

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
AVALIKU ÕIGUSE OSAKOND

Katrina Kõivsaar

SOTSIAAL- JA ERITEENUSTE ERIMENETLUS NING KONTSESSIOONILEPINGU
SÕLMIMISE MENETLUS TOITLUSTUSTEENUSTE NÄITEL – KEHTIVA
REGULATSIOONI KITSASKOHAD, SELLE MÕJU ÕIGUSSELGUSELE NING
KAASNEVAD PROBLEEMID PRAKTIKAS

Magistritöö

Juhendaja
dr. iur. Mari Ann Simovart

Tallinn
2022

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. SOTSIAAL- JA ERITEENUSTE TELLIMISEL KOHALDUVA PIIRATUD REGULATSIOONI MÕJU MENETLUSLIKULE ÕIGUSSELGUSELE.....	10
1.1 Sotsiaal- ja eriteenuste kujunemise taust Euroopa Liidus	10
1.1.1 Regulatsioon alates 2005. aastast lähtuvalt riigihangete seadusest.....	11
1.1.2. Regulatsioon alates 2007. aastast lähtuvalt riigihangete seadusest.....	12
1.1.3 Regulatsioon alates 2017. aastast lähtuvalt riigihangete seadusest.....	14
1.2 Menetluse ja hankelepingu liigi valik toitlustusteenuse tellimisel	18
1.2.1 Toitlustusteenuste tellimisel sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse piiritlemine sotsiaal- ja eriteenuste kontsessiooni lepingu sõlmimise menetlusest	22
1.2.2 Toitlustusteenuse tellimiseks raamleping või hankeleping	34
1.3 Kehtiva regulatsiooni mõju toitlustusteenuse tellimisel menetluslike nõuete õigusselgusele ning läbipaistvusele	37
1.3.1 Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse kord - kohustused ja piirangud menetlusreeglite kujundamisel	40
1.3.2 Sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse kord - kohustused ja piirangud menetlusreeglite kujundamisel.....	49
2. PAKKUMUSE HINDAMISE KRITEERIUMIDE SEADMISE KAALUTLUSÕIGUS SOTSIAAL- JA ERITEENUSTE TELLIMISEL	54
2.1 Sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel hankija poolse diskretsiooni ulatus hindamise kriteeriumide seadmisel	55
2.1.1 Sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses hindamise kriteeriumide lepingu esemega seotuse nõude võimalikkus	59
2.2 Näiteid toitlustusteenuste tellimisel kasutatud hindamise kriteeriumidest, mis seavad kahtluse alla nende õiguspärasuse ja lubatavuse	66
KOKKUVÕTE	75
SUMMARY	83
LÜHENDID	89
KASUTATUD ALLIKAD	90
Kirjandus ja muud allikad.....	90
Normatiivaktid	95
Kohtulahendid.....	96

SISSEJUHATUS

Riigihanked ja riigihankelepingud omavad avaliku sektori investeringutes ning liikmesriikide majanduses märkimisväärset rolli soodustades Euroopa majandusarengut ja elavdades turgu. Aastakümneid on erilist rõhku pandud riigihangete ajakohastamisele ka liikmesriikide tasandil, et oleks tagatud suurem läbipaistvus, turu avamine ning tõhusus. Seda poliitikat on Euroopa Komisjon töötanud välja ka läbi pehme õiguse, eelkõige valdkondades, mis võivad olla vastuolulised (üldist huvi pakkuvad sotsiaalteenused) või kus on ilmnunud uued eesmärgid, näiteks keskkonnahoidlikud hanked.¹

Riigihangete regulatsioonid, sh hankedirektiivid, on üks enim ühtlustatud raamistikke EL õiguskorras nii materiaalõiguses kui ka menetlusküsimustes². Teisalt ei ole aga paljud Euroopa Liidus sõlmitud riigihankelepingud siiski täielikult hanke direktiividega hõlmatud ning lepingud alla teatud piirmäärade on jäetud ainult siseriikliku seadusloome kujundada. See aga ei tähenda, et vastavad riigihankelepingud oleksid vähemolulised, sest need katavad ca 80 % hanketurust, mistõttu väärib ka see õiguslik režiim analüüsi³.

Võttes arvesse, et riigihanke õigus on tihedalt seotud Euroopa Liidu õigusega, siis liikmesriikide poolt täpsem reguleerimine ning hangete korraldamine ei tohi minna vastuollu Euroopa liidu ühtse siseturu aluspõhimõtetega.⁴ Seetõttu on väga oluline, et riigihanke direktiive ja riigihangete seadust rakendatakse õigesti, sh ka seda, et hankijad oleksid teadlikud oma õigustest ja kohustustest, järjekindlalt ning et oleks tagatud konkurentsi tingimused ilma diskrimineerimiseta. Avatud ja tõhus konkurents aitab Euroopa ühisturu toimimisele, vähendada avaliku sektori kulusid ja soodustada konkurentsivõimet erinevates tööstusharudes. Õiguskirjanduses on välja toodud, et Euroopa Komisjoni on rõhutanud, et riigihangete tõhusa kasutamise korral võivad need olla sotsiaalselt vastutustundliku ja jätkusuutliku majanduskasvu tõeliseks tõukejõuks⁵.

¹ Szyszczak, E. Soft Law and Safe Havens. - Social Services of General Interest in the EU: 2013, lk. 335-336. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-90-6704-876-7> (17.04.2022)

² Dragos, C.D, Vornicu R. Public Procurement below Thresholds in the European Union. EU Law Principles and National Responses. – European Procurement & PPP Law Review 2015/3, lk 1.

³ Dragos, C.D, Vornicu R (viide 2), lk 1.

⁴ Muna, E. jt. Riigihanked: teooria ja praktika. Harjumaa: Äripäev 2014, lk 12.

⁵ Sanchez-Graells, A. Truly competitive public procurement as a Europe 2020 lever: what role for the principle of competition in moderating horizontal policies? UACES 45th Annual Conference, Bilbao, Spain, 7-9 September 2015. Bristol 2015, lk 1.

Käesolevas magistritöös on vaatluse all lihtsustatud erikorraga hõlmatud sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlused ning sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute sõlmimise menetlused toitlustusteenuste näitel. Sotsiaal- ja eriteenuste all peetakse silmas üldistatult öeldes teenuseid, mida varasemalt nimetati lihtsustatud korras tellitavateks teenusteks (siiski on oluline rõhutada, et 2014/24/EL lisas XIV välja toodud teenuste loetelu ei kattu üks ühele direktiivi 2004/18/EÜ lisas II B märgitud teenuste loeteluga. Koosseis on mõnevõrra muutunud). Kuigi sotsiaal- ja eriteenused hõlmavad ka mitmeid tervishoiu, haridus- ning kultuuriteenuseid⁶, siis autor on keskendunud magistritöös eelkõige (kooli)toitlustusteenuse valdkonnale. Toitlustushankeid ei korralda üksnes koolid, vaid ka haiglad, hooldekodud, vanglad ja muud asutused. Olenemata sellest, et toitlustushanked moodustavad kogu riigihangete mahust väikese osa, siis alates 2017. aastast on vastavate menetluste vaidlustuste arv võrreldes varasema perioodiga kasvanud, seda eelkõige koolidega⁷ seotud riigihangetes.

Teema valik on ajendatud eelkõige sellest, et Euroopa Liidu õigus ei ole sotsiaal- ja eriteenuste tellimisele ette näinud sisulisi reegleid ning direktiivist tulenevad üksnes mõningad kohustuslikud miinimumnõuded. Liikmesriikidel on vabadus määrata kindlaks kohaldatavad menetlusreeglid sellises ulatuses, et need võimaldaksid hankijatel arvesse võtta vastava teenuse eripära⁸ ning kuna korra rakendamise osas on jäetud lai kaalutusõigus, siis võib õigusolukord Euroopa Liidus erineda⁹. Lisaks peetakse lihtsustatud erikorraga¹⁰ erimenetluste ja kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse rakendamise sätteid liikmesriikides üsna lakoonilisteks ja neid iseloomustab ka direktiivides vähene detailsus (vastupidiselt asjadele ja teenustele, mis on kaetud tavapärase riigihangete direktiivi sätetega)¹¹. Tasub märkida, et kui riigihangete seaduses on üle kahesaja sätte, siis sotsiaal- ja eriteenuste tellimist reguleerivad justkui kolm mitte väga mahukat sätet - RHS § 126, RHS § 144 ja RHS § 166. Nimetatud teenuste tellimiseks saab sõlmida ka kontsessioonilepinguid (RHS § 144, § 166), kus Euroopa Liidu õigus näeb ette veel vähem sisulisi reegleid, kui sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlustele.

⁶ 26. veebruari 2014. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, lk 65-242 (edaspidi hankedirektiiv), lisa XIV.

⁷ Mihkelson, H. Koolitoitlustajad ummistavad komisjoni vaidlustustega. – Postimees, 07.09.2018. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://leht.postimees.ee/6390647/koolitoitlustajad-ummistavad-komisjoni-vaidlustega> ;täiendavalt on võimalik riigihangete registrist tuvastada vaidlustatud toitlustushangete riigihankeid

⁸ Sanchez Graells, A., Szyszczak, E. Modernising Social Services in the Single Market: Putting the Market into the Social - Accepted for presentation at the "Fostering Growth: Reinforcing the Internal Market" conference, organised by CEU San Pablo in Madrid, Spain on the 28-29 October 2013, lk 21.

⁹ Hansen, O., Treumer, S., Andov. Social services and contract changes: the legality of social service outsourcing practices in EU procurement law. - Public Procurement Law Review 2018, No 5, lk 224.

¹⁰ „light touch regime“ inglise keeles

¹¹ Hansen, O., Treumer, S., Andov O., (viide 9), lk 224.

Autori arvates on teema aktuaalne ka seetõttu, et kuigi tegemist on teenustega, mille osas eeldatakse vähest piiriülest huvi, siis tegelikkuses võivad vastavate hangete eeldatavad maksumused ulatuda miljonitesse eurodesse ning olla kõrgema väärtusega, kui tavapärasel hankedirektiiviga täielikult hõlmatud menetlused. Autorile teadaolevalt¹² on Rahandusministeeriumi riigihangete järelevalve menetlusse jõudnud üha enam just koolitoitlustusega seotud sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluste ning kontsessioonilepingu sõlmimise menetlustega seotud kaebuseid. Ilmneb sedagi, et riigihanke läbiviimiseks on kasutatud erimenetluse asemel sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetlust¹³ ning hankija ei suuda tõendada, et vastava menetlusliigi valik on õiguspärane.

Mõistetakse, et sotsiaal- ja eriteenuste kontekst, eelkõige tervishoiu- ja haridusteenuste osas, on Euroopa Liidus erinev, mistõttu üksikasjalike reeglite ette kirjutamine kõikidele liikmesriikidele on keeruline.¹⁴ Samas tekib autoril siiski küsimus, kas kõik sotsiaal- ja eriteenused on nii eripärased, nt toitlustusteenused eriteenustena, et neile ei võiks kohalduda tüüpilised riigihangete direktiivi sätted ning ainult piisavalt põhjendatud kaalutusotsusega lubada seaduses sätestatud menetlusreeglites kõrvalekaldumine lihtsama erikorra suunas. Üldjuhul, mida vähem on reegleid, seda rohkem otsitakse pidepunkte mujalt riigihangete seaduse sätetest, sest puudub õigusselgus ja kindlus menetluslikes küsimustes ning lihtsam menetlus muutub juba eos sarnaseks hankemenetlusele, sh vaidlustusmenetluses pakkujate viited hankijate tegevusele/tegevusetusele¹⁵.

Tulenevalt sellest, et sotsiaal- ja eriteenuste osas peetakse oluliseks eelkõige vajadust sõlmida hankeleping kõige usaldusväärseima pakkujaga, mitte tingimata majanduslikult soodsaima pakkumuse teinud pakkujaga, siis hankemenetluse reeglite täiemahulist rakendamist on seni peetud selle riigihanke menetluse puhul liialt koormavaks ja ebaefektiivseks.¹⁶ Euroopa Komisjon leiab, et suutmatus selliste teenustega konkureerida avaldab negatiivset mõju siseturu

¹² Magistritöö autor töötas Rahandusministeeriumi riigihangete järelevalve juristina alates august 2020.

¹³ „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutajate leidmiseks“ (viitenumber 224476). Autori valduses on seoses töökohustuste täitmisega ka järelevalvemenetluse käigus edastatud hankija vastuskirjad - <https://adr.rik.ee/ram/dokument/7862817>

¹⁴ Parind, M., Laanemäe, K. RHS § 126/5. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 848.

¹⁵ Vastav seisukoht kujunes autoril tutvudes erinevate VAKO ja kohtulahenditega magistritöö kirjutamisel.

¹⁶ Parind, M., Laanemäe, K. RHS § 126/5. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 848; usaldusväärseima pakkujaga lepingu sõlmimist peeti oluliseks ka lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul - RHS eelnõu 816 SE I seletuskiri, eelnõu § 19 puudutav selgitus.

toimimisele¹⁷, kuid samas on seisukohal, et sotsiaal- ja eriteenuste korraldamine ei peaks olema Euroopa Liidu poolt reguleeritav küsimus¹⁸ ja liikmesriik peaks menetlusreeglid ise kujundama.

Teisalt, kui riigisisest jätakse hankijale suurem vabadus menetlusreeglite kehtestamisel, suurendades hankija vastutust, siis seda enam võivad hankijad minna ka teadmatusest vastuollu riigihangete üldpõhimõtetega ja Euroopa Liidu asutamislepingu¹⁹ üldpõhimõtetega. Seega tuleb hankijal riigihanke korraldus hoolikalt läbi mõelda ning viia vastavusse kohalduva regulatsiooniga, et vältida vaidlustusmenetlusi, kaasnevaid kulusid või ajalist kaotust riigihanke nurjumise tõttu. Ka erialakirjanduses on viidatud võimalusele, et reeglivabadus võib liikmesriikides kaasa tuua uut tüüpi menetlusprotseduuride kehtestamise ning tarbetuid vaidluseid nende õiguspärasuse üle, mis selgemalt piiritletud reeglite puhul võiksid jääda olemata olla.²⁰

Kehtiva regulatsiooni kitsaskohti seoses sotsiaal- ja eriteenuste tellimisega ilmestab ka asjaolu, et magistritöö kirjutamise ajal võeti Riigikogus vastu 13.04.2022 riigihangete seaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu 491 SE. Vastavas muudatuseelnõus on tehtud ettepanek täpsustada ja täiendada ka sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlusi käsitlevat paragrahvi 126, lisades juurde viiteid sätetele, mis hetkel on otsekohalduvad vaid hankemenetlustes. Arvestades, et seadus muudatused jõustuvad 1. juunil 2022, siis on ka nende muudatuste käsitlemine, mis seostuvad sotsiaal- ja eriteenustega, käesolevas töös vajalikud. Eelnõus sisalduvad ettepanekud ja muudatused aitavad avada muudetud regulatsiooni laiemat eesmärki ning annab võimaluse hinnata, kas seadus muutub selgemaks või jääb jätkuvalt üles vastuolusid ning õigusselgusetust.

Magistritöö kirjutamise käigus erinevate vaidlustusmenetlustega tutvudes on autor märganud sedagi, et hankijate poolt koostatud sotsiaal- ja eriteenuste tellimise menetluskord võib tekitada pakkujates segadust seoses ebaselgete tingimuste seadmisega. Esineb ka olukordi, kus vaidlustaja eeldab, et sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel kohalduvad otse igal juhul mõned

¹⁷ Sundstrand, A. in M. Steinicke, P.I. Vesterdorf (koost.) EU Public Procurement law: Brussels commentary. Baden-Baden: Nomos Print 2018, lk 779.

¹⁸ Smith, S. Articles 74 to 76 of the 2014 Public Procurement Directive: the new „light regime“ for social, health and other services and a new category of reserved contracts for certain social, health and cultural services contracts. - Public Procurement Law Review 2014/4, lk 160.

¹⁹ Euroopa Liidu toimimise leping. – ELT C 326, 26.10.2012, lk 47-390.

²⁰ Parind, M., Laanemäe, K. RHS § 126/9. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 849; Steinicke, M., Vesterdorf, P.I. EU Public Procurement law: Brussels commentary. Baden-Baden: Nomos Print 2018, lk 781, 787.

riigihangete seaduses hankemenetlusele mõeldud kohustuslikud sätted, nt RHS § 115, § 95 lg 1 ja 4, olenemata sellest, et vastavat kohustust hanke alusdokumentidest ei tulene.

Tulenevalt sellest, et töö aktuaalsus ei piirdu ainult eriteenuse tellimise menetlustega, siis selleks, et järeldused oleksid kohaldatavad ka üldisemalt teistele sotsiaal- ja eriteenustele, on uurimisprobleemid püstitatud pigem laiemalt. Magistritöö kirjutamise ajend on eelkõige põhjuses, et sotsiaal- ja eriteenused on väheselt reguleeritud ning liikmesriikidele on jäetud vabadus vastavate menetlusreeglite sisustamiseks. Autori arvates seisneb põhiprobleem selles, et sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse ning sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute vähene reguleeritus suurendab menetlusega kaasnevaid riske, vähendab õigusselgust ning vale riigihankepraktika rakendamine võib kaasa tuua ka hangete nurjumise. Olemasolevat regulatsiooni tuleks veelgi täpsustada ning eelduslikult vajaks täiendamist ka hankijate ja pakkujate teadlikkus õigete menetlusreeglite osas, et seadus oleks õigesti rakendatud. Samas on õiguskirjanduses rõhutatud seda, et riigihangete seadus ise on keerukas ja nüansirikas õigusakt²¹, mistõttu võib sellest arusaamine olla mõningatel juhtudel raskendatud.

Riigihangete seaduse alusel on lubatud sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlustes korra määramisel lähtuda ka teistest sama seaduse sätetest²², aga vastav klausel puudub sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepinguid reguleerivas paragrahvis²³. Samas on õiguslikult ebaselge, kui vaba on hankija sotsiaal- ja eriteenuste riigihanke menetlustes (sh hankelepingu sõlmimine ja kontsessioonilepingu sõlmimine) korra määramisel, et oleks tagatud menetluse ühtne ja mõistetav korraldamine, vältimaks läbipaistvuse ja võimalikke konkurentsimoonusi, sh ka seda millises ulatuses kohalduvad RHS 2. peatüki sätted otse ja milliste sätetega tuleb hankijal ise end menetluses siduda.

Võttes arvesse läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid, soovib autor saada selgust küsimuses, kas tootlusteenuste erimenetlustes ja kontsessioonilepingu sõlmimise menetlustes on hankijal vaba voli sätestada hindamiskriteeriumeid omal äranägemisel. Või tulenevalt riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest saab siiski väita, et võimalusel peaksid olema hindamiskriteeriumid seotud hankelepingu esemega.

²¹ M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 5.

²² RHS § 126 lg 2 (sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse reeglid)

²³ Vt RHS § 144 (sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingud)

Veel üks oluline küsimus seisneb sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluste hankelepingu ja kontsessioonilepingu eristamise ja hankemenetluse liigi õigel valikul. Rahandusministeeriumi järelevalvemenetluses ilmnes olukordi, kus kontsessioonimenetlus valitakse ilma vastava õigusliku aluseta ning hankija hindab äririski laiendavalt²⁴. Menetluse liigi valikust sõltub paljuski see, kas hankija on kohustatud edastama hanketeate avaldamiseks Euroopa Liidu Väljaannete Talitusele – sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlusel tekib kohustus, kui hankelepingu eeldatav maksumus on alates 750 000 eurot, kuid sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses alates 5 350 000 eurost. RHS § 123 lg 1 p 2 kohaselt on hankeleping tühine, kui hankija ei ole hanketeate registrile esitamisel märkinud, et riigihanke eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda, või ei ole märkinud, et soovib hanketeate edastamist Euroopa Liidu Väljaannete Talitusele vastavalt RHS §-le 183, kui hanketeate edastamine on RHSi kohaselt nõutav. Seetõttu peab hankija hoolega kaaluma õige menetluse liigi valikut ning suutma valiku aluseid tekkinud vajadusel ka põhjendada.

Kuigi riigihangete (õigus)valdkond on lai, siis vaatamata sellele, ei ole Eestis riigihankeid käsitlev õiguskirjandus kõigil teemadel veel eriti mahukas, kuid see on järjest enam täienenemas. Autori hinnangul seisneb käesoleva töö originaalsus ka selles, et sotsiaal- ja eriteenuste tellimist käsitlevat kirjandust ei ole väga palju ning põgusa ülevaate võimalikest murekohtadest saab eelkõige välismaisest kirjandusest. Teisalt on RHS §-ga 144 hõlmatud kontsessioonilepingud leidnud Eesti õiguskirjanduses veelgi vähem kajastamist. Seetõttu on käesolevas magistritöös kasutatud probleemide ilmestamiseks ja analüüsimiseks rohkem Eesti kohtute kui ka Euroopa Kohtu praktikat. Autor loodab, et magistritöö annab ka praktilist lisaväärtust.

Magistritöö koosneb kahest suuremast peatükist, mis omakorda jagatud alapeatükkideks. Nagu eelnevalt märgitud, siis tulenevalt sellest, et sotsiaal- ja eriteenuste temaatikat on seni Eesti õiguskirjanduses vähe kajastatud, pidas autor vajalikuks anda ülevaate ka lihtsustatud erikorraga teenuste varasemast taustast kuni tänaseni. Vastava teema käsitus on oluline ka seetõttu, et viidata võimalusele, kus aja jooksul võivad liikmesriikide vajadused muutuda ning pole välistatud, et millalgi tulevikus vaadatakse taaskord sotsiaal- ja eriteenuste nimekiri üle ja seda pigem vähendatakse kui laiendatakse.

²⁴ "Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutajate leidmiseks", (viitenumber 224476) Rahandusministeeriumi poolne järelevalvemenetluse lõpetamise teade. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://adr.rik.ee/ram/dokument/7913927>

Esimese peatüki teine alapeatükk keskendub menetluse ja hankelepingu liigi valikule tootlustusteenuse tellimisel. On oluline aru saada ja kirjeldada, kas ja kuidas mõjutab äririsk tootlustusteenuste tellimisel sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse ning sotsiaal- ja erimenetluse kontsessioonilepingu valikut. Vastav alapeatükk aitab saada vastuse, kas tootlustusteenuse tellimisel saab äririski kohaldada alati samadel alustel. Täiendavalt on esimeses peatükis käsitletud ka hankelepingu liigi valikut. Sama peatüki kolmas alapeatükk käsitleb eelkõige neid probleeme ja kitsaskohti, mis tekivad autori arvates kehtiva regulatsiooni ebaselgusest. Näideteks on kasutatud riigihangete registris avaldatud riigihanke menetlusi, mis on seotud tootlustusteenustega ning Vaidlustuskomisjoni ja kohtute praktikat.

Töö teine peatükk keskendub eelkõige hindamiskriteeriumide seadmise küsimusele. Rõhuasetus on analüüsil, kas sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute hindamiskriteeriumid peavad olema seotud hanke esemega. Siingi on autori arvates senine seaduse regulatsioon olnud liialt ebaselge ja väheselt reguleeritud ning ilmestamiseks toob autor näiteid tootlustusteenuse hangetes kasutatud hindamise kriteeriumitest, millel puudub seos pakkumuse majandusliku soodsusega või ei ole muul moel õiguspärased.

Uurimismeetod uurimisküsimustele vastamiseks ja magistritöö kirjutamiseks on olnud kvalitatiivne. Töö teoreetiline osa põhineb erialakirjandusel, sh raamatud ja aktuaalsed riigihankeõigust käsitlevad teadusartiklid, ning praktilised probleemid. Mõningast ülevaadet on aidanud saada asjakohaste seaduste seletuskirjad, kommenteeritud väljaanded ning Euroopa Komisjoni tellitud analüüsid ja raportid.

Tööd iseloomustavad märksõnad on: sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlus, sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingud, riigihanked, riigihanke üldpõhimõtted, hindamiskriteeriumid, menetluskord.

1. SOTSIAAL- JA ERITEENUSTE TELLIMISEL KOHALDUVA PIIRATUD REGULATSIOONI MÕJU MENETLUSLIKULE ÕIGUSSELGUSELE

1.1 Sotsiaal- ja eriteenuste kujunemise taust Euroopa Liidus

Euroopa Komisjoni poolt 2011. aastal välja antud direktiivide rohelises raamatus märgiti järgmist: “Uute direktiivide eesmärgiks on lihtsustada ja ajakohastada riigihanke läbi viimise menetlusi, et muuta need paindlikumaks ja võimaldada riigihankelepingutega toetada muud poliitikat. //..// Teine komponent on hankemenetluste tõhusus, millele rakendatud lihtsustamismeetmed võiksid aidata hankijatel saavutada parim võimalik hanketulemus vähima võimaliku investeeringuga, pidades silmas aega ja riigi raha.”²⁵

Toona läbiviidava reformi ambitsioonid olid kõrged ja tundusid kohati vastuolulised – näiteks suurem valikuvõimalus kui ka seaduste lihtsustamise võimaldamine, mistõttu tulid esile erinevate õigusloome osaliste erinevad eelistused ja sellest tulenevad pinged. Kui liikmesriigid töötavad selle nimel, et rakendada uusi eeskirju siseriiklikus õiguses, kerkivad paratamatult päevakorda teatud küsimused, mida ei ole seni olemasolevates õigusakti tekstides lahendatud. Mõnel juhul võivad need ebaselgused olla tahtlikud, tulenevalt institutsioonide ja erinevate huvide vahelisest kompromissist iseloomustades kohandusprotsessi. Teistel juhtudel näivad need tulenevat möödalaskmisest või suutmatusest läbi mõelda valitud sõnastuse praktilisi tagajärgi.²⁶

Riigihangete reformipakett kiideti lõpuks heaks 2014. aasta alguses ning kehtestati kolm uut õigusakti²⁷: direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute kohta, direktiiv 2014/24/EL avaliku sektori hangete kohta ja direktiiv 2014/25/EL võrgustiku sektori hangete kohta. Kuigi riigihangete seaduse üks peamisi eesmärke on harmoniseerida Eesti riigihankeõigus Euroopa

²⁵ RHS eelnõu (450 SE I) seletuskiri, lk 3.

²⁶ Andrecka, M., Semple, A. Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A Critical Look at the Public Sector Procurement Directive. – European Procurement & PPP Law Review 2017/10, No. 3, lk 171.

²⁷ 26.veebruari 2014. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, lk 65-242; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta (ELT L 94, 28.03.2014, lk 1-64); Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ (ELT L 94, 28.03.2014, lk 243-374).

Liidu riigihankedirektiividega, siis 2014. aasta direktiivid jõustusid uue riigihangete seadusena alles 01.09.2017 (RT I, 01.07.2017, 1).

Järgnevates alapeatükkides on eesmärgiks anda taustaks ülevaade, kuidas on aja jooksul niinimetatud mitte-prioriteetsetest teenustest kujunenud sotsiaal- ja eriteenused ning mis on olnud ajendiks lihtsustatud erikorra kehtestamisele.

1.1.1 Regulatsioon alates 2005. aastast lähtuvalt riigihangete seadusest

Riigihangete direktiiv 2004/18/EÜ²⁸ jagas teenused kahte klassi, sest see põhines vana hankedirektiivi ja vana võrgustikusektori teenuste reeglistiku „kahe-tasemelise“ rakendamise põhimõttel. 2004/18/EÜ direktiivi põhjendus 19 selgitas erinevat kohtlemist järgmiselt: „Teenuste riigihankelepingute puhul kohaldatakse käesolevat direktiivi üleminekuperioodil täielikult üksnes selliste lepingute suhtes, mille puhul direktiivi sätteid võimaldavad kasutada kõiki piiriülese kaubanduse suurendamise võimalusi.“ Nii kehtestati direktiivile lisad II A ja II B.

Direktiivi lisas A (nn A-teenused) oli loetletud 16 kategooriat, mida nimetati ka kui „prioriteetsed teenused“. Neile teenustele kohaldati direktiivi täielikku rangust, sealhulgas nõuet avaldada hanketeade Euroopa Liidu Teatajas ja kasutada konkureerivaid hankemenetlusi.²⁹ Lisas II B nimistus olevatele teenustele ehk „mitte-prioriteetsetele teenustele“, kus oli 17 erinevat kategooriat ning lisaks veel eraldi laiaulatuslik kategooria hõlmates „muid teenuseid“, rakendus direktiivist tulenevalt ainult paar sätet – tuli avaldada tehniline kirjeldus ja lepingu sõlmimise andmed. Lisa II B teenuste osas eeldati piiriülese huvi puudumist ning seetõttu vastavalt Euroopa Kohtu kohtupraktikale pidid hankijad, kes sõlmisid B-teenuste riigihankelepinguid, järgima Euroopa Liidu esmase õiguse ehk EL-i toimimise lepingu³⁰ aluspõhimõtteid. Oli eeldus, et lisa II B teenused vaadatakse aja möödudes üle ning kui tuvastatakse teatud kategooriate osas suurem piiriülene huvi, siis tõstetakse need lissasse II A. Tegelikult oli lisadega II A ja II B kehtestatud teenuste nimistu võrdlemisi sama alates

²⁸ 31. märtsi 2004. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134.

²⁹ S. Smith (viide 19), lk 159-160.

³⁰ Varasemalt Euroopa Ühenduse asutamisleping. 11. juunil 2008. a allkirjastas Eesti Vabariik Lissaboni lepingu, millega muudeti ja täiendati Euroopa Liidu lepingut ja asendati senine Euroopa Ühenduse asutamisleping Euroopa Liidu toimimise lepinguga. Kuna viidatud kohtulahendid leidsid aset enne Lissaboni lepingu jõustumist, siis on teatud juhtudel kasutatud viitamist asutamislepingu sätetele. Euroopa Liidu toimimise leping. – ELT C 326, 26.10.2012, lk 47-390

varasematest direktiividest, sh 1992/50/EC³¹, mistõttu on aastakümneid olnud üsna suur nimekiri teenustest kaetud väga vähese regulatsiooniga. Teisalt on igal liikmesriigil olnud võimalus Lisa II B teenuste regulatsiooni mõjutada oma riigisisese seadusandlusega. Eestis hakati teenuste tellimisel kohaldatavaid menetlusreegleid eristama alles 2005. aastal täiendatud riigihangete seaduse (RT I 2001, 34, 189) erandite sätte alusel. Varasemalt ei toimunud teenuste eristamist ning kõikide teenuste tellimisel tuli korraldada hankemenetlus arvestades kõiki menetlusreegleid.

Euroopa Kohtu praktika nägi ette, et hankijad, kes sõlmisid B-teenuste riigihankelepinguid, pidid järgima Euroopa Liidu esmase õiguse ehk Euroopa Liidu toimimise lepingu aluspõhimõtteid – seda eelkõige mittediskrimineerimise, läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise osas, juhul kui hankelepingute puhul on kindel piiriülene huvi. See tähendab kohustust tagada hankest teavitamise piisav tase, et ka teistest liikmesriikidest pärit huvitatud isikud saaksid otsustada oma huvi hankelepingu osas.³²

1.1.2. Regulatsioon alates 2007. aastast lähtuvalt riigihangete seadusest

Varasemalt kehtinud riigihangete seadust muudeti 2007. aastal (RT I 2007, 15, 76) ning nn B-teenuste kohta toodi sisse uus mõiste „lihtsustatud korras tellitavad teenused“. Vastavad menetlusreeglid sätestati RHS §-is 19 ning reguleeriti ära, millistel tingimustel on lepingut võimalik liigitada vastava kategooria lepinguks, Kuni 01.01.2011 kehtis veel ka regulatsioon (RHS § 19 lg 3), kus sätestati, et kui RHS § 19 lg-s 1 nimetatud hankelepingu maksumus ilma käibemaksuta on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda, esitab hankija pärast hankelepingu sõlmimist RHS §-s 37 (riigihanke aruanne) sätestatud korras riigihanke aruande. Kui sellise hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda, on hankija kohustatud järgima lisaks RHS §-s 33 sätestatud tehnilise kirjelduse koostamise reegleid. Muus osas pidi hankija lähtuma selliste hankelepingute sõlmimisel üksnes RHS 1.peatükis sätestatud nõuetest, eelkõige RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest.

Alates 15.09.2008 reguleerib riigihanke esemete klassifitseerimist Euroopa Komisjoni määrus (EÜ) nr 213/2008³³ ehk ka CPV määrus. CPV määrusega asendati hankedirektiivi lisa II A

³¹ Smith, S. (viide 19), lk 159-160.

³² EKo C-507/03 *Commission of the European Communities v Ireland*, p 28.

