüda kuidagi kokku võtta kohtupraktika sõnumeid nii huvide konflikti vältimise kui ka EL-i aluspõhimõtete kohaldumise kohta alla riigihanke piirmäära hangetele, siis võiks välja tuua järgmised põhimõtted.

- Huvide konflikti vältimine on vajalik EL aluspõhimõtete kaitseks, milleks on kaupade, teenuste vaba liikumine, võrdne kohtlemine, läbipaistvus, proportsionaalsus ja vastastikune tunnustamine.
- Huvide konflikti vältimine on EL riigihankeõiguse lahutamatu osa. Selleks on kehtestatud riigihangete üldpõhimõtted, millest tuleb alati juhinduda.
- Väljapoole riigihanke reegleid jäävate avalike hangete puhul pole sõnaselgelt kehtestatud õigusreeglid avalike hangete raames huvide konflikti vältimise tarbeks.
- Kohustus järgida EL-i aluspõhimõtteid. Kõigil hangetel, mis jäävad alla riigihanke piirmäära ja sõltumata sellest, kas hankija on avalikõiguslik või

eraõiguslik isik, nende lepingupartner, nõustaja või muu asjasse puutuv, isik, aga ka liikmesriigid ise, kellel on mõju suunata EL-i vahendite kasutamise läbipaistvust, mõistlikkust, eesmärgipärasust, võrdset kohtlemist – peab järgima EL aluspõhimõtteid, mis tulenevad Euroopa Liidu toimimise lepingust.

- See eeldab, et kõik nimetatud rollid on EL avaliku huvide kontekstis agendirollis, st peavad sellest rollist aru saama ning peavad võtma vajadusel ka vastutuse, et EL avalikud huvid saaksid täidetud.
- Euroopa Komisjoni tõlgendav teatis alla riigihanke piirmäära jäävate hangete ning sellele eelnev ja järgnev Euroopa Liidu Kohtu praktika on nimetatud põhimõtteid korduvalt ka kinnitanud.
- Huvide konflikti vältimise osas on kohtupraktika suhteliselt selge. Huvide konfliktid tuleb igal juhul välistada ning ebaselguse olukorras tuleb pigem eeldada EL-i huve kahjustava huvide konflikti olemasolu ja vastavalt sellele ka käituda.

4. ETTEPANEKUD

Teoorias on öeldud lihtsalt: „Hoia potentsiaalne huvide konflikt potentsiaalsena ning võitle õigusvastase ja ebaeetilise käitumise vastu“. (Palazzo, et al., 2008, lk 19).

Siinkohal on sobiv meenutada töö esimeses osas kirjeldatud huvide konflikti tekkimise põhjuseid, milleks olid agenditeooria kohaselt:

- Saadava kasu või hüve erinevused, st kui esindatava (printsipaali) huvid on laialivalguvad /kauged ja seetõttu agendile vähemolulised, samal ajal kui esindaja (agendi) huvid on kontsentreeritud/lähedased ja hetkel väärtuslikumad.
- Kui esindaja tegevuse kohta informatsiooni hankimise ning tegevuse jälgimine on esindatavale liiga koormav või kallis.
- Kui esindaja (agendi) kohale puudub piisav konkurents või kui konkreetse esindussuhte saamiseks liiga kõrged nõudmised.

Nii nagu tuld on võimalik kustutada ühe tuld tekitava elemendi kõrvaldamisel, milleks on kuumus, hapnik, põlev aine - nii aitab ka huvide konflikti tekkimist ära hoida või lõpetada see kui :

- 1) Agendi-printsipaali suhtes vastastikku saadavad hüved ei erine üksteisest oluliselt.
- 2) Esindatav (printsipaal) omab täielikku kontrolli ja informeeritust agendi tegevuse üle, st printsipaali huvid on nii esiplaanil ja olulised, et agendi enda huvid ei sega ei domineeri ega mõjuta agendikohustuste täitmist.
- 3) Eksisteerib agentide vaheline konkurents, st agent ei tunne ennast monopoolse või asendamatuks.

Erinevate huvide konflikti vähendavate ettepanekute juures ongi huvitav jälgida, millise huvide konflikti põhjusega see tegeleb. Üldistatult saab huvide konflikti alased ettepanekud jagada õiguslikeks ning administratiivseteks ettepanekuteks.

4.1 Õiguslikud ettepanekud

Selleks, et üldse oleks võimalik rääkida efektiivsest huvide konflikti vältimisest tuleb tagada eelnevalt õigusselgus vähemalt järgmistes küsimustes.

- Millised on need huvid Euroopa Liidu kui printsipaali huvid ehk väärtused, eesmärgid, põhimõtted, mida tuleb (agentidel) esindada või silmas pidada
- Seejärel on vajalik saavutada õigusselgus selles, osas kes on see isikute (rollide) ring kellele nimetatud huvide esindamise (ehk agendiroll) laieneb.

Julgen väita, et huvide konflikti efektiivsemaks vältimiseks alla riigihanke piirmäära jäävate avalike hangete puhul vähemalt EAFRD toetuste kontekstis on vajalik õigusliku paradigma muutust. Eelkõige seisneb see agendi mõiste selgemas tajumises ning lahtilaskmisest arvamusest, nagu oleks huvide konflikti vältimine pelgalt ametnike ja korruptsiooniga seotud küsimus. Kui paradigma muutus on toimunud, alles siis võiks mõelda võimalusele EL või liikmesriigi õigusega kehtestada õigusselguse huvides konkreetse nõude EL esmasest õigusest tulenevate põhimõtete kohustuslikuks järgimiseks selmet laiendada keeruliste riigihanke reeglistike kohaldumist.

Nähtuvalt käesolevas töös toodud õigus praktikast on Euroopa Liidu Kohus paljudel kordadel pidanud kordama põhimõtet, et avalike hangete puhul kehtivad EL esmasest õigusest tulenevad, avatud ja vaba konkurentsiga ühtset turgu, võrdset kohtlemist,

läbipaistvust tagavad jm kohtupraktikas nimetatud põhimõtted. Riigihankeõigusega on see kõik reguleeritud teisese õigusega, milline puudub näiteks allapoole riigihanke piirmäärasid jäävate avalike hangete puhul. Pidades silmas kohtupraktikat, eelkõige lahendeid, mis on seotud alla riigihanke piirmäära hangetele EL aluspõhimõtete laiendamisega – oli üheks põletavamaks probleemiks läbipaistvuse küsimus, mis lõplikku õigusselgust ei olegi saanud, sest mäletatavasti oli läbipaistvus seotud eelkõige piisava avalikustamisega, millest teatud juhtudel oli võimalik ka loobuda, kui õigustus tuleneb esmasest õigusest (nt julgeolek, tervis) või kohtupraktikast (kaalukas avalik huvi). Senistes lahendites vaatluse all olnud juhtumite puhul on komisjonil õnnestunud põhjendada seda, et rikutud on neil juhtudel eelkõige esmasest õigusest või kohtupraktikast tulenevat läbipaistvuse põhimõtet on tõesti rikutud. Õiguspraktika kujunemine kohtulahendite baasil on aga vaevanõudev ning lähtub alati teatud juhul unikaalsetest kaasustest, mis tingib selle, et alati on uute juhtumite puhul esmalt vajalik hinnata, kas varasem õiguspraktika on piisavalt universaalne, et kohalduda ka uuele juhtumile.