³³ Euroopa Komisjoni määrus (EÜ) nr 213/2008, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust. (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive

esitatud tabel CPV määruse VI lisas esitatud tekstiga ja lisas IIB esitatud tabel määruse VII lisas esitatud tekstiga. Nii asendati ka vana võrgustikudirektiivi XVIIA lisas esitatud tabel CPV määruse VI lisas esitatud tekstiga ning XVIIIB lisas esitatud tabel määruse VII lisas esitatud tekstiga. Seega direktiivide kohaselt on hankemenetluse korraldamise kohustusega A-teenused loetletud CPV määruse lisas VI ning hankemenetluse korraldamisest vabastatud B-teenused sätestatud CPV määruse lisas VII.³⁴ Lihtsustatud korras tellitavad teenused jagunesid CPV määruse lisa VII kohaselt 11 üldiseks kategooriaks (CPV määruses omakorda veel alamkategooriateks ja teenuste loeteludeks).

B-teenuste ehk lihtsustatud korras tellitavate teenuste vabastamist hankemenetluse korraldamise kohustusest põhjendati eelkõige nende teenuste erilisest olemusest lähtuvalt, mis tingis vajaduse sõlmida lepingud konkreetsete usaldusväärsete pakkujatega. B-teenuste puhul leiti, et hankija jaoks on oluline just konkreetne teenuse osutaja, kes ei tarvitse tingimata olla majanduslikult soodsaima pakkumuse esitanud pakkuja ning riigihanke protseduuri kohaldamine sellise teenuse hankimiseks peeti reeglina kas ebaefektiivseks või liialt koormavaks.³⁵ Seetõttu puudus hankijatele pandud kohustus korraldada teatud teenuste tellimiseks hankemenetlust ja järgida kõiki protseduureegleid.

Teisalt tekitas see praktikas ka probleeme, sest hankijad pidid lepingu liigi õigeks määratlemiseks esmalt otsustama, kas tegemist on teenusega ning kas teenus on CPV määruse VI või VII lisa teenus. Olulisim reegel oli, et hankelepingut, millega ostetakse asju ja tellitakse teenuseid, loetakse teenuste hankelepinguks juhul, kui tellitavate teenuste eeldatav maksumus ületab ostetavate asjade eeldatava maksumuse³⁶. Euroopa Kohus märkis oma otsuses³⁷, et sõltumata sellest, kas leping liigitatakse teenuste hankelepinguks, siis hankija on kohustatud korraldama hankemenetluse, kui lihtsustatud korras tellitavate teenuste kõrval on sama hankelepingu esemeks olevate asjade ja CPV määruse lisas VI nimetatud teenuste eeldatav maksumus kokku või ehitustööde eeldatav maksumus on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda. Ka siis rõhutati juba seda, et üksnes hankija on vastutav õigete menetlusreeglite valiku ees ning vajadusel saab hankelepingu õige määratluse otsustada siseriiklik kohus³⁸.

2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega - ELT L 74, 15.03.2008, lk 1–375.

³⁴ Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, lk 174 (p 2.6.1)

³⁵ Samas, lk 174, p 2.6.1, RHS eelnõu 816 SE I seletuskiri, eelnõu § 19 puudutav selgitus.

³⁶ Põllu, E. Lihtsustatud korras teenuste tellimine. – Rahandusministeeriumi analüüs. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analusid-ja-uuringud>, lk 4.

³⁷ EKo C-381/08 *Car Trim GmbH v KeySafety Systems Srl*, p 63.

³⁸ EKo C-411/00, *Felix Swoboda GmbH vs Österreichische Nationalbank*, p 62.

Kokkuvõttes oli varasemalt suur hulk riigihankelepinguid kehtinud direktiividega väga vähesel määral reguleeritud. Mõned liikmesriigid samas reguleerisid B-teenuseid isegi rangemalt kui see oli hankedirektiividega ette nähtud, mistõttu oli reguleerimismäär vägagi erinev³⁹.

1.1.3 Regulatsioon alates 2017. aastast lähtuvalt riigihangete seadusest

Seoses sotsiaalteenustega märkis Euroopa Komisjon 2011. aastal⁴⁰, et tervise, hariduse ja sotsiaalteenuste valdkonnas teeb avalik sektor küll suuri kulutusi, kuid nende teenuste osas on vähene nii turustamisvajadus kui ka konkurents. Viis, kuidas haridust ja tervishoidu osutatakse on olulisem sellest, kuidas need on reguleeritud riigihanke direktiividega. Enamik kulutusi liigitatakse pigem mitterahalisteks sotsiaalsiireteks või kodanike tarbimiseks selle asemel, et neid nimetada riigihankelepinguteks⁴¹.

Euroopa Komisjon tõstis esile, et liikmesriigid kulutavad ca 5% SKT-st sotsiaalkindlustusele, haridusele ja tervisele ning vaid marginaalne osa tehtavates kulutustest on avaldatud Euroopa Liidu Teatajas. Seetõttu oli murekoht, et taoline situatsioon mõjub kahjulikult eelkõige siseturule. Teisalt on vastav teema üpris tundlik - puudutatud on ju kõigi Euroopa Liidu liikmesriigi õigused organiseerida sellist tüüpi teenuste osutumist elanikele viisil ja struktuuril, mis oleks sobivaim vastavalt iga liikmesriigi traditsioonidele⁴². Euroopa Komisjon tegi ettepaneku, et tavateenuste osas tuleb kohaldada täielikult direktiivi eeskirju. Kategooria „muud teenused“ eemaldada leebema korra kohaldamisalast⁴³ ning sotsiaal ja muud eriteenused jäävad reguleerituks lihtsama korraga. Lisa II B teenused varasemal kujul siiski tühistati, sest juhul kui lisa II A ja B teenuste nimistut aja jooksul ei korrigeeritaks, siis teatud perioodil võinuks mõned B teenused tekitada piiriülest huvi, kuid konkurents jäänuks regulatsiooni tõttu piiratuks.

Varasema 11 kategooria asemel on lihtsustatud erikorraga menetletavad teenused jagatud 15 üldiseks kategooriaks, mis hõlmavad järgmiseid grupe: tervishoiu- ja sotsiaalteenused ja nendega seotud teenused; administratiivsed sotsiaalteenused, hariduse, tervishoiu ja kultuuri

³⁹ Smith, S. (viide 19), lk 159-160.

⁴⁰ Commission staff working paper, Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, part 1. Brüssel, 27.06.2011. Kättesaadav arvtivõrgus - [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC\(2011\)853&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC(2011)853&lang=en) (29.03.2022)

⁴¹ Samas, punkt 2.4.2.

⁴² Smith, S. (viide 19), lk 159-160.

⁴³ Semple, A. Reform of EU Public Procurement Law: Intergovernmental or Supranational Policy-making? - Public Procurement Analysis; University of London, Birkbeck College, School of Social Sciences, History and Philosophy, Politics, 2019, lk 76. Arvtivõrgus kättesaadav: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3377984 (23.03.2022)

haldusteenused; kohustusliku sotsiaalkindlustuse teenused; sotsiaaltoetuste teenused; muud ühiskondlikud, sotsiaal- ja isikuteenused, sealhulgas ametiühingute, poliitiliste organisatsioonide, noorteühenduste ja muude organisatsioonide teenused; usuorganisatsioonide teenused; hotelli- ja restoraniteenused; õigusteenused, kui need ei ole artikli 10 (erandid teenuste hankelepingute puhul) punkti d kohaselt välja jäetud; muud haldusteenused ja teenused valitsusele; ühiskonnale pakutavad teenused; vanglaga seotud teenused, avaliku turvalisuse teenused ja päästeteenused, kui need ei ole artikli 10 (erandid teenuste hankelepingute puhul) punkti h kohaselt väljajäetud; juurdlus- ja turvateenused; rahvusvahelised teenused (eksterritoriaalsete organisatsioonide ja üksuste teenused ja rahvusvaheliste organisatsioonide ja üksuste eriteenused); postiteenused; mitmesugused teenused (rehvide protekteerimine ja separteenused).

2014. aasta direktiividega võeti teine suund, iseloomustades teostatud reformi kavatsust pakkuda suuremat paindlikkust⁴⁴. Teisalt on nimekirja muudatuse põhjuseks sageli välja toodud, et tegemist oli Euroopa Liidu erinevate institutsioonide vahelise „kõietõmbamisega“, liikmesriikide vastandlike arvamuste ning ametiühingute „raevuka lobitööga“⁴⁵. Samas hõlmab ju seadusandlik protsess kindlasti ka kompromisse.

Direktiivi 2014/24/EL põhjenduse 113 kohaselt näitasid 2011. aasta Euroopa Komisjoni töödokumendi tulemused, et teatavate teenusekategoriate puhul on teenuste olemuse tõttu piiriülene mõõde jätkuvalt piiratud, näiteks nn isikutele osutatavad teenused – sotsiaal-, tervishoiu- ja haridusteenused. Selliste teenuste osutamise kontekst on erinevate kultuuritraditsioonide tõttu liikmesriikides väga erinev, mistõttu tuleks nende teenuste suhtes kehtestada erikord ning kõrgem piirmäär kui teistele teenustele.⁴⁶ Täiendav eesmärk, et sotsiaal- ja eriteenustele kohalduva korra rakendab iga liikmesriik ise arvestades seejuures läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid. Seega on hankedirektiivis 2014/24/EL nüüd ette nähtud sotsiaal- ja eriteenustele lihtsustatud erikord (vt art 74-76). Võrgustikusektori direktiivi artiklites 91-94. Magistritöös ei kajastata eraldi võrgustikusektori hangetega seonduvat, kuivõrd käsitletavat probleemi ja regulatsioonid on sisuliselt ühised avaliku sektori hangetega.

⁴⁴ Semple, A., Andrecka, M. (viide 27), lk 174.

⁴⁵ Caranta, R. The Changes to the Public Contract Directives and the Story they tell about how EU law works - Common Market Law Review 2015/52, lk 426.

⁴⁶ 26.veebruari 2014. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, lk 65-242 (edaspidi hankedirektiiv), põhjenduspunktid 113-114. Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluste rahvusvaheline piirmäär on alates 750 000 eurot ning kontsessioonilepingutele alates 5 350 000 eurot.

Ka kontsessioonilepingute direktiiv käsitleb sotsiaal- ja eriteenuseid, ent seal on veelgi vähem sisulisi reegleid. Direktiivi 2014/23/EL põhjendus 53 selgitab, et lihtsustatud menetluskorra rakendamine on õigustatud eelkõige sotsiaal- ja eriteenuste iseloomust tulenevalt. Põhjenduses 54 tuuakse välja, et arvestades kultuurilise konteksti olulisust ning sotsiaal- ja eriteenuste tundlikkust, peaks liikmesriikidel olema laialdased volitused pakkujate leidmisel menetlusreeglite kehtestamiseks. Õiguskirjanduses leitakse samuti, et EL seadusandja on sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute sõlmimise menetlusreeglite loomisel arvestanud selliste teenuste seotust konkreetse riigiga ning vähese piiriülese mõjuga⁴⁷.

Ühest küljest selline Euroopa Komisjoni otsus suurendab avaliku sektori hankijate kaalutusõigust sotsiaal- ja eriteenuste osutamisel kohaldades kõrgemat piirmäära, kuid samas on piiratud lihtsustatud erikorra alla kuuluvate lepingute ulatus ning nõuab liikmesriikidelt täiendavate siseriiklike regulatsioonide välja töötamist⁴⁸. Viimane element on muidugi huvitav, sest ei Suurbritannia, Saksamaa ega Prantsusmaa ei olnud huvitatud eraldi siseriiklike eeskirjade kehtestamisest. Saksamaa ja Suurbritannia väljendasid rahuolu toona kehtinud seisu üle, võttes arvesse lihtsust ja mugavust, samas Prantsusmaa eelistanuks olukorda, kus sotsiaalteenuste lepingute sõlmimisel oleksid Euroopa Liidus ühtsed alused⁴⁹.

Kõrgema piirmäära kehtestamist põhjendati asjaoluga, et üldjuhul ei paku alla seda piirmäära jäävad nn isikutele osutatavate teenuste hankelepingud teiste liikmesriikide teenuseosutajatele huvi, kuivõrd teenuste iseloomust tulenevalt ei ole piiriülene pakkumine võimalik või ei ole see otstarbekas. Näiteks juhul, kui hankijal on vaja tellida majutusteenust Tartus, ei saa talle ju pakkuda majutust Stockholmis. Samuti, kui hankijal on vaja toitlustajat konverentsil, mis toimub Bernis, ei ole otstarbekas teha pakkumust sellel pakkujal, kes tegutseb Helsingis⁵⁰. Autori hinnangul ei teeks suure tõenäosusega Soomes olev pakkuja nagunii pakkumust, kui toitlustusteenust vajataks Tartusse (seda muidugi olenevalt selle teenuse iseloomust ja maksumusest). Sama on sotsiaalteenustega, kuivõrd need on väga otseses seoses teenuse saajaga. Samas võib olla piiriülene huvi, kui esinevad konkreetsed tõendid, mis näitaksid vastupidist (näiteks tõendid piiriüleste projektide liidupoolse rahastamise kohta)⁵¹.

⁴⁷ Bovis, C. And C. Clarke in M. Steinicke, P.I. Vesterdorf (koost.) EU Public Procurement law: Brussels commentary. Baden-Baden: Nomos Print 2018, lk 1163.

⁴⁸ Caranta, R., Sanchez-Graells, A. European Public Procurement Commentary on Directive 2014/24/EU. USA: Edward Elgar Publishing Limited 2021, lk 811

⁴⁹ Semple, A. (viide 44), lk 77.

⁵⁰ RHS eelnõu (450 SE I) seletuskiri, lk 39.

⁵¹ Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkt 114.

Kuna aga direktiivide põhjendused ei ole õiguslikult siduvad, siis ei saa olla kindel, et Euroopa Kohus ja liikmesriikide kohtud seda eeldust tingimata kohaldavad. Võttes arvesse varasemaid Euroopa Kohtu lahendeid seoses piiriülese kaubandushuvi küsimusega, siis näib tõenäolisem, et otsustamiseks, kas vastava lepingu osas võivad olla teatud piiriülased huvid – ja seega peaksid kehtima ka asutamislepingu põhimõtted – hinnatakse iga juhtumi põhjal eraldi. Euroopa Kohtu avatud tõlgendus piiriülese huvi hindamise osas on tähendanud, et asutamislepingu põhimõtteid saab rakendada isegi siis, kui leping on iseloomult riigihanke direktiividest välja jäetud. Pole ka põhjust arvata, et 2014. aasta direktiivide vastuvõtmine on seda lähenemisviisi muutnud.⁵²

Vastupidiselt varasemale direktiivile (2004/18/EÜ), mis ei reguleerinud B-teenuste hankimist väga põhjalikult, siis direktiivis 2014/24/EL ei ole hankijal küll enam tehnilise kirjelduse koostamise kohustust, kuid selle asemele on lisandunud hankija kohustus anda erimenetlusega teenuse ostmisest teada hanketeate või eelteate avaldamisega⁵³. Muus osas on erimenetlus paindlik, võimaldades ka vastava aluse olemasolul väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamist. Läbirääkimised on võimalikud ka muul moel läbi viidavas erimenetluses, välja arvatud juhul, kui hankija kasutab avatud või piiratud hankemenetluse reegleid. Lisaks hõlmavad erimenetluse reeglid kohustust kontrollida pakkujatel kohustuslikke kõrvaldamise aluseid ja esitada pärast hankelepingu sõlmimist registrile hankelepingu sõlmimise teade.

Direktiivi 2014/24/EL artikkel 76 lg 2 sätestab, et „Liikmesriigid tagavad, et avaliku sektori hankijad võivad arvesse võtta vajadust tagada teenuste kvaliteet, katkematus, ligipääsetavus, taskukohasus, kättesaadavus ja terviklikkus, erinevate kasutajakategooriate, sealhulgas ebasoodsas olukorras olevate või haavatavate rühmade erivajaduste arvesse võtmine, kasutajate kaasamine ja neile suuremate õiguste andmine ning innovatsioon. Liikmesriigid võivad ka ette näha, et teenuseosutaja valitakse välja kõige parema hinna-pakkumise suhtega pakkumuse alusel, võttes arvesse sotsiaalteenuste kvaliteedi ja jätkusuutlikkuse kriteeriume“.⁵⁴ Viimane lause jätab lahtiseks küsimuse kohustuse osas valida hankelepingu sõlmimiseks partner majanduslikult soodsaima pakkumuse alusel – kuigi funktsionaalselt tundub, et see ei ole võimalik ja seda sätet tuleks lihtsalt vaadelda nii, et see võimaldab kehtestada majanduslikult soodsaima pakkumise kindlaksmääramisel „spetsiifilised“ kriteeriumid nagu kvaliteet ja jätkusuutlikkus.

⁵² Semple, A., Andrecka, M. (viide 27), lk 179.

⁵³ Parind, M., Laanemäe, K. RHS § 126/11. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 849.

⁵⁴ Semple, A. (viide 38), lk 77.

Rahandusministeerium on 2020. aasta riigihangete ülevaates väljatoonud enimkasutatavad menetlusliigid, kus esikohal on avatud hankemenetlus (41 %) ning kuuendal kohal sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlus (4%). Kusjuures 2015. aastal oli lihtsustatud korras tellitavate teenuste osakaal läbiviidavates riigihanke menetlustest 13% , mis oli üsna oluline osa riigihangete turul. Kuigi sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluste osakaal tundub kogu riigihangete mahust olevat üpris madal, siis vaidlustati neid menetlusi 2020. aastal 26 korral, lihthankeid nt 27 korral ja avatud hankemenetlusi 145 korral. Vähene vaidlustuste arv võrreldes hankemenetlustega võib viidata ka sellele, et pakkujatele pole siiski selge, millised on nende õigused ja millised on hankija kohustused kehtiva regulatsiooni alusel. Neid probleemkohti käsitleb autor aga järgnevas peatükis.

1.2 Menetluse ja hankelepingu liigi valik tootlustusteenuse tellimisel

RHS on kehtestanud erinevad reeglid toiduainete ostmiseks, tootlustusteenuste tellimiseks ja tootlustusteenuste osutamiseks kontsessioonilepingu alusel, vastavalt valikule tuleb lepingu sõlmimiseks valida kohane riigihankemenetlus või erimenetlus. Määratlemaks, kas tegemist on riigihankega, tuleb lähtuda RHS §-is 8 sätestatud hankelepingu mõiste selgitusest. Kui RHS §-s 5 nimetatud isik, sh hankija sõlmib lepingu, mille esemeks on asjad või teenused ning võtab sõlmitud lepinguga kohustused (kohustub asju ostma ja nende eest tasuma), on tegemist hankelepinguga. Seega, kui hankija (nt riigiasutus, riigiasutuse hallatav asutus, kohalik omavalitus või selle asutus) ostab toidu valmistamiseks toiduaineid või tellib tootlustusteenust, on tegemist riigihankega ja hankelepinguga (RHS § 1 lg 1 ja § 8, vt ka § 29) ning lepingu sõlmimisel peab hankija järgima RHS-ist tulenevat menetlusreegleid.⁵⁵

Komisjoni määruse nr 213/2008⁵⁶ lisast I on leitav ühtne riigihangete klassifikaator (CPV) ehk riigihangete puhul kohaldatav ühtne klassifikatsioonisüsteem, millega ühtlustatakse ametiasutuste ja tellijate poolt lepinguobjekti kirjeldamiseks kasutatavaid viiteid. Seega asudes mõnda teenust tellima, peab hankija välja selgitama, kas tegemist on direktiivi 2014/24/EL lisas

⁵⁵ Põllu, E. Toiduainete ostmine ja tootlustamine riigihangetena. Rahandusministeeriumi analüüs. August 2013, lk 1. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analused-ja-uuringud> (30.03.2022)

⁵⁶ Komisjoni määrus (EÜ) nr 213/2008, 28. november 2007, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega Kättesaadav arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/cpv_maarus_4.pdf (30.03.2022)

XIV märgitud sotsiaal- või eriteenusega või on see soetatav mõne muu CPV koodi alusel. Kui hiljem peaks tekkima hankelepingu eseme määratluse üle vaidlus, peab hankija määratluse õigsust hindama riigisisene vaidlust lahendav organ⁵⁷. Tõendamiskoormus, kas menetlusliigi valik on õigustatud, st tellitav teenus on sotsiaal- või eriteenuste erimenetlus või hoopis sotsiaal- või eriteenuste kontsessioonileping, lasub hankijal⁵⁸.

Lisaks menetlusliigi valikule on riigihangete üks keerulisemaid küsimusi ka lepingute liigitamine. Erinevad regulatsioonid rakenduvad näiteks nii võrgustikusektoris kui ka kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas, kontsessioonilepingutele ja teenustele, mis on nn isikutele osutatavad teenused (teatavad sotsiaal-, tervishoiu- ja haridusteenused). Lisaks on veel pikk nimekiri konkreetseid erandeid ning ehitustöödel on kõrgemad riigihanke ja rahvusvahelised piirmäärad, kui tavalistel teenuste ja asjade ostmiseks mõeldud riigihanke menetlustel. Just neil põhjustel kulutavad hankijad sageli aega kaalumaks, kuidas lepingut klassifitseerida, mõnikord sooviga vältida koormavaid eeskirju lepingute osas, millele kohalduvad täielikult riigihangete direktiivid. Õige praktika rakendamise eesmärgiks on vältida raskemaid rikkumisi, mis tulenevad hankedirektiivide mitte jälgimisest. Tehniline innovatsioon pakub uusi võimalusi kulude vähendamiseks, samal ajal on aga ausus ja läbipaistvus lepingumenetlustes tõusnud tähelepanu keskpunkti⁵⁹.

Hankija ei pea toidlustusteenust tellima juhul, kui on olemas vastav personal ning piisab vaid toiduainete soetamisest (CPV kood 15000000-8 „Toiduained, joogid ja tubakas ja seonduvad tooted“) mis oleks sel juhul käsitletav asjade hankelepinguga RHS § 8 lg 3 tähenduses. Toidu valmistamiseks ostetavate toiduainete osas on tegemist aga sama eesmärgi saavutamiseks vajalike ja/või funktsionaalselt koostoimivate asjadega, mistõttu erinevate toiduainegruppide (nt CPV koodid 15100000-9 „Loomsed tooted, liha ja lihatooted“, 15200000-0 „Kalatooted ja konservid“, 15500000-3 „Piimatooted“) ostmisel erinevate riigihanke menetluste teel tuleb kõikide hankelepingute eeldatavad maksumused summeerida ja lähtuda iga toiduainegrupi osas hankelepingute sõlmimisel ja selleks kohase menetluse korraldamisel kõigi toiduainegruppide summeeritud eeldatavale kogumaksumusele kohalduvast menetluskorrast. Siiski on teinud riigihangete seadus ka selle hankija jaoks veel lihtsamaks, võimaldades RHS § 50 p 9 alusel kasutada erandit, mille kohaselt võib hankija sõlmida väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetluse kaudu hankelepingu toidukaupade soetamiseks.

⁵⁷ EKo C-411/00, *Felix Swoboda GmbH vs Österreichische Nationalbank*, p 62.

⁵⁸ Parind, M., Laanemäe, K. RHS § 126/14. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 850.

⁵⁹ Caranta, R. (viide 46), lk 392.

Küll aga nähtub trend olevat selles suunas, et järjest enam loobutakse palgal oleva köögi(toitlustus)personali kasutamisest ning eelistatakse pigem toitlustusteenuse tellimist. Vastavalt konkreetsetele asjaoludele tuleb hinnata, kas toitlustusteenuse hankimine vastab kontsessioonilepingu tunnustele või on kohasem sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlus.

Toitlustusteenuste (CPV koodid 55510000-8 „Sööklateenused kuni 55524000-9 „Kooli toitlustusteenused“) tellimise leping on käsitletav (sotsiaal-ja) eriteenuste hankelepinguna RHS § 8 lg 4 ja RHS § 126 lg 1 tähenduses. RHS § 126 lg 1 kohaselt on sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlus riigihange, mis korraldatakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2014/24/EL XIV lisas nimetatud sotsiaal- või eriteenuste tellimiseks. Toitlustusteenuste (CPV koodid 55510000-8 „Sööklateenused“ kuni 55524000-9 „Kooli toitlustusteenused“) kontsessioonileping on käsitletav (sotsiaal- ja) eriteenuste kontsessioonilepinguna RHS § 4 p 13, § 131 lg 2 ja § 144 lg 1 tähenduses. RHS § 4 p-13 toodud definitsiooni kohaselt on kontsessioonileping ühe või mitme ettevõtja ja ühe või mitme hankija vahel sõlmitud hankeleping, mille puhul kontsessinääri tasu seisneb kas ainult õiguses ehitist eksploateerida või teenust osutada või selles õiguses koos rahalise maksega ja nõudluse või pakkumisega seotud äririsk läheb üle kontsessioonäärile. Teenuste kontsessioonileping on hankeleping, mille puhul tasu teenuste osutamise või korraldamise eest seisneb kas ainult õiguses teenuseid osutada või korraldada või selles õiguses koos rahalise maksega ja nõudluse või pakkumisega seotud äririsk läheb üle kontsessioonäärile (RHS § 131 lg 2).

RHS § 8 lg 1 kohaselt hõlmab hankelepingu mõiste ka kontsessioonilepingut, sest tegemist on hankelepingu eriliigiga. Riigihanke menetlust, millega sõlmitakse kontsessioonileping, nimetatakse kontsessioonilepingu sõlmimise menetluseks (RHS § 4 p 14). Vastavalt RHS § 144 lg-le 1 algab Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2014/23/EL IV lisas nimetatud sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetlus eelteate esitamisega registrile.

Hankelepingu, sh kontsessioonilepingu, sõlmimiseks nõutud riigihanke menetluse liigi valikul peab hankija lähtuma riigihanke (hanke- või kontsessioonilepingu) eeldatavast maksumusest, valides seaduses sätestatud piirmääradele vastava menetluse. RHS § 15 lg 1 sätestab, et avaliku sektori hankija peab kohaldama hankelepingu, välja arvatud sotsiaal- ja eriteenuste hankelepingu või kontsessioonilepingu, sõlmimisel RHS 3. ptk 1. jaos sätestatud korda, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne lihthanke piirmääraga või ületab seda, kuid on väiksem kui riigihanke piirmäär. RHS § 15 lg 2 kohaselt peab avaliku sektori hankija

kohaldama hankelepingu, välja arvatud sotsiaal- ja eriteenuste hankelepingu või kontsessioonilepingu sõlmimisel RHS 2.ptk-s (§ 48-124) ette nähtud korda, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda. RHS § 16 lg 3 sätestatu näeb ette, et avaliku sektori hankija kohaldab sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimisel RHS § 144 sätestatud korda, kui kontsessioonilepingu eeldatav maksumus on võrdne sotsiaal- ja eriteenuste riigihanke piirmääraga või ületab seda.

Eristamaks hankelepingut kontsessioonilepingust on oluline tuvastada tasu maksmisega seonduv ja nõudluse või pakkumisega seotud äririski üleminek kontsessionäärile. Näitena võib tuua ühe 2020. aastal riigihangete registris avaldatud kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse⁶⁰, mis vaidlustati riigihangete vaidlustuskomisjonis ja läbi vaidlustuskomisjoni jõudis see Rahandusministeeriumisse järelevalvemenetlusse. Nimetatud hankes oli mitmeid probleeme, mis on seotud sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu vähese regulatsiooniga, kuid küsimuse all oli ka see, et millistel sisulistel kaalutlusel hankija valis menetlusliigiks just sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise, mitte sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlust või hoopis mõnda muud sobilikku riigihankemenetlust võttes arvesse eeldatavat maksumust, milleks oli 2 405 805 eurot. Oluline on see eelkõige seetõttu, et hankelepingu, sh kontsessioonilepingu, sõlmimiseks nõutud riigihanke menetluse liigi valikul peab lähtuma eeldatavast maksumusest. Sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingutele kehtib rahvusvaheline piirmäär 5 350 000 eurot, hankelepingule aga 750 000 eurot.

Eelpool mainitud riigihanke osas oli riigihangete registri andmete kohaselt märgitud eeldatavaks maksumuseks summa, mis ületab sotsiaal- ja eriteenuste rahvusvahelist piirmäära, kuid ei ületa sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute rahvusvahelist piirmäära. Samas Euroopa Liidu Väljaannete Talitusele on kohustus esitada hanke teated, mille eeldatav maksumus on võrdne või ületab rahvusvahelist piirmäära. RHS § 121 lg 1 p 2 kohaselt on hankeleping tühine, kui hankija ei ole hanketeate registrile esitamisel märkinud, et riigihanke eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda, või ei ole märkinud, et soovib hanketeate edastamist Euroopa Liidu Väljaannete Talitusele kui hanketeate edastamine on RHSi kohaselt nõutav.

⁶⁰ Kontsessioonilepingu sõlmimise menetlus „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutajate leidmiseks“ (riigihanke viitenumber 224476)

1.2.1 Toitlustusteenuste tellimisel sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse piiritlemine sotsiaal- ja eriteenuste kontsessiooni lepingu sõlmimise menetlusest

Traditsiooniliselt on ELi õiguses kontsessioonide ja muude avalik-õiguslike ja eraõiguslike üksuste vaheliste õiguslike kokkulepete piiritlemise küsimused puudutanud peamiselt kontsessioonide ja riigihankelepingute eristamist. Põhjuseks asjaolu, et riigihankelepingute sõlmimist käsitleva direktiivi 2004/18/EÜ üksikasjalikud sätted ei kehtinud teenuste kontsessioonide suhtes ja olid kohaldatavad ainult osaliselt (muudetud kujul) ehitustööde kontsessioonide suhtes.⁶¹ Tänapäevaks on kontsessioonide regulatsioon Euroopa Liidu riigihangete reguleerimise reformis üks olulisim edasiarendus ning saab öelda, et kontsessioonileping on hankelepingu üks eriliike (RHS § 8 lg 1) ning erinevalt tavalepingust saavad kontsessioonilepingu esemeks olla vaid teenused ja ehitustööd. Tasub märkida, et kuigi kontsessioonidirektiiv⁶², mille puhul on tegemist keerulise ja poliitiliselt tundliku õigusaktiga⁶³, võeti vastu alles 2014. aastal, siis lünka varasemas õiguses täitsid selle hetkeni siiski Euroopa Kohtu praktika ning Euroopa Komisjoni juhised.

Esialgu jäeti kontsessioonide regulatsioon teadlikult hanke direktiividest välja ning üheks põhjuseks peetakse asjaolu, et kontsessioonid puudutasid reeglina avalike teenuste osutamist, mistõttu liikmesriigid soovisid säilitada suuremat kontrolli ega olnud valmis sektorit täiel määral hanke reeglitele avama⁶⁴. Teisalt põhjustas Euroopa Komisjoni arvates selgete eeskirjade puudumine ja sellega seotud õiguskindluse ebamäärasus siseturul tõsiseid moonutusi, piirates väikeste ja keskmise suurusega ettevõtete juurdepääsu kontsessioonilepingutele⁶⁵. Kontsessioonidirektiivi vastuvõtmise peamine põhjendus seisneski lõpuks selles, et vajalik on vähendada õiguslikku ebakindlust ja ratsionaliseerida Euroopa Liidu halli ala⁶⁶.

⁶¹ Wolswinkel, J. Concession Meets Authorisation. - European Procurement & Public Private Partnership Law Review, vol 12, no 4, 2017, lk 397.

⁶² Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL - ELT L 94, 28.03. 2014, lk 1–64.

⁶³ Sõrm, M. Teenuste kontsessioon avalike teenuste delegerimise vahendina Eesti ja Euroopa Liidu õiguses. Magistritöö. Juhendaja Evelin Pärn-Lee. Tallinn: Tallinna Tehnikaülikool, lk 9. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://digikogu.taltech.ee/et/Download/93ab16e3-12c5-4b58-8018-987be28c5e4b>

⁶⁴ Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M.-A. Kontsessiooni vastuoluline regulatsioon Eesti õiguses. - Juridica 2012/IV, lk 2.

⁶⁵ Beneyto, J. M., Maíllo, J. Fostering growth: reinforcing the internal market. – Madrid: CEU Ediciones 2019, lk 135.

⁶⁶ Bogdanowicz, P. Cross-Border Interest and Concession Contracts: A Critical Approach. - Procurement & Public Private Partnership Law Review, 2015, lk 84.

Kuigi seadusloomega on lünk justkui täidetud, siis jätkuvalt esineb sageli raskuseid hankelepingu ja kontsessioonilepingu eristamisel, sh ka olukord, kus peab valima sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse või sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu vahel. Siinkohal võib välja tuua sellegi, et liialt lahtised tingimused riigihangete seaduses ka menetlusele, tekitavad nii hankijates kui ka pakkujatest segadust, või isegi teadmatust⁶⁷. Õiguskirjanduses on mainitud, et hoolimata Euroopa Liidu seaduseandja soovist kujundada kontsessioonide andmise õigusraamistik selgeks ja lihtsaks⁶⁸, siis hankelepingu ja kontsessioonilepingu eristamise probleeme ning kontsessioonilepingu mõiste keerukust ilmestab asjaolu, et sellele on direktiivis 2014/23/EL pühendatud ca 30 põhjendust⁶⁹. Sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute osas on RHS §-i 144 direktiivist 2014/23/EL ülevõetud vaid artiklid 19 ja 31, eesmärgiga vähendada menetlemisega kaasnevat koormust. Mistõttu võib öelda, et uus regulatsioon töötab direktiivi eesmärgile vastu ning segane sisu ei loo õigusselgust⁷⁰.

Kontsessioon on sageli suure maksumusega riigihankeleping, millega hankija usaldab tööde teostamise või teenuse osutamise ja haldamise ettevõtjale, sealjuures erineb ka riskijaotus oluliselt tavalisest hankelepingust. Seega pakkuja rahaline huvi seisneb õiguses teenust osutada või korraldada, mis võib omakorda tähendada õigust kolmandatelt isikutelt tasu küsida ning sellele võib lisanduda ka hankija makstav tasu. Euroopa Kohus⁷¹ on varasemalt sedastanud, et teenuste hankelepingu puhul maksab hankija tasu otse teenuseosutajale, kontsessiooni puhul seisneb tasu teenuste osutamise eest kas ainult õiguses realiseerida vastavat teenust või sellises õiguses koos tasuga. Lisaks on olulisim kriteerium erimenetluse ja kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse valikul ka see, kelle kanda jäävad riskid. Kui hankija on taganud pakkujale teenuse kulutuste katteks tagasimakse ja pakkuja kanda ei jää teenuse osutamisel suuremaid riske, siis on tegemist pigem hankelepinguga⁷². Vastasel korral, kui teenuse osutamise riskid jäävad pakkuja kanda, on tegemist kontsessiooni andmisega. Piisava

⁶⁷ Paluoja, N. Kontsessiooni eritunnused ja nende kaudu eristamine teistest lepingutest ja lubadest. Magistritöö. Juhendaja Mari-Ann Simovart. Tartu: Tartu Ülikool 2020. lk 5. Kättesaadav arvutivõrgus: https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/68493/paluoja_nele.pdf?sequence=1&isAllowed=y Nele Paluoja on oma 2020. aasta magistritöös toonud välja, et seoses päringuga Rahandusministeeriumile selgus, et aastatel 2015-2019 pöörduti kontsessiooniküsimustes kokku 49 korral, seda ka tootlusteenuste hangete osas.

⁶⁸ 2014/23/EL põhjenduspunkt 2.

⁶⁹ Parrest, N. RHS § 131/5. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 883.

⁷⁰ Arrowsmith, S. The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK (Volume 2). London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters 2018, lk 4.

⁷¹ EKo C-206/08, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreismunicipalitäten (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, p 51; RKHKo 3-3-1-39-12, p. 21.

⁷² Minumets, D., Kulm, P. (viide 35), lk 80.

tegevusriski ülekandmist eeldatakse, kui ei ole garantiid, et kontsessioonäär saab oma investeeringu või kulud tagasi⁷³.

Varem kehtinud direktiivid 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ äririski kontsessiooni defineerimisel sõnaselgelt eeltingimuseks ei seadnud ja Euroopa Kohus tuletas selle pigem asjaolust, et kui kokkulepitud hüvitamise meetod seisneb selles, kus teenuseosutajale antakse õigus realiseerida omaenda teenuseid, siis teenuseosutaja võtab enda kanda teenuse osutamisega seonduva riski⁷⁴. Teisalt on riski suurus ja tüüp täpsemalt seaduses reguleerimata, samuti ei paku direktiiv 2014/23/EL vastust küsimusele, milline peab olema tõenäosuse tase ja milline võimalike kahjude absoluutväärtuse lävend hindamaks, kas tegu on nõutud äririskiga⁷⁵ ning see ongi autori arvates üks peamisi põhjuseid miks selline määramatus võib tingida hankija poolt menetlusliigi vale valiku.

Magistritöö autor kasutab järgnevalt menetlusliigi valiku probleemi ilmestamiseks esiti riigihangete registris avaldatud kontsessioonilepingu sõlmimise menetlust „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutajate leidmiseks“ (viitenumber 224476). Viidatud kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse alusdokumendis oli kirjas, et hankija ei garanteeri seda, et kõik kooliõpilased soovivad toitlustusteenust. Lisaks ei vastuta hankija koolilaste arvu muutumise eest ning hankija ei ole kohustatud laste arvu muutumist edukaks tunnistanud pakkujale kontsessioonilepingu perioodil mis tahes viisil kompenseerima. Välja oli toodud ka see, et laste arvu muutumine ei ole kontsessioonilepingu(te) täitmise perioodil aluseks toidupäeva hinna muutmiseks kontsessioonilepingus. Täiendavalt selgus alusdokumentidest, et lepingu täitmise ajal pidi pakkuja arvestama Tartu Linnavalitsuse poolt kehtestatud koolilõuna maksumustest - 1. kuni 4. klassi õpilastele 1,25 eurot päevas ja 5. kuni 9. klassi õpilastele 1,50 eurot päevas. Koolieine maksumus võib-olla kuni 90 % koolilõuna maksumusest ning hommikuputru pakutakse kokkuleppelise hinna alusel, kui selleks peaks vajadus olema. Need on vaid üksikud väljavõtted alusdokumentidest, mis võisid olla kontsessiooni valiku aluseks.

Siinkohal saab välja tuua mõningad sarnase põhimõttega kontsessioonilepingu sõlmimise menetlused, mis autori hinnangul alusdokumentidega tutvudes oleks pidanud läbi viidama

⁷³ Craven, R. The EU's 2014 Concessions Directive – Public Procurement Law Review 2014/4, lk. 192.

⁷⁴ Parrest, N. RHS § 131/16. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 887; EK C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler v Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, p 28

⁷⁵ Sanchez_Graells, A. in M. Steinicke, P.I. Vesterdorf (koost.) EU Public Procurement law: Brussels commentary. Baden-Baden: Nomos Print 2018, lk 1123.

sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlustena – „Toitlustusteenus Pärnu Raeküla koolis (viitenumber 209712), „Toitlustusteenus Pärnu Ühisgümnaasiumis“ (208233) – hankija tasub kontsessioonäärile ootetasu, annab tasuta kasutada ruumid ning Pärnu linna poolt on õpilastele eraldatud koolilõuna toidupäeva arvestuslikuks maksumuseks 1,37 eurot. Või näiteks „Teenuse osutamise kontsessiooni andmine Tallinna Euroopa Kooli õpilaste ja töötajate toitlustamiseks“ (viitenumber 237725) – hankija tasub kontsessioonäärile iga koolilõuna eest hüvituseks 1 euro vastavalt sööjate nimekirjale; lisaks tellitakse toitlustust ka muude kooliväliste ürituste toitlustamist, mille eest tasub hankija; pakkuda saab koolipuhveti teenust; hankija annab kontsessioonäärile kasutusse pinna koos köögiseadmetega.

Eesti kooli- ja lasteaiatoitlustusteenuste osas on variante, kus omavalitsus ja riik tasuvad koostöös koolilõuna maksumuse sajaprotsendiliselt või koolilõuna on teatud ulatuses kompenseeritud⁷⁶ või siis täielikult lapsevanema rahastada⁷⁷. Teisalt ei hõlma sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluste ning kontsessioonilepinguga tellitavad toitlustused ainult kooli- ja lasteaiatoitlustamist, vaid on ka palju teisi erinevaid vajadusi – nt cateringteenus, noortelaagri toitlustusteenus, ärihoonetes/ministeeriumites/kõrgkoolides pakutav toitlustusteenus.

Tulles tagasi Tartu Linnavalitsuse poolt korraldatud kontsessioonimenetluse juurde, siis järelevahtemenetluses selgitas hankija⁷⁸, et üks põhjus miks kalduti kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse poole, oli asjaolu, et 2020. aastal oli palju e-õppepäevi ning seetõttu langes drastiliselt toitlustust tarbivate isikute arv. Hankija omistas sellest tulenevalt pakkujale äririski, sest pole võimalik tagada kindlat sööjate arvu ning aluseks oli ka 2016. aastal vaidlustusmenetluse tulemusel VaKo⁷⁹ poolt antud suunis, et kooli toitlustusteenuse osutamisel võib pakkujal esineda äririsk.

Siinkohal võib võrdluseks tuua Tartu Halduskohtu seisukoha⁸⁰, et hankijal kui teenuse tellijal ei lasu kohustust luua teisele lepingupoolele selliseid tingimusi, millega oleks teise lepingupoole äririsk võimalikult suures ulatuses maandatud. Asjaolu, et teenuse osutamisega

⁷⁶ Kontsessioonilepingu sõlmimise menetlus „Toitlustusteenus Pärnu Raeküla koolis“ (riigihanke viitenumber 209712)

⁷⁷ „Põlva Gümnaasiumi kohvikuteenus“ (riigihanke viitenumber 211545), „Jõgevamaa Gümnaasiumi kohvikuteenus“ (riigihanke viitenumber 212414), sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlus „Tapa valla haridusasutuste toitlustusteenus“ (viitenumber 195901).

⁷⁸ Tartu Linnavalitsuse vastused ja seisukohad Rahandusministeeriumi poolt algatatud järelevahtemenetluses, kus vaatluse all oli riigihange „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutajate leidmiseks“ (viitenumber 224476) 29.10.2020 nr 4-6/RH-20-269 <https://adr.rik.ee/ram/dokument/7907681>

⁷⁹ VaKoo 18.08.2016, 171-16/- (eelläbirääkimistega pakkumine Tartu Hansa Kooli sööklaruumide tasuta kasutusse andmiseks)

⁸⁰ TrtHKo 3-18-1047, p-d 8-9.

kaasneb äririsk, ei võta pakkujalt õigust esitada enda pakkumus. Lisaks märkis halduskohus, et äririsk ei ole õiguspiirang ning vabal turul teenuse osutamisega kaasnebki suurem äririsk, kui avalik-õiguslike juriidiliste isikute tellitud ja maksumaksja raha eest (osaliselt) tasutud teenuste puhul. Pakkumust esitades peab pakkuja ise hindama, milline on tema riskitaluvus.

Järelevalvemenetluse käigus hankija selgitustest ja ka halduskohtu otsusest, et enne 2016. aastat ei korraldanud Tartu Linnavalitsus riigihankeid toitlustusteenuse tellimiseks, vaid lähtuti põhimõttest⁸¹, et kuna ruumid antakse edukale pakkujale tasuta kasutada ning koolilõuna- ja eine hind on kindlaks määratud, siis pole ka vajalik hinnata parima hinna-kvaliteedi suhet. Linnavara kasutusse andmist peeti linnavara eeskirja reguleerimisesemeks, milleks ei pea riigihanget korraldama. Tagant järele on keeruline kindlaks teha, kas sama põhimõte võis olla ka paljudel teistel Eesti toitlustusteenuse ostjatel/hankijatel, kuid võib vaid oletada.

Tartu Linnavalitsus, võttes aluseks 2016. aastal saadud VaKo suunise koolitoitlustusteenustel võimaliku äririski olemasolu kohta, pidaski seda automaatselt piisavaks põhjuseks, et edaspidi kõik toitlustusteenuste hanked läbi viia kontsessioonilepingu sõlmimise menetlustena (viitenumbrid 184299, 184418, 195081, 201651, 208835). Autori arvates ilmestavad need teisedki väljatoodud kontsessioonilepingu sõlmimise menetlused asjaolu, kus teatud hankepraktika võib kanduda aastast aastasse. Seda mitte ühe hankija poolt, vaid üpris tavaline on, et hankijad vaatavad teiste hankijate hankeid riigihangete registrist. See väide on autori enda kogemusest. Kuid seda aitab kinnitada ka järelevalvemenetluses antud hankija vastus⁸², mis oli seotud küll hindamiskriteeriumitega ning hankija viitas „kooli või lasteaia reaalse toidu kohapeal degusteerimine on hankijate seas levinud praktika“ ja lisas juurde ka vastavate riigihangete viitenumbrid. Tegelikuses eelmise lepingu alusel toidu hindamine ei olnud korrektne, kuid hankija lähtuski eelkõige sellest, et ka teised on kasutanud ja ilmselt nii on korrektne.

Seetõttu tuleb igakordselt enne uue hanke läbiviimist hinnata konkreetseid asjaolusid ning alati ei ole võimalik lähtuda üks-ühele varasemast menetlusest või teiste asutuste riigihangetest. Mario Sõrm on oma magistritöös⁸³ toonud tabavalt välja Riigikohtu⁸⁴ seiskoha lepingute kvalifitseerimisel, mida on paslik ka siinkohal mainida - lepingu kuulumine riigihangete

⁸¹ TrtHKo 3-16-1732, p 14.3-14.4.

⁸² Rahandusministeeriumi dokumendihaldusregister, Tartu Linnavalitsuse vastus: <https://adr.rik.ee/ram/dokument/7862817>

⁸³ Sõrm, M. (viide 64), lk 41.

⁸⁴ RKHKo 3-3-1-39-12, p 20; Vt sarnane seisukoht RKHKo 3-3-1-66-10, p 13.

seaduse ja direktiivide reguleerimisalasse ei sõltu sellest, kuidas pooled on lepingut kujundanud või nimetanud, vaid oluline on tehingu tegelik sisu, lepingu ese ja küsimus, kas ühe poole osas on tegemist hankijaga. Seda enam, et hankelepinguks loetakse igasugust hankija ja ettevõtja vahel sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingut, mille esemeks on asjad, teenused või ehitustööd. Seega peab hankija igat menetlust alustades sõlmitava lepingu sisu ja olulised elemendid võimalikult vara läbi mõtlema. Vastasel korral minnakse vastuollu seaduses ja direktiivides sätestatuga.

Magistritöö autor nõustub eelpool väljatoodud VaKo varasema seisukohaga, et toitlustusteenuse osutamisel võib esineda äririsk, kuid nagu Euroopa Kohus⁸⁵ on välja toonud, siis risk on teenuste majanduslikul realiseerimisel vältimatu. Lisaks teenuse halva korraldamise või ettevõtja valimisel tehtud hindamisveaga seotud riskid ei oma tähtsust lepingu liigitamisel riigihankelepinguks või teenuste kontsessioonilepinguks⁸⁶. Tartu Halduskohus märkis 2016. aastal oma otsuses⁸⁷, et pakkujal võib esineda äririsk, kui muutub drastiliselt isikute hulk, kellele toitlustusteenust pakutakse. Teisalt ei saa väita, et äririsk on pakkujatel koolitoitlustusteenuse osutamisel olukorras samaväärne, kus teatud tasu ja saadavad hüvised on mingis ulatuses lepinguga igal juhul garanteeritud⁸⁸, võrreldes näiteks toitlustusteenuse osutamisega mõnes riigiasutuses, kus sööjate arvu pole võimalik garanteerida, toidu ostmist eraldi riigi poolt ei finantseerita ning edukas pakkuja peab tasuma ka üürimakseid⁸⁹.

Kontsessioonidirektiivi põhjendus 18 selgitab äririski osas, et erisätete kohaldamine ei oleks põhjendatud, kui avaliku sektori hankija või võrgustiku sektori hankija vabastaks ettevõtja mis tahes võimalikust kahjust, tagades talle miinimumtulu, mis on ettevõtja poolt lepingu täitmisega seoses tehtud investeeringute ja kantud kuludega võrdne või nendest suurem. Siinkohal saab kõrvutada Euroopa Kohtu seisukohta, et kui teenuseosutaja tasu tuleb vaid kolmandatelt isikutelt, siis piisab ka väikesest üleantavast riskist⁹⁰. Senini on Rahandusministeeriumi kodulehelt leitav analüüs⁹¹ „Toiduainete ostmine ja toitlustamine riigihankena“ aastast 2013,

⁸⁵ EKo C-206/08, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, p 67.

⁸⁶ EKo C-348/10, *Norma-A SIA and Dekom SIA v Latgales plānošanas reģions*, p 49 ja seal viidatud kohtupraktika.

⁸⁷ TrtHKo 3-16-1732, p 20.3.

⁸⁸ „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutajate leidmiseks“ (viitenumber 224476) hanke alusdokumentidesse lisatud lepingu projekti kohaselt on kasutusse saajal õigus taotleda perioodil september-märts ettemaksu kooli õpilaste arvu ulatuses. Lisaks anti lepinguga kasutajale tasuta söökklaruumid koos köögi, söögisaali ja abiruumidega, köögiseadmed ja inventar.

⁸⁹ Vaata nt riigihankeid viitenumbri 192964, 203696, 196480.

⁹⁰ EKo C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler v Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, p 33.

⁹¹ Põllu, E. (viide 56).

milles märgitakse, et „töötajatele, õpilastele või külastajatele avatud kohviku või söökla pidamise õiguse andmine koos osaliselt hankija poolt makstava toitlustusteenuse tellimisega või ilma, on käsitletav teenuse kontsessioonina RHS-i tähenduses“. Kuid tegelikkuses ei ole vahetegu nii lihtne ja lakooniline.

Seega eristamaks toitlustusteenuste hankelepingut toitlustusteenuste kontsessioonilepingust on oluline tuvastada eelkõige tasu maksmisega seonduv ja nõudluse või pakkumisega seotud äririski üleminek kontsessioonäärile. See on üks kontsessiooni põhiomadusi – majanduslikku laadi äririsk, et ehitise või teenuste eksploateerimisega seotud investeeringud või seotud kulud ei tasu tavapärase tegevuse käigus ära, kuigi osa riskist jääb avaliku sektori või võrgustiku sektori kanda. Kontsessiooni andmise erisätete kohaldamine ei oleks põhjendatud, kui avaliku sektori hankija või võrgustiku sektori hankija vabastaks ettevõtja mis tahes võimalikust kahjust, tagades talle miinimumtulu, mis on ettevõtja poolt lepingu täitmisega seoses tehtud investeeringute ja kantud kuludega võrdne või nendest suurem.⁹²

Tartu Linnavalitsuse kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse (viitenumber 224476) alusdokumentidega tutvudes võis välja lugeda (siinkohal saab paralleelset võrrelda ka eespool märgitud Pärnu linna koolitoitlustuse kontsessioonimenetlusi), et koos riigipoolse toetusega võimaldas linnavalitsus tasuta koolilõuna 1-4. klasside õpilastele. Seega saab väita, et pakkujale üleantav risk oli viidud sellise kooliastme toitlustamisel madalamale tasemele. Eelkõige seetõttu, et tasuta koolilõuna on oluline motivaator ka lapsevanematele, kes suunavad oma lapse osa saama kooli poolt pakutavast tasuta toidust. See omakorda kindlustab pakkujale stabiilsema tarbijate arvu ning suurendab ka teenuse eest saadavat tasu. Täiendavalt oli vastava menetluse kontsessioonilepingu projektis kirjas, et lepingu täitjal on perioodil september kuni märts võimalik taotleda ettemaksu õpilaste arvu alusel arvestusega, et ühe õpilase eest kuni 1 euro ühe toidupäeva eest ettemaksu taotlemise kuu toidupäevade arvu ulatuses. See tõendab, et hankija on näinud ette toitlustusteenuse pakkujale olulise võimaluse riskide maandamiseks ning teenuste riigihankelepingut, mille äririski on avalik võim vähendanud miinimumini, ei saa pidada kontsessiooniks⁹³.

Koolitoitlustusteenuste puhul peaks hankija iga kooli ja vajadusel ka vanuserühmade põhiselt hindama, kas hangitava toitlustusteenusega kaasneb sellise olulise riski realiseerumine, mistõttu

⁹² 2024/23/EL põhjenduspunkt 18.

⁹³ EKo C-206/08, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, p 65.

kontsessioonäär enda tehtud kulutusi tagasi ei teeni. On ka neid juhtumeid, kus pakkumuse esitamise hetkel tuleb esitada toidukordade maksumused, kuid ka siin on võimalik pakkujal äririski maandada pakutava hinnaga. Kui keegi pakkujatest pakub madalama hinna, siis seeläbi suureneb ka tema kanda jääv võimalik äririsk. Tartu Halduskohus on sedastanud⁹⁴, et äririski kandmine sõltub pakkujast endast, mistõttu on see subjektiivne kriteerium. Riigihankel osalemine ei ole pakkuja kohustus, vaid tema õigus, sh on tal õigus ise määratleda hind, millega ta on võimeline ja nõus teenust osutama. Samuti on tal õigus loobuda pakkumuse esitamisest, kui hankelepingu tingimused ei ole vastuvõetavad või lepinguga kaasnev äririsk põhjendamatult suur⁹⁵.

Kui hankija hindab võimalikku pakkuja äririski koolitoitlustusteenuse osas, kus on võimalik lähtuda erinevatest vanusegruppidest, siis võib eeldada, et 1.-4.klassi lapsed ei ole veel piisavalt iseseisvad, et koolilõuna söömise asemel külastada lähedal asuvaid poode ja/või muid toitlustuskohti ning asendada see koolipoolt pakutavaga. Kui aga analüüsida vanemat kooliastet, nt 5.-9. klass või 10.-12.klass, siis seal võiks jaatada juba suurema riski üleminekut pakkujale seoses ealiste iseärasustega. Tuleb siiski juhtida tähelepanu, et iga kool ja asukoht on erinevad (suurlinn versus väikeasula) ning see vajab igal hankijal eraldi hindamist. Samuti ei ole võimalik sellest teha koheselt järeldusi, et nii tuleb lähtuda igas Euroopa Liidu liikmesriigis, sest sotsiaal- ja eriteenuste puhul eeldatakse kultuurilise konteksti eripärasid. Näiteks Taanis pole traditsiooniline koolitoit kadunud, kuid sealsed koolilapsed on harjunud sööma peamiselt võileibu ning õpilastel, kel vanust rohkem kui 14. eluaastat, on lubatud koolist lahkuda, et süüa lähedal asuvates toitlustusasutustes⁹⁶. Samas Soomes on koolitoit tasuta ning toitlustamist rahastab ning korraldab kohalik omavalitsus, mistõttu puuduks ilmselt isegi vajadus hinnata, kas tegemist on kontsessiooniga või sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlusega. Võttes arvesse neid nüansse, siis ilmestab see vägagi, et lihtsalt sõna „äririsk“ ei saa olla ainus kriteerium koheseks vahe tegemiseks sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse ja kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse osas.

Sõltumata riski suuruselt peab hankija kontsessioonäärile täielikult või suures osas üle andma riski, mis tekib teenuse realiseerimisega. See tähendab, et kontsessioonilepingu määratlemisel ei ole otsustavat tähtsust üldistel äririskidel, mis on omased kõigile lepingutele. Lepingu määratlemine teenuste kontsessioonina ei tohiks sõltuda sellest, kas esineb mingil konkreetsel

⁹⁴ TrtHKo 3-18-1047, p-d 8-9.

⁹⁵ TlnHKo 3-19-1443; p-d 13-14.

⁹⁶ Palmist, M. Mahetoitlustamise kogemus Tartu linna koolide näitel. Magistritöö. Juhendaja Elen Peetsmann. Tartu: Eesti Maaülikool 2021.

juhul ebaõnnestumise risk (nt Tartu Linnavalitsuse poolt mainitud drastiline sööjate vähenemine tulenevalt koroonast), vaid hindama peaks seda, kas teenuse osutamise suhtes toimuvad tavapärased majandustegevuse kõikumised, millega ettevõtja peab toime tulema. Kui kontsessioonäärile ei lähe üle ühtegi seonduvat riski, on asjaomane tehing tavaline riigihankeleping.⁹⁷

Kokkuvõttes saab siiski öelda, et eraettevõtja kannab igasuguse ettevõtluse raames majanduslikku riski. Teenuste realiseerimisega seotud riski tuleb mõista kui turul esinevate ettenägematuste riski, mida võib pidada eelkõige riskiks, mis tuleneb teiste ettevõtjate tekitatud konkurentsist. Sellest, et teenuste pakkumine ja nõudlus ei ole tasakaalus, osutatud teenuste eest tasuma kohustatud isikute maksejõuetusest ning riskiks, et sissetulekud ei kata teenuse osutamise kulusid või teenuse osutamata jätmise korral tekkinud kahju eest vastutamisega seotud riskiks⁹⁸.

2018. aastal avaldati Delfi uudisteportaalis videolugu sellest, kuidas Tallinnas asuva ühisministeeriumi töötajad söövad ära kõrvalmajas asuvas kõrgkooli sööklas pakutavate tudengite toidu⁹⁹. Superministeeriumi, asukoht Suur-Ameerika 1, toitlustusteenuse osutaja leidmiseks viidi läbi kontsessioonimenetlus¹⁰⁰ ning eesmärgiks toitlustada ministeeriumis töötavaid inimesi eeldatava arvuga 1000. Näide sellest, kuidas kontsessioonääril võiks esineda äririsk eelkõige seetõttu, et asukoha eripära võimaldab käia lõunat söömas ka mujal kesklinna piirkonnas, sööjate arv ja saadav tulu sõltuvad väga erinevatest asjaoludest. Samuti eelistab täiskasvanud inimene võtta lõuna kodust ise kaasa.

Kuid olulist rolli mängib ka pakutavast toidust saadav kogemus – kas see on koht, kuhu ikka ja jälle tagasi tulla. Nõudlus sõltub sageli just pakkumise atraktiivsusest. Videointervjuust ilmses, et töötajatele meeldis kõrvalmajas pakutav toit rohkem – ka pakutava toidu kvaliteet, maitse jms kvaliteedikriteeriumid kujundavad olulist rolli teenuse osutamisel. Kontsessinäär aga peab jätkuvalt tasuma lepinguga võetud kohustust maksta üüri ning pakkuma ka päevapraade, mis jäävad alla 4 euro (hanke alusdokumendis oleva nõue, et mõned pakutavad söögid peavad jääma teatud hinnavahele). Seega võrreldes koolitoiduteenuse pakkumisega ilmneb siin näites

⁹⁷ Direktiivi 2014/23/EL põhjenduspunktid 19-20; EKo C-206/08, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, p-d 68, 72-77; Euroopa Kohtu kohtujuristi Sharpstoni ettepanek EK asjas C-145/08 ja C-149/08, p 75.

⁹⁸ EKo C-348/10, *Norma-A SIA and Dekom SIA v Latgales plānošanas reģions*.

⁹⁹ Tiks, J. „Üks söökla, kaks suurt asutust. Superministeeriumi töötajad söövad tudengite toidu ära“. – Delfi: 08.10.2018. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.delfi.ee/artikkel/83931683/delfi-video-uks-sookla-kaks-suurt-asutust-superministeeriumi-tootajad-soovad-tudengite-toidu-ara> (31.03.2022)

¹⁰⁰ Kontsessioonilepingu sõlmimise menetlus „Suur-Ameerika 1 toitlustuse kontsessioon“ viitenumber 203696.

otseselt nii nõudlusega seotud äririsk (teenuse tarbijate vähesus või maksejõuetus) kui pakkumusega seotud äririsk (teenuse osutamise kulude suurenemine)¹⁰¹. Omane risk kontsessioonäärile oleks siinkohal asjaolu, et toitlustusteenusele ja menüüle ei ole ühtegi etteheidet, kuid läheduses on veel teisigi konkurente ning teenuse saajatel võimalik käia mujal söömas, mistõttu on keeruline hinnata igapäevast toitlustusteenust tarvitavate isikute hulka ning kas kulud saavad kaetud. Samas kui risk suureneb eelkõige seetõttu, et pakkumine ei ole atraktiivne, peab pakkuja vajadusel ümber hindama juhtimisest tehtavad otsused. Juhtimise äririsk jääb pakkujale.

Siinkohal märgib autor, et varasemalt on sarnaseid kontsessioonimenetlusi nagu seda on „Suur-Ameerika 1 toitlustuse kontsessioon“ (viitenumber 203696) viidud läbi ka nii, et toitlustusteenusele ei ole esitatud tegelikult ühtegi nõuet peale selle, et lepingus sisaldub punkt, mis sätestab leppetrahvi õiguse ebakvaliteetse toidu osas¹⁰². Hanketeatessegi lisatakse märge, et „ruumid antakse üürile“, mistõttu saab väita, et lepinguliigiks on pigem üürileping. Juhul, kui menetluse eesmärk ongi eelkõige ruumide rentimine ja hankija määrab kindlaks vaid üldise kasutuskorra, siis ongi enampakkumine suunatud vaid sellele, et leida pakkuja, kes on nõus hankijale rohkem tasuma. Juhul kui puudub kohustus teenust kolmandatele isikutele pakkuda ning asutus ei vaja toitlustusteenust oma huvide tagamiseks ja määratakse vaid teatud kasutuskord, siis ei muuda see veel lepingut kontsessiooniks. Seega peaks toitlustusteenuse tellimisel läbi mõtlema, kas eesmärk on ruume rendile anda, mille kõrvalkohustus on ka teatud teenuse pakkumine või põhieesmärk on toitlustusteenuse tellimine¹⁰³, kus pakkuja saab tasuta kasutada ruumid, kuid maksab kommunaalkulusid, mis on olnud vajalikud selle teenuse osutamiseks.

Äririski juurde tagasi minnes, siis ilmselt võis COVID-19 pandeemia ajal ühisministeeriumis toitlustusteenust pakkuv ettevõtte kogeda ka drastilist sööjate arvu muutust, kuid kontsessioonimenetluse läbiviimise ajal (13.12.2018-15.01.2019) ei saanud see olla menetluse valiku aluseks. Pandeemia mõjutas sellegipoolest väga ootamatult kõiki valdkondi suuremal või vähemal määral. Võimalusel võiks hankija sööjate arvu kõikumise osakaalu avaldada kõigile pakkujatele alusdokumentides, sh eelkõige koolitoitlustus- ja lasteaiatoitlustushankeid, mis pigem on tavaliselt sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse tundemärkidega. Tartu

¹⁰¹ Parrest, N. RHS § 131/19. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 888.

¹⁰² Avatud hankemenetlus „Suur Ameerika 1 toitlustusteenuse kontsessioon“ viitenumber 181690

¹⁰³ Kontsessioonilepingu sõlmimise menetlus „Pallasti 28 toitlustus“ viitenumber 243033

Linnavalitsus selgitas samuti järelevalvemenetluses¹⁰⁴, et pakkuja äririski tõendamiseks arvutati välja, mis summad toitlustusteenuse pakkujal võivad saamata jääda seoses sööjate arvu kõikumisega. Hankijal pole mõistlik hinnata summat kogumis, mis toitlustusteenuse pakkujal võib jääda saamata koolilõuna pakkumise nõudluse vähenemisest. Majandustegevuse eesmärgiks võib olla küll tulu teenimine, kuid üksnes võimaliku tulu suurusega seonduva riski üleandmise alusest tulenevalt ei saa pidada hangitavat teenust teenuste koheselt kontsessiooniks¹⁰⁵. See viitab sellele, et ülekantud risk ei saa olla lihtsalt kasumi mittetootmise risk, see peab olema kaotuse risk (mille ulatus pole selge)¹⁰⁶.

Kontsessioonidirektiivi 2014/23/EL põhjenduses 20 märgitu kohaselt peaks äririsk tulenema asjaoludest, mis ei ole osapoolte kontrolli all. Riskid, mis on tehtud ettevõtja valimisel tehtud hindamisveaga või riskid, mis on seotud halva juhtimisega, ettevõtja poolt lepinguliste kohustuste täitmata jätmisega või vääramatu jõu juhuga (nagu seda oli pandeemiast tekitatud eriolukord), ei ole kontsessiooniks kvalifitseerimise seisukohast otsustavad kuna need riskid on omased igale lepingule, kasvõi teenuse tellimise hankeleping või kontsessioonileping. Samuti toidu kallinemisega seotud ning töötajate palgakulu tõusuga seotud riskid peab pakkuja arvesse võtma juba pakkumust esitades, sest mõistlik ja valdkonnas tegutsev ettevõtja oskab ette näha, kas ta soovib pakkumust esitada alusdokumentides välja toodud tingimustel. Pakkujale on jäetud enne pakkumuste esitamist võimalus otsustada, kas kaasnev äririsk on suur ja kui on, siis on võimalus jätta pakkumus esitamata¹⁰⁷. Olenemata sellest, kas tegemist on hankelepingu või kontsessioonilepinguga.