Kuid probleem on siin põhimõttelisemat laadi - kuidas ühetaoliselt sisustada piiritleda piisavat avalikustamist, või erandeid, millal hankeid ei pea avalikustama - ilma selleks eraldi EL teisest õigust appi võttes, nagu on seda tehtud riigihankedirektiivide näol.

Kui liikmesriigid muul moel alla riigihanke piirmäärasid jäävate hangete puhul EL esmase õiguse ülesvõtmise tingimustes kokku ei lepi ja oma siseriikliku õigust vastavalt ei muuda, siis EL toetuste kontekstis on lahenduseks EL institutsioonidel läbi otsekohalduva määrusloome kehtestada need reeglid ise. Tänapäevane EL poolt liikmesriikidele otsekohalduv õigusraamistik on huvide konflikti osas kahjuks väga juhuslik ja ebamäärane.

Siinkohal võime meelde tuletada, milline on seis huvide konflikti vältimisega EL õiguses, mis mingil määral kohalduks ka EAFRD toetustele.

- Kõige kõrgem nn katusregulatsioon, mis reguleerib huvide konflikti vältimise kohustust on Finantsmääruse ⁶⁹artikkel 57, mille kohaselt ei tohi **finantsjuhtimises osalejad ja teised isikud, kes on seotud eelarve täitmise ja haldamisega**, sh seda ettevalmistavate aktide ja toimingutega, ning eelarve

⁶⁹ (EL finantsmäärus, 2012) artikkel 57

auditeerimise või kontrolliga, astuda samme, mille tagajärjel võivad nende oma huvid sattuda vastuollu liidu huvidega.

- Spetsiifilisemast EL õigusest leiab huvide konflikti kirjelduse ja vältimise kohustuse ka EL riigihangete direktiivi ⁷⁰ artiklis 24, mis kohustab liikmesriike tagama, et **avaliku sektori hankijad** võtavad asjakohaseid meetmeid, et tõhusalt ära hoida, tuvastada ja kõrvaldada huvide konflikte, mis tekivad hankemenetluste läbiviimisel, et vältida igasugust konkurentsi moonutamist ja tagada kõigi ettevõtjate võrdne kohtlemine. Kahjuks ütleb direktiivi preambula punkt (4), et lisaks ei kuulu tavaliselt riigihangete eeskirjade kohaldamisalasse ka mõne tegevuse pelk rahastamine, **eelkõige toetuste kaudu**, mis on tihti seotud kohustusega hüvitada saadud summad, kui neid ei kasutata eesmärgipäraselt.

- Huvide konfliktiga seoses on ainukene EL toetusfondide ülene otsekohalduv Ühissätete määrus 1303/2013 ⁷¹, mis sätestab huvide konflikti vältimise üksnes juhtudel kui
 - a) korraldusasutus (mis täidab Euroopa Komisjonile antud õigust kehtestada liikmesriikidele peamised eesmärgid ja head tavad) kaasab asjaomaseid partnereid projektikonkursside ettevalmistamiseks, ning eeskätt head tavad võimalike huvikonfliktide vältimiseks juhtudel, kui on võimalus, et asjaomased partnerid on ka võimalikud toetusesaajad;
 - b) kohalike algatusrühmade poolt rahastamiseks ja rahastamisvahenditega seotud toetusskeemide väljatöötamisel, on kohustus tagada mittediskrimineeriv ja läbipaistev valikumenetlus, tegevuste objektiivsete valikukriteeriumide koostamine, finantsvahendajate valimine selliselt, et välditakse huvide konflikte.

Mingil põhjusel ei kohaldu viimati nimetatud põhimõtte üle kõigi toetusfondide puhul, kus on vajalik läbi viia valikumenetlus sõltumata sellest see ületab või jääb alal riigihanke piirmäära. Seega üldist ja käesoleva teooria baasil senisest kaugeleulatuvat huvide konflikti vältimise kohustust viidatud fondide ülesest Ühissätetest ei leia.

⁷⁰ (Riigihangete direktiiv, 2014)

⁷¹ (ESI fondide ühissätete määrus 1303/2013, 2013)

EL ühise põllumajanduspoliitika ja sh EAFRD fondist makstavate toetuste kohta kehtestatud horisontaalmääruses ⁷² puudub huvide konflikti mõiste sootuks. Küll aga on preambula punktis 39 välja toodud eeldus, et idu eelarve finantshuvide kaitsmiseks peaksid liikmes riigid vastu võtma meetmed, mis tagavad, et fondide rahastatavad tehingud teostatakse korrektselt ka tegelikkuses. Liikmesriigid peaksid ka ennetama, tuvastama ja tõhusalt käsitlema kõiki toetusesaajate poolseid eeskirjade eiramisi või kohustuste täitmata jätmist. Selleks tuleks kohaldada nõukogu määrust (EÜ, Euratom) nr 2988/95 (1). Põllumajandusalaste sektoripõhiste õigusaktide rikkumise juhtudel, kui liidu õigusaktidega ei ole sätestatud halduskaristusi käsitlevaid üksikasjalikke eeskirju, peaksid liikmesriigid kehtestama riigisiseseid karistused, mis peaksid olema tõhusad, hoiatavad ja proportsionaalsed. Lisaks ÜPP horisontaalmääruse sisaldub artiklis 60 kõrvalehoidumisklausel, mis sätestab: „*Ilma et see piiraks erisätete kohaldamist, ei anta põllumajandus alaste sektoripõhiste õigusaktidega ettenähtud eeliseid füüsilistele ega juriidilistele isikutele, kelle puhul on kindlaks tehtud, et nad tekitasid selliste eeliste saamiseks vajalikud tingimused kunstlikult, vastupidiselt kõnealuste õigusaktide eesmärkidele.*“ Eelnenu tõestab, et kui EL eelarve kasutamise reeglites on huvide konflikti vältimist peetud oluliseks, siis EL toetusõiguses on huvide konflikti vältimine reguleeritud palju juhuslikumalt ja ebamäärasemalt. Autori arvates tuleneb see eelkõige sellest, et agendirolli ollakse harjutud sisustama liiga kitsalt.

Sama oluline kui selgete õigusreeglite kehtestamine huvide konflikti vältimise kohustuse kohta ja huvide konfliktis osalevate isikute defineerimise kohta, on oluline ka õiguskindlalt ja selgelt määratleda tingimused, millal huvide konflikti vältimine ei ole seadusega nõutav. EL teise õiguse tasandil võiks kehtestatud olla üldised raamid ja põhimõtted, millal huvide konflikti vältimine ei ole ilmtingimata nõutav. Näiteks võivad selliste tingimuste alla kvalifitseeruda hanked, millel puudub nn „Euroopa dimensioon“⁷³, mille maksumus on väga väike, või kui kulude mõistlikkuse selgitamiseks on kasutatud näiteks lihtsustatud kulumeetodeid.

Lisaks EL juhiste (EC working paper modernisation of EU PP, 2011) leiab selleks õigustust ka Euroopa Liidu Kohtu praktikast näiteks eelpoolviidatud kohtuasjas (Euroopa

⁷² (ÜPP horisontaalmäärus 1306/2013, 2013)

⁷³ Puutumus EL-ga, vt 3.5.1

Kohus C-147/06, 2008) p33 ⁷⁴. Autori hinnangul on väga oluline ka lihtsustatud kulumeetodite juures hinnata seda, kas lisaks sellele, et kulude mõistlikkus oleks tagatud, ka on tagatud ka teiste EL aluspõhimõtete ja huvide kaitse, mida huvide konflikti esinemine võib rikkuda, sõltumata sellest, et tagatud on hinna mõistlikkus.