Nele Paluoja tõi oma 2020. aasta magistritöös¹⁰⁸ samuti välja, et riski ülemineku hindamise problemaatika on eriti aktuaalne just koolitoitlustushangetes. Seda ilmestab asjaolu, et sama linna koolid kasutavad erinevaid menetlusi. Nimetatud magistritöös pidas üks vastajatest kontsessioonimenetluse valiku põhjuseks puhvetiteenuste olemasolu, sest see on koht, kus tasu makstakse kolmanda isiku poolt ning pakkujale jääb risk, et keegi ei osta sealt midagi. Teisalt on käesoleva magistritöö autori hinnangul puhveti olemasolu pigem just äririski maandav võimalus, sest hanke ese iseenesest on toitlustusteenuse osutamisel eelkõige hommikusöögi ja lõuna pakkumine ehk toidu valmistamine toorainest. Puhvetist saab osta aga valmistooteid, mistõttu kulu asemel võib selle lisateenuse osutamist pidada hoopis võimalikuks kõrvaltulu

¹⁰⁴ Tartu Linnavalitsuse vastus järelevalvemenetluses. Rahandusministeeriumi dokumendiregister: <https://adr.rik.ee/ram/dokument/7862817>

¹⁰⁵ TlnRnKo 3-15-2704, p. 14.

¹⁰⁶ Craven, R. (viide 74), lk 196.

¹⁰⁷ TrtHKO 3-21-749, p-d 16.4, 20; TlnHKO 3-21-613, p-d 9–11.

¹⁰⁸ Paluoja, N. (viide 68), lk 27.

allikaks. Võimalust puhvetiga koolis tulu teenida ning selle arvelt madalamaid lõunasöögi hindu pakkuda on kinnitanud ka pakkujad ise (nimetavad nad ise seda kui „muud katteallikad“)¹⁰⁹. On koole, kus läbi viidud just sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlusi¹¹⁰ ning menetluse nimetus sisaldab juba märksõnu „toitlustus- ja puhvetiteenus“ ja neid peetakse justkui kokku kuuluvateks, mitte äririski suurendavaks teguriks.

Kuigi kontsessiooni ja mõne teise menetluse liigi valiku hindamisel pööratakse suurt rõhku äririskidele, tuleb tähelepanu pöörata ilmselt ka veel mõnele teisele asjaolule. Kohtupraktikas on kasutatud lepingu kontsessioonina kvalifitseerimise võimalikkuse hindamiseks tegevusvabaduse kriteeriumi¹¹¹. See tähendab, et kui pakkujale jääb suur tegevusvabadus teenuse osutamise tingimuste kujundamisel ning hankija ei määra kindlaks teenuse osutamise tingimusi ega taga kontsessioonäärile omapoolset tasu, saab järeldada, et kontsessioonäärile jääb majanduslik vabadus teenuse osutamise tingimuste kujundamiseks. Siit kujuneb omakorda tegevusvabaduse põhimõte, mis ei ole küll kontsessioonile omane eritunnus, kuid mida vähem hankija sekkub kontsessionääri tegevusse, seda suuremal määral kannab ettevõtja äririski. Ka Euroopa Kohus on sedastanud, et kui majandustegevuses osaleja tegevuse tingimused on määratletud selliselt, et tal puudub selline majandusliku vabaduse aste, mis iseloomustab kontsessiooni, siis ei kanna majandustegevuses osaleja sellist tegevusega seotud riski, mis iseloomustab kontsessionääri teenuste kontsessiooni raames¹¹².

On teada, et (kooli)toitlustusteenuste osutamisele on esitatud väga kindlad nõuded – menüü peab toetama tervislikku toitumist, sh välja tuleb arvutada kaloraaž, kogused; arvestama peab määruste ja õigusaktidega, mis koostatud eelkõige õpilastele mõeldes; kasutama peab mahetoorainet (mahepõllumajanduslik poliitika on muutunud oluliseks strateegiaks, et suurendada toidusüsteemide jätkusuutlikkust, seega ka mahetoidu hankimine on sellise strateegia oluline osa¹¹³); menüü tuleb kooskõlastada kooliga; koolilõuna maksumus kindlaks

¹⁰⁹ Osula, P., Pihl, K. "Pealtnägija": Tallinna koolid on ühishankest saadud toiduga rahulolematud. ERR: 29-09-2021 Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.err.ee/1608354173/pealtnagija-tallinna-koolid-on-uhishankest-saadud-toiduga-rahulolematud> (26.03.2022)

¹¹⁰ Sotsiaal ja eriteenuste erimenetlus „Tallinna Lasnamäe Mehaanikakooli toitlustus- ja puhvetiteenuse hankimine“ (viitenumber 198607); Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlus „Toitlustamis- ja puhvetiteenuse osutamine Narva Vanalinna Riigikoolis“ (viitenumber 199178); Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlus „Tallinna Tööstushariduskeskusele toitlustus - ja puhvetiteenuse hankimine“ (viitenumber 235781).

¹¹¹ EKo C-348/10, *Norma-A SIA and Dekom SIA v Latgales plānošanas reģions*, p 48; TlnRKO 3-17-2768, p 14; TlnRKO 3-15-2704, p 4; TlnHKO 3-15-2960.

¹¹² Euroopa Kohtu 11.06.2009 otsus C-300-07, p 73-75.

¹¹³ Mikkelsen, B., Dorph Pawlowski, K., Heilmann, A., Chapagain, M. Green transition in semi-captive foodservice environments as a win-win game for both policymakers and consumers? Qualitative insights from implementation of organic foods in army foodservice. - Journal of foodservice bussiness research. 2021, vol. 24, No. 3.

määratud ja koolieine maksumus seotud koolilõuna maksumusega; koolipuhveti avamisajad ning regulatsioonid sealse toidu müümise osas; koolilõuna serveerimine kooli poolt kinnitatud söögivahetundidel jms on vaid mõned näited. Üldjuhul on selline nimekiri nõudeid kõigis üldkoolide toitlustushangetes jättes sellega toitlustusteenuse pakkujale väga vähe vabadust teenust ise kujundada. Kui hankija ei jäta pakkujale lepinguga märkimisväärset võimalust teenuse korraldamist omal äranägemisel kujundada, siis ei vasta autori hinnangul ka see leping kontsessiooni tunnustele.

Kokkuvõttes saab märkida, et sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse ja kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse valiku osas oluline tuvastada ka tasu maksmisega seonduv, mistõttu võibki toitlustusteenuste riigihangetes sobiva menetlusliigi valik olla keeruline. Eelkõige seetõttu, et sõltuvalt toitlustusteenuse olemusest võib olla erinevaid tasustamise võimalusi ning seetõttu ei ole ka äririsk alati sarnastel alustel hinnatav. Teisalt ei tasu unustada, et pakkumuse esitamisega ning majandustegevusega kaasnevad alati teatud riskid¹¹⁴, kuid kõik riskid ei saa viidata kontsessioonile.

1.2.2 Toitlustusteenuse tellimiseks raamleping või hankeleping

Riigihangete läbiviimiseks on võimalik valida vastavalt konkreetsele asjaolule erinevaid menetlusliike, kuid ka vahendeid, mille abil hankida vajalikke asju ja teenuseid. Üheks vahendiks hankelepingu, sh kontsessioonilepingu, kõrval võib olla ka raamleping. Riigihangete seaduse seletuskiri¹¹⁵ selgitab, et juba klassikalise direktiivi struktuurist nähtuvalt saab raamlepingut kui vahendit kasutada nii avatud kui ka piiratud hankemenetluses, läbirääkimistega hankemenetlustes ning sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses. Samuti ei saa vähemalt teoreetiliselt välistada raamlepingu sõlmimist ka kontsessioonides.

Kui hankelepingu sisuks on alati, kas toodete, teenuste või ehitustööde hankimine, siis raamlepingu peamine erinevus seisneb selles, et raamleping küll määratleb teatud õigused ja kohustused, kuid üldiselt ei ole hankija kohustatud selle alt hankelepinguid sõlmima ning teenused ja tooteid tellima¹¹⁶. Merily Rool on seda lepingut oma magistritöös kirjeldanud kui vihmavarju-lepingut, mis koondab enda varju alla kõik vajaliku edaspidisteks hõlpsamaks

¹¹⁴ TlnHKO 3-20-582 p 20.

¹¹⁵ RHS eelnõu (450 SE I) seletuskiri, lk 34.

¹¹⁶ VaKoo 64-18/192846, p 12.

hankimiseks, sh seal määratletakse raamlepingu alusel sõlmitavate hankelepingute üldised tingimused, sõlmimise kord, hind, kogused ja maht¹¹⁷.

Riigihangete registrist erinevate tootlustushangetega tutvudes nähtus autorile, et raamlepingute võimalust kasutatakse eelkõige siis, kui hanke eesmärk on erinevate ürituste tootlustamine¹¹⁸. Sel juhul on kasutatud mitme pakkujaga raamlepinguid ning juhul kui vajatakse teenust, viiakse pakkujate vahel läbi minikonkurss. Samas on võimalik sõlmida ka ühe pakkujaga raamlepinguid, milles saab tingimused täielikult või mittetäielikult fikseerida. Õiguskirjanduses on tähelepanek¹¹⁹, et juhul kui hankija sõlmib kõiki tingimusi sisaldava raamlepingu ühe pakkujaga ning selles on nähtud ette hankija kohustus tellida ja pakkuja kohustus osutada teenust, siis eelduslikult ei ole tegemist raamlepinguga. Sellisel juhul on tegemist hankelepinguga. Põhjuseks asjaolu, et hankija ei sõlmi tegelikkuses raamlepingu alusel ühtegi hankelepingut ning puudub oluline raamlepingu tingimus, milleks on lepingu ebatäielik siduvus.

Siinkohal võib näiteks tuua kaks sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlust, kus on kasutatud ühe pakkujaga raamlepingut. AS Lääne-Tallinna Keskhaigla on riigihangete registris avaldanud riigihanke „Tootlustusteenuse ostmine Lääne-Tallinna Keskhaiglale“ (viitenumber 239598), mille hanke alusdokumentidest nähtub, et edukal pakkujal on järgnevad kohustused: pakkuda teenust 5 aastat; tellimusi tuleb võtta vastu 3 korda päevas ja töövõtja peab toitu ka transportima 3 korda päevas; lepingu täitmise käigus esitab pakkuja hankijale 14 päeva menüüd koos kalorsusega hiljemalt 3 päeva enne perioodi algust, lisaks muudki siduvad tingimused. Kõrvale aga sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlus „Tootlustusteenuse osutamine Kloogaranna Noortelaagris“ (viitenumber 245687), kus hankija on noortelaagri tootlustamiseks sõlminud ühe pakkujaga raamlepingu, milles tingimused fikseeritud 18 kuuks, teada on ka eelduslik tootlustusteenuse tarbivate isikute arv. Lisaks on edukal pakkujal kohustus maksta hankijale igakuiselt ka vajalike ruumide ja seadmete eest tasu, millest nähtub, et teenuse osutamine peab toimuma pidevalt, mitte teatud perioodil. Eelpool väljatoodud hangete osas ei nähtu alusdokumentidest, et raamlepingutel oleks ebatäielik siduvus. Pigem on mõlemal juhul

¹¹⁷ Rool, M. Raamlepinguga seonduvad aktuaalsed õiguslikud probleemid. Magistritöö. Juhendaja Mari Ann Simovart. Tartu: Tartu Ülikool, lk 11. Kättesaadav arvutivõrgus: https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/68454/rool_merily.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹¹⁸ Nt sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlused „Tootlustusteenuse ostmine Välisministeeriumile“ viitenumber 244674; „Tartu tootlustusteenuse tellimine“ viitenumber 241683; „Tootlustusteenuste raamleping“ viitenumber 240921.

¹¹⁹ Roosik, E.-A., Pallo, E. RHS § 29/4. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 229.

sõlmitud teenuse osutamise hankeleping ning täiendavate tellimuste esitamine hankelepingu sõlmimise eesmärgil ei ole vajalik.

Kuigi mitme pakkujaga raamlepinguid on sõlmitud eelkõige cateringiteenuste tellimiseks, siis autori arvates võiks hankijad kaaluda ka koolitoitlustushangetes mitme pakkujaga raamlepingute sõlmimist. Määratlemata tingimustega raamlepingu eeliseks oleks see, et igal aastal tehakse uus minikonkurss ja valitakse võimalusel uus toitlustaja – nt igal aastal selgub hankijal uus õpilaste arv, kes toitlustusteenust tarbivad ja võib-olla on teisigi olulisi tingimusi, mis aastast-aastasse muutuvad. Teisalt on üheks miinuseks raamlepingu puhul see, et igakordne minikonkurssidele esitatud pakkumust kontroll tekitab täiendavat lisakoormust ja jääb ka oht, et ei esitata pakkumusi. Riigihangete vaidlustuskomisjon on samas märkinud, et raamlepingu abil saab vähendada halduskoormust ning võimalus on saada ka soodsamaid tingimusi¹²⁰. Kõik oleneb eelkõige sellest, mida täpselt hangitakse.

Täiendavalt tuleb märkida, et olgu selleks ühe pakkujaga või mitme pakkujaga raamlepingu valik, siis hankijad peavad olema teadlikud, et üks oluline tingimus on raamlepingu maht¹²¹. 2021. aastal avaldatud Euroopa Kohtu kohtuasjas *Simonsen & Weel* asus kohus seisukohale, et raamlepingu sõlmimiseks korraldatava riigihanke hanketeates tuleb märkida raamlepingu alusel ostetavate asjade eeldatav kogus ja/või maksumus ning maksimaalne kogus ja/või maksumus. Samuti leidis kohus, et kui hanketeates märgitud ülemmäär on saavutatud, siis kaotab raamleping oma kehtivuse. Raamlepinguid ja lepingu muutmist käsitlevaid sätete koostoimelise tõlgendamise tulemusena võib raamlepingutes teha üksnes ebaolulisi muudatusi¹²², kuid raamlepingu maksumuse muutmine avaldatud eeldatavast maksumusest ei ole lubatud. Erinevus hankelepingust on see, et hankelepingu puhul tuleb kogumaksumus kohustuslikult avaldada vaid riigihangete registrile ning hanketeates seda tegema ei pea (RHS § 23 lg 9), kuid raamlepingu puhul tuleb kogumaht avaldada hanketeates¹²³.

Seega enne kui hankija avaldab riigihanke, tuleks välja selgitada ka see, milline lepinguliik on kõige sobivam.

¹²⁰ VaKoo 24.04.2018, 61-18/192746, p 12

¹²¹ EKo C-216/17, *Autoria Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc.coop arl vs Azienda Socio-Santaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST) jt*, p 61; EKo 17.06.2021 C-23/20, *Simonsen & Weel A/S vs Region Nordjylland ja Region Syddanmark*.

¹²² Rahandusministeerium. Euroopa Kohus on teinud olulise otsuse seoses raamlepingutega, 21.06.2021. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/euroopa-kohus-teinud-olulise-otsuse-seoses-raamlepingutega>

¹²³ Rool, M. (viide 118), lk 18.

1.3 Kehtiva regulatsiooni mõju tootlusteenuse tellimisel menetluslike nõuete õigusselgusele ning läbipaistvusele

Võttes arvesse, et direktiivis 2014/24/EL on sotsiaal- ja eriteenuste hankelepingute ning direktiivis 2014/23/EL sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute sõlmimisega seoses kehtestatud üksnes minimaalsed reeglid koos kohustusega tagada läbipaistvus ja võrdne kohtlemine¹²⁴, siis seda enam peab hankija tähelepanu pöörama sotsiaal- ja eriteenuste hankimise korra täpsustamisele. Väga napp seadusest tulenev regulatsioon suurendab hankija vastutust ning veelgi kõrgendatud hoolekohustust hanke korralduse läbimõtlemlisel.

Menetluskorra koostamine on abiks, et huvitatud isikud ning ka hankija mõistaks, kuidas on tegevused reguleeritud, sh millal vajadusel kasvõi õiguskaitsevahendeid rakendada. Vastasel korral puuduksid ka kõige elementaarsemad menetluse kulgu reguleerivad normid, mis oleks selges vastuolus RHS § 3 p-s 1 sätestatud riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse üldpõhimõtetega.

Hanke direktiivide põhiosa on Euroopa Liidu liikmesriikidele ülevõtmiseks kohustuslik, kuid annavad teatud küsimustes liikmesriikidele kaalutusruumi, kuidas sätteid harmoneerida. Samuti reguleerivad direktiivid riigihankeid alates rahvusvahelisest piirmäärast, mistõttu on alla nimetatud piirmäära liikmesriikidel võimalik otsustada, mil määral ja kuidas riigihankeid reguleerida¹²⁵. Seega seoses Euroopa Liidu õiguse mõjuga Eesti riigihankeõigusele tuleb märkida, et Eesti seadusandja valikul mõjutavad riigihankedirektiivid riigisisest laiemat õigussuhete ringi, kui see direktiivides otseselt kohustuslik on ning riigihankedirektiivide ülevõtmine on kohustuslik vaid rahvusvahelist piirmäära ületavate hankelepingute suhtes¹²⁶.

Õiguskirjanduses on välja toodud, et Eesti seadusandja on otsustanud riigihanke korraldamise üldpõhimõtted lahti kirjutada riigihanke direktiividest ulatuslikumalt. Seda peetakse aktsepteeritavaks ja loomulikuks, sest liikmesriikide seadusandjatel on õigus anda riigisisest hankijatele täpsemaid juhuseid ja suuniseid riigihangete korraldamiseks.¹²⁷ Seetõttu on ka

¹²⁴ Vt kontsessioonidirektiiv 2014/23/EL selgituspunkt 53.

¹²⁵ RHS eelnõu (450 SE I) seletuskiri, lk 38.

¹²⁶ Simovart, M.A., Parrest, N. RHS § 1/18. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 33.

¹²⁷ Kuusmann, T. RHS § 3/4. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 48.

mõistetav, et kui direktiivis 2014/24/EL on sotsiaal- ja eriteenuste hankelepingute sõlmimisega seoses kehtestatud ainult minimaalsed reeglid koos kohustusega tagada läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtted, siis vastavalt liikmesriigi õigusele kehtestada detailsem kord, on Eesti seadusandja seda ka teinud. Sealjuures on direktiivi põhjenduses 114 ettenähtud, et eesmärk peaks olema ka sotsiaal- ja eriteenuste menetlusreeglitega avaliku sektori hankijate ja pakkujate halduskoormuse lihtsustamine ja vähendamine.

Eesti seadusandja ei ole sotsiaal- ja eriteenuste puhul eristanud üle ja alla rahvusvahelist piirmäära jäävaid riigihankeid. Nii rakendub erimenetluse või kontsessioonilepingu menetlemise kord sotsiaalteenuste ostmisele, kui hankelepingu või kontsessioonilepingu eeldatav maksumus algab 300 000 eurost (RHS § 14 lg 2 p 3), eriteenuste hankelepingule või kontsessioonilepingule kohaldub erimenetlus või kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse kord alates 60 000 eurost (RHS § 14 lg 1 p 1). Sotsiaalteenuste ja eriteenuste kontsessiooni rahvusvaheline piirmäär on 5 350 000 eurot. Samas juhul, kui sõlmitava sotsiaalteenuse hankelepingu eeldatav maksumus jääb alla 300 000 euro või eriteenuste hankelepingu eeldatav maksumus jääb alla 60 000 euro, võib hankija korraldada hankelepingu sõlmimiseks lihthankemenetluse, kuivõrd alla eelnimetatud riigihanke piirmäärasid ei sätesta RHS sotsiaalega eriteenuste hankelepingu sõlmimiseks üldse kohustuslikku menetluskorda¹²⁸. Üldistatult on öeldud, et mida suurema mahuga või spetsiifilisem on hange, seda detailsemad menetlusreeglid peaks hankija riigihanke alusdokumentides kehtestama ning lihtsamate sotsiaal- ja eriteenuste tellimiseks mahuka menetlusreeglistiku väljatöötamine on väidetavalt selgelt ebasoovitav¹²⁹. Põhjusel, et see üksnes koormaks asjaosalisi põhjendamatult.

Õiguskirjanduses on välja toodud, et riigihangete seadus ei reguleeri hankija tegevust sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel ammendatavalt. Samas on erimenetluste osas hankijale võrreldes tavahankemenetlusega jäetud piisavalt otsustusruumi riigihanke korraldamiseks oma objektiivsete ja põhjendatud vajaduste järgi¹³⁰. Veelgi rohkem vabadust on jäetud sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonimenetluste jaoks, sest kui RHS § 126 lg 2 sätestab kohustuse määrata riigihanke alusdokumentides sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse kord, siis RHS § 144 seda ette ei näe. Teatud korra ja läbipaistvuse jälgimise kohustust võib ilmselt tuletada RHS § 144 lg-st 2, mis sätestab, et kontsessioonilepingu sõlmimisel peab hankija lähtuma §-s 120 sätestatust.

¹²⁸ Rahandusministeerium. Riigihangete poliitika. Korduma kippuvad küsimused – raamleping. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/kkk/867>, küsimus 4 (31.03.2022)

¹²⁹ Parind, M., Laanemäe, K. RHS § 126/16-17. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 851.

¹³⁰ Kuusmann, T. RHS § 3/9. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 49.

Seal paragrahvis omakorda seatakse kohustus sõlmida hankeleping riigihanke alusdokumentides ettenähtud tingimustel, kätkedes endas läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid (RHS § 3 p-d 1 ja 2).

On arusaadav, et liikmesriik ei tohi kehtestada direktiiviga võrreldes oluliselt rangemaid reegleid ning peab jätma teatava otsustusvabaduse hankijale. Riigihangete seaduse seletuskirja eelnõus¹³¹, mis oli mõeldud 2017. aastal jõustunud seaduse jaoks, on selgitatud, et põhjendamatu on jätta regulatsiooni alt välja ligi 80% riigihankeid, mis on nendes valdkondades. Seetõttu on oluline kehtestada siseriiklikud piirmäärad konkurentsi ja hankija ebaseaduslike otsuste vaidlustamise võimaluse tagamiseks, kuivõrd sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse põhielemendid on riigihanke avaldamine riigihangete registris ja ooteaja kohaldamine enne hankelepingu sõlmimist.

Eraldi vajab siiski märkimist, et tulenevalt direktiivi 2014/24/EL põhjendusest 114 ei laiene riigihangete reeglid neile sotsiaal- ja eriteenustele, mille osutamise on riik ise korraldanud viisil, mis ei eelda hankelepingu sõlmimist (nt riik on teenuseid ise rahastanud või andnud ilma piiranguteta litsentsid või load kõigile ettevõtjatele, kes vastavad hankija poolt varem kindlaks määratud tingimustele). Eestis on selliseks teenuseks nt rehabilitatsiooniteenuse osutamine, mille puhul saab teenuse saaja ise vabalt valida, millise ettevõtja käest ta seda teenust ostab. Teenuse osutajale tasub osutatud teenuse eest riik. Seega rahastab teenust riik ning teenuse osutamiseks ei sõlmita hankelepingut¹³².

Mõistagi tuleb tagada teenuste osutamise korraldamise läbipaistvus ja mittediskrimineerimise põhimõtte järgimine. Vastasel korral võib liigne vabadus tuua kaasa olukorra, kus huvitatud isikule võivad menetlusreeglid jääda ebaselgeks, sh ka hankija ise ei saa täpselt aru, mis on tema õigused ja kohustused, ning reeglivabadus võib kaasa tuua tarbetuid vaidlusi¹³³. Või isegi vaidluste puudumise, sest vale praktika küll ei takista pakkumuse esitamist, kuid seal puudub piisav läbipaistvus.

Seoses vaidlustega sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlustes on VaKo märkinud, et ei ole välistatud, et riigihanke alusdokumentidest võib jääda segaseks, kas üks või teine RHS 2. ptk

¹³¹ RHS eelnõu (450 SE I) seletuskiri, lk 39.

¹³² Parind, M., Laanemäe, K. RHS § 126/12. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 850.

¹³³ Sundstrand, A. in M. Steinicke, P.I. Vesterdorf (koost.) EU Public Procurement law: Brussels commentary. Baden-Baden: Nomos Print 2018, lk 781, 787

erisäte konkreetsetes sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses kohaldub või mitte¹³⁴. Mistõttu on eriti oluline, et riigihangete reeglid oleksid selged ja konkreetset. Üldine seisukoht on lihtsustatud reeglite osas see, et hankemenetluse reeglite täiemahuline rakendamine koormaks ning oleks ebaefektiivne, kuid ilmselt unustatakse siinkohal ära, et koormav ja aeganõudev on menetlus ka siis, kui on hilisemaid vaidlusi. Tallinna Halduskohus on märkinud, et riik on huvitatud sellest, et riigihanke menetlus oleks küll läbipaistev, kuid ei oleks liialt kulukas ega aeganõudev¹³⁵.

Järgnevalt on magistritöö autor võtnud aluseks riigihangete registris avaldatud sotsiaal- ja erimenetlused ning sotsiaal- ja erimenetluste kontsessioonilepingu sõlmimise menetlused ilmestamiseks probleeme, mis on tekkinud riigihangete seaduse vähesest regulatsioonist ning selle mõjust õigusselgusele.

1.3.1 Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse kord - kohustused ja piirangud menetlusreeglite kujundamisel

RHS § 126 lg 2 kohaselt määrab hankija ise riigihanke alusdokumentides sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse korra. Kuna aga sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlust reguleeruv RHS kolmas peatükk ei näe ette mistahes spetsiifilisi reegleid menetluse läbiviimiseks, siis RHS § 126 lg 2 teine lause lubab hankijal sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse korra määramisel lähtuda ka teistest hankemenetlusele seaduse sätetest. Mõeldud siin eelkõige seda, et hankemenetlust (2.ptk) puudutavate sätete kohaldamine on sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses võimalik juhul, kui hankija on otsustanud RHS § 126 lg 2 teisele lausele tuginedes mõne sellise sätte enda jaoks siduvaks teha¹³⁶. Samas võib erinevate sätete ebaselge kohaldamine tekitada segadust.

Hankijal on sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses võimalik end menetlus siduda teiste RHR sätetega mitmel eri viisil. VaKo praktikas on tunnustust leidnud järgmised viisid: vastates riigihangete registris küsimuste-vastuste keskkonnas jaatavalt huvitatud ettevõtja küsimusele konkreetse sätte kohaldatavusest asjaomases riigihankes¹³⁷; kehtestades riigihanke alusdokumentides RHS sättega identses sõnastuses tingimuse¹³⁸; tehes riigihangete

¹³⁴ VaKoo 27.07.2018, 137-18/197419, p 11.

¹³⁵ TlnHKo 3-16-874, p 48.

¹³⁶ VaKoo 11.06.2018, 93-18/194960 p 9; VaKoo 27.07.2018, 137-18/197419, p10; VaKoo 21.09.2018, 177-18/194960, p 13.

¹³⁷ VaKoo 27.07.2018, 137-18/197419, p 11.

¹³⁸ VaKoo 21.09.2018, 177-18/194960, p 14.

alusdokumentides selge ja täpse viite mõnele RHS sättele¹³⁹. Tegu ei ole ammendava loeteluga, kuid teistest RHR sätetest juhendumisel tuleb tähele panna, et seda tehes muudab hankija nende sisu ja neid tõlgendava vaidlustus- ja kohtupraktika endale siduvaks.

Hankija õigus ning kohustus määrata sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse kord ei tähenda automaatselt seda, et menetlusreeglite kujundamisel on täielik vabadus. Võttes arvesse, et enim on Euroopa Kohus¹⁴⁰ rõhutanud sotsiaal- ja eriteenustega seoses läbipaistvuse põhimõtte järgimise olulisust, siis näeb ka RHS § 126 lg 7 ette, et erimenetluse läbiviimisel tuleb hankijal järgida RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid, sh ettevõtjate võrdne kohtlemine ja läbipaistvus, võttes arvesse sotsiaal- ja eriteenuste eripärasid ning koosmõjus lg 2 peab hankija sellise menetluse läbiviimisel järgima enda poolt riigihanke alusdokumentides määratud menetluskorda¹⁴¹. See hõlmab ka seda, et hankija peab jälgima, kas kõik seatavad piirangud ja kriteeriumid on riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed¹⁴².

Kindlasti on alates 2017. aastast kehtima hakanud riigihangete seadus ja selle alusel läbiviidud sotsiaal- ja eriteenuste tellimise riigihanked andnud põhjust üle vaadata kehtivad sätted. Ka Rahandusministeeriumi riigihangete järelevalve, vaidlustuskomisjoni ja kohtute praktika aitab muudatusele kaasa. Seaduse muutmise eelnõu 491 SE seletuskirjast nähtub¹⁴³, et muudatustega laiendatakse erimenetlustele ja kontsessioonidele mõningaid ainult hankemenetlustele kohaldatavaid sätteid, millel on universaalne iseloom. Kehtiva seaduse kohaselt peaks hankijad sellised sätted riigihangete alusdokumentides ise eraldi sätestama, vastasel korral regulatsioon ei laiene.

Seaduse muutmise eelnõu 491 SE punktist 167 selgub, et paragrahvi 126 lõiget 7 soovitakse muuta järgmiselt: „Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse läbiviimisel järgib hankija käesoleva seaduse 1. peatükis ning §-des 77, 81 ja 82 sätestatud, võttes arvesse sotsiaal- ja eriteenuste eripära. Pakkumuste või taotluste esitamise tähtaja pikendamisel käesoleva seaduse § 82 lõike 1 alusel arvestab hankija käesoleva paragrahvi lõikes 61 sätestatud minimaalset tähtaega. Hankija kohaldab sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse läbiviimisel käesoleva seaduse §-des 85,

¹³⁹ VaKoo 12.11.2018, 218-18/194960, p 19.

¹⁴⁰ EKo C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG*, joined party: *Herold Business Data AG*, p 61-62; EKo C-507/03, *Commission of the European Communities v Ireland*, p 30.

¹⁴¹ VaKoo 11.06.2018, 93-18/194960 p-d 9-10; VaKoo 21.09.2018, 177/-18/194960, p 13.

¹⁴² VaKoo 11.11.2019, 171-19/215312, p 10.

¹⁴³ Riigihangete seaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu ja seletuskiri (491 SE). Kätesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/b533be92-b5d8-47fc-a71dfee84a786aa0/Riigihangete%20seaduse%20muutmise%20ja%20sellega%20seonduvalt%20teiste%20seaduste%20muutmise%20seadus>, lk 72.

110–112, 114–117 ja 119 sätestatud, kui riigihanke alusdokumentides ei ole sätestatud teisiti. Hankija võib hankelepingu sõlmimisel arvesse võtta teenuste kvaliteedi, katkematus, ligipääsetavuse, taskukohasuse, kättesaadavuse ja terviklikkuse kaalutlusi, erinevate kasutajagruppide, sealhulgas ebasoodsas olukorras olevate isikute erivajadusi, kasutajate kaasamist ja innovatsiooni.“

Eelnõu esimeses versioonis oli erimenetlustes kohustuslik 1. peatükis ning §-des 81, 82, 85, 110–112, 114–117 ja 119 sätestatu, kuid Riigikogus esimese lugemise läbinud versioonis jäi kohustuslikuks üksnes 1. peatükis ning §-des 77, 81 ja 82 sätestatu. Seega muudetakse sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse regulatsiooni nii, et sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse läbiviimisele laienevad ka riigihanke alusdokumentide koostamise, muutmise ja sellest tulenevalt pakkumuste esitamise tähtpäeva pikendamise sätteid, sh olukorras, kus on esinenud tõrge elektroonilises süsteemis, pakkumusele ja pakkumuse esitamisele. Hindamiskriteeriumide seadmist, pakkumuse jõusoleku tähtaja pikendamist, pakkumuse vastavuse kontrollimist, pakkumuste hindamist ja edukaks tunnistamist ning edukaks tunnistatud pakkumuse tagasivõtmise korral riigihanke menetluse jätkamist reguleerivad sätteid kohalduvad sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse läbiviimisel siis, kui hankija pole riigihanke alusdokumentides näinud ette antud sätetes märgitust erinevat menetluskorda (RHS § 85, 110–112, 114–117 ja 119)¹⁴⁴.

Tekib muidugi küsimus, et mida tähendab „kui riigihanke alusdokumentides ei ole sätestatud teisiti“. On justkui antud kohustus kohaldada konkreetset sätet, samas võimalus sätestada teisiti. Seletuskiri¹⁴⁵ aitab selgitada nii palju, et muudatusega ei pea hankijad enam eraldi sätteid riigihanke alusdokumentidesse lisama, mistõttu väheneb hankijate töökoormus ning suureneb õigusselgus, kuivõrd samades olukordades kohalduvad samasugused reeglid. Samas säilib hankijatel ka võimalus siiski riigihanke alusdokumentides mõningaid aspekte teisiti sätestada.

Oluline on autori arvates täpsustada, et seaduse täiendatud sõnastusest ei loetaks välja seda, et hankija võib küll võtta aluseks vastavad sätteid, kuid siis muudab sõnastust ning sisustab seda omasoodu. Õiguskirjanduses on arvatud, et piisavaks võiks pidada mõne RHS sättega sama sisuga (see tähendab sarnase, kuigi mitte identse sõnastusega) sätte kehtestamist riigihanke

¹⁴⁴ Samas, lk 72.

¹⁴⁵ Samas, lk 72.

alusdokumentides¹⁴⁶. VaKo on avaldanud seisukoha¹⁴⁷, et juhul kui hankija lähtub konkreetse sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse korra määramisel RHS-i teistest sätetest peale RHS 3. peatüki 2. jao, tuleb tal lähtuda ka kasutatavate instituutide olemusest ning sisust, mille RHS neile annab. Hankija ei saa konkreetse sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse korras sisustada RHS-ist tulenevat instituuti põhimõtteliselt teisiti või anda menetlustoimingutele teist sisu, kui seda on ette näinud seadusandja. See tekitaks segadust ning mitmeti mõistetavusi ning oleks vastuolus RHS § 3 p-s 1 kehtestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõttega, mille kohaselt hankija peab tegutsema riigihanke korraldamiselt läbipaistvalt ja kontrollitavalt.

Näiteks võib tuua kasvõi kvalifitseerimistingimused. Vaidlustusmenetlustega tutvudes on ilmnunud hankijate soov kasutada RHS 2.ptk-i võimalusi, kuid samas arvestamata, et sisu peab sel juhul olema vastavuses sellega, mis on sätete eesmärk RHS-i kohaselt. Kvalifitseerimistingimuste sisuks on välja selgitada pakkujad ja taotlejad, kes on võimelised hankelepingut nõuetekohaselt ja jätkusuutlikult täitma (RHS § 98 lg 1: „Hankija võib kontrollida pakkuja või taotleja sobivust tegeleda hankelepingu täitmiseks vajaliku kutsetööga ja kehtestada kvalifitseerimise tingimused tema majanduslikule ja finantsseisundile ning tehnilisele ja kutsealasele pädevusele. Kvalifitseerimise tingimused peavad vastama hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemusele, kogusele ja otstarbele ning olema nendega proportsionaalsed“). Kui hankija kehtestab nõude, mis ei iseloomusta kuidagi pakkuja tehnilist ega kutsealast pädevust ega ka laiemalt, tema võimet hankelepingut täita (nt saneerimiskava), siis ei ole see oma sisult kvalifitseerimise tingimus ning selle kehtestamine kvalifitseerimise tingimusena ei ole kooskõlas RHS § 3 p-s 1 kehtestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõttega¹⁴⁸.

Riigihangetes „Tabasalu Gümnaasiumi toitlustusteenus“ (viitenumber 238407) ja „Narva Eesti Gümnaasiumi toitlustusteenus“ (viitenumber 241297) on kvalifitseerimistingimustes viide RHS § 99 lg-le 1 ja 2 ning täpsustus, et pakkuja peab omama majandustegevuse registri (MTR) registreeringut. Rahandusministeerium on märkinud¹⁴⁹, et MTR registreeringut ei ole võimalik kvalifitseerimise tingimusena nõuda teenuste riigihangetes, sest RHS § 99 kohaselt saab nõuda kuulumist äri- või kutsealaregistrisse või tegevusloa olemasolu või õigusaktides sätestatud

¹⁴⁶ Parind, M., Laanemäe, K. RHS § 126/20. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 852.

¹⁴⁷ VaKoo 14.06.2018, 97-18/197419, p 7; VaKoo 14.06.2018, 99-18/197419, p 8.2.1.

¹⁴⁸ VaKoo 15.09.2020, 181-20/226132, p 9.

¹⁴⁹ Rahandusministeeriumi korduma kippuvate küsimuste rubriik - <https://www.rahandusministeerium.ee/et/kkk/876>, küsimus 8

erinõuete täitmist. Riigihangete seaduse eelnõu 450 SE I seletuskiri¹⁵⁰ viitab sellele, et registrisse kandmise kontrollimise puhul kontrollitakse äriregistri kannet. VaKo on asunud seisukohale¹⁵¹, et see ei saa olla kvalifitseerimistingimus, vaid pigem vastavusnõue, sest RHS § 99 lg 1 sätte aluseks on 2014/24/EL art 58 lg 2 teine lõik. Direktiiv räägib vaid lubadest ja organisatsiooni kuulumisest, ent ei tee viidet muudele erinõuetele või registreeringutele. Riigihangete seaduse muudatuse eelnõu 491 SE seletuskirjas¹⁵² on välja toodud, et muudatus tehakse ka RHS §-i 99 osas ning regulatsioon viiakse kooskõlla direktiiviga 2014/24/EL, mis likvideerib hankijate eksiarvamuse nagu võiks riigihangetel nõuda sellise siseriikliku tegevusloa või muu erinõude nõudmist, millele laieneb tegelikult teenuste direktiiv (va direktiivis sätestatud erandid) ning millisel juhul on selline nõue ebaseaduslik. See omakorda aitab vähendada rikkumisi riigihangetes.

Ka kõigi muude sätete osas, mida sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse korras kasutatakse, tulebki just rõhutada RHS § 3 üldpõhimõtete järgimist. Vaidluses, kus hankija oli kvalifitseerimistingimuses teinud märke, et ühispakkumuses peavad käibenõuded olema täidetud ühispakkujatel eraldi, märkis VaKo¹⁵³, et erimenetluse kasutamine ei anna õigust kergekäeliselt võtta ühispakkujatelt võimaluse tugineda kvalifitseerimistingimuste täitmisel üksteise vahenditele. Rõhutati ka RHS §-st 3 tulenevat konkurentsi efektiivset ärakasutamist, mis muuhulgas tähendab seda, et hankija ei tee ühelegi ettevõtjate grupile põhjendamatuid ja liigseid takistusi riigihankel osalemiseks.

Kui hankija otsustab erimenetluses sätestada mingid põhimõtted kooskõlas RHS § 126 lg 2 teise lausega, siis järelikult on hankija teinud need sätted enese jaoks siduvaks. Seda enam on oluline jälgida, mida selle sättega soovitakse saavutada ja kuidas vastavat sõnastust mõista võib – kas kohustus rakendada või võimalus rakendada. Siinkohal saabki välja tuua, et üsna tihti on vaidlustuskomisjonist läbi käinud vaidlused, kus kaebaja on viidanud¹⁵⁴ asjaolule, et hankija ei ole kontrollinud kolmandal isikul RHS § 95 lg-st 4 tulenevaid kõrvaldamise aluseid. RHS § 126 lg 9 sätestab, et hankija kontrollib enne hankelepingu sõlmimist ettevõtjal RHS § 95 lõikes 1 sätestatud kõrvaldamise aluste puudumist. Vastav kohustus ei tulene direktiivist 2014/24/EL, see on Eesti seadusandja poolt valitud meede tagamaks riigihanke üldpõhimõtete järgimist.

¹⁵⁰ RHS eelnõu (450 SE I) seletuskiri, lk 91.

¹⁵¹ VaKoo 08.05.2019, 48-19/205677, p-d 11-15.

¹⁵² RHS eelnõu (491 SE) seletuskiri, (viide 144), lk 71.

¹⁵³ VaKoo 11.06.2018, 93-18/194960 p 10

¹⁵⁴ VaKoo 137-18/197419 p 10; VaKoo 28.07.2021, 127-21/234323 p 26; VaKoo 01.09.2021, 143-21/234692 p 11.1, p 11.1.1-11.1.3.

Ilmselt soovides säilitada sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlustele omast paindlikkust ja leebemat menetlusrežiimi, siis ei ole kohustuslikus korras kohaldatavaks sätestatud RHS § 95 lg-t 4¹⁵⁵.

Narva Soldino Gümnaasiumi toitlustusteenuse¹⁵⁶ erimenetluses heitis vaidlustaja hankijale ette, et pole kontrollitud eduka pakkuja vabatahtlike kõrvaldamise aluseid (RHS § 95 lg 4) viidates hanke alusdokumendi punktile, kus oli kirjas „hankija võib kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja, kellel ilmnevad hankemenetlusest kõrvaldamise valikulised alused RHS § 95 lg 4 kohaselt“. Vaidlustuskomisjon asus seisukohale¹⁵⁷, et kuna tegemist on sellise menetlusega, kus RHS § 95 lg 4 kohaldub üksnes juhul, kui selle sätte kohaldamine on vastava riigihanke läbiviimiseks kehtestatud alusdokumentides eraldi sätestatud (erinevalt RHS § 126 lg-st 9 ei sätesta RHS hankijale kohustust sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses kontrollida pakkujatel nn vabatahtlike kõrvaldamise aluste puudumist), siis vaidlustaja poolt viidatud hanke alusdokumentides viidatud lauses sätestatud hankija õigust pakkuja kõrvaldada saab hankija realiseerida vaid juhul, kui hanke alusdokumentides on pakkuja suhtes RHS § 95 lg-s 4 sätestatud kõrvaldamise aluste puudumise nõue ka selgelt esitatud ning vaidluses olnud tehilolude näitel see nii ei olnud. Täiendavalt rõhutati ka asjaolu, et hankija ei olnudki riigihangete registris kehtestanud selle konkreetse menetluse tarbeks vabatahtlike kõrvaldamise aluseid, sh ka dokumendis, millega pakkujad pidid esitama kinnitused kõrvaldamise aluste puudumise kohta.

Kui hankija soovib kontrollida pakkujate kvalifikatsiooni, siis tuleb need nõuded sätestada hanketeates või eelteates. VaKo praktikas on leidnud kinnitust, et direktiivi 2014/24/EL art 57 lg 1 p a ja V lisa H osa p 4 koosmõjus peab sotsiaal- ja eriteenuste hankimiseks korraldatava riigihanke hanketeade sisaldama kvalifitseerimistingimusi, kui neid on seatud¹⁵⁸. See kehtib tulenevalt EL õiguse ühetaolise kohaldamise põhimõttest tulenevalt ka siis, kui riigihanke eeldatav maksumus jääb allapoole rahvusvahelist piirmäära. Juhul, kui hankijal oli menetluskorras kirjas, et võib kohaldada kvalifitseerimise tingimusi, kuid hanketeates mitte, siis isegi juhul, kui hankija hakkaks tagantjärele siiski nõudma RHS § 95 lg-s 4, sh RHS § 95 lg 4 p-s 8, sätestatud kõrvaldamise aluste puudumise kohta kinnituse esitamist ja tõendeid, siis ei saaks hankija vastavat isikut menetlusest kõrvaldada. Seda isegi siis, kui ühe või mõne RHS

¹⁵⁵ Parind, M., Laanemäe, K. RHS § 126/37. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 856.

¹⁵⁶ Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlus „Narva Soldino Gümnaasiumi toitlustusteenus“ (viitenumber 234692)

¹⁵⁷ VaKoo 01.09.2021, 143-21/234692 p 11.1, p 11.1.1-11.1.3.

¹⁵⁸ VaKoo 07.02.2018, 3-18/192337, p 13-21; Parind, M., Laanemäe, K. RHS § 126/21. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 852.

§ 95 lg-s 4 sätestatud kõrvaldamise aluse esinemine leiaks hilisema kontrolli tulemusel tõendamist.

RHS-iga kooskõlas olevate riigihanke alusdokumentide koostamine on hankija kohustus ning vastuolusid ei saa ületada pakkujat (pakkujaid) koormavamal viisil. Samuti on VaKo selgitanud sarnases vaidluses¹⁵⁹, et kuivõrd ka hankemenetluses on RHS § 95 lg-s 4 sätestatud kõrvaldamise aluste kohaldamine hankija õigus, mille kasutamine sõltub konkreetsetest asjaoludest ja kaalutlustest, siis ei saa sellest erineda hankija kohustused, kes on lähtunud samast sättest sotsiaal- ja eriteenuse erimenetluse korra kehtestamisel. Erinevus on aga juhul, kui hankija on seadnud erimenetluse korras võrreldes RHSis sätestatuga ulatuslikuma kohustuse kõrvaldamise aluste kontrolli osas kasutades näiteks sõnastuses, et hankija kontrollib pakkuja kõrvaldamise aluseid lähtudes RHS §-dest 95. Kui hankija võtab vastu otsuse rakendada menetluses ka vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid, on ta kohustatud viidatud aluseid kontrollima ning eelduse tuvastamisel võtma vastu otsuse selle kohta, kas vaatamata tuvastatud asjaoludele on pakkuja piisavalt usaldusväärne¹⁶⁰.

Tallinna Ringkonnakohus¹⁶¹ on märkinud, et võimalike hilisemate vaidluste ennetamiseks ja hanketingimuste suurema läbipaistvuse huvides oleks hankijal otstarbekas määrata teatud tegevuste täpsem protseduur kindlaks juba riigihanke alusdokumentides (nt alustes) või erinevates hankemenetlustes läbivalt kasutatavas muus siseaktis (halduseeskirjas), mille kohaldamisele saab hanke alusdokumentides viidata. Konkreetsetes kaasuses oli tegemist küsimusega, kas liisuheitmise täpsem protseduur peaks olema reguleeritud arvestades seda, et RHS § 126 lg 2 kohaselt tuleb määratleda küll sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse kord, kuid RHS ei näe ette kindlaid nõudeid sellise korra sisule ja ulatusele. Kohus möönis ka seda, et liisuheitmise on oluline menetlustoiming, kuid selle kohta riigihanke alusdokumentides täpsemate juhiste puudumine ei tähenda siiski, et liisuheitmise ei oleks üldse võimalik või saaks see toimuda üksnes kõigi pakkujate poolt heakskiidetud reeglite järgi. Sarnaselt haldusmenetlusele vastutab hankemenetluse õiguspärasuse eest hankija¹⁶², kes määrab ka hankemenetluses tehtavate toimingute vormi ja muud menetluse üksikasjad kaalutusõiguse alusel, arvestades õigusaktides sätestatud piire (vrd HMS § 5 lg 1). Kuigi sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse puhul ei ole tegemist hankemenetlusega, siis võttes arvesse, et riigihanke

¹⁵⁹ VaKoo 99-18/197419, p 9.1.

¹⁶⁰ VaKoo 30.03.2021, 47-21/227347 p 10, p 6.2.3.2.

¹⁶¹ TlnRnKo 3-18-2037, p 25.

¹⁶² RKHko 3-3-1- 7-17, p 11.

alusdokumendid on kehtestanud hankija ühepoolselt, siis ei saa pakkujad eeldada, et kui peaks tekkima liisuheitmise vajadus, lepivad selle kokku hoopis pakkujad¹⁶³.

Siin on oluline märkida, et huvitatud isikutel on võimalus täpsema korra, nt liisuheitmine, riigihanke alusdokumentides kehtestamata jätmise vaidlustada, kuid seda tuleb teha kooskõlas RHS § 189 lg 2 p-s 2 sätestatud tähtajajaga. Hilisemalt ei ole võimalik pakkujatel esitada vastuväiteid korraldusele. Magistritöö autor tõi liisuheitmise temaatika välja, sest ka toitulusteenuste hangetes on seda kasutatud ühe võimalusena valida edukas pakkuja. Viimane suurem ning meedias kõlapinda saanud erimenetlus viidi läbi 2021. aastal, kus koolitoitulustuse riigihanke eeldatav maksumus oli ca 19 000 000 eurot ning kahekümne neljast seitsmesse ossa valiti edukas pakkuja just liisuheitmise teel¹⁶⁴. Nimetatud sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses oli hankija üpris ettenägelik ning liisuheitmise osas konkreetse protseduuri hanke alusdokumentides välja toonud.

Tulenevalt sellest, et sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluste läbiviimisel saab arvesse võtta ka sotsiaal- ja eriteenuste eripärasid, siis on mõningatel juhtudel vajalik läbirääkimiste korraldamine. Siingi võiks lähtuda eelnevast, et täpsemad juhised aitavad kaasa menetluse läbipaistvusele. Läbirääkimisteks seejuures ei saa pidada olukorda, kus hankija edastab läbi riigihangete registri pakkujatele jah/ei küsimusi, sest sellisel viisil küsimuste esitamine ja vastamine ei ole VaKo hinnangul mõistetavad „läbirääkimistena“ selle sõna tavatähenduses ega RHSi mõttes¹⁶⁵. Olenemata erimenetluse lihtsamatest menetlusreeglitest ei tohiks hankija minna vastuollu läbirääkimise tähendusega ja sellise võimaluse lubamisega riigihanke alusdokumentides tuleb sisulised läbirääkimised ka pidada, kui tõesti vajadus tekkima peaks.

Võttes arvesse, et käesolev magistritöö on kirjutatud eelkõige toitulusteenuseid näiteks võttes, siis tuleb siinkohal ära märkida ka RHS §-ga 115 tekkinud murekohad eelkõige sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlustes. Vaidlustuskomisjoni otsustega tutvudes nähtub üsna tihti, et vaidlustajad rõhuvad sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses hankija kohustusele kontrollida põhjendamatult madala pakkumuse põhjendatust. Seni on VaKo¹⁶⁶ rõhutanud, et kui hankija ei ole RHS §-i 115 menetluskorras seda siduvaks teinud, siis puudub hankijal vastav kohustus kui

¹⁶³ TlnRnKo 3-18-2037.

¹⁶⁴ Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlus „Toitulustamisteenuse osutaja leidmine Tallinna linna koolidele“ (viitenumber 234323), täiendavalt: <https://www.err.ee/1608354173/pealtnagija-tallinna-koolid-on-uhishankest-saadud-toiduga-rahulolematud>

¹⁶⁵ VaKoo 97-19/206729.

¹⁶⁶ VaKoo 29.07.2021, 124-21/234323, p 9- 10.2; VaKoo 28.07.2021, 127-21/234323, p 27.

ka õigus pakkumuste maksumuse põhjendatuse kontrollimiseks selle sätte alusel või mõnes muus analoogses vormis.

Vaidlustuskomisjon leiab, et kontsessioonilepingu sõlmimise menetlusega seonduv kohtupraktika kinnitab, et ka sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluste puhul ei tule RHS §-i 115 otseselt ja automaatselt kohaldada. Tartu Ringkonnakohus¹⁶⁷ on sedastanud, et RHS § 115 kohaldamiseks analoogia korras teenuste kontsessioonilepingu sõlmimise riigihankele peab esinema regulatsioonis kavandamata lünk. Ringkonnakohus on seisukohal, et sellist lünka ei ole ning ka VaKo on seisukohal, et praegusel ajal puudub ka sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse regulatsioonis kavandamata lünk, mida tuleks asuda täitma RHS §-i 115 kohaldamisega analoogia korras või riigihanke üldpõhimõtetest lähtuvalt.

Arvestades asjaolu, et seaduse muutmise eelnõuga soovitakse RHS § 126 regulatsiooni täiendada viisil, kus RHS § 115 on otsekohaldav juhul kui riigihanke alusdokumentides ei ole sätestatud teisiti, siis saab järeldada samuti, et kehtivast seadusest ei tulene otseselt ega kaudselt nõuet RHS §-i 115 nii öelda otsekohaldumise kohta sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses. Seega seni kuni pole jõustunud vastav RHS muudatuse regulatsioon peab hankija siduma end ise soovi korral menetluskorras pakkumuste maksumuste põhjendatuse kontrollimisega. See on oluline nüanss arvestamiseks hanke alusdokumente koostades, sest viimasel ajal on saagenud nullhinna või nullhinnalähedased (nt 0,02 euro senti käibemaksuga koolieine + hommikueine) pakkumused toitlustushangetes¹⁶⁸, mistõttu hankijal võib olla vajadus kontrollida põhjendamatu madalat maksumust. VaKo on selgitanud¹⁶⁹, et kui hankija soovib välistada nullhinna pakkumist, siis peab see keeld kirjas olema hanke alusdokumentides või tulenema valdkondlikust eriseadusest. Kuna nullhinna pakkumise keeld on oluline erand üldisest põhimõttest mille järgi nullhinnaga pakkumus lubatud, siis on tegu ettevõtjate põhiseadusliku ettevõtlusvabaduse piiranguga, mistõttu peabki keeld olema sätestatud üheselt arusaadavalt ning selgelt, mitte tuletatav kaudselt tõlgendamise teel.

Võttes aluseks eelnevalt väljatoodu, siis ilmestab erinevate erimenetlustega tutvumist asjaolu, et hankijad kasutavad aktiivselt menetluskorra reguleerimiseks RHS 2.peatüki sätteid. Samas on ka neid hankijaid ja pakkujaid, kellele tekitavad kehtiva regulatsiooni sätted küsimusi ja segadust. Seetõttu julgeb autor väita, et hankijate ja pakkujate jaoks on oluline, et sotsiaal- ja

¹⁶⁷ TrtRnKo 3-20-537, p 3.

¹⁶⁸ „Toitlustamisteenuse osutaja leidmine Tallinna Lilleküla Gümnaasiumile“ (viitenumber 237392); „Toitlustamisteenuse osutaja leidmine Tallinna linna koolidele“ (viitenumber 234323)

¹⁶⁹ VaKoo 03.11.2021, 176-21/237392, p 15.

eriteenuste tellimise menetlusreeglid peavad olema selgemad, üheselt arusaadavad ning rohkem reguleeritud. Rahandusministeeriumi tegevus on seni olnud samas suunas, vastasel korral poleks viidud uude jõustuvasse seaduse muudatusse sisse täpsustusi RHS § 126 sätete osas. Teisalt on Rahandusministeerium riigihangete seaduse muudatusi tutvustaval koolitusel maininud, et on ka neid huvigruppe, kes peavad täiendusi lihtsustatud menetluskorra üle reguleerimiseks ning tõusetub küsimus, kas see enam on lihtsustatud erikord.

Autori hinnangul näitab hankijate tegevus seda, et sotsiaal- ja eriteenustele on võimalik hankedirektiive rohkem rakendada, kui seda esialgu ettenähtud. Samas võib kõik oleneda asjaoludest ja riigi eripäradest. Muidugi sotsiaalteenuste osas on Euroopa Liidu seadusandja on leidnud, et hankedirektiivides sätestatud riigihangete tüüpeeskirjad ei ole piisavalt kohandatud sotsiaalteenuste jaoks, mistõttu on vaja erilist ning paindlikumat reguleerimist¹⁷⁰.

1.3.2 Sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse kord - kohustused ja piirangud menetlusreeglite kujundamisel

Kui RHS §-is 141 on kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse korrale seatud reeglid sätestatud sarnaselt sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlusega, siis sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse korraldamisel on hankija kohustatud spetsiifilistest menetlusnormidest järgima vaid RHS §-i 144. Seda on rõhutanud seni ka vaidlustuskomisjon¹⁷¹.

RHS § 144 järgi piirduvad hetkel hankija kohustused sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse läbiviimisel eelteate avaldamisega (lg 1), lepingu sõlmimisel RHS § 120 järgimisega (lg 2) ja menetluse lõppemisest teatamisega (lg 3). Selline kord lähtub kontsessioonilepingute sõlmimist reguleeriva direktiivi 2014/23/EL art-st 19, mille järgi kohaldatakse selle direktiivi kohaldamisalasse kuuluvate sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonide suhtes ainult sama direktiivi art 31 lg-st 3 ning art-test 32, 46 ja 47 tulenevaid kohustusi. Art 31 lg 3 ja art 32 vasteteks Eesti õiguses on vastavalt RHS § 144 lg-d 1 ja 3. Art-d 46 ja 47 muudavad riigihangete valdkonna õiguskaitse direktiive (89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ) ega ole sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse läbiviimisel vahetu tähendusega.¹⁷²

¹⁷⁰ Hansen, O., Treumer, S., Andov O., (viide 9), lk 225.

¹⁷¹ VaKoo 04.07.2018, nr 144-18/195081

¹⁷² VaKoo 04.07.2018 otsus 117-18/195081.

Riigikogus vastuvõetud riigihangete seaduse muudatusega¹⁷³ tehakse siiski mõned täiendused, mis autori arvates on väga vajalikud eelkõige selleks, et muuta sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute menetluse läbiviimine läbipaistvamaks. See omakorda kohustab hankijat oma tegevused varakult läbi mõtlema, sh seda, kas soovitakse rakendada mõningaid sätteid ka RHS 2.peatükist. Eelnõu seletuskiri täpsustab¹⁷⁴, et „kuivõrd sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute sõlmimisel tuleb lisaks sättes toodud avaldamiskohustusele ja ooteajale järgida riigihanke üldpõhimõtteid, tagab menetluskorra kehtestamise nõue läbipaistvuse, kontrollitavuse ja võrdse kohtlemise põhimõtete täitmise. Sellisel juhul on menetluses osalevad ettevõtjad algusest peale teadlikud reeglitest ja nõuetest, mille kohaselt menetlus läbi viiakse ning alustest, kuidas edukas pakkumus välja valitakse“. Samuti võtab see ära võimaluse poole menetluse pealt lähtuda reeglitest ja sätetest, mis ei ole RHSi alusel kohustuslikud ega riigihanke alusdokumentides ette nähtud.

RHS § 144 osas on plaanis teha kaks muudatust:

- 1) RHS §-i 144 täiendatakse lõikega 1¹, mis sätestaks, et „hankija määrab riigihanke alusdokumentides sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse korra. Lisaks käesolevas jaos sätestatud nõuetele võib hankija sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse korra määramisel lähtuda ka teistest käesoleva seaduse sätetest“. Senini, mil vastava muudatus ei ole RHRis kohustuslik, on hankijatel olnud sarnaselt sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlustele võimalus menetluskord kehtestada ja kasutada riigihanke menetlusreegleid RHS teistest peatükkidest.

Ka VaKo on sedastanud, et lisaks §-le 144 peab hankija lähtuma RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest ning kui asjakohane, siis ka enda hankekorrast (RHS § 9 lg 4 p 4) ja nendest RHS 1. ptk sätetest, mis konkreetse kaasuse tehiosid arvesse võttes kohaldatavad. Ülejäänud osas on hankija sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse reeglite kujundamisel vaba. Hankija saab riigihanke alusdokumentide kaudu end vabatahtlikult siduda konkreetsete RHS sätetega, kehtestada riigihanke alusdokumentides enda välja töötatud menetluskorra või kombineerida mõlemat lähenemisviisi.¹⁷⁵ Avaliku sektori hankija kohaldab sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimisel RHS §-s 144 sätestatud korda, kui kontsessioonilepingu eeldatav maksumus on võrdne sotsiaal- ja eriteenuste riigihanke piirmääraga või ületab seda (RHS § 16 lg 3).

¹⁷³ RHS 491 SE (viide 144).

¹⁷⁴ RHS seletuskiri (491 SE), viide 144, lk 44.

¹⁷⁵ VaKoo 04.07.2018 114-18/195081, p 21.

- 2) RHS §-d 144 lõiget 2 täiendatakse teise lausega järgmises sõnastuses: „Sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingutele kohaldatakse §-s 121 sätestatud“. Seletuskirjas¹⁷⁶ täpsustatakse, et muudatus on vajalik selleks, et direktiiv oleks kohaselt üle võetud kuna alus tuleneb direktiivi 2014/23/EL art-st 19, mis omakorda viitab art-dele 46 ja 47, mis käsitlevad õiguskaitsemeetmete direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ. Seega kohalduvad õiguskaitsemeetmete direktiividest tulenevad lepingute tühisuse sätted ka sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingutele.

Mingil põhjusel oli praeguse eelnõuga kavandatav muudatus varasemalt riigihangete seaduses konkreetses sõnastuses sätestamata ja võis nii hankijates kui pakkujates tekitada küsitavusi. Võib vaid eeldada, et iga täiendav lõige või punkt tekitaks ka visuaalselt efekti, et sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlust on liigselt reguleeritud. Kuigi direktiiv 2013/24/EL põhjendus 54 selgitab, et liikmesriikidel peaksid olema laialdased volitused pakkujate leidmiseks mõeldud menetlusreeglite kehtestamisel, siis tegelikkuses ei keela see liikmesriikide seadusandjatel näha ette rohkem reegleid, kui kontsessioonidirektiivis. Liikmesriigid just on kohustatud määrama konkreetsed siseriiklikud reeglid sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu menetluse jaoks - pidades silmas innovatsiooni, teenuste kvaliteeti, taskukohasust ning Euroopa Liidu aluslepingu läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid¹⁷⁷.

Nagu eelpool mainitud, siis sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute sõlmimise menetluses on igal juhul kohustus tagada RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtete järgimine. Põhimõtteliselt kehtivad sarnased reeglid ka sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluskorra osas nagu sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlus korrale, sh ei tohi sisustada RHS sätted teisti, kui on nende eesmärk jms. Siinkohal saab tuua kohe näiteks, et juhul kui hankija otsustab kehtestada ka kontsessioonimenetluses kvalifitseerimistingimused, siis ei tohi riigihanke alusdokumentidest pakkujate kvalifikatsiooni kontrollimisel tuletada selliseid nõudeid, mida seal otseselt sätestatud ei ole ning kvalifitseerimiseks nõutavad andmed peavad tõendama pakkuja kvalifikatsiooni vastavust kvalifitseerimise tingimusele.

Vaidlustuskomisjon on möönnud, et RHS ei sätesta selgelt, kus (millises riigihanke alusdokumendis) peavad kontsessioonimenetluses olema sätestatud pakkujate kvalifitseerimise tingimused. Kuid riigihankemenetluses tuleb lubamatuks pidada olukorda, kus ühe kvalifitseerimise tingimuse erinevad osad on sätestatud erinevates riigihanke alusdokumentides

¹⁷⁶ RHS seletuskiri (491 SE), viide 144, lk 44.

¹⁷⁷ Bovis, C. and Clarke, C. (viide 48), lk 1163.

ja ka seda, et osa kvalifitseerimise tingimusi on ühes ja osad mõnes teises riigihanke alusdokumendis. RHS SE 450 seletuskirjast (§ 142, lk 117) tuleneb, et kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses kvalifitseerimistingimused sätestatakse kontsessiooniteates. Seega sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses tuleb kvalifitseerimise tingimuste kasutamise korral avaldada need registris eelteate esitamisega.¹⁷⁸

Kuigi sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute sõlmimise menetlemise korra osas on kohtupraktikat vähe, siis saab mõningaid tähelepanekuid arvesse võtta siiski ka RHS § 140 reguleeritud kontsessioonilepingu sõlmimise menetluste alusel. Vaidlustusmenetluses on tuginetud varasemale kohtupraktikale seoses põhjendamatult madala pakkumuse kontrolliga (RHS § 115), kusjuures seda saab kohaldada lisaks hankemenetlustele analoogia korras ka sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel, kui hankija on sellega end sidunud, ning lihthankemenetlustes. Varasem kohtupraktika kohaldas alapakkumuse reeglistikku ka lihtsustatud korras tellitavatele teenustele, tuletades selle õiguse ja kohustuse pakkumuse hinna põhjendatust kontrollida riigihanke üldpõhimõtete kaudu¹⁷⁹.

Samas on vaidlustuskomisjon seisukohal¹⁸⁰, et RHS § 115 ei saa olla teenuste kontsessioonilepingu sõlmimisel hankijale kohustuslik juba ainuüksi seetõttu, et teenuste kontsessioonilepingu sõlmimise korral ei sõlmita hankelolepingut hankemenetluse tulemusena ning kontsessioonilepingu sõlmimise menetlus ei ole hankemenetlus (RHS § 4 p 14). Vaidlustuskomisjon on oma otsuses viidanud Euroopa Kohtu 10.09.2009 kohtuotsusele C-206/08, mille p-s 44 asus kohus seisukohale, et lepingut ei pea tingimata sõlmima riigihankemenetluses, kui on olemas õiguspärase alternatiiv, milleks viidatud kohtuotsuse aluseks olevas kohtuasjas oli teenuste kontsessioon.

Seadusandja on ette näinud ainult ühe olukorra, millal RHS § 115 on kohaldatav. RHS § 115 lg 2 kohaselt on hankija kohustatud ehitustööde kontsessioonilepingu korral kontrollima põhjendamatult madalat maksumust juhul, kui eeldatav maksumus on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda¹⁸¹. Seega tegi vaidlustuskomisjon sellest järelduse, et teiste RHS-i kohaste kontsessioonilepingute sõlmimise korral ei ole vastava viite puudumine lünk, mida tuleks analoogia korras sisustada. Autori arvates ei saa sel juhul nõuda ka sotsiaal- ja eriteenuste

¹⁷⁸ VaKo 06.12.2018 240-18/199140, p 12-13

¹⁷⁹ TlnRKO 3-15-127,p-d 15-17; TlnHko 3-17-255, p 24.