Eeltoodust tulenevalt leian, et otstarbekas oleks:

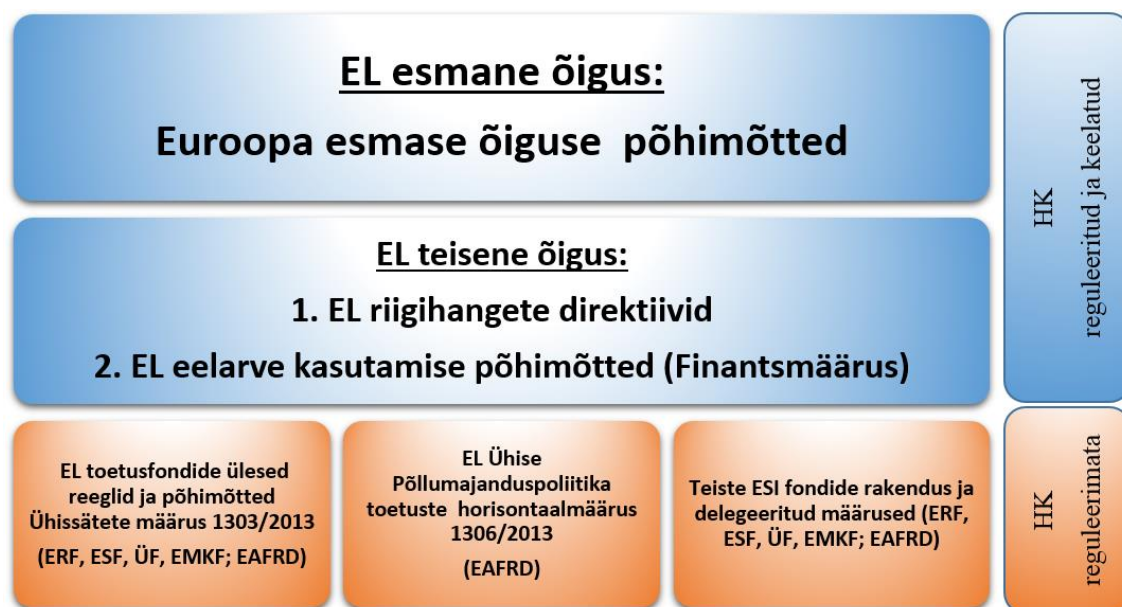
- 1) EL toetuste osas reguleerida ja täpsustada huvide mõiste ning vältimise kohustus kõike EL toetusfondide nn katusmääruse ehk Ühissätete määruse (ESI fondide ühissätete määrus 1303/2013, 2013) tasemel.
- 2) Sama määrusega võiks kehtestada toetuste rakendamise osas kõigile toetusahelas esinevatele rollidele (taotlustingimuste koostamine, toetuse taotlemine, Toetuse saaja, lepingupartnerid, kasusaajad, nõustajad jms) kohustuse järgida EL aluspõhimõtteid, et tagada ühtse turu toimimine, isikute võrdne kohtlemine, läbipaistev ja aus menetlus, toetuse mõistlik (EL finantshuve kaitsev) eesmärgipärane kasutamine.
- 3) Sellega legaliseeritaks kõigi avalike vahendite rakendamisega puutumuses olevad isikute nn agendiroll ja vastutus EL üldise avaliku huvide kontekstis. Seejuures ei pea vajalikuks, ega mõistlikuks reguleerida põhimõtete rakendumist sellisel määral, nagu seda on tehtud riigihangete direktiividega. Siiski peaks kõik agendirollis olevad EL toetusvahendite rakendajad, kasutajad ja kasusaajad olema teadlikult, et nende tegevus allub kohtulikule kontrollile.
- 4) Samas oleks kohane kehtestada selged tingimused ja põhimõtted, millal huvide konflikti vältimine ei ole kohustuslik, mille järgmine on liikmesriikidele vabatahtlik, st liikmesriikidele võib jääb õigus huvide konflikti siiski rangemini välistada.

Kindlasti peaks eeltooduga harmoniseerima ja kooskõlla viima viidatud ÜPP horisontaalmääruse (ÜPP horisontaalmäärus 1306/2013, 2013), mis kehtestab ühtsed

⁷⁴ Kohtus väitis, et niisugustes tingimustes võib siseriikliku või kohaliku omavalitsuse õigusnormiga või isegi hankija enda aktiga määrata mõistliku piirmäära põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste automaatseks väljaarvamiseks. Sellele vaatamata ei saa seaduse nr 109/94 artikli 21 lõike 1a kolmandas lõigus kinnitatud viie pakkumuse piirmäära pidada mõistlikuks. Vt ka joonealust märkust nr 58.

toetuste rahastamise ja haldamise põhimõtted üle Põllumajanduse- ja Maaelu toetusfondide sh üle EAFRD suhtes.

Nimetatud harmoniseerimise tulemusena kujuneks välja olukord, kus EL aluspõhimõtted oleksid ühetaoliselt sisustatud üle kõigi EL õigusharude, kus on käsitatud ELi eelarveliste vahendite kui üldse kõigi avalike vahendite kasutamise põhimõtteid üle Euroopa Liidu. Tänapäeval hetkel on mingil määral vajalik õiguslik regulatsioon EL esmaste huvide tagamise ning huvide konflikti vältimise tarbeks olemas EL eelarvet reguleerival finantsmääruse ning EL riigihankedirektiivi tasemel kuid EL toetusfondide rahastamist ning haldamist reguleerivad otsekohalduv õigus on selle osas väga lünklik ja eklektiline.



Joonis 5 Huvide konflikti (HK) vältimise regulatsioonid või nende puudumine EL õiguses

Autori arvetes on väga hea näide Eestis kehtestatud 2014-2020 perioodi tarbeks kehtestatud struktuuritoetuste seadus⁷⁵ selle kohta, kuidas on võimalik transformeerida EL toetuste õigusesse, kus EL hankeõigus ei kehti üksnes EL-i esmase õiguse aluspõhimõtted, jättes üle võtmata keeruline riigihanke reeglistik. STS §26 lg 6 kehtestab ka toetuse saajatele või nende partneritele, kes ei pea järgima riigihangete seadust ja kui teenuse, asja või ehitustöö eeldatav maksumus on ilma käibemaksuta võrdne 5000 euroga kohustuse järgida riigihankeseaduse §-s 3 nimetatud **põhimõtteid**, milleks on:

⁷⁵ (STS 2014-2020, 2015)

- kohustus vahendite säästlikuks, otstarbekaks, mõistliku hinnaga ning eesmärgipäraseks kasutamiseks, tagades konkurentsi korral erinevate pakkumuste võrdlemise teel parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhte;
- hankija kohustuse tagada hanke läbipaistvus ja kontrollitavus;
- hankija kohustus kohelda kõiki isikuid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning jälgida, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid hanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud;
- hankija kohustus tagada olemasoleva konkurentsi efektiivne ärakasutamine;
- hankija kohustus vältida konkurentsi kahjustavat huvide konflikti.

Märkimisväärne on STS-i puhul ka see, et nimetatud põhimõtted kohalduvad nii hankijale kui ka tema partneritele, kes kõik võivad olla eraõiguslikud isikud, kuid ometi kohustusega arvestada ELi huvidega. Seda praktikat soovitab autor kindlasti laiendada nii EL õigusaktide tasemel näiteks Ühissätete⁷⁶ määruses 1303/2013, mis kohaldub üle kõigi EL toetusfondide või vähemalt Eesti kontekstis Euroopa Liidu ühise põllumajanduspoliitika rakendamise seadusele⁷⁷, millega rakendatakse EAFRD toetusi kui ka Kalandusturu korraldamise seadusele⁷⁸, millega rakendatakse Euroopa merendus- ja Kalandusfondist rahastatavaid toetusi.

Seoses EL toetustega on teisigi õiguslikke võimalusi vähendada huvide konflikti riski võttes kasutusele kaalutletud juhtudel lihtsustatud kulumeetodeid võrreldes tavapärase avatud hanke raames kulude väljaselgitamisega. Lihtsustatud kulude õiguslik alus tuleneb ESI fondide Ühissätete määruse artiklist 67 lg 1, millega kehtestatakse lubatavad toetuste ja tagastatava abi andmise vormid, milleks on :

- tegelikult tehtud ja välja makstud rahastamiskõlblike kulude hüvitamine;
- Selle all on mõeldud tavalise hankemenetluse raames tuvastatud parima pakkumise alusel tehtud konkreetsete kulude hüvitamist, mida antud kontekstis ei saa lugeda lihtsustatud kulumeetodiks). Lihtsustatud kulumeetoditeks saab lugeda järgmised punktides b - d nimetatud kulumeetodid.
- ühikuhindade standardiseeritud astmik;
- avaliku sektori toetuse ühekordsed maksed, mis ei ületa 100 000 eurot;

⁷⁶ (ESI fondide ühissätete määrus 1303/2013, 2013)

⁷⁷ Avaldatud RT I, 04.12.2014, 3 <https://www.riigiteataja.ee/akt/101092015003> (10.05.2016)

⁷⁸ Avaldatud RT I, 05.12.2014, 1 <https://www.riigiteataja.ee/akt/111122015002> (10.05.2016)

- kindlamääraline rahastamine, mille korral kohaldatakse ühe või enama konkreetse kulukategooria suhtes protsendimäära

Artiklis 67 nimetatud kulumeetodite kohta on nõukogu ja komisjon sama määruse lisas teinud ühisavalduse, mille kohaselt juhtudel kui kulude tegemiseks peab kasutama riigihankemenetlust, ei välistata siiski kulumeetodite hulgast võimalust, et toetuse saaja maksab töövõtjale kulude eest lihtsustatud kulumeetodiga kindlaksmääratud kulude järgi, mitte tegelike kulude järgi. Samuti on Nõukogu ja komisjon nõus, et toetusesaaja poolt kindlaksmääratud ja tasutud kulusid, mis põhinevad nimetatud ühikuhindadel, mis on kehtestatud riigihankemenetluste kaudu, käsitatakse tegelikult tehtud ja toetusesaaja poolt välja makstud tegelike kuludena artikli 67 lõike 1 punkti a kohaselt.

4.2 Administratiivsed ja muud teoorias kajastamist leidnud meetodid huvide konflikti vältimiseks.

Kuigi käesoleva töö fookuses on eelkõige EL riigihanke direktiividele mittealluvad hanked, mis jäävad alla EL riigihanke piirmäärade, võib üldiselt siiski järeldada, et huvide konflikti vältimise üldised meetodid ja võtted teoorias ei sõltu väga sellest - kas tegemist vaatluse all on huvide konflikti vältimine väikeste või suurte hangete puhul.

- Kontrollisüsteemide arendamise meetod peaks tagama eelkõige printsipaali täielikuma kontrolli agendi üle. Teooriast mäletame, et olemuslikult on agendil alati rohkem infot kui esindataval (printsipaalil) ehk toimib nn informatsiooni asümmeetria.
- Huvide konflikti riski vähendamiseks, tuleb tagada, et agendi eesmärgid vastaksid printsipaali eesmärkidele. Selleks saab printsipaal tugineda erinevale nn järelevalvestrateegiale, mida mõnikord on nimetatud jälgimis- ja sidumisstrateegiaks. Jälgimine on see, mida nimigi ütleb, printsipaali püüid jälgida, millega agent tegeleb ja hinnata tegude vastavust printsipaali eesmärkidele. Sidumistehnika all peetakse agenditeoorias klassikaliselt silmas vabatahtlikku lepingulist agendi otsustusvabaduste piiritlemist printsipaali huvide esindamisel. Hangete kontekstis tähendab see pigem sanktsioonide ja karistuste

kehtestamist kui agent peaks oma tegevustega kõrvale kalduma printsipaali huvidest. (Yukins, 2010, lk 65 - 66)

- Üheks meetodiks on ka info liikumise korraldamine selliselt, et oluline informatsioon ja otsustustprotsess toimuks alati printsipaali ehk esindatava otsese järelevalve all. Sisuliselt eeldab see informatsiooni korraldamist selliselt, et printsipaal on kogu agendile saabuva ja temast lähtuva info vahelülis ning samuti peab printsipaal aktsepteerima eelnevalt agendi otsuseid või tegevusi (Trepte, 2005, lk 29-30).
- Ühe võimalusena on kasutatud ka nn otsuste seadusandlikku kooskõlastamise kohustust, mis tähendab seda, et administratsiooni poolt ettevalmistatud otsused tuleb üle vaadata ja kinnitada kõrgema regulatiivset pädevust omava võimu poolt (riigikogu, volikogu, valitsus, nõukogu vms). Sellise meetodi miinuseks võib osutada hankeprotsessi poliitiline mõjutamine (Trepte, 2005, lk 30).
- Huvide konflikt kui eetilise konflikti vältimiseks on välja pakutud lahendustena näiteks isiku taandamist otsustamisest, isiklike huvide loovutamist (näiteks antakse isikule kuuluvad aktsiainvesteeringud hallata organisatsioonile, kelle huve isik esindab), isiklike huvide avalikustamist (Argandona, 2004, lk 8-13). Kui isiku taandamine tähendab sisuliselt isiku agendisuhtest eemaldamist, siis isiklike huvide loovutamise idee seisneb soovis rohkem siduda printsipaali ja agendi isiklike huve. Nii tekib printsipaalil suurem kontroll agendi tegevuse üle ja agendil on isiklik huvi tagada ka printsipaali huve. Isiklike huvide avalikustamise eesmärgiks agenditeooria kohaselt on tekitada konkurents esindajate vahel (läbi avaliku huvi) ning printsipaali parem informeeritus ja vajadusel ka kontroll agendi tegevuse ja huvide üle.
- Lisaks eelnimetatutele võib huvide konflikti vältimist soodustada rahaliste lepinguliste või halduskaristuste kehtestamisega, mis peaks agente mõjutama, mitte eelistama isiklike huve ja olla hoolikas printsipaali huvide esindamisel. Nendest järgmine ja karmim tase huvide konflikti vältimise reegli rikkumise

kriminaliseerimine karistusõiguses (Trepte, 2005, lk 32-33). Need meetodid peaksid agenditeooria seisukohast motiveerima agenti ja talle meelde tuletama, et esindussuhtes tuleb esikohal hoida siiski printsipaali huve. Sisuliselt on see sunnimeetod ehk jõumeetod hoidmaks agendi huvisid „õigel“ kursil.