¹⁸⁰ RKHKO 3-19-1825, p 13; VaKoo 23.01.2019, 268-18/203204, p 10.1.1-10.1.2; VaKoo 20.05.2020, 72-20/214257, p 8.2; VaKoo 11.03.2020, 19-20/217858, p 10-11.

¹⁸¹ VaKoo 23.01.2019, 268-18/203204, p 10.1.1-10.1.2; VaKoo 11.03.2020, 19-20/217858, p 10.

kontsessioonilepingute puhul, et peaks automaatselt kontrollima, kas pakkumuse maksumus on hankelepingu eset arvestades põhjendamatult madal.

Kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse kord, nii nagu see RHS-s sätestatud on, rajaneb hanke direktiivil 2014/23/EL. Olulise erinevusena teistest riigihankevaldkonna direktiividest, 2014/24 ja 2014/25, mis reguleerivad otsesõnu põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi, vaikib kontsessioonidirektiiv 2014/23/EL selles osas täielikult. Sellest järeldub, et Euroopa Liidu seadusandja ei näinud ette tulenevalt nende eripärast, s.o äririski üleminek kontsessioonäärile, et kontsessioonilepingute sõlmimisel peaks hankija kohustuslikus korras olema seotud pakkumuse maksumuse põhjendatuse kontrolli puudutavate menetlusreeglitega.¹⁸²

Kokkuvõttes saab väita, et kontsessioonilepingu sõlmimisel saab tulla RHS-i 2. peatüki sätete kohaldamine kõne alla kahel juhul: nendest sätetest lähtumine on RHS-is sõnaselgelt sätestatud kontsessioonilepingu sõlmimisel kohustuslikena või kui hankija on kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse korras määranud, et ta lähtub ka RHS-i 2. paragrahvi sätetest, nt RHS §-st 115¹⁸³.

¹⁸² VaKoo 11.03.2020, 19-20/217858, p 11,

¹⁸³ VaKo, 23.01.2019, 268-18/203204, p 10.1.3.

2. PAKKUMUSE HINDAMISE KRITEERIUMIDE SEADMISE KAALUTLUSÕIGUS SOTSIAAL- JA ERITEENUSTE TELLIMISEL

Hindamise kriteeriumeid peetakse paljude kohtuvaidluste põhjuseks nii riiklikul kui ka Euroopa Liidu tasandil jättes need riigihangete, õiguse ja praktika kindlasse keskmesse. Sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel nähtub olevat hankijale justkui suur kaalutusõigus erimenetluse ja kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses hindamise kriteeriumide seadmisel.

Õiguskirjanduses on leitud, et avaliku sektori hankijatele ja üksustele tuleks võimaldada märkimisväärne paindlikkus kontsessioonääri valikuni viiva menetluse määratlemisel ja korraldamisel, sh et liikmesriikidele peaks jääma vabadus määratleda ja täpsustada osutatavate teenuste omadused, sealhulgas hinna ja kvaliteediga seotud tingimused¹⁸⁴. Ka sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlustes on teatav vabadus, sest üksikasjalike reeglite ettekirjutamine on tulevalt nende teenuste konteksti erinevusest iga liikmesriigipõhiselt võimatu. Samas tuleb siiski tähelepanu juhtida asjaolule, et liigne vabadus, liiga laiad kaalutusõiguse piirid ning ebamääruks kohalduvate reeglite osas võib tekitada kaalutusvigu või ka ebakindlust ning viia vale hankepraktika rakendamiseni. Välistatud ei ole ka järelevalvemenetlus või vaidlustused.

Hankemenetluste läbiviimisel on väga konkreetselt seaduses sätestatud, et hindamise kriteeriumid peavad olema seotud hankelepingu esemega. Sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel selline otsene viide puudub, mistõttu tuleb välja selgitada, kui suur hankija vabadus hindamiskriteeriumide seadmisel tegelikult on. Autori arvates tekitab enim küsimusi RHS § 144. Kuigi õiguskirjanduses on rõhutatud, et kontsessioonilepingute sõlmimist reguleeriv direktiiv 2014/23/EL ei anna hankijale pakkumuste hindamise kriteeriumite kehtestamisel piiramatu valikuvabadust, mistõttu peavad olema need seotud rangelt kontsessioonilepingu esemega¹⁸⁵, siis põrkub see seisukoht konkreetselt sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise vähese regulatsiooni vastu Eesti siseriiklikus õiguses.

¹⁸⁴ Bovis, C. H. *The Law of EU Public Procurement*. Oxford: Oxford University Press, 2015, lk 84.

¹⁸⁵ Fels, E. RHS § 85/15, 476; Parind, M., Laanemäe, K. RHS § 140/6, lk 909. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) *Riigihangete seadus. Komm. vlj.* Tallinn: Juura 2019; Bovis, C., Clarkem C. in M. Steinicke, P.I. Vesterdorf (koost.) *EU Public Procurement law: Brussels commentary*. Baden-Baden: Nomos Print 2018, lk 1183.

Käesolevas osas keskendutakse eelkõige kontsessioonilepingu sõlmimise menetlusele, sest juunis 2022 jõustuva riigihangete seaduse muudatusega tuuakse sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse sätetesse viide ka RHS §-le 85. Vastav muudatus ei muuda hankija kaalutusõiguse teostamise piire, sest hankijal on võimalik siiski seaduses sätestatud menetlusreeglitest kõrvale kalduda põhjendatud kaalutusotsuse alusel¹⁸⁶.

Magistritöö autor soovib saada selgust, kas olenemata RHS § 126 ja § 144 vähesest regulatsioonist saab väita, et sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel peab lähtuma riigihangete üldpõhimõtetest ning sellest tulenevalt piirata hankijate teatavat diskretsiooni subjektiivse hindamise kasutamisel ja nõuda hindamiskriteeriumide seotust hankelepingu esemega. Euroopa Kohus on hoiatanud, et üldpõhimõtete alusel ei saa anda direktiivi sätte tõlgendust, mis on direktiivi otsese ja selge sõnastusega vastuolus, sest vastasel korral oleks tegemist Euroopa Liidu, kui seadusandja, tahtega vastuolus oleva tõlgendusega¹⁸⁷.

2.1 Sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel hankija poolse diskretsiooni ulatus hindamise kriteeriumide seadmisel

Hankelepingu sõlmimise kriteeriumide eesmärk on võimaldada hankijatel määratleda oma eelistused lepingu täitmisel ning võrrelda pakkujate poolseid konkreetseid ettepanekuid, mis on suunatud lepingu täitmiseks, sh kaasnevad kulud. Euroopa Kohus on varasemalt sedastanud, et hankijal on ulatuslik diskretsioon pakkumuste hindamise kriteeriumide seadmisel, kuid kriteeriumide valik võib olla hõlmatud ainult nende valikutega, mille eesmärk on välja selgitada majanduslikult soodsaim pakkumus.¹⁸⁸ Sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel on rõhutatud ka seda, et alati ei ole eesmärk sõlmida leping mitte majanduslikult soodsaima pakkumuse teinud pakkujaga, vaid pigem kõige usaldusväärseimaga. Teisalt on sel juhul oht otselepingute sõlmimiseks. Majanduslikult soodsaim pakkumus võib hõlmata tegelikult kombinatsiooni hankija valikutest järgnevate näitajate vahel: hind, tarneaeg, eksploatatsioonikulud,

¹⁸⁶ Rähni, J. Hankija kaalutusõiguse teostamise piirid sotsiaalsete eesmärkidega riigihangete läbiviimisel. Magistritöö. Juhendaja Mari-Ann Simovart. Tartu: Tartu Ülikool 2021. lk 53. Kättesaadav arvutivõrgus: https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/72898/rahn_ma_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹⁸⁷ Kuusmann, T. RHS § 3/7. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 48.

¹⁸⁸ EKo C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV and State of the Netherlands*, p 19; EKo C-324/93, *The Queen versus Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd ja Macfarlan Smith Ltd*, p 42; EKo C-19/00, *SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo*, p 36; EKo C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon and Nikolaos Vlachopoulos v Dimos Alexandroupolis and Others*, p 29.

kulutõhusus, kasumlikkus, tehniline väärtus, toote või teenuse kvaliteet, funktsionaalne või esteetiline kvaliteet jne¹⁸⁹. Vastav nimekiri ei ole ammendav.

Hankedirektiividega täielikult reguleeritud hankemenetluste osas on Euroopa Kohus asunud varasemalt seisukohale¹⁹⁰, et pakkumus on tingimata seotud hankelepingu esemega, mistõttu peavad ka pakkumuste hindamise kriteeriumid olema seotud hankelepingu esemega ning järgima ühenduse õiguse aluspõhimõtteid ja eelkõige diskrimineerimise keelu põhimõtet. Seetõttu RHS 2.ptk, mis kohaldub hankemenetlustele, sätestab väga konkreetsed nõuded, mida hankija peab pakkumuste hindamise kriteeriumide seadmisel järgima, sh RHS § 85 lg 1 „hankija sätestab //..// majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamiseks hankelepingu esemega seotud ja reaalselt konkurentsi tagavad pakkumuste hindamise kriteeriumid“. Samas RHS §-is 126 ja §-is 144 selline regulatsioon hetkel puudub.

Riigihangete seaduse 3.ptk, mis reguleerib sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlusi ning 4.ptk, mis seotud kontsessioonilepingutega, on selles osas paindlikumad. Võib väita, et RHS §-is 144, mis käsitleb sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepinguid, on kehtiv seaduse hankija tegevust veelgi vähem reguleerinud kui RHS §-is 140. Jättes hankijale laia otsustusruumi riigihanke korraldamiseks oma objektiivsete ja põhjendatud vajaduste järgi. Riigihanke direktiividest 2014/24/EL ja 2014/23/EL nähtub, et Euroopa Liidu seadusandja on lihtsustatud erikorraga menetlustes hindamise kriteeriumite seadmise jätnud täpsemalt reguleerimata.

Hankedirektiivi 2014/24/EL kommentaar 114 selgitab sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluste osas, et tulenevalt nende teenuste olemusest, saavad liikmesriigid laialdased volitused teenuseosutajate valimise korraldamiseks, kuid arvesse tuleb võtta siiski läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid. Samas hankedirektiivi 2014/23/EL, mis reguleerib kontsessioonimenetlusi, kommentaar 53 selgitab, et selle direktiivi kohaldamisalast tuleks täies ulatuses välja jätta ainult need teenused, millel on piiratud piiriülene mõõde – nendeks peetakse teatud sotsiaal-, tervishoiu- või haridusteenuseid. Sama direktiivi kommentaar 54 selgitab, et arvestades kultuurikonteksti olulisust ning selliste teenuste tundlikkust, tuleks liikmesriikidele anda laialdased volitused teenuseosutajate valimise korraldamiseks viisil, mida nad peavad kõige sobivamaks.

¹⁸⁹ Bovis, C. H. (viide 185), lk 74.

¹⁹⁰ EKo C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne*, p 59, 63; EKo C-448/01, *EVN AG and Wienstrom GmbH v Republik Österreich*, p 66; EKo C-331/04, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl and Viaggi di Maio Snc v ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia and Comune di Venezia*, p 22.

Varasemalt on Euroopa Komisjoni märkinud, et järjepideva kontsessioonide raamistiku puudumine Euroopa Liidus on olnud põhjuseks, miks kontsessiooni antakse sageli ilma läbipaistva ja/või konkurentsipõhise protsessita ning et seetõttu ei suuda hankijad saavutada parimat väärtust, mistõttu võib olla takistatud väikeste ja keskmiste suurusega ettevõtete ligipääs turule.¹⁹¹ Teisalt ei ole seda justkui problemaatiliseks peetud kehtiva kontsessioonidirektiivi valguses sotsiaal- ja eriteenuste osas.

Õiguskirjanduses on väljatoodud, et võttes arvesse direktiivi 2014/23/EL selgitust 53, siis liikmesriigid on kohustatud spetsiifiliste reeglite sätestamiseks sotsiaal- ja eriteenuste kontsessiooni andmiseks. Sotsiaalteenuste kontsessioonid on loomult siseriiklikud, kuid avaldavad mõju siiski ka Euroopa siseturule. Jättes regulatsiooni liikmesriikide jaoks täiesti vabaks, puudub õiguslik sidusus, mis võib kaasa tuua otselepingute sõlmimise, potentsiaalsete konkurentide väljatõrjumise ja läbipaistvuse erineva taseme. Samuti võivad liikmesriigid tõlgendada ja sisustada erinevalt läbipaistvuse ja mitte-diskrimineerimise põhimõtteid.¹⁹²

Siinkohal on asjakohane mainida, et sotsiaal- ja eriteenuste tellimise osas on analoogiana ülekantav varasem kohtupraktika, mille järgi ei peeta vajalikuks üldpõhimõtete järgimiseks täita hankemenetlusi reguleerivaid üksikasjalikke formaalseid nõudeid¹⁹³. Vastasel korral kaotaks lihtsustatud menetlus mõtte ning arvatakse, et sellisel juhul oleks täiemahuliste reeglite rakendamine liialt koormav ja ebaefektiivne. Sotsiaal- ja eriteenuste puhul rõhutatakse nende teenuste spetsiifilisust ja erilisust, eeldatakse piiriülese huvi puudumist ning kui rakendada täies mahus hankedirektiive, siis võiks see Euroopa Kohtu hinnangul ohustada kasulikku mõju nende teenuste jaotumisest ja direktiivi kahe-tasandilist kohaldamisest¹⁹⁴.

Samas on autori arvates oluline jälgida, et menetluse lihtsustamise käigus ei unustataks ära hankedirektiividest tulenevate üldiste eesmärkide jälgimist – eelkõige rahaliste vahendite läbipaistev kasutamine, isikute võrdne kohtlemine ja konkurentsi efektiivne ärakasutamine. Vähem olulised ei ole RHS §-is 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtted, sest kuigi need asuvad riigihangete seaduse struktuuri üldsätete all, siis kohalduvad need kogu seadusega kehtestatud regulatsioonialale, sh ka vähem reguleeritud sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingutele. Mistõttu saaks väita, et kõigi hankelepingute sõlmimise

¹⁹¹ Bovis, C. H. (viide 185), lk 84.

¹⁹² Bovis, C. and Clarke, C. (viide 48), lk 1164.

¹⁹³ EKo C-226/09, *European Commission v Ireland*, p 40, 43.

¹⁹⁴ EKo C-95/10, *Strong Segurança SA v Município de Sintra and Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança*, p 42.

hindamiskriteeriumite olulised nõuded tulenevad, eelkõige nn esmasest õigusaktist ehk ELTL-ist, läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise põhimõtetest ning on kohaldatavad ka sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlustele ning kontsessioonilepingu sõlmimise menetlusele.

See omakorda suunab kaudselt RHS §-i 85 juurde, kus on sätestatud hindamiskriteeriumite põhimõtted aidates tagada riigihanke üldpõhimõtete järgimise, vähendamaks hindamise subjektiivsust ning tõhustada just majanduslikult soodsaima pakkumuse väljavalimist. Seega võiks ja saaks sarnaseid põhimõtteid järgida ka sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel. Autori väidet selle võimalikkuse kohta aitab kinnitada ka riigihangete seaduse muutmise eelnõu 491 SE¹⁹⁵, kus sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluste osas tehti muudatusettepanek, kus hankijal on võimalus ilma täpsustuseta järgida RHS §-is 85 sätestatud. Hankijal on sellest võimalus siiski kõrvale kalduda sätestades riigihanke alusdokumentides erineva menetluskorra. Seletuskirja kohaselt tehakse muudatus vastavalt praktikas esinevate ning huvigruppidega konsulteerimise käigus tõusetunud kitsaskohtade ületamiseks sotsiaal-ja eriteenuste erimenetluse läbiviimisel. Probleemseid hindamiskriteeriumeid käsitleb autor käesolevas töös, mis ilmestab seni seaduses olnud tühimikku.

Täiendatakse ka sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute sõlmimist reguleerivaid sätteid täpsustusega, et menetluskorra määramisel saab hankija lähtuda ka teistest RHS paragrahvidest. Muudatused on vajalikud eelkõige selleks, et menetluses osalevad ettevõtjad oleksid algusest peale teadlikud reeglitest ja nõutest, mille kohaselt menetlus läbi viiakse. Seega on Eesti seadusandja leidnud, et varasemalt oli riigihangete seadus selles osas puudulik ning vajab täpsustamist ja täiendavat reguleerimist. Ja mis kõige olulisem, see on ka võimalik.

Ka direktiivi 2014/24/EL artikkel 76 nõuab, et riigisiseseid reeglid tagaksid läbipaistvuse ja ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõtete järgimise¹⁹⁶ ning artikkel 76 lg 2 kohaselt võivad ette näha, et teenuseosutaja valitakse välja kõige parema hinna-pakkumise suhtega pakkumuse alusel võttes arvesse sotsiaalteenuste kvaliteedi ja jätkusuutlikkuse kriteeriume. Seega nähtub, et RHS §-i 126 täpsustused ja viide RHS §-ile 85 oleks võinud olla seaduses juba alates 01.09.2017.

¹⁹⁵ RHS seletuskiri (491 SE), viide 144.

¹⁹⁶ Smith, S. (viide 19), lk 165.

Kuivõrd saab aga väita, et sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses peavad hindamiskriteeriumid olema seotud lepingu esemega, analüüsib autor järgmises alapeatükis.

2.1.1 Sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses hindamise kriteeriumide lepingu esemega seotuse nõude võimalikkus

Kehtiva riigihangete seaduse pinnalt on ebaselge, milline regulatsioon on otsekohalduv hindamiskriteeriumide osas sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse osas. Õiguskirjanduses on märgitud¹⁹⁷, et tavapärase kontsessioonilepingu sõlmimisel ei ole RHS §-d 85 ja 86 otseselt kohaldatavad, välja arvatud mõned sätted neist paragrahvidest analoogia korras.

Põhimõtteliselt ei ole kaks regulatsiooni (teenuste hankedirektiiv ja kontsessioonidirektiiv) teineteisest märkimisväärselt erinevad. Mõlemad lähtuvad samadest põhinõuetest: konkurentsi tagamine, majandusliku soodsuse väljaselgitamine, kriteeriumide objektiivsus, seotus lepingu esemega.¹⁹⁸ Aga sellest ei ole võimalik koheselt järeldada, et sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetlusele kohalduks samad põhimõtted võttes arvesse, et direktiiv ise ei näe ette sisulisi reegleid. Euroopa Komisjoni hinnangul leiti, et sobiv ja vajalik jätta teatud sotsiaalteenused kontsessioonidirektiivi täielikust kohaldamisalast välja¹⁹⁹ ning sellisele riigihanke menetlusele kõikehõlmava reeglistikku rakendamine võib olla poliitiliselt tundlik teema²⁰⁰. Samas on toitlustusteenuste puhul tegemist siiski eriteenustega.

Liikmesriikidel oodatakse, et nad kehtestaksid asjakohased meetmed seoses kõnealuste teenuste kontsessioonilepingute sõlmimisega, tagades sellega läbipaistvuse ja ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõtete järgimine, võimaldades samas avaliku sektori ja võrgustiku sektori hankijatel anda teavet kõnealuste teenuste eripära kohta. Liikmesriigid peaksid tagama, et avaliku sektori hankijatel ja võrgustiku sektori hankijatel lubatakse võtta arvesse vajadust tagada innovatsioon ja kooskõlas ELi toimimise lepingu artikli 14 ja protokolliga 26 hea

¹⁹⁷ Parind, M. RHS § 140/3. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 909.

¹⁹⁸ Parind, M. RHS § 140/3. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 909.

¹⁹⁹ Bovis, C. and Clarke, C. (viide 48), lk 1163.

²⁰⁰ Bovis, C. H. (viide 185), lk 598.

kvaliteet, ohutus ja vastuvõetav hind, võrdne kohtlemine ning üldise juurdepääsu ja kasutajate õiguste edendamine²⁰¹.

Christopher Bovis tõdeb²⁰², et paljude liikmesriikide kontsessioonid jäävad valdavalt siseriiklikele pakkujatele. Põhjuseks iga riigi erinevad kontsessiooni andmise õiguslikud reeglid, kuid ka sobimatu või ebaseaduslik tegevus. Lisaks rõhutab ta seda, et selgete reeglite puudumine toob kaasa mitteobjektiivsete valiku- ja lepingu sõlmimise kriteeriumide kasutamise, sh eelkõige seda, kui parima pakkumuse leidmisel võetakse arvesse lepingu esemega mitteseotud asjaolusid, mis kahjustavad sellega õiglast hindamist.

Autori hinnangul nähtub olevat sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingutele mõeldud paragrahv RHS-is üsna lakooniline. Üllatav on see, et kui muudes erimenetlustes viidatakse alati ka kohustele järgida RHS §-ist 3 tulenevaid üldpõhimõtteid, siis RHS §-is 144 pole selle viite lisamist vajalikuks peetud. Kuigi RHS § 3 asub üldsätete all ning kohaldub kõigile riigihanke menetlustele, võib siiski selline seaduse ülesehitus tekitada vähema praktikaga hankijatele ning pakkujatele segadust eeldades, et on piiramatu vabadus kasvõi hindamiskriteeriumite sätestamisel. Lisaks puudub viide ka sellele, et kontsessioonimenetlustes peab hankija lähtuma nendest RHS 1.peatüki sätetest²⁰³, mis konkreetse riigihanke tehiosid arvesse võttes kohalduvad.

Mario Sõrm koos Mart Parindiga on Riigihankeblogis²⁰⁴ arutanud selle üle, milline võiks olla ideaalne riigihangete seadus. Tuues välja selle, et hetkel kehtiv struktuur on varasemate RHSide pärand. Lisaks märgiti, et „Oluliselt lihtsam ja selgem oleks võtta RHS-i õigusloomes aluseks, et kõik menetlused, välja arvatud ideekonkurss, on hankemenetlused ja toimuvad etappide ja põhimõtete osas samade reeglite alusel nii palju, kui menetluse iseloom võimaldab.//...// See muudaks seaduse struktuuri suuresti toimingupõhiseks ja selgeks ning puuduks vajadus hankemenetluste ja erimenetluste eristamiseks, koos sellest tõusetuva peavalu ja ebaselgusega kohaldatavate normide osas“. Seda ettepanekut toetab ka autor.

Kontsessioonidirektiivi 2014/23/EL selgituses 73 on märgitud, et avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija peaks hindama pakkumusi ühe või mitme hindamiskriteeriumi alusel ning

²⁰¹ Bovis, C. and Clarke, C. (viide 48), lk 1163.

²⁰² Bovis, C. H. (viide 185), lk 600-601.

²⁰³ VaKoo 04.07.2018 otsus nr 144-18/195081

²⁰⁴ Sõrm, M, Parind, M. Milline võiks olla ideaalne riigihangete seadus. - Riigihankeblogi, 26.10.2020. Arvuvõrgus kättesaadav: <https://riigihankeblogi.com/2020/10/26/milline-voiks-olla-ideaalne-riigihangete-seadus/>

selleks, et tagada läbipaistvus ja võrdne kohtlemine, peaksid kontsessiooni hindamise kriteeriumid alati vastama mõnele üldstandardile. Need standardid võivad osutada teguritele, mis ei ole üksnes majanduslikud, vaid millel on mõju pakkumuse maksumusele. Kriteeriumid peaksid olema seotud lepingu sisuga ega tohiks anda avaliku sektori või võrgustiku sektori hankijale piiramatut valikuvabadust. Hindamiskriteeriumidega peaks tagatama tegelik konkurents ja nendega peaksid kaasnema nõuded, mis lubavad pakkujate esitatud teavet ka tegelikult kontrollida. Kuid kontsessioonidirektiivi 2014/23/EL artikkel 19, sotsiaalteenused ja muud eriteenused, sellisel kujul nõudeid hindamiskriteeriumitele nõudeid ei kehtesta, mistõttu ei ole võimalik viidata konkreetsetele sätetele ja punktidele. Samas on kontsessioonidirektiivi 2014/23/EL artiklis 3, üldsätted, välja toodud, et hankijad peavad kohtlema ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsemine peab toimuma läbipaistval ja proportsionaalsel viisil, mis autori hinnangul võiks kohalduda kogu direktiivi reguleerimisalale, sh sotsiaal ja muude eriteenuste kontsessioonilepingud.

Magistritöö autor ei sooviks kuidagi tõlgendada direktiivi laiendavamalt, sest ka Euroopa Kohus on sedastanud, et kuigi direktiividel on teatud põhieesmärgid, siis ei saa nendest eesmärkidest, ükskõik kui oluline see ka ei oleks, tuletada selle direktiivi otsesele sõnastusele vastupidist tõlgendust²⁰⁵. Siinkohal võib veelkord kõrvutada RHS §-i 3 üldpõhimõtteid, mis sätestavad, et hankija peab tegutsema riigihanke korraldamisel läbipaistvalt, kontrollitavalt ja proportsionaalselt ning neid tuleb kohaldada vastastikusel mõjus, üht või teist esiplaanile seadmata²⁰⁶. Kõigi riigihanke tunnustele vastavate hangete läbiviimisel või hankelepingu tunnustele vastavate lepingute sõlmimisel on üldpõhimõtete järgimine kohustuslik, sh väikeostud, küll aga ei ole põhimõtete kohaldamise määr kõikidel ühesugune²⁰⁷.

Hankemenetluste hindamiskriteeriumeid reguleeriva RHS § 85 selgituseks on riigihangete seaduse kommenteeritud väljaandes märgitud, et selle paragrahvi eesmärk ei ole reguleerida pakkumuste hindamise etappi, vaid just seda, et oleks tagatud riigihanke üldpõhimõtete järgimine²⁰⁸. Kuigi RHS §-is 144 pole sellist abistavat viidet või sätet, siis saab autori hinnangul tugineda eelkõige RHS §-le 3, mis aitaks välistada seda, et lihtsustatud menetluskord võimaldaks piiramatut valikuvabadust sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise

²⁰⁵ EKo C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, joined party: Herold Business Data AG*; EKo C-226/09, *European Commission v Ireland*.

²⁰⁶ TlnRko 3-14-51156, p 16.

²⁰⁷ Kuusmann, T. RHS § 3/12. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 50.

²⁰⁸ Fels, E. RHS § 85/2. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 473

menetluse hindamiskriteeriumitele. Kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses on sarnaselt hankemenetlusele vajalik tagada kontrollitavus ning ettevõtjaid tuleb kohelda võrdselt, sh kõigil pakkujatel peavad olema võrdsed võimalused ja pakkuja võib eeldada, et pakkumused esitatakse samadel tingimustel²⁰⁹.

Bovis ja Clarke on hankedirektiivide kommentaarides samuti avaldanud arvamust, et kui jätta hankijatele vabaduse kuulutada välja sotsiaalteenuste kontsessioonid ainult ELTLi põhimõtete alusel ning mitte siduda neid õiguslikult järgima õiglast lepingu sõlmimise menetlust, jätab see võimaluse otselepingute sõlmimiseks. Lisaks võib tekkida oht potentsiaalsete konkurentide välja tõrjumiseks. Seda kõike soodustaks muidugi ka liikmesriikide seadusandluse erinev läbipaistvus. Eelpool nimetatud autorite arvates kõik need sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonimenetlused, mis avaldavad kaudset mõju piiriülesele tegevusele, tuleks viia direktiivi otsesesse reguleerimisalasse, mitte jätta riiklikult reguleeritavaks²¹⁰.

Kuigi RHS § 3 annab teatud pidepunktid sotsiaal- ja eriteenuste hindamiskriteeriumite seadmiseks, sh suundumus, et hindamiskriteeriumid peavad olema hankelepingu esemega seotud, siis võib-olla tasuks siinkohal võtta arvesse varasemat Euroopa Kohtu praktikat kontsessioonimenetluste osas. Teatud mõttes on sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingud nendega sarnased ehk siis suures ulatuses reguleerimata. Euroopa Kohus on ühelt poolt keeldunud sekkumast liikmesriikide seadusandlikesse valikutesse valdkondades, mida liidu õigus ei hõlma, kuid teisest küljest on kohus korranud, et kahtluse alla ei saa seada ELi õiguse põhimõtteid²¹¹.

Aastal 2000, mil ei olnud veel avaldatud eraldi kontsessioonide direktiivi, tegi Euroopa Kohus otsuse, mida teatakse *Telaustria*²¹² kaasuse all. Selles otsuses rõhutas kohus ning on ka edaspidi²¹³ korranud, et kuigi teenuste kontsessioonilepinguid ei hõlma ükski EL riigihangete direktiivi, on neid sõlmivad ametiasutused siiski kohustatud järgima asutamislepingu põhireegleid – eelkõige Euroopa Liidu Toimimise Lepingu artikleid 49 ja 56 (kodakondsuse alusel mittediskrimineerimise põhimõte ja võrdse kohtlemise põhimõte). Kodakondsuse alusel diskrimineerimise keeld ja võrdse kohtlemise põhimõte tähendavad läbipaistvuse kohustuse

²⁰⁹ C-387/14; EKo 13.07.2017, C-74/16 *Ingsteel spol. s r. o., Metrostav a.s. vs Úrad pre verejné obstarávanie*, p 34.

²¹⁰ Bovis, C. and Clarke, C. (viide 48), lk 1164.

²¹¹ EKo C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) versus Comune di Cingia de' Botti*.

²¹² EKo C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, joined party: Herald Business Data AG*, p 60

²¹³ EKo C-347/06, *ASM Brescia SpA v Comune di Rodengo Saiano*, p 58; 2013 C-221/12, *Belgacom NV versus Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) jt*, p 28.

rakendamist. Tuleb siiski märkida, et Euroopa Kohtu arutluskäik Telaustria kohtuasjas ja sellele järgnenud läbipaistvust puudutav kohtupraktika ei põhine otseselt teenuste kontsessioonide eripäradel. Selle asemel on kohus tuginenud üldisematele mõistetele konkurentsi, erapooletuse ja lepingute sõlmimise (hankemenetluste) kohta²¹⁴. See kaasnev kohustus seisneb muu hulgas selles, et igale võimalikule huvitatud isikule tuleb tagada piisaval määral informeeritust vastavast hankes, et oleks tagatud teenuste turu avamine konkurentsile ja menetluse erapooletus²¹⁵. Siin peetakse läbipaistvuse nõuet järelevalvefunktsiooniks, kuigi laia võrdse kohtlemise põhimõtte kontekstis on selle üheks aspektiks ka mittediskrimineerimine²¹⁶.

Sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute kontekstis peetakse läbipaistvuskohustuse nõude täitmist lahendatuks eelkõige kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse eelteate esitamisega. Kuigi direktiiviga ette nähtud vähene regulatsioon kehtib kontsessioonilepingutele alates rahvusvahelisest piirmäärast, siis sellest künnisest allapoole jäävate riigihangete osas on liikmesriikidel õigus ise regulatsioon sätestada. Seega Eesti seadusandja kohustab RHS §-is 144 sätestatud menetlusreegleid järgima juba alates riigihanke piirmäärast (sotsiaalteenuste kontsessioonilepinguid alates 300 000 eurost ja eriteenuste kontsessioonilepinguid alates 60 000 eurost). Näiteks Soomes on riigihanke piirmäär eriteenuste kontsessiooni osas alates 300 000 eurot ning sotsiaalteenuste osas alates 400 000 eurot.

Kohtuotsus *Parking Brixen*²¹⁷ siseneb samasse õiguslikku arutluskäiku. Kohus kordas kohtuotsuses *Telaustria* ja *Coname* tehtud järeldusi, mille kohaselt peavad hankijad alati, kui sõlmivad lepinguid väljaspool direktiive (nt sel ajal teenuste kontsessioonid), järgima kodakondsuse alusel mittediskrimineerimise ja võrdse kohtlemise põhimõtet, mis on tihedalt seotud asutamiseõiguse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtetega.

Euroopa Kohus on menetlenud kohtuasja *Euroopa Komisjon vs Iirimaa*²¹⁸, mis oli seotud nn B-teenustega²¹⁹. Vastavad teenused ei pidanud vastama direktiivi nõuetele, kuid kui küsimus tekkis hindamiskriteeriumite osakaalude muutmise õigusel peale pakkumuste esitamist, siis

²¹⁴ J.Wolswinkel.(viide 62), lk 398.

²¹⁵ EKo C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, joined party: Herold Business Data AG*, p 62; EKo C-458/03, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*, p 49; EKo C-91/08, *Wall AG v La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, p 36.

²¹⁶ Arrowsmith, S. Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies. - Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud. 1 (2011-2012), lk 15.

²¹⁷ EKo C-458/2003, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*

²¹⁸ EKo C-226/09, *European Commission v Ireland*, 42-43.