- Märgistamine ehk „mustade nimekirjade“ meetod on samuti praktikas osutunud üsna efektiivseks ja „puhastavaks“ (Trepte, 2005, lk 33). Sisuliselt tähendab see pakkujate jt isikute ajutist või alalist väljaarvamist toetuse saajate või avalikel hangetel osalejate hulgast. Sisuliselt on tegemist ühiskondliku karistusega neile, kes on ühiskondlikke kokkuleppeid ja käitumisreegleid rikkunud, mis väljendub nende õiguste ja võimaluste piiramises kasu saamiseks avalike vahendite arvel. Huvitaval kombel on seda põhimõtet jõuliselt asunud ellu realiseerima ka EL finantsmääruses 2015 tehtud täiendustega (EL finantsmäärus 2015) artiklis 105 A, millega kehtestatakse „EL finantsotude varajase avastamise ja kõrvalejätmise süsteem“⁷⁹, mille eesmärgiks on liidu finantshuve ähvardavate ohtude varajane avastamine ning artiklis 106 lg 1 nimetatud kõrvalejätmist põhjustavas olukorras olevate ettevõtjate kõrvalejätmine hankemenetlusest, ettevõtjale rahalise karistuse määramine vastavalt artikli 106 lg 13.

Sisuliselt tähendab see, et EL eelarvest otse saadud toetuste kuritarvitamise sh huvide konfliktist tekkinud ELi huvide kahjustamise tagajärjena, kõrvaldatakse rikkumise toime pannud isik edaspidi jäädavalt või ajutiselt EL eelarvest otse makstavate toetuste saajate või hangetes osalejate õigusega isikute hulgast. Kuivõrd nimetatud reeglistik kehtib üksnes otse EL eelarvest makstavate toetuste kohta, mitte läbi liikmesriikide makstavate EL toetuste kohta, siis on komisjonil ootus, et liikmesriigid samu põhimõtteid ka läbi liikmesriikide makstavate EL toetuste juures võtaks ning isikud, kes sisalduvad nimetatud andmebaasis välistatakse toetuste saajate hulgast ka liikmesriikides. See on aga hetkel tekitanud suuri vastasseise, sest liikmesriikidele tuli selline jõuline käitumine üllatuslikult

⁷⁹ The Early Detection and Exclusion System: EDES, Euroopa Komisjoni loodud süsteem Euroopa Liidu finantshuvide kaitseks. Eesmärgid 1) isikute varajane avastamine, kelle tegevus võib kujutada ohtu EL finantshuvidele, 2) isikute väljaarvamine EL toetuste saajate hulgast, 3) halduskaristuste kohaldamine isikutele, 4) tõsisemate pettusejuhtumite avalikustamine koos sanktsioonidega heidutuse eesmärgil.
http://ec.europa.eu/budget/explained/management/protecting/protect_en.cfm (30.04.2016)

(vaatamata, et tegemist oli Nõukogu ja Euroopa parlamendi määrusega) ning nimetatud sätete rakendusaktid on alles koostamise faasis.

Lõpetuseks tooksin välja ka mõned ettepanekud EL Põllumajandusfondidele jaoks koostatud huvide konflikti vältimise juhise, mille koostamise ekspertgrupis oli autoril võimalus osaleda (OLAF huvide konflikti vältimise juhise AGRI, 2015). Nimetatud juhise suurimaks väärtuseks peab autor seda, et selle koostamise käigus mõistsid nii liikmesriikide esindajad ekspertgrupis kui ka Euroopa Komisjoni esindajad (OLAF, DG AGRI), et huvide konflikti alla riigihanke piirmäärade osas pole piisavalt reguleeritud ning puudub õigusselgus selles osas, mida üldse peetakse huvide konfliktiks ja kes on selle osalisteks. Mõisteti seda, et huvid konflikti ei saa seostada üksnes ametnike ja ametkonda puudutava korruptiivse käitumisega, vaid huvide konflikt võib tuleneda ka eraõiguslike toetuse saajate ning nende partnerite poolt ning senises õigusloomes pole sellega osatud arvestada. Seesundis otsima täiendavat EL õigusraamistikku, mis vähegi seda teemat avaks ka ühtse põllumajandusfondide investeringumeetmete tarbeks, kus üle 95% EL vahendite arvel tehtavatele investeringutele ei kohaldu riigihankereeglid.

Kui nüüd tagasi tulla nimetatud juhise kajastatud huvide konflikti vältimise võimaluste juurde, mis pandi kokku erinevate riikide praktikate baasil, siis kokkuvõtvalt võib neid meetodeid pealkirjastada kui – „huvide konflikti vältimine läbipaistvuse jt meetmete kaudu“ (OLAF huvide konflikti vältimise juhise AGRI, 2015, lk 36). Kuigi käesolevas töös analüüsitud kohtupraktikast teame, et läbipaistvuse absoluutne tagamine pole alati nõutav, on selle põhimõtte silmas pidamine ja sellega arvestamine ka mittenõutavatel juhtudel alati oluline. Paljuski on kõnealuses juhises huvide konflikti vältimisel toodud paralleele karistusõiguses levinud korruptsiooni sätetega, kuid siinkohal peab autor vajalikuks märkida, et nende üle võtmine on väga lihtne kui muuta ehk laiendada kohustatud isiku määratlust nii, et lisaks ametnikele ning avalikele teenistujatele lasuks huvide konflikti vältimise kohustus ka kõigil isikutel ja sellises osas, kes ja millises osas on puutumuses EL vahendite kasutamise ja käsutamisega.

Selle põhimõtte laiendamisel on nõ „laiendatud agentide ringile“ selge, et nad on kohustatud järgima ka EL-i kui peamise printsipaali huve, sõltumata kui kaugel nad

toetuste kasutamise ahelas ka ei asuks. Nagu käesolevas töös juba väidetud- ei ole toetuste eesmärgis osta asju või teenuseid, millest müüjad saavad kindlasti kasu, samuti pole eesmärgiks et asjade omanikud (kasusaajad) saaksid endale toetuste arvel kaupu ja teenuseid lubada- vaid lõppeesmärgiks on siiski üldise ja toetusega ettenähtud eluvaldkonnas või isikute grupis elujärje ja seisundi paranemine.

Läbipaistvuse suurendamiseks maaelu arengutoetuste raames sisaldus juhises soovitus laiendada nn huvide konflikti deklaratsiooni esitamiseks kohustatud isikute ringi, mis hõlmaks ka erinevaid toetuse menetlemise ja kasutamisega hõlmatud eraisikuid, ettevõtteid, kolmandaid osapooli, lepingupartnereid jne.

Selliste esitatud deklaratsioonide usaldusvääruse kontrolliks, tuleks ametkondadel teostada nn riiklike andmebaaside vahel ristkontrolle, tuvastamaks võimalikke huvide konflikte või nende puudumist (OLAF huvide konflikti vältimise juhised AGRI, 2015, lk 38- 40).

Muude võimaluste hulgas oli juhises positiivse näitena ära märgitud ka Eesti näide, kus perioodi 2014-2020 struktuuritoetuste seaduse praktika, mis kehtestas nii taotlejatele kui ka nende partneritele kohustuse järgida riigihanke põhimõtteid ka nende hangete suhtes, kus riigihankereeglites ise ei kohaldu⁸⁰. Üheks oluliseks võtteks on ka üldiste suunavate juhiste ja käsiraamatute kaudu antud teemas teadlikkuse tõstmine, millekohaseid näiteid Suurbritanniast ja Tsehhi vabariigist on juhises refereeritud. (OLAF huvide konflikti vältimise juhised AGRI, 2015, lk 42 - 43)

5. KOKKUVÕTE

Huvide konflikti vältimise meetmed riigihankereeglitest väljajäävas alas (EL eelarvevahendite kasutamisel) vajaksid, sarnaselt riigihankega avalikele hangetele, selgemat õiguslikku raamistikku. Põhimõtet, et selliste lepingute puhul tuleb siiski järgida asutamislepingu sätteid on kujundanud ka Euroopa Liidu Kohtu praktika ning just see on osutunud mitmete vaidluste allikaks ka komisjoni ja liikmesriikide vahel. Esmase õiguse põhimõtete laiendamine on iseenesest ka loomulik, sest ka lepingute puhul, kus

⁸⁰ (STS 2014-2020, 2015) § 26

riigihankereeglid ei kohaldu, on tegemist samuti avalike vahenditega ning riigihankereeglite puudumine ei õigusta avalike vahendite ebamõistlikku, mittesihipärast ja läbipaistmatut kasutamist ühegi isiku poolt, kes omavad vahendite kasutamise üle kontrolli.

Töö empiirilises osas analüüsiti huvide konflikti eelkõige alla piirmäära jäävate EL avalike hangete osas praktiliste juhtumite, kehtiva EL õiguse, huvide konflikti vältimise juhiste ning Euroopa Liidu Kohtu praktika baasil ning agenditeooria valguses. Selle tulemusel võib järeldada, et agendi ehk isiku rolli, kes peaks esindama ELi (printsipaali) huve on seni käsitatud liialt kitsalt. Toetustega kokku puutuvad isikud ei taju sageli oma agendirolli ja sellega kaasnevat vastutust. Töö lõpuosas on välja toodud mõned õiguslikud ja administratiivsed võimalused huvide konflikti vältimiseks.

Uurimistöö tulemusena jõudis autor järeldusele, et huvide konflikti vältimine kaitseb ennekõike olemuslikult avalike vahendite läbipaistvat, eesmärgipärast ning mõistlikku kasutamist, mis omakorda on oluline Euroopa Liidu kui majandusühendusena toimimise aluspõhimõtete kaitseks, milleks on kaupade, teenuste vaba liikumine, võrdne kohtlemine, läbipaistvus, proportsionaalsus ja vastastikune tunnustamine. Alla piirmäära hangetes huvide konflikti põhjustavate isikute ringi on senises praktikas tõlgendatud kitsalt seetõttu, et huvide konflikti on seostatud eelkõige korrupsiooniga, milleks on üksnes ametiisiku ametikohustuste ja erahuvide vastuoluna, kus erahuvid võivad mõjutada ametikohustuste täitmist. Korrupsiooni ja sh huvide konflikti vältimist on seetõttu ka haldusõiguses ja ka karistusõiguses põhjalikult reguleeritud. Euroopa Liidu eelarveliste vahendite mõistlikku, sihipärast ja läbipaistvat kasutamist mõjutavad ja otsustavad aga väga paljud teised isikud, kes ei ole ametiisikud (eraisikutest-ja ettevõtetest taotlejad, neile kaupu ja teenuseid müüvatest partneritest, nende allhankijatest, konsultantidest jne).

Üheks huvide konflikti vältimise võimaluseks oleks see kui selgesõnaliselt kohustada EL teise õiguse tasemel kõiki osapooli, kellest sõltub avalike vahendite kasutamise sihipärasus, mõistlik hind, läbipaistvus järgima riigihankereeglitega kehtestatud põhimõtteid vähemalt ulatuses, mida on vajalikuks pidanud kohtupraktika. Selgemat õiguslikku määratlust vajaks sellega seoses nii huvide konflikti ulatuse/sisu defineerimine kui ka isikute ringi ehk kõigi osapoolte senisest laiem määratlemine.

Kriitiline julgeb autor olla idee suhtes, et mõistet „huvide konflikt” tuleks kasutada ainult ametiisikute suhtes, kuid mitteametniku sh ettevõtja püüdlust menetlust alusetult mõjutada või omandada konfidentsiaalset teavet, tuleks käsitada „ametialaste käitumisreeglite raske rikkumisena” või „ametialase konfliktse huvina“, kui isikud satuvad olukorda, kus neid ei tohiks valida lepingut täitma.

Huvide konflikti vältimise meetmed võib laias laastus jagada kaheks, õiguslikud ja administratiivsed. Samas huvide konflikti vältimise eelduseks on õigusselgus selles osas, milliseid huve tuleb kaitsta ning kes on selle eest vastutavad. See, et huvide konflikti ei tohiks eriti avalike vahendite kasutamisel eksisteerida, on üldiselt kõigile teada kuid siiski esineb juhtumeid, kus jääb ebaselgeks, kes on isikud, kes jäävad isikute ringi, kus huvide konflikti tuleb vältida. Lisaks õiguslikele meetmetele võiks kasutada ka õigusväliseid, administratiivseid jm meetmeid, mis aitavad kaasa huvide konflikti ennetamisele ja tõkestamisele ning üldiselt eetilisele ja vastutustundlikumale käitumisele avalike vahendite kasutamisel. Eelkõige on sellised meetmed seotud läbipaistvuse ja ühiskondliku kontrolli suurendamisega avalike vahendite kasutamisel kogu protsessi üle.

Kokkuvõtteks pean vajalikuks rõhutada, et kindlasti ei ole ülaltoodud huvide konflikti vältimise meetodite loetelu ammendav ja lõplik. Erialakirjanduses, kohtupraktikas ning erinevates uurimustes ja juhistes on kindlasti veel sadu erinevaid ning väärt ülestähendusi, kuidas huvide konflikti kõige paremini avalike vahendite kasutamisel vältida. Siinjuures tasub aga meeles pidada lihtsat mõtet, et ükskõik, millises vormis huvide konflikt ka ei avaldu, on selle põhjused agenditeooriast tulenevalt ikka samad. Järelikult tuleb huvide konflikti vältimiseks tegeleda alati huvide konflikti tekkimist soodustavate tingimuste välistamise või maandamisega.

Tulekahju ei teki kunagi siis, kui puuduvad tulekahju tekkimise eeldused, milleks on kuumus, hapnik ja põlev aine!