²¹⁹ Hankedirektiiv 2004/18/EÜ.

sedastas kohus, et Euroopa Kohtu praktikas²²⁰ on kohustus avaldada nii hindamise kriteeriumid, ja kui võimalik, siis ka nende suhtelised osakaalud. Eesmärgiks võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimine. Läbipaistvuse kohustusest tuleneb eelkõige avalikustamise nõue – hankija annab riigihankest huvitatud isikutele teada hankega seotud asjaolud, nt avaldab hanketeate, kui see on kohustuslik. Euroopa Kohus on asunud seisukohale²²¹, et läbipaistvuse põhimõte, mis tuleneb võrdse kohtlemise põhimõttest, on sisuliselt mõeldud selleks, et välistada hankija pooldamise või meelevaldsuse oht.

Kuigi Evropaïki Dynamiki otsuses tähendas see eelkõige seda, et kõik tingimused ja üksikasjalikud eeskirjad tuleb esitada selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt, siis autori arvates ilmneb meelevaldsuse oht juba ka siis, kui hindamise kriteeriumid ei ole kuidagi hanke esemega seotud või neid tõlgendatakse hindamise käigus teisiti, kui algselt. Kuidas muidu tagada objektiivsus ja pakkumiste reaalne võrdlemisvõimalus. Euroopa Kohus on täiendavalt märkinud²²², et läbipaistvuse kohustuse eesmärk seisneb ka sellise ohu välistamises, kus hankija eelistab soosikuid või tegutseb meelevaldselt. See kohustus eeldab, et kõik riigihanke tingimused ja menetluse kord oleksid aitaksid tähelepanelikel pakkujatel mõista nende täpset ulatust ja nendest ühtemoodi aru saada ning teiselt poolt peab hankija saama tõhusalt kontrollida, kas pakkujate esitatud pakkumused vastavad tegelikult kõnealuse riigihanke tingimustele.

Kontsessioonidirektiiv üldiselt suunab hankijaid kasutama just objektiivseid kriteeriumeid, mis oleksid seotud kontsessioonilepingu keskse eesmärgiga ja pakkumusi võiks hinnata konkurentsi soodustavatel tingimustel. Seega hindamiskriteeriumid, mis oleksid seotud hanke esemega (objektiivne võrdlusalus) aitaks välistada hankijate põhjendamatud või diskrimineerivad otsused²²³. Küll aga on teatud erandid lubatud, nt ühel ELTL artiklis 52 sätestatud alusel (välisriigi kodanike teistsuguse kohtlemise avaliku korra, avaliku julgeoleku või rahvatervise huvides) või lähtuvalt Euroopa Kohtu praktikast võib see olla õigustatud ülekaaluka üldise huvi tõttu²²⁴.

²²⁰ vt EKo C-470/99: *Universale-Bau* jt, punkt 98; EKo C-331/04: *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl and Viaggi di Maio Snc v ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia and Comune di Venezia*, p-d 22–24.

²²¹ EKo T-50/05, *Evropaïki Dynamiki - Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v European Commission*.

²²² EKo C-74/16 *Ingsteel spol. s r. o., Metrostav a.s. vs Úrad pre verejné obstarávanie*, p 34

²²³ *Bovis, C. H.* (viide 185), lk 649.

²²⁴ EKo C-221/12, *Belgacom NV versus Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) jt*, p 25 jj.

Piirangud riigihanke läbiviimisel on õigustatud, kui need puudutavad inimeste tervist ja elu, kuid mitte ainult ärilistel põhjustel²²⁵. Sotsiaalministeerium on selgitanud²²⁶, et tervis ei ole pelgalt haiguse puudumine, vaid sotsiaalse, füüsilise ja vaimse heaolu seisund ning rahvatervis on intersektoraalne valdkond, mille eesmärk on pikendada inimeste eluiga, parandada nende elukvaliteeti ning vähendada tervisealast ebavõrdsust. Euroopa Kohtu otsustes on rahvatervise temaatika läbi käinud eelkõige meditsiini- ja haiglateenuste vaatest²²⁷. Autori hinnangul on kindlasti toitlustusteenused seotud tervisega, kuid samas ka tervislikkusega. Teisalt on toitlusvaldkonnas kehtestatud mitmeid õigusakte²²⁸, millele pakutav teenus peab vastama ning kohene viide rahvatervisele ei tohiks olla selles valdkonnas selliste hindamiskriteeriumite kasutamise aluseks, mis kuidas piiraks kunstlikult konkurentsi, tekitaks diskrimineerimisohtu või oleksid läbipaistmatud.

Seoses rahvatervisega on Euroopa Kohus oma otsus sedastanud, et isegi kui direktiivist tulenevad konkreetset reeglid nt individuaalsete omaduste ja seadmete kasutustulemuste eelistamiseks, siis hankija ei ole kohustatud neid järgima, kui on tagatud võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise ning läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtted²²⁹. Proportsionaalsuse jälgimine on vajalik, sest rahvatervis on oluline, kuid tundlik valdkond, mistõttu võivad liikmesriigid ise otsustada, millisel tasemel nad kavatsevad rahvatervise kaitse tagada ja kuidas selline tase saavutatakse.

Ja kui tuua välja ka veel ülekaaluka üldise huvi kriteerium, siis Tallinna Ringkonnakohus on oma määruses²³⁰, mis seotud koolitoitlustusteenuse hankelepingu sõlmimise keelamise kaebusega sedastanud, et koolis toitlustamise tagamine on kahtlemata kaalukas avalik huvi (põhikooli- ja gümnaasiumiseaduse § 42 lg 1). Teisalt märkis kohus samas määruses ka seda, et avalikes huvides on ka aus ja õiglane hankemenetlus. Euroopa Kohus on selgitanud sedagi, et väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et majanduslikke põhjendusi ei saa pidada üldisest huvist lähtuvateks olulisteks põhjusteks, millega õigustada asutamislepinguga tagatud põhivabaduse piiramist²³¹.

²²⁵ EKo C-324/93, *The Queen versus Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd ja Macfarlan Smith Ltd*.

²²⁶ Sotsiaalministeeriumi veebileht. Rahvatervis. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.sm.ee/et/rahvatervis>

²²⁷ EKo C-413/17, *Roche Lietuva*; C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” jt versus San Lorenzo Soc. coop. Sociale ja Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*.

²²⁸ Nt Sotsiaalministri 15.01.2008 määrus nr 8 „Tervisekaitsenõuded toitlustamisele koolieelseslasteasutuses ja koolis”

²²⁹ EKo C-413/17, *Roche Lietuva*.

²³⁰ TlnRnKm 3-21-1060, p 13-15.

²³¹ EKo C-221/12, *Belgacom NV versus Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) jt*, al p 38.

Eelpool väljatoodust võib järeldada, et toidlustusteenuste hangete läbiviimisel ei ole võimalik koheselt tugineda rahvatervise erandi või ülekaalukate üldiste huvide kriteeriumile, mis annaks võimaluse kõrvale kalduda läbipaistvuskohustusest ja võrdse kohtlemise põhimõttest. Liikmesriigid just on kohustatud määrama konkreetsed siseriiklikud reeglid sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu menetluse jaoks - pidades silmas innovatsiooni, teenuste kvaliteeti, taskukohasust ning Euroopa Liidu aluslepingu läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid²³². Läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtete järgimiseks peab hankija suutma kehtestada objektiivseid hindamiskriteeriumid, mis aitavad tal valida parima pakkumuse. Vastasel korral on oht teha läbipaistmatu otsus.

2.2 Näiteid toidlustusteenuste tellimisel kasutatud hindamise kriteeriumidest, mis seavad kahtluse alla nende õiguspärasuse ja lubatavuse

Igal aastal kulutavad ca 250 000 hankijat Euroopa Liidus ligikaudu 14% SKP-st, mis moodustab ca 1,9 triljonit eurot, teenuste, asjade ja ehitustööde ostmiseks. Sotsiaaltoidusteenuste turu kogumahuks koos erasektori kulutustega on hinnatud ca 82 biljonit eurot, moodustades suure ja võimsa turu, mida ei tohiks jätta tähelepanuta. Toidlustusega seotud riigihangete suure väärtuse ja mahu tõttu on avalik-õiguslikel asutustel potentsiaali turgu juhtida ja innovatsiooni kiirendada, et pakkuda oleks võimalik õiglasel ja läbipaistval moel tasakaalukat ja tervislikumat toitumist. Haridussektoril peetakse olevat märkimisväärne majanduslik ja sotsiaalne mõju.²³³

Käesoleva alapeatüki kirjutamisel on aluseks riigihangete registris alates 2017. aasta sügisest läbiviidud toidlustega seotud sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluste ning kontsessioonilepingu sõlmimise menetluste hindamise kriteeriumide kasutamine. Välja on toodud näiteid kriteeriumidest, millel autori hinnangul ei ole seost hankelepingu esemega või mis ei ole muul moel õiguspärased parima pakkumuse leidmisel. Kõrvutatud on neid asjakohase kohtupraktikaga. Oluline on tähelepanu juhtida ka asjaolule, et üldjuhul hindamise nähtunud praktikast hindamiskriteeriumeid enne pakkumuste esitamist ei vaidlustata. Autori arvates võib siin põhjus on esiteks selles, et pakkujad ei taju selliste kriteeriumide ebasobivust ning ilmselt ei riiva sellised tingimused nende õiguseid sedavõrd, et alustada vaidlustusmenetlust.

²³² Bovis, C. and Clarke, C. (viide 48), lk 1163

²³³ Calderia, S., Storcksdieck, S., Bakogianni, I. Public Procurement of Food for Health. Technical report on the school setting. – Malta: Joint Publication of the Maltese Presidency and the European Union 2017, lk 12-13.

Riigihanke direktiivide eesmärgiks on tõhusa konkurentsi edendamine, sh peavad reaalselt konkurentsi tagama ka pakkumuste hindamise kriteeriumid, kui ei ole just teatud põhjuseid tulenevad hanke eripäradest. Tasub märkimist, et RHS §-is 85, millele hetkel siiski RHS §-is 126 ja §-144 otseviiteid ei ole ning mida kohaldatakse eelkõige hankemenetluste, kasutatakse hindamiskriteeriumite kohta sõnastust „hankelepingu esemega seotud“ ja „reaalselt konkurentsi tagavad“.

Termin „hankelepingu esemega seotud“ leidis kajastust aastal 2000, mil Euroopa Komisjonilt tuli vastav ettepanek lisada see 2004. aasta direktiividesse²³⁴. Nüüdseks on mõiste seotud kõigi teiste valdkondadega - nii hindamiskriteeriumid, tehniline kirjeldus, märgised jms. Artikkel 67 lg 3 direktiivist 2014/24/EL ja artikkel 41 lg-d 1 ja 2 direktiivist 2014/23/EL viitavad lepingu alusel osutatavate ehitustööde, asjade või teenuste kogu olelusringile ning seetõttu peab kriteerium olema seotud hankelepingu esemega. RHS §-is 126 eraldi hindamiskriteeriumeid ei mainita, viidatakse vaid üldiselt sellele, et korraldamisel peab lähtuma §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest. RHS § 140, mis on mõeldud kontsessioonilepingutele, tuuakse samuti sisse sõnastus „kontsessioonilepingu esemega seotud pakkumuste hindamise kriteeriumid“. RHS § 144 ei viita isegi mitte RHS §-ile 3, kuid samas peab ka siin menetluses järgime riigihangete seaduse üldpõhimõtteid.

Kui hindamise kriteerium poleks seotud hangitava teenusega, siis võib tekkida küsimus, et kuidas aitab see välja selgitada ühe pakkumuse eelist teise ees. Seega, kui edukas pakkumus valitakse välja näiteks majandusliku soodsuse alusel, siis peaks hankija eesmärgiks olema lepingu sõlmimine sellise pakkujaga, kelle pakkumus oli parim just hinna ja kvaliteedi suhte poolest või siis ainult hinna alusel. Ka pakkujate võrdse kohtlemise põhimõte, mille eesmärk on soodustada hanke menetluses osalevate ettevõtjate vahelise terve ja tegeliku konkurentsi arengut, nõuab kõigile pakkujatele pakkumuse koostamisel võrdsete võimaluste tagamist, ning tähendab seega, et kõigi pakkujate esitatud pakkumustele peavad kehtima samad tingimused²³⁵. Siinkohal võib „samad tingimused“ mõista ka selliselt, et erinevatel alustel esitatud pakkumused pole samuti hindamiskriteeriumide abil võrreldavad. Näiteks, kui hindamiskriteeriumiks on toidu degusteerimine koolides/lasteaias sealse menüü alusel²³⁶ - kas pakkumuse saab esitada ka pakkuja, kes üldse veel ei toitlusta või kuidas on sel juhul toimuks

²³⁴ R.Caranta. A. Sanchez-Graells. (viide 49), lk 716, komm. 67.25

²³⁵ EKO C-496/99 P komisjon vs. CAS Succhi di Frutta , p 110; EKO C-42/13 Cartiera dell'Adda SpA v CEM Ambiente SpA, p 44.

²³⁶ „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutajate leidmiseks“ viitenumber 224476, sarnane ka „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu Lasteaiale Poku toitlustamisteenuse osutaja leidmiseks“ viitenumber 228136.

hindamine võrdsetel alustel? Toidu degusteerimine hindamiskriteeriumina on kindlasti üks võimalusi hindamaks parimat hinna ja kvaliteedi suhet. Kuid siis peab hankija läbi mõtlema, kuidas realselt tagada objektiivsus ning parima hinna ja kvaliteedi suhe just konkreetse sõlmitava lepingu täitmisel. Eesmärgiks ei saa olla eelneva lepingu täitmise hindamine.

Riigihankeid peetakse üheks vahendiks, mida kasutada aruka, jätkusuutliku ja kaasava majanduskasvu saavutamiseks, tagades samal ajal riiklike vahendite tõhusa kulutamise. Seetõttu on Euroopa Komisjon näinud ette, et 2014. aasta hankedirektiivide eesmärgiks on tagada parimad võimalikud hanke tulemused hinna ja kvaliteedi suhte osas. Teine eesmärk on tagada hankijate võimalused kasutada riigihankeid vahendina, mis aitavad saavutada ühiskondlike eesmärke, nagu nt keskkonnakaitse, energiaefektiivsus, innovatsioon jne²³⁷. Seetõttu ei saa alahinnata hankelepingu sõlmimise kriteeriumide valikut ja kasutamist, sest Euroopa Liidu hankedirektiivides on alati teadvustatud seda, et hind ei ole ainus määraja²³⁸. Nii on aastate jooksul kvaliteedielementide kasutus pidevalt kasvanud, sest Euroopa Liidu õigusaktid julgustavad hankijaid riigihankeid läbi viima kvaliteedile orienteeritult, kuid praktikas võivad hankijad siiski otsustada, et konkreetse hankelepingu sõlmimisel on kõige sobivam kriteerium madalaim hind.²³⁹

Magistritöös tõi autor esimeses peatükis välja, et Eesti kooli- ja lasteaiatoitlustusteenuste tellimisel on variante, kus omavalitsus ja riik tasuvad koostöös koolilõuna maksumuse saajaprotsendiliselt või koolilõuna on teatud ulatuses kompenseeritud või siis täielikult lapsevanema rahastada. Seetõttu on toitlustusteenuse hangetes tihtipeale hinna asemel kasutuses ka kvaliteedikriteeriumid või siis kasutatud mõlemat ning hindamiskriteeriumid koostatud üsna turvaliselt (autori hinnangul oli märgata sarnasust või üks-ühele hindamiskriteeriumid kõigil Tallinna lasteaedades). Samas alusdokumentidesse kirja pandud hindamiskriteeriumid ei ole seotud hankelepingu esemega või pole sobilikud hindamaks ühe pakkumuse eelist teise ees ning ei väljenda majanduslikku soodsust (eriti juhul, kui hankija on alusdokumentides märkinud, et leping sõlmitakse majanduslikult soodsaima pakkumusega).

Hindamiskriteeriumi hankelepingu esemega seotuse tuvastamisel tuleb hinnata, kas kvalitatiiivne kriteerium omab otsust ja kontrollitavat mõju lepingu täitmisel. Sedagi, kas selline

²³⁷ Inden, T. in M. Steinicke, P.I. Vesterdorf (koost.) EU Public Procurement law: Brussels commentary. Baden-Baden: Nomos Print 2018, lk 715.

²³⁸ Aquilina, D. The valuation of contracts for the purposes of the EU Public Contracts Directive. – Public Procurement Law Review 2018/1, lk 12.

²³⁹ Bordalo Faustino, P. Award criteria in the new EU Directive on public Procurement. – Public Procurement Law Review 2014/3, lk 125.

kriteerium toob kaasa mõju pakkumuse majanduslikule soodsusele.²⁴⁰ Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses „Toitlustusteenuse tellimine Tallinna Järveotsa Gümnaasiumile“ (viitenumber 222922) saatis VaKo Rahandusministeeriumile teate²⁴¹ ettekirjutuse kaasa tuua võiva asjaolu esinemise kohta. Nimetatud hankes oli eduka pakkumuse valiku aluseks majanduslikult soodsaim pakkumus ja pakkumusi sooviti hinnata kahe erineva kvaliteedikriteeriumi alusel: erinevate pakutavate praadide arv ühel päeval ja erinevate suppide arv ühel päeval. Võrdsete hindepunktide korral võrreldakse koolieine ja hommikupudru maksumusi kokku, kusjuures hanke alusdokumentide lisas 3 „Koolieine ja hommikupudru maksumuse esildis“ on välja toodud kaks konkreetset rooga koos konkreetsete retseptidega. Pakkujad pidid esitama kummagi roa ühe portsjoni maksumuse ühe inimese kohta ning need maksumused tuli summeerida. VaKo hinnangul esinesid sellises lisamehhanismis eduka pakkuja välja selgitamiseks mitmed põhimõttelised puudused. Üheks nendest oli asjaolu, et riigihanke alusdokumentidest tervikuna ei tulenenud seda, et edukas pakkujal on kohustus ka pakkumuses hindamiseks esitatud roogasid pakkuda. Kui edukas pakkuja saab ise valida, milliseid roogasid koolieineks ja hommikupudruks pakkuda, siis on küsitav, kuidas saavad pakkujate pakutud hinnad sellises olukorras iseloomustada pakkumuse soodsust. Järelevalvemenetluses tuvastati, et antud hindamise kriteerium ei võimalda pakkumuste hindamisel välja selgitada tegelikku majanduslikku soodsust, sest hinnatava kriteeriumi mõju lepingu täitmisele ei ole kontrollitav ja see vastuolus RHS § 3 p-ga 1.

Sarnast probleemi ilmes ka sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutajate leidmiseks“ (viitenumber 224476), kus hankija oli hankedokumentis sätestanud, et eduka pakkumuse valiku aluseks on majanduslikult soodsaim pakkumus. Hindamisel kasutati siiski ainult kvaliteedi kriteeriumeid, milleks oli menüü hindamine ja toidu degusteerimine, mis omakorda jagunes erinevateks alakriteeriumiteks: koolis pakutav toit, mida degusteeritakse; koolis toitlustusteenuse pakkumine vastavalt õigusaktile, menüü vastavus õigusaktides toitlustamisele esitatud nõuetele; muud menüü mitmekesisusega seotud kriteeriumid. Neisse sisulisemalt süüvides nähtus mitme kriteeriumi osas otsese seose puudumine sõlmitava kontsessioonilepingu esemega.

²⁴⁰ VaKoo 69-16/172871, p 13.

²⁴¹ Autori valduses olev dokument (31.08.2020 kiri 12.2-10/174) seoses tööga Rahandusministeeriumi järelevalve juristina: <https://adr.rik.ee/ram/dokument/7486424>

Põhimõtteliselt oli Tartu toitlustamisteenuse hankes sarnane probleem Järveotsa Gümnaasiumiga – hankija hindas menüüd, kuid alusdokumentidest ei ilmnenu, et sellise menüüd pakkumine oleks lepingu täitmise käigus kohustuslik. Täiendavalt oli hankedokumendi punktis 7.1.1 kriteerium 1 „koolis pakutav toit, mida degusteeritakse“. Seega tõusetub küsimus, kas lepingu sõlmimisel on konkreetne degusteerimise kriteerium sõlmitava lepingu esemega seotud, eelkõige kui degusteeritakse ja hinnatakse toitu, mis on hõlmatud mõne teise juba täitmisel oleva hankelepinguga ning selle kvaliteedi hindamisega.

Isegi juhul, kui RHS § 144 ei esita nõudeid hindamiskriteeriumitele, tuleneb RHS §-ist 3, et hankija tegutseb riigihanke korraldamisel läbipaistvalt, proportsionaalselt ning kontrollitavalt, tagades konkurentsi efektiivse ärakasutamise, vältides konkurentsi kahjustavate huvide konflikti, kasutab rahalisi vahendeid säästlikult ning otstarbekalt sõlmides lepingu parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhte alusel. Seega peavad hindamiskriteeriumid olema ka objektiivsed, tagades selle, et hankija valik eduka pakkumuse osas ei oleks õigustamatu ja diskrimineeriv. Objektiivsus võimaldab hankija erapooletuse põhimõtet, võttes hankijalt piiramatu vabaduse pakkumuste selekteerimisel²⁴². Hindamiskriteeriumid peavad võimaldama objektiivset hindamist, kuid hindamisel ei saa subjektiivsust kunagi täielikult välistada²⁴³. Lisaks ei tohi hankija hinnata pakkumuste hindamisel kasutada hindamiskriteeriumeid, mille puhul on oht, et hankija teeb meelevaldse, läbipaistmatu ja kontrollimatu otsuse²⁴⁴.

VaKo on sedastanud²⁴⁵, et asjaolust, kus pakkuja on täitnud arvuliselt rohkem samaväärseid lepinguid, ei saa koheselt järeldada, et tema poolt osutatav teenus on kõrgema kvaliteediga ning sellest tulenevalt majanduslikult soodsaim. Siinkohal saab seega välja tuua, et ka väärtuspunktide andmist varem täidetud sarnaste lepingute eest peetakse lubamatuks. Varasemalt täidetud lepingud ei seonu konkreetse hankelepingu esemega, vaid näitavad pakkuja minevikusaavutusi ja konkreetse lepinguga saadud kogemust. Tingimused, mis on seotud pakkuja ettevõtlustegevusega, on pigem seotud hankija sooviga leida enda jaoks aktsepteeritav pakkuja, mitte aga eesmärgistatud soodsaim pakkumus²⁴⁶.

²⁴² Parind, M. RHS § 140/7. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019.

²⁴³ TlnHKo 15.12.2021, 3-21-2474, p 40; RKHKo 11.12.2020, 3-20-1198, p 18.

²⁴⁴ VaKoo 81-17/187280, 38

²⁴⁵ VaKoo 69-16/172871, p 13.2; Fels, E. RHS § 85/19. - M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019.

²⁴⁶ Fels, E. RHS § 85/4. - M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019.

Kogemuse/referentside hindamist on kasutatud mitmes kontsessiooni sõlmimise menetluses, nt „Toitlustamine Vanasadama büroohoones“ (viitenumber 225565) ja „Suur-Ameerika 1 toitlustuse kontsessioon“ (203696). Juhul kui hankija soovib kontrollida pakkuja kogemust, siis saab seda teha sätestades tehnilist ja kutsealast pädevust kirjeldavad kvalifitseerimistingimused RHS § 101 lg 1 p-de 1 ja 2 tähenduses või hinnata kogemust lähtudes teenuse osutamise eest vastutavast isikust (nt koka tase²⁴⁷), kes asub reaalselt kontsessiooni- või hankelepingut täitma. Selle isiku kvalifikatsioonil või kogemusel ja tema töökorraldusel peab olema teenuse osutamise kvaliteediga reaalne seos.

Võttes arvesse eelpool mainitud hindamiskriteeriumeid, siis toidu degusteerimine koolides juba pakutava menüü alusel annab samuti hinnangu pigem varasemalt sõlmitud hankelepingu täitmisele. Samuti ei ole asjakohane ega õiguspärane kasutada hindamiskriteeriumina õigusaktides nõuete täitmise hindamist täitmisel olevate lepingute osas²⁴⁸. Pakkujate võrdse kohtlemise põhimõte eeldab, et sobivate pakkujate esitatud ja nõuetele vastavate pakkumuste hindamisel valitakse välja parim pakkumus, mitte parima pakkuja pakkumus²⁴⁹.

Huvitav tähelepanek on ka see, et mitmetes riigihangetes²⁵⁰ on märgitud, et kui pakkumused on väärtuspunktide tulemusel võrdväärised, siis võitjaks osutub pakkuja, kes esitas pakkumuse varem. Arvestades asjaolu, et VaKo on varasemalt märkinud²⁵¹, et suurem pakutud leppetrahvi protsent ei näita hankijale, kuidas see konkreetne pakkumus on teistest pakkumustest majanduslikult soodsaim, siis veel vähem näitab seda aeg, mil pakkumus esitati. Juhul, kui hindamiskriteerium ei mõjuta teenuse hinda ega kvaliteeti, ei saa see olla majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamise aluseks²⁵².

Keila Linnavalitsus on toitlustusteenuse hankes²⁵³ majandusliku soodsaima pakkumuse leidmise üheks kriteeriumiks märkinud „operatiivsus“, mille sisu seisneb selles, kui kiiresti tagatakse pretensioonide lahendamine ning haigestunud või muul põhjusel puuduva personali

²⁴⁷ vastavat kvaliteedikriteeriumi on kasutatud nt sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses „Toitlustamisteenuse osutaja leidmine Tallinna Lilleküla Gümnaasiumile“ (viitenumber 237392), „Toitlustusteenuse osutamine Tallinna 53. Keskkoolis“ (viitenumber 232221)

²⁴⁸ Vt „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutajate leidmiseks“ (viitenumber 224476)

²⁴⁹ VaKoo 123-11/125509

²⁵⁰ Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlused „Toitlustamisteenuse osutaja leidmine Tartu linna koolidele“ viitenumber 240626, „Toitlustamisteenuse osutaja leidmine Tartu linna lasteasutustele“ viitenumber 228740.

²⁵¹ VaKoo 69-16/172871, p 13.1 - 13.2.

²⁵² TlnHKo 09.06.2014, 3-14-50704, p 15.

²⁵³ Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlus „Toitlustusteenuse tellimine Keila Koolile 2021/2022 kuni 2025/2026 õppeaastateks“ viitenumber 232169. Operatiivsuse hindamiskriteeriumit on kasutatud ka menetluses „Toitlustamisteenuse tellimine ja korraldamine Tallinna Heleni Koolis“ (viitenumber 224862)

asendamine. Arusaadavalt on hankija eesmärk saada hinnang, milline on teenuse tehniline kvaliteet, kuid milles seisneb hankija kasum ja pakkumuse majanduslik soodsus, kui tal on üksnes õigus seda ajalist regulatsiooni pakkujalt nõuda. Pakkumusi hinnatakse tõhusa konkurentsi tingimustes, selgitades välja majanduslik kasu. Autori hinnangul tuleks sellised küsimused reguleerida pigem hanke alusdokumentides (nt lepingus) ning eraldi hindamine ei tundu õigustatud.

Riigihangete seaduse kommenteeritud väljaandes on Erkki Fels märkinud²⁵⁴ seoses kohtulahendiga²⁵⁵, kus leiti, et remondibaasi olemasolu ei ole lubatav hindamise kriteerium kuna see iseloomustab pakkujat, siis selline järeldus ei saa olla absoluutne kuna tuleb alati arvestada ka konkreetse hankelepingu esemega. Lisaks on ta samas väljatoonud, et juhul kui taristu peaks olema objektiivselt vajalik hankelepingu täitmiseks, siis tuleks vastavad nõuded kirja panna pigem tehnilisse kirjeldusse või hankelepingusse. See kinnitab ka autori järeldust operatiivsuse küsimuses ning juhul kui vastav nõue on sätestatud konkreetsemalt juba hanke alusdokumentides, siis olukorras, kus pakkuja ei suuda täita lepingut nõuetekohaselt, saab vajadusel kasutada leppetrahve või muid sobilikke õiguskaitsevahendeid.

Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses „Toitlustamisteenuse ost Tartu Rukkilille lastehoiule“ (224256) on üheks hindamiskriteeriumiks seatud „Näidismenüü vastavus õigusaktile sotsiaalministri 15.01.2008 määrusele nr 8 „Tervisekaitsenõuded toitlustamisele koolieelses lasteasutuses ja koolis“. Punkte jagatakse lähtuvalt sellest, kas menüüd vastab määrusele täielikult, rahuldavalt või vaid vähesel määral. Hankelepingu projektis on samas kirjas, et teenusepakkuja peab toitlustusteenust korraldama vastavalt sotsiaalministri määrusele, seega pakkuja peab igal juhul arvestama nende nõuetega juba pakkumusse menüüd koostades. Vastasel korral on esitatud menüü sisutühi, võiks öelda, et pole koostatud ka võrdsetel alustel. Ainult üheselt mõistetavate hanketingimuste alusel on võimalik kontrollida pakkumuste vastavust²⁵⁶. VaKo on sedastanud, et hankija ei tohi seada pakkumuste hindamiskriteeriume, mille sisuks on vastavus tehnilisele kirjeldusele²⁵⁷. Kui pakkuja ei ole täitnud hankelepingu eseme miinimumnõudeid, siis tuleb pakkumus tagasi lükata ning seda ei hinnata.

²⁵⁴ Fels, E. RHS § 85/18. - M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019

²⁵⁵ TlnHKO 22.06.2006, 3-06-113, p 6.

²⁵⁶ TlnHKO 05.08.2013, 3-3-1510, p-d 15-16.

²⁵⁷ VaKoo 32-14/146416, p 7.2

Oluline hindamiskriteeriumite seadmisel, olgu need hankemenetlused või erimenetlused, on see, et kriteeriumite sõnastus peab olema selge ega mitmeti mõistetav. Vastasel korral sõltub punktide jagunemine üksnes hankija suvast ning pakkujatel puudub teadmine, kuidas kujundada pakkumus, et oleks võimalik saada maksimaalne võimalik punktide arv. Hindamiskriteeriumid tuleb sõnastada nii, et oleks võimaldatud kõigil piisavalt informeeritud ja tähelepanelikel pakkujatel neist ühtemoodi aru saada²⁵⁸.

Juhul kui hindamiskriteeriumit on võimalik tõlgendada erinevalt, siis selline kriteerium ei täida võrdse kohtlemise ega läbipaistvuse nõudeid. Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlustes „Toitlustusteenuse tellimine“ (viitenumber 197008) ning „Toitlustusteenuse tellimine“ (viitenumber 196785) on kasutatud ühe hindamiskriteeriumina lisateenuste olemasolu. Pakkuja saab punkte vastavalt sellele, kes on pakkunud enim tasuta lisateenuseid, mis on hankijale vajalikud ja olulised. Teisalt ei selgu hanke alusdokumentidest, et millised teenused on hankijale olulised ja vajalikud, mistõttu vastav kriteerium on liialt umbmäärane. Kirjeldatud tingimus seab ohtu ka läbipaistvuse, sest olukorras, kus tasuta lisateenuste nimekiri on tunnistatud ärisaladuseks, ei ole võimalik konkurendil seda vaidlustusmenetluse raames kontrollida. Lisaks võib üles kerkida ka korrupsioonikahtluse küsimus, kui hankija annab riigihankes teada, et annab lepingu sellisele pakkujale, kes pakub enim tasuta lisateenuseid. Need lisateenused on siiski rahaliselt hinnatav hüve.

Kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses „Suur-Ameerika 1 toitlustuse kontsessioon“ (viitenumber 203696) on hindamiskriteeriumi sõnastus „Teenusepakkuja kogemus ja referentsid“ ning selgituseks „hinnatakse toitlustusteenuse pakkumise kogemust“. Teabevahetuses on huvitatud isik küsinud, et pole aru saada, kuidas hankija kavatses referentse hinnata. Hankija vastab, et referentslepinguid eraldi ei hinnata ning kriteeriumi tuleb lugeda kogemus=referentsid ning oluline on üksnes referentslepingute kestus. Autori hinnangul on ka teabevahetuses edastatud vastus üsna segane, sest justkui referentslepingud ei ole olulised, teisalt viidatake nende kestusele ning kriteeriumi kirjeldusest on oluline pigem teenusepakkuja kogemus, mitte lepingute pikkus. Lisaks on vastavalt õigekeelsussõnaraamatule referentsi tähenduseks „soovitus“ ja võiks öelda, et hindamiskriteeriumi nimetus on „kogemus ja soovitus“ ning kuna see sisaldab sõna „ja“, tuleks pakkujal esitada mõlemad, mitte ühte või teist. Kokkuvõttes saab väita, et teabevahetuses saadud info põhjal on hankija

²⁵⁸ EKo C-19/00, *SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo*, p 42; EKo C-538/13, *eVigilo Ltd vs Priešgairinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, p 54.

hindamiskriteeriumi muutnud selgituste abil ja jätnud muudatuse hanke alusdokumentidesse sisse viimata.