KASUTATUD ALLIKAD

1. A.Sundstrand. (01. 06 2009. a.). Public procurement- procurement outside the EC-directives. Allikas:
<https://www.google.ee/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjGibSndLLAhVBQZoKHe6uDrwQFgggMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.nottingham.ac.uk%2Fpprg%2Fdocumentsarchive%2Fphdconference2009%2Fandrea%2520sundstrand.doc&usg=AFQjCNGZHLi1agp>
2. A.Venckute. (2010). low value contracts outside the scope of the public procurement directives (should the publications of low value contracts be regulated by the public procurement directives or by national law?). Allikas:
<http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/10LegalIssue%20inPublicProcurement/Par10-5.pdf>
3. Antonio Vives; Juan Benavides. (2009). Public procurement methods to enhance private investments in infrastructure. Allikas:
http://www.epossociety.org/LEAD2009/Vives_Benavides.pdf
4. Argandona, A. (March 2004. a.). Conflicts of interest: the ethical viewpoint. *Working paper no 552*. IESE Business School - Univesity of Navarra. Allikas:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=683784
5. B.Heuinckx. (2010). Private Contribution to the Commission Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy – Towards a more efficient European Procurement Market. The University of Nottingham. Allikas:
https://circabc.europa.eu/sd/a/041e47ef-a143-4d55-a8ed-3e0ea08db6f5/heuinckx_en.pdf
6. E.Kergandberg, P.Blankin, M.Lemetti. (2007). *Avaliku ja erasektori partnerlus*. Äripäeva Kirjastus.
7. EBRD Procurement Policies. (10 2014. a.). Procurement Policies and Rules for projects financed by the European Bank for Reconstruction and Development. London: The European Bank for Reconstruction and Development. Allikas:
<http://www.ebrd.com/news/publications/policies/procurement-policies-and-rules.html>
8. EC working paper modernisation of EU PP. (2011). Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market . Towards a more efficient European Procurement Market . Synthesis of replies. European Commission. Allikas:

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf

9. EK Tõlgendav teatis. (01. august 2006. a.). Euroopa Komisjoni tõlgendav teatis, milles käsitletakse ühenduse õigust lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega. ELT 01.08.2006/C 179/02. Allikas: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52006XC0801%2801%29>
10. EL finantsmäärus. (25. 10 2012. a.). Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL, EURATOM) nr 966/2012, 25. oktoober 2012, mis käsitleb Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju ning millega muudetakse nõukogu määrust (EÜ, Euratom) nr 1605/2002,. Euroopa Liidu Teataja 26.10.2012 L 298/1.
11. EL finantsmäärus 2015. (kuupäev puudub). Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL, EURATOM) 2015/1929, 28. oktoober 2015, millega muudetakse määrust (EL, Euratom) nr 966/2012, mis käsitleb Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju. Allikas: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R1929&from=ET>
12. EL finantsmääruse delegeeritud määrus. (29. 10 2012. a.). Komisjoni delegeeritud määrus (EL) nr 1268/2012, mis käsitleb Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruse (EL, Euratom) nr 966/2012 (mis käsitleb Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju) kohaldamise eeskirju. Euroopa Liidu Teataja 31.12.2012 L 362/1 II (Muud seadusandlikud aktid) Määrused.
13. ELTL konsolideeritud. (2012). Euroopa Liidu Toimimisel lepingu konsolideeritud versioon. Euroopa Liidu Teataja C326 (26.10.2012). Allikas: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=OJ:C:2012:326:TOC>
14. ESI fondide ühissätete määrus 1303/2013. (17. 12 2013. a.). Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) nr 1303/2013, millega kehtestatakse ühissätted Euroopa Regionaalarengu Fondi, Euroopa Sotsiaalfondi,. ELT L 347/320 (20.12.2013). Allikas: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1303&from=ET>
15. Euroopa Kohus 120/78. (20. 02 1979. a.). Cassis de Dijon kaasus. Allikas: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61978CJ0120&from=EN>
16. Euroopa Kohus C-147/06. (15. 05 2008. a.). Ühendatud kohtuasjad C-147/06 ja C-148/06 SECAP Spa and Santorso Soc.coop.arl vs Comune di Torino. Eur-Lex

- 62006CJ0147. Allikas: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0147>
17. Euroopa Kohus C-324/98. (7. 12 2000. a.). Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress gmnH vs Telekom Austria AG (kohtujurist N.Fenelly). Allikas: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=en&jur=C,T,F&num=c-324/98>
 18. Euroopa Kohus C-387/03. (27. 10 2005. a.). Kreeka vs komisjon. Allikas: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=et&jur=C,T,F&num=c-387/03>
 19. Euroopa Kohus C-59/00. (3. 12 2001. a.). B.M Vestergaard vs S. Boligselskab. Allikas: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46947&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1117294>
 20. Euroopa Kohus T-160/03. (17. 03 2005. a.). Kohtusasi AFCon Management Consultants, Patrick Mc Mullin, Seamus O'Grady, vs Euroopa Komisjon. Allikas: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=en&jur=C,T,F&num=T-160/03>
 21. Euroopa Kohus T-257/13. (25. 02 2015. a.). Kohtuasi Poola vs Euroopa Komisjon (EAGF + EAFRD). Allikas: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=en&jur=C,T,F&num=t-257/13>
 22. Euroopa Kohus T-258/06. (20. 05 2010. a.). Saksamaa Liitvabariik vs Euroopa Komisjon. Allikas: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-258/06>
 23. Euroopa Kohus T-73/08. (13. 09 2013. a.). Berliini Sotsiaaluuringute instituut vs Euroopa Komisjon. Allikas: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=en&jur=C,T,F&num=t-73/08>
 24. Euroopa Komisjoni tööpaber. (2011). EU public procurement legislation: delivering results summary of evaluation report. Allikas: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/executive-summary_en.pdf
 25. Gabriella M. Racca , Christopher R. Yukins. (2014). *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public*

- Procurement Internationally*. Bruxelles: Bruylant. Allikas:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2570726
26. Gabriella M. Racca ; Christopher R. Yukins. (2014). Steps for Integrity in Public Contracts. Allikas: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2570726
27. Galtung, J. (1973). *Theories of Conflict (Definitions, Dimensions, Negations, Formations)*. University of Hawai`i.
28. Jeffrey Carmichael; Michael Pomereleano. (2002). *The development and regulation of non-bank financial institutions*. Washington: The World Bank. Allikas:
<https://books.google.ee/books?id=zLPjIP5JYpQC&printsec=frontcover&hl=et#v=onepage&q&f=false>
29. Kohtujuristi arvamus C-160/08. (11. 02 2010. a.). Euroopa Komisjon vs Saksamaa Liitvabariik. Allikas:
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=en&jur=C,T,F&num=c-160/08>
30. Kruithof, M. (December 2005. a.). Conflict of Interest in Institutional Asset Management: Is the EU Regulatory Approach Adequate ? Ghent University Law School. Allikas: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871178
31. L. Bolzonello, P. (2012). The Opacity of Transparency: Issues of application of the principle of transparency to public contract awards falling outside the scope of Directive 18/2004. Maastricht University. Allikas:
<http://www.maastrichtuniversity.nl/web/Institutes/MCEL/Publications1/StudentPapers20112012.htm>
32. M. Beke; F. Cardona; R. Blomeyer. (2013). Political and Other Forms of Corruption in the Attribution of Public Procurement Contracts and Allocation of EU Funds: Extent of the Phenomenon and Overview of Practices. Euroopa Parlament. Allikas:
http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/490676/IPOL-JOIN_ET%282013%29490676_EN.pdf
33. O.Heitling. (2012). The principle of transparency in public procurement. Maastricht University, Faculty of Law. Allikas:
<http://www.maastrichtuniversity.nl/web/Institutes/MCEL/Publications1/StudentPapers20112012.htm>
34. OLAF huvide konflikti vältimise juhised AGRI. (18. 12 2015. a.). Identifying conflicts of interests in the Agricultural Sector. A practical guide for funds

- managers. Allikas: <https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc2014/files/sfc-files/IdentifyingConflictsInterestsAgriculturalSector.pdf>
35. OLAF huvide konflikti vältimise juhised SF. (2013). Identifying conflict of interest in public procurement procedures for structural actions. Allikas: European Commission Anti-Fraud Office (OLAF), Identifying conflicts of interests in public procurement procedures for structural actions. A practical guide for funds managers
 36. Palazzo, et al. (2008). *Conflict of Interest in Financial Intermediation*. University of Lausanne, Institute of International Management. Allikas: <http://www.afi.es/EO/ConflictsFinacialIntermediation.pdf>
 37. Peter Baader, D. A. (26. 02 2014. a.). Guidance note on anti-fraud Measures as foreseen in the context of Accreditation Criteria. Brussels.
 38. RHS. (2015). Riigihangete seadus. RT I, 23.03.2015, 24. Allikas: <https://www.riigiteataja.ee/akt/114022012002?leiaKehtiv>
 39. Riigihangete direktiiv. (26. 02 2014. a.). Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26.02.2014, riigihangete kät ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. Euroopa Liidu Teataja 28.03.2014 L94/65.
 40. RKHK 3-3-1-66-10 . (27. oktoober 2010. a.). Veolia vs Torma Vallavolikogu. Allikas: <http://www.riigikohus.ee/?id=11&tekst=RK%2F3-3-1-66-10&print=1>
 41. Royse, J. (1908). The philosophy of loyalty. New York: The Macmillan company. Allikas: https://archive.org/stream/philosophyloyal00roycuoft/philosophyloyal00roycuoft_djvu.txt
 42. Sannik, R. (2013). *Avaliku ja erasektori partnerluse alused EL riigihankeõiguse paradigmas*. Tartu: Tartu Ülikool, Euroopa Kolledž. Allikas: http://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/30853/Rait_Sannik_2013.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y
 43. STS 2014-2020. (2015). Perioodi 2014-2020 struktuuritoetuste seadus. RT I, 25.11.2015, 6. Allikas: https://www.riigiteataja.ee/akt/STS2014_2020
 44. Trepte, P. (2005). Transparency and accountability as tools for promoting integrity and preventing corruption in procurement: possibilities and limitations. Paris: OECD. Allikas: https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3500/1/transparency_and_accountability_tools.pdf
 45. Õunapuu, L. (2014). Kvalitatiivne ja kvantitatiivne uurimisviis sotsiaalteadustes. Tartu Ülikool.

46. ÜPP horisontaalmäärus 1306/2013. (17. 12 2013. a.). Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) nr 1306/2013, ühise põllumajanduspoliitika rahastamise, haldamise ja seire kohta ning millega tunnistatakse. ELT L 347/549 (20.12.2013). Allikas: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1306&qid=1459077532654&from=EN>
47. Yukins, C. R. (2010). A Versatile prism: assessing procurement law through the principal-agent model. *Public Contract Law Journal*, 40(1). Allikas: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1776295

SUMMARY

AVOIDING CONFLICT OF INTERESTS IN EU FUNDED PROCUREMENTS IF THE EU PUBLIC PROCUREMENT DIRECTIVES DO NOT APPLY

Rando Undrus

The aim of the thesis is to examine, how the conflict of interest which occurs during implementation of investment projects that are financed by EU funds - could harm the interests of the EU as well, how wide is the range of persons who can be involved in causing the conflict of interests regarding to EU (financial) interests. The aim is to talk about the conflict of interests regarding to EU interests.

In order to understand what is the nature of the conflict of interests - the Galtung`s theory of conflicts, principal-agent theory and EU case-law mixed with practical examples were used. In the light of the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD) the legal shortcoming regarding to the conflict of interests was revealed, meaning that there is no general legal obligation to follow public procurement rules and principles, i.e. obligation to avoid conflict of interests according to EU law, because majority (95%) of the investments in EAFRD remain below the threshold of the EU public procurement rules and most of beneficiaries are private persons and entities to whom EU public procurement directives are not applicable. According to information from DG AGRI in 2014, the most problematic issue of the EAFRD investment measures, was fraudulent manipulation of the 3-offer rule (private procurement).

The possible amount of the EAFRD funds in Estonia for the period of 2014-2020 that remains below threshold of public procurement obligation, and where the 3-offer rule applies - is above 400 million euros. EU secondary law for EU funds and for EAFRD do not include clear regulations to avoid conflict of interest in those cases. As result of the thesis, it can be concluded, that avoiding the conflict of interests guarantees transparent, purposeful and reasonable usage of the of EU public funds. This, in turn is essential for the functioning of the European Union as economic community for the protection of fundamental principles, namely free movement of goods, services and equal treatment, transparency, proportionality, mutual recognition.

The range of persons who may cause the conflicts of interest, has been so far interpreted quite narrowly, i.e., seeing only a conflict of interest as contradiction between official's duties and private interests on the level of public officials where private interests of officials may affect neutral performing of the public duties.

Sound, transparent, purposeful and reasonable usage of the EU funds depends a lot from the other actors who may not be public officials or public bodies (i.e., beneficiaries as private persons or entities, the contractors, consultants etc.). As result of thesis there are some legal suggestions to clarify the secondary EU law (Common provisions for EU ESI funds, regulation no 1303/2013⁸¹).

First proposal is to transfer the public procurement principles (not rules) directly to the private procurement that fall outside the public procurement rules. The second proposal is to broaden the definition of the economic actor who may harm EU financial interest in a way that also non-public actors (i.e., private beneficiaries, entities, contractors and consultants) are obliged to avoid the conflict of interest even if the public procurement does not apply, as it has been done in the article 57 of the Financial Regulation⁸². The third legal proposal is to set up legal framework of criteria's, when avoiding of the conflict of interest is not mandatory by the EU law.

Case law of the European Court of Justice (ECJ) has shown and confirmed that EU general principles (transparency, equal treatment, free movement of goods and services etc.) should be achieved despite the public procurement directives and its principles are not applicable for the procurement below threshold of the public procurement. Therefore the European Commission launched interpretative communication in 2006 on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives⁸³.

⁸¹ REGULATION (EU) No 1303/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 December 2013 laying down common provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund, the Cohesion Fund, the European Agricultural Fund for Rural Development and the European Maritime and Fisheries Fund and laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund, the Cohesion Fund and the European Maritime and Fisheries Fund and repealing Council Regulation (EC) No 1083/2006, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1303&from=ET>

⁸² REGULATION (EU, EURATOM) No 966/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2012 on the financial rules applicable to the general budget of the Union and repealing Council Regulation (EC, Euratom) No 1605/200 , <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:298:0001:0096:en:PDF>

⁸³ 2006/C 179/02, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52006XC0801%2801%29>

In addition to above mentioned case law regarding application of EU principles the case law related to the conflict of interest issues in EU funding was analyzed. All four analyzed cases also excluded clearly any possibility to tolerate the conflict of interest in using of the EU public funds.

The final choice of the topic of this Thesis was related to author's participation in the working group of experts under the OLAF (European Anti-Fraud Office) in 2014 when the guidance of identifying conflicts of interests in the Agricultural Sector was drafted. Although the final suggestions and outcome of the guidance was agreeable, author felt that better in-depth knowledge of the theoretical background beforehand the making final conclusions would have been useful for the quality of the outcome of the final guidance. To compensate this shortage this topic was chosen for the thesis.

Keywords: conflict of interest, public procurement below the thresholds for public procurement, transparency, equal treatment

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina Rando Undrus (isikukood: 37608115726)

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Huvide konflikti vältimine riigihankereeglitega mittehõlmatud Euroopa Liidu vahendite kasutamisel“, mille juhendajateks on prof. Julia Laffranque.

1.1. reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2. üldsusele kättesaadavaks tegemiseks ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus,