Samas kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses on kasutatud hindamiskriteeriumina ka seda, kui palju on kontsessioonäär nõus hankijale maksuma. Selline hindamiskriteerium nähtus olevama üpris sage sellistes menetlustes. Sellise hindamiskriteeriumi seos kontsessioonilepingu esemega on samuti küsimärgi alla pandud²⁵⁹. Autori arvates ei saa ka seda kuidagi pidada objektiivselt seotud hankelepingu esemega, arvestades asjaolu, et makstav üürisumma ei saa otseselt mõjutada toitlustusteenust ja selle kvaliteeti.

Eelkõige koolitoitlustusega seotud riigihangetes on palju vaidlusi tekitanud ka 0 hinna pakkumise temaatika. Siinkohal toob autor selle välja eelkõige seetõttu, et kui hankija kasutab hinnakriteeriumit, siis oluline tähelepanek selles osas peaks olema see, et Euroopa Liidu ega Eesti riigihankeõigus ei keela nullhinna pakkumist. Kui selline eriklausel, mis keelab 0 hinna pakkumist on hanke alusdokumentides sätestatud, siis tuleb mees pidada, et see on oluline erand üldpõhimõttest, mille järgi on nullhinna pakkumine lubatud, ja ühtlasi on tegu ettevõtjate põhiseadusliku ettevõtlusvabaduse piiranguga, mistõttu peab selline keeld olema hanke alusdokumentides sätestatud selgelt ja üheselt arusaadavalt, mitte tuletatav kaudselt tõlgendamise teel. Põhjendamatu oleks võtta aluseks eeldust, et kui nullhinna pakkumist pole eraldi ja otsesõnu lubatud, siis järelikult on see keelatud.²⁶⁰

Autori hinnangul ilmestab eelpool väljatoodud praktika ühest küljest seda, et kui puudub selge regulatsioon sotsiaal- ja eriteenuste tellimiseks mõeldud sätetes, et mis tingimustele hindamise kriteeriumid vastama peavad, siis võibki tekkida selliseid eksimusi. Teisalt on autor ka seisukohal, et seni kuni keegi vigadele tähelepanu ei juhi või selliseid hindamise kriteeriumeid ei vaidlusta, siis jätkatakse nende kasutamist ning olulist rolli mängib siinkohal juba ka hanget läbiviiva isiku kogemus ja teadmised.

²⁵⁹ Sõrm. M – Mõtisklusi kontsessioonilepingute maailmast. Riigihankeblogi, 24.09.2019 - <https://riigihankeblogi.com/tag/kontsessioon/>

²⁶⁰ VaKoo 176-21/237392, p 15.

KOKKUVÕTE

Käesolevas magistritöös keskendus autor lihtsustatud erikorraga hõlmatud sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlustele ning sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute sõlmimise menetlustele toitulustusteenuste näitel. Teema sai valitud, sest Euroopa Liidu õigus ei ole sotsiaal- ja eriteenuste tellimisele ette näinud sisulisi reegleid ning riigihangete direktiividest tulenevad üksnes mõningad kohustuslikud miinimumnõuded. Seega on liikmesriikidele jäetud vabadus kindlaks määrata menetlusreeglid sellises ulatuses, mis võimaldavad hankijatel arvesse võtta vastava teenuse eripära ning kuna korra rakendamise osas on jäetud lai kaalutusõigus. Napp seadusest tulenev regulatsioon suurendab hankija vastutust ning veelgi kõrgendatud hoolsuskohustust hanke korralduse läbimõtlemlisel. Kuigi riigihanke direktiivid on otsekohalduvad alates rahvusvahelisest piirmäärast, siis Eesti seadusandja ei ole sotsiaal- ja eriteenuste puhul eristanud üle ja alla rahvusvahelist piirmäära jäävaid riigihankmeid. Samas on sellegi poolest õiguskirjanduseski märgitud, et riigihangete seadus ei reguleeri hankija tegevust sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel ammendatavalt²⁶¹.

Olenemata sellest, et sotsiaal- ja eriteenuste osas eeldatakse vähest piiriülest huvi, eelkõige nende eripära ning kultuurilist konteksti arvestades, siis tegelikkuses võivad vastavate riigihangete eeldatavad maksumused ulatuda miljonitesse eurodesse ning olla kõrgema väärtusega, kui tavapärased hankedirektiiviga täielikult hõlmatud riigihankemenetlused. Toitulustusteenuste näitel magistritöö kirjutamine oli ajendatud ka sellest, et alates 2017. aastast on suurenenud eelkõige koolitoitulustushangete vaidlustamine. Autori arvates võiks vaidlustuse arv olla isegi suurem, kui hankijad ja huvitatud isikud teaksid rohkem oma õiguseid ja kohustusi. Ka Rahandusministeeriumi riigihangete järelevalve menetluse on jõudnud ühe enam just koolitoitulustusega seotud sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluste ning kontsessioonilepingu sõlmimise menetlustega seotud kaebuseid²⁶².

Sotsiaal- ja eriteenuste tellimise regulatsiooni õigusselguse probleemide osas saab märkida, et ka VaKo on sedastanud²⁶³, et pole välistatud olukorrad, kus riigihanke alusdokumentidest võib jääda segaseks, kas üks või teine RHS 2. ptk erisäte konkreetses sotsiaal- ja eriteenuste

²⁶¹ Kuusmann, T. RHS § 3/9. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019, lk 49.

²⁶² Autor töötas Rahandusministeeriumi riigihangete järelevalve juristina alates august 2020, mistõttu puutus ka oma töös kokku väga mitmete koolitoitulustushangete vaidlustuste ja järelevalvesse laekunud kaebustega.

²⁶³ VaKoo 27.07.2018, 137-18/197419, p 11.

erimenetluses kohaldub või mitte. RHS § 126 lg 2 lubab hankijal sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse korra määramisel lähtuda ka teistest hankemenetlusele seaduse sätetest. Teisalt RHS § 144 sätted seda otsesõnu ette ei näe, samuti puuduvad viited, et oluline on järgida RHS §-ist 3 tulenevad üldpõhimõtteid.

Analüüsidest vaidlustuskomisjoni praktikat sotsiaal- ja eriteenuste hangetega seoses, siis selgus, et esineb olukordi, kus hankija lähtub sotsiaal- ja eriteenuste tellimise korra määramisel RHS 2.peatüki sätetest, kuid sisustab kasutatava instituudi põhimõtteliselt teisiti. Olenemata sellest, et kohaldub lihtsustatud erikord, siis tuleb hankijal lähtuda kasutatavate sätete olemusest ning sisust, mille RHS neile annab. Juhul kui hankija sisustab RHS sätteid vastavalt oma nägemusele, siis tekitab see segadust, mitmeti mõistetavusi ning on vastuolus RHS §-ga 3. Samuti tuleb hankijal enda kehtestatud menetluskorrast lähtuda samadel alustel kuni menetluse lõpuni.

Huvitav tähelepanek ilmnes ka asjaolus, et hankijad kasutavadki väga tihti sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel viiteid RHS 2.peatüki sätetele. See on autori arvates indikatsioon sellele, et ollakse ebakindlad olemasoleva regulatsiooni osas, mis kohaldub sotsiaal- ja eriteenuste tellimisele. Kuid teisalt võib see näidata ka seda, et ollakse harjunud hankemenetluse sätetega ning eriteenuste hankimisel on neid võimalik igal juhul kasutada. Kaebajad vaidlustusmenetluses on sageli eksimuses sellega, et hankijale heidetakse ette näiteks RHS § 95 lg-st 4 tulenevate kõrvaldamise aluste või §-is 115 tuleneva põhjendamatult madala maksumuse mitte kontrollimist. Hankemenetlusele kohustuslikud sätted ei kohaldu lihtsustatud erikorraga hõlmatud teenuste tellimisele automaatselt, kui just hanke alusdokumentides ei ole märgitud teisiti.

Seega on täna kehtiv regulatsioon tekitanud segadust ja autor julgeb väita, et hankijate ja pakkujate jaoks on oluline, et sotsiaal- ja eriteenuste tellimise menetlusreeglid peavad olema selgemad, üheselt arusaadavamad ning täpsemalt reguleeritud. Seda vähemalt eriteenuste osas, sest autori hinnangul ei nähtu olevat toitlustusteenuste tellimise hanked nii eripärased, et neile ei võiks kohalduda tüüpilised riigihangete direktiivi sätted. Samas sellistele (sotsiaal)teenustele, mille olemus vajab suuremat hankija poolset vabadust, võiks olla lubatud piisavalt põhjendatud kaalutusotsusega kõrvalekaldumine lihtsama erikorra poole. Kuigi sotsiaal- ja eriteenuste osas on seisukoht, et hankemenetluse reeglite täiemahuline rakendamine koormaks ning oleks ebaefektiivne, siis autori arvates ilmselt unustatakse siinkohal ära, et koormav ja aeganõudev on menetlus ka siis, kui on vaja hiljem tegeleda vaidlustega. Kohtud on samuti sedastanud, et

riik on huvitatud sellest, et riigihanke menetlus oleks küll läbipaistev, kuid ei oleks liialt kulukas ega aeganõudev²⁶⁴.

Käesolevaks hetkeks on selge, et ka Rahandusministeeriumi tegevus on suunas, kus ühest küljest viiakse sisse täiendavat regulatsiooni RHS § 126 ja § 144 sätete osas, kuid samas jäetakse võimalus alusdokumentidesse sätestada teisiti kui seaduses. Magistritöö kirjutamise ajal võeti 13.04.2022 Riigikogus vastu riigihangete seaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus (eelnõu 491 SE), millega lahendatakse mitmed probleemkohad eelkõige sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluste läbipaistvuse osas. Muudatustega laiendatakse erimenetlustele (RHS § 77, 81, 82, 85, 110–112, 114–117 ja 119 sätestatud) ja kontsessioonidele mõningaid ainult hankemenetlustele kohaldatavaid sätteid, millel on universaalne iseloom. Teisalt ei ole muudatusega jätkuvalt RHS §-i 144 ettenähtud täpsustusi, et hankija peaks lähtuma RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest ning kui asjakohane, siis nendest RHS 1. ptk sätetest, mis on konkreetse kaasuse tehioalusid arvesse võttes kohaldatavad.

Riigihangete vaidlustuskomisjoni kohtunik Mart Parind ja Soraineni advokaat Mario Sõrm on arutanud²⁶⁵ selle üle, milline võiks olla ideaalne riigihangete seadus, tuues muuseas välja, et hetkel kehtiv struktuur on varasemate RHS-ide pärand. Autor nõustub nende seisukohaga, et riigihangete menetlused võiksid toimuda etappide ja põhimõtete osas samade reeglite alusel nii palju, kui menetluse iseloom võimaldab. See muudaks seaduse struktuuri toimingupõhisemaks ning selgemaks ja puuduks vajadus hankemenetluste ja erimenetluste eristamiseks koos sellest tõusetuva ebaselgusega kohaldatavate normide osas nagu hetkel on.

Magistritöö üks uurimisküsimus otsis vastust ka sellele, kas läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetest tulenevalt saab nõuda, et hankija peab sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses ning sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses arvestama hindamiskriteeriumide seadmisel sellega, et need oleksid hankelepingu esemega seotud. Riigihangete seaduses on hankemenetluste läbiviimisel sätestatud, et hindamise kriteeriumid peavad olema seotud hankelepingu esemega. Sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel selline otsene viide puudub hetkel puudub.

²⁶⁴ TlnHKO 3-16-874, p 48

²⁶⁵ Sõrm, M, Parind, M. Milline võiks olla ideaalne riigihangete seadus. - Riigihankeblogi, 26.10.2020. Arvuvõrgus kättesaadav: <https://riigihankeblogi.com/2020/10/26/milline-voiks-olla-ideaalne-riigihangete-seadus/>

Euroopa Kohus on varasemalt sedastanud, et hankijal on ulatuslik diskretsioon pakkumuste hindamise kriteeriumide seadmisel, kuid kriteeriumide valik võib olla hõlmatud ainult nende valikutega, mille eesmärk on välja selgitada majanduslikult soodsaim pakkumus. Olenemata sellest, et RHS §-is 126 ja RHS §-is 144 puuduvad viited RHS §-ile 85, siis võib autori arvates neid põhimõtteid tuletada RHS §-is 3 sätestatud riigihangete üldpõhimõtete kaudu. Lisaks saab väita, et kõigi hankelepingute sõlmimise hindamiskriteeriumite olulised nõuded tulenevad eelkõige Euroopa Liidu Toimimise Lepingust, läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise põhimõtetest ning on kohaldatavad ka sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlustele ning kontsessioonilepingu sõlmimise menetlusele.

Autori seisukohta aitab kinnitada ka asjaolu, et riigihangete seaduse muutmise eelnõus on sees ettepanek lisada sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlusi reguleerivasse paragrahvi viide RHS §-le 85. Direktiivi 2014/24/EL artikkel 76 nõuab, et riigisisesed reeglid tagaksid läbipaistvuse ja ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõtete järgimise²⁶⁶ ning artikkel 76 lg 2 kohaselt võivad ette näha, et teenuseosutaja valitakse välja kõige parema hinna-pakkumise suhtega pakkumuse alusel võttes arvesse sotsiaalteenuste kvaliteedi ja jätkusuutlikkuse kriteeriume. Seega nähtub, et RHS §-i 126 täpsustused hindamiskriteeriumite seotuse kohta hankelepingu esemega või viide RHS §-ile 85 oleks võinud olla seaduses juba alates 01.09.2017. Riigihangete seaduse muutmise seletuskirja (491 SE) kohaselt tehakse muudatus vastavalt praktikas esinevate ning huvigruppidega konsulteerimise käigus tõusetunud kitsaskohtade ületamiseks sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse läbiviimisel.

Probleeme hindamiskriteeriumide seadmise osas nähtus ka erinevate toitlustusteenuse riigihangetega tutvudes. Oli head praktikat, kuid siiski ka selliseid kriteeriumeid, mis ei ole seotud hankelepingu esemega või pole sobilikud hindamaks ühe pakkumuse eelist teise ees. Juhul kui hindamise kriteerium ei võimalda pakkumuste hindamisel välja selgitada tegelikku majanduslikku soodsust, sest hinnatava kriteeriumi mõju lepingu täitmisele ei ole kontrollitav, siis on see vastuolus RHS § 3 p-ga 1.

Kvaliteedikriteeriumite kasutamine ei ole keelatud, kuid kui hinnata menüüd, siis peaks olema pakkujatel kohustus seda ka lepingu täitmisel pakkuda. Toidu degusteerimine on lubatud, kuid hinnates toitu ei tohi seejuures olla tegemist juba mõne teise täitmisel oleva hankelepinguga ning selle kvaliteedi hindamisega. Samuti ei näita leppetrahvi suurus²⁶⁷ ega pakkumuse

²⁶⁶ Hansen, O., Treumer, S., Andov O., (viide 9), lk 217.

²⁶⁷ VaKoo 69-16/172871, p 13.1 - 13.2.

esitamise varasem kellaeg²⁶⁸ toitlustusteenuses pakkumuse edukust. Need on vaid mõned näited seni sotsiaal- ja eriteenuste tellimisel kasutatud hindamise kriteeriumidest. Teisalt on tõenäoliselt eelpool mainitud hindamiskriteeriumeid või analooge kasutatud ka muudes riigihanke menetlustes, kuid ka seal ei ole see õigustatud ega vastavuses riigihanke üldpõhimõtetega.

Kehtivast regulatsioonist lähtuvalt on ebaselgem olukord jätkuvalt kontsessioonilepingu sõlmimise menetlusega. Õiguskirjanduses on märgitud, et tavapärase kontsessioonilepingu sõlmimisel ei ole RHS §-d 85 ja 86 otseselt kohaldatavad, välja arvatud mõned sätted neist paragrahvidest analoogia korras. Euroopa Komisjoni hinnangul on sobiv ja vajalik jätta teatud sotsiaalteenused kontsessioonidirektiivi täielikust kohaldamisalast välja²⁶⁹ ning sellisele riigihanke menetlusele kõikehõlmava reeglistikku rakendamine võib olla poliitiliselt tundlik teema. Samas on toitlustusteenuste puhul tegemist siiski eriteenustega ning neid ei ole alati võimalik hinnata samadel alusel sotsiaalteenustega.

Kontsessioonidirektiivi selgituses 73 on märgitud, et hindamise kriteeriumid peaksid olema seotud lepingu sisuga ega tohiks anda piiramatut valikuvabadust ja tagatud peaks olema tegelik konkurents. Objektiivsus võimestab hankija erapooletuse põhimõtet, võttes hankijalt piiramatu vabaduse pakkumuste selekteerimisel²⁷⁰, kuid hindamisel ei saa subjektiivsust kunagi täielikult välistada²⁷¹. Sama direktiivi üldsätete all on välja toodud, et hankijad peavad kohtlema ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsemine peab toimuma läbipaistval ja proportsionaalsel viisil, mis autori hinnangul võiks kohalduda kogu direktiivi reguleerimisalale, sh sotsiaal ja muude eriteenuste kontsessioonilepingud.

Kuigi direktiivi 2013/24/EL põhjendus 54 selgitab, et liikmesriikidel peaksid olema laialdased volitused pakkujate leidmiseks mõeldud menetlusreeglite kehtestamisel, siis tegelikkuses ei keela see liikmesriikide seadusandjatel näha ette rohkem reegleid, kui kontsessioonidirektiivis. Liikmesriigid just on kohustatud määrama konkreetsed siseriiklikud reeglid sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu menetluse jaoks - pidades silmas innovatsiooni, teenuste

²⁶⁸ Juhul kui mitme pakkumuse väärtuspunktide summa on võrdne, siis valitakse edukas pakkuja selle järgim kes esitas pakkumuse varem - sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlused „Toitlustamisteenuse osutaja leidmine Tartu linna koolidele“ viitenumber 240626, „Toitlustamisteenuse osutaja leidmine Tartu linna lasteaedadele“ viitenumber 228740

²⁶⁹ Bovis, C. and Clarke, C. (viide 36), lk 1163.

²⁷⁰ Parind, M. RHS § 140/7. – M. A. Simovart, M. Parind. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019.

²⁷¹ TlnHKo 15.12.2021, 3-21-2474, p 40; RKHKo 11.12.2020, 3-20-1198, p 18.

kvaliteeti, taskukohasust ning Euroopa Liidu aluslepingu läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid²⁷². On arusaadav, et kõiki sotsiaal- ja eriteenuseid ei saa võrrelda samadel alustel.

Teisalt peab hankija siiski suutma kehtestada objektiivseid hindamiskriteeriumid, mis aitavad tal valida parima pakkumuse. Vastasel korral on oht teha läbipaistmatu otsus. Kontsessioonidirektiivi 2014/23/EL artiklis 3, üldsätted, on välja toodud, et hankijad peavad kohtlema ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsemine peab toimuma läbipaistval ja proportsionaalsel viisil, mis autori hinnangul võiks kohalduda kogu direktiivi reguleerimisalale, sh sotsiaal ja muude eriteenuste kontsessioonilepingud. Seega võiks väita, et sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu hindamiskriteeriumid peavad olema hankelepingu esemega seotud. Küll aga on teatud erandid lubatud, nt ühel ELTL artiklis 52 sätestatud alusel (välisriigi kodanike teistsuguse kohtlemise avaliku korra, avaliku julgeoleku või rahvatervise huvides) või lähtuvalt Euroopa Kohtu praktikast võib see olla õigustatud ülekaaluka üldise huvi tõttu. Autori hinnangul ei ole toitlustusteenuse tellimise riigihanked üldjuhul sellised, millele oleks vaja kohaldada hindamise kriteeriumide osas erandit sellisel kujul.

Traditsiooniliselt on ELi õiguses kontsessioonide ja muude avalik-õiguslike ja eraõiguslike üksuste vaheliste õiguslike kokkulepete piiritlemise küsimused puudutanud peamiselt kontsessioonide ja riigihankelepingute eristamist. Varasemate direktiivide üksikasjalikud sätted ei kohaldunud kontsessioonidele. Tänapäevaks on kontsessioonide regulatsioon Euroopa Liidu riigihangete reguleerimise reformis üks olulisim edasiarendus ja kuigi seadusloomega on lünk justkui täidetud, siis jätkuvalt esineb raskuseid hankelepingu ja kontsessioonilepingu eristamisel, sh ka olukord, kus peab valima sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse või sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse vahel. Sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingute osas on RHS §-i 144 direktiivist 2014/23/EL ülevõetud vaid artiklid 19 ja 31, eesmärgiga vähendada menetlemisega kaasnevat koormust. Mistõttu võib öelda, et uus regulatsioon töötab direktiivi eesmärgile vastu ning segane sisu ei loo õigusselgust²⁷³. Teisalt on sotsiaal- ja eriteenuste tellimise osas ka direktiiv ise väga lakooniliselt sõnastatud.

Eristamiseks hankelepingut kontsessioonilepingust on oluline tuvastada tasu maksmisega seonduv ja nõudluse või pakkumisega seotud äririski üleminek kontsessioonäärile. Oluline kriteerium on ka see, kelle kanda jäävad riskid. Vaidlustuskomisjon on sedastanud, et kooli

²⁷² Bovis, C. and Clarke, C. (viide 48), lk 1163

²⁷³ Arrowsmith, S. The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK (Volume 2). London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters 2018, lk 4.

toitlustusteenuse osutamisel võib pakkujal esineda äririsk. Toitlustusteenuste tellimisel ei saa äririski olemasolu ja suurust määrata igakordselt sama suure või väiksema ning seetõttu ei tohiks hankijad alati näiteks võtta teiste hankijate riigihankeid. Äririsk ei ole võrreldav, kui teatud tasu (ettemaksud, toitlustusteenust rahastab riik ja kohalik omavalitsus) ja saadavad hüvised on mingis ulatuses lepinguga igal juhul garanteeritud. Koolitoitlustusteenuste puhul peaks hankija iga kooli ja vajadusel ka vanuserühmade põhiselt hindama, kas hangitava toitlustusteenusega kaasneb sellise olulise riski realiseerumine, mistõttu kontsessioonäär enda tehtud kulutusi tagasi ei teeni.

Arvestades toitlustusteenuste kultuurilise konteksti eripärasid, siis ei ole võimalik Eesti näitel teha järeldusi kogu Euroopa sarnastele eriteenuste erimenetlustele. Oluline on siiski rõhutada, et äririski olemasolu ja suurust tuleb hinnata iga riigihanke sisust lähtuvalt ning otsustavat tähtsust ei ole üldistel äririskidel, mis on omased kõigile lepingutele – nt madalamat hinda pakkudes ei ole kulud kaetud; pakkumise atraktiivsus; ülekantud risk ei saa olla lihtsalt kasumi mittetootmise risk, see peab olema kaotuse risk, mille ulatus pole selge; ettevõtja valimisel tehtud hindamisviga; riskid, mis on seotud halva juhtimisega jne.

Kohtupraktikas on kasutatud lepingu kontsessioonina kvalifitseerimise võimalikkuse hindamiseks ka tegevusvabaduse kriteeriumi²⁷⁴. See tähendab, et kui pakkujale jääb suur tegevusvabadus teenuse osutamise tingimuste kujundamisel ning hankija ei määra kindlaks teenuse osutamise tingimusi ega taga kontsessioonäärile omapoolset tasu, saab järeldada, et kontsessioonäärile jääb majanduslik vabadus teenuse osutamise tingimuste kujundamiseks. Siit kujuneb omakorda tegevusvabaduse põhimõte, mis ei ole küll kontsessioonile omane eritunnus, kuid mida vähem hankija sekkub kontsessionääri tegevusse, seda suuremal määral kannab ettevõtja äririski. Seega juhul, kui hankija ei jäta pakkujale lepinguga märkimisväärset võimalust teenuse korraldamist omal äranägemisel kujundada, siis ei vasta autori hinnangul ka see leping kontsessiooni tunnustele. Üldjuhul suurem osa toitlustusteenuse riigihankeid näevad teenuse osutamisele ette väga kindlad reeglid ja nõuded, millest lepingu täitmise käigus peab kinni pidama.

Arvestades asjaolu, et direktiividega on jäetud võimalus lähtuda sotsiaal- ja eriteenuste eripäradest, siis võiks menetlust Eestis rohkem reguleerida sellises suunas, mis võimaldab anda hankijale ja pakkujale selged suunised. Eelkõige seetõttu, et olenemata hankija soovist sõlmida

²⁷⁴ EKo C-348/10, *Norma-A SIA and Dekom SIA v Latgales plānošanas reģions*, p 48; TlnRKO 3-17-2768, p 14; TlnRKO 3-15-2704, p 4; TlnHKO 3-15-2960

erimenetluse tulemusel leping kõige usaldusväärseima pakkujaga, siis peamine eesmärk peaks olema siiski konkurentsi soodustamine ja riigihangete avamine tegelikule konkurentsile. Need on selgelt ja üheselt riigihankeõiguse peamised eesmärgid²⁷⁵. Hetkel on autori hinnangul selline suund uue jõustuva riigihangete seadusega võetud ning lähiaastate praktika näitab tõenäoliselt ka selle mõju sotsiaal- ja eriteenuste riigihanke menetlustele. Vähem oluline ei ole seaduse täiendamise kõrval ka hankijate koolitamine ning selgema juhendmaterjali koostamine ja levitamine, mida tundub sotsiaal- ja eriteenuste osas, vähemalt Eesti õiguskirjanduses, vähe olevat. Käesoleva tööga loodab autor samuti anda praktilist lisaväärtust hankijatele ja pakkujatele ning loodetavasti on sel tööil teatud panus hea riigihankepraktika arengule.

²⁷⁵ EKo C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA and Leitschutz Handels- und Montage GmbH v Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, p 26; EKo 26/03, *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, p23, 44; EKo C-454/06, *Pressetexte*, p 31.

SUMMARY

The present master's thesis concentrates on the specific procedures of social and other specific services that are subject to the light regime and on the procedures of the concession contracts for social and other specific services on the example of catering/food services. Such topic was chosen as the European Union law has not laid down substantial rules for ordering social and other specific services and the directive states only a few compulsory minimum requirements. The member states are free to determine the procedural rules to the extent that enables the contracting authorities to take into account the specificities of a certain service, and as there is a wide discretion with regard to implementing the regulation, the legal situation in the European Union may differ.

In the author's opinion, the topic is relevant mostly for the reason that, although the discussed services are not presumed to be the subjects to wide cross-border interest, in reality the estimated costs of corresponding procurements may reach millions of euros and be of higher value than usual procedures subject to the procurement directive. It is known that the public procurement supervision of the Ministry of Finance has received more and more complaints in connection with school catering, regarding the specific procedures of social and other specific services and the procedures of awarding concession contracts.

The main problem is that the lack of regulation regarding the specific procedures of social and other specific services and the procedures of the concession contracts for social and other specific services increases accompanying risks, reduces legal clarity, and the wrong implementation of public procurement practice may also lead to the failure of the procurement. While the Public Procurement Act (PPA) includes more than 200 provisions, the ordering of social and other specific services is regulated by just three provisions – PPA § 126, PPA § 144 and PPA § 166. According to the Act, when determining the rules of specific procedures for social and other specific services, it is allowed to refer to the other provisions of PPA if it is not legally clear how free the contracting authority is to determine the rules of procedure when ordering social and other specific services, so as to ensure the uniform and understandable organisation of a procedure to avoid the distortion of transparency and competition, including the extent to which the provisions of PPA division 2 apply directly and which provisions the contracting authority has to connect with itself in the public procurement award procedure.

The additional aim of this thesis was to find out whether the contracting authority is free to lay down the award criteria for specific procedures of ordering catering services and for procedures of making concession contracts or should they be connected with the award criteria related to the subject-matter of the public contract. The author also discussed the issue of the contracting authority's discretion in connection with the choice of the type of a public procurement procedure regarding the commercial risk.

The research method for answering the research questions and writing the master's thesis has been qualitative. The theoretical part of the work is based on professional literature, including books and current scientific articles on public procurement law, and practical problems. The practice of European and Estonian courts and the Public Procurement Review Committee also plays an important role. Some insight has been gathered from the explanatory notes of relevant acts, reviewed publications and from the analyses and reports commissioned by the European Commission

Choosing the most appropriate public procurement procedure is important also because according to certain thresholds, it is mandatory to present contract notices to the Publications Office of the European Union. According to the PPA § 121 Article 1(2) a procurement contract is ineffective in case the contracting authority, when presenting a contract notice to the Public procurement Register, has not indicated that the estimated cost of a public procurement equals the international threshold or exceeds it, or has not indicated that wishes a contract notice to be sent to the Publications Office of the European Union, if sending the contract notice is applicable according to the PPA.

In practice, there are still difficulties in distinguishing between a public contract and a concession contract. The author's view is that the new regulation works against the aim of the concession directive and its confusing content does not create legal clarity. In order to distinguish between a public contract and a concession contract, it is important to identify the transfer of the business risk, associated with payments and demand or supply, to a concessionaire. An important criterion is also to identify who would bear the risks. The Public Procurement Review Committee has stated that a tenderer may be exposed to business risk when offering school catering service. At the same time the contracting authority has no obligation to create such conditions that the other party's business risk would be mitigated to the greatest extent possible. When submitting a tender, the tenderer must assess its own risk tolerance.

When ordering catering services, the existence and amount of operating risk cannot be determined to be of the same size each time. Operating risk is not comparable if certain payments (advance payments, catering service is financed by the state and local authorities) and compensations are guaranteed by the contract in any event. In case of school catering services, every contractor should make school-based or, if necessary, age-group-based assessments to find out whether the awarded catering service would entail such risks that a concessionaire would not recover their costs. Regarding the cultural specificities in catering services, it is not possible to draw conclusions on the example of Estonia for similar specific procedures of specific services throughout Europe. On the other hand, it is important to point out that the existence and the amount of operating risk should be assessed based on the content of each public contract and that no decisive importance should be attributed to general operating risks that are inherent in all contracts, e.g. when offering lower prices, the costs are not covered; the attractiveness of offers; the risk transferred cannot simply be a non-profit risk, it must be a risk of loss, the extent of which is not clear; an assessment error in selecting the undertaking; risks connected with poor management; etc.

Case law has used the discretion criterion to assess the possibility of classifying a contract as a concession. This means that if the tenderer has a wide discretion in setting the terms of the service and the contracting authority does not set the terms of the service or guarantee the concessionaire its own remuneration, it can be concluded that the concessionaire has the economic freedom to set the terms of the service. This, in turn, gives rise to the principle of discretion which is not a specific feature of a concession, but the less the contracting authority intervenes in the concessionaire's actions, the greater risk is borne by the undertaking. Thus, if the contracting authority does not leave the tenderer a significant opportunity to organise the service at their own discretion, then the contract does not meet the characteristics of a concession in the author's opinion. In general, the majority of public procurement contracts of catering services set very specific rules and requirements for the provision of the service.

Taking into account that procurement directives impose only minimal requirements for awarding social and other specific services with an obligation to ensure transparency and equal treatment, the contracting authority must pay even more attention to clarifying the procedures for the procurement of social and other specific services. The very limited regulation by the law increases the responsibility and the increased duty of care of the contracting authority when rethinking the organisation of the procurement. It is noted in the legal literature that the larger or more specific the procurement, the more detailed procedural rules the contracting authority

should establish in the basic documents of public procurement, and the development of voluminous requirements for ordering simpler social and other specific services is allegedly clearly not recommended. According to the author, transparency and compliance with the principle of non-discrimination must be ensured. Otherwise, excessive freedom may lead to a situation where the procedural rules may remain unclear to the interested party, including the contracting authority's own lack of understanding of its rights and obligations, and the freedom of rules may lead to unnecessary disputes or even to the lack of these disputes.

With regard to social and other specific services, it is considered that the full implementation of the procurement rules would be burdensome and inefficient, but it is probably forgotten that the procedure is burdensome and time-consuming also when there are many later disputes. The courts have also stated that the state is interested in ensuring that the public procurement procedure would be transparent but not too costly or time-consuming. On the other hand, when writing the master's thesis, it became apparent that the contracting authorities use actively the provisions of the PPA Chapter 2 to regulate the procedure. At the same time, it was not uncommon for contracting authorities to furnish institutes in the rules or procedures of ordering social and other specific services arising from the PPA fundamentally differently from that of laid down by the legislator. It should be noted that there are shortcomings in the structure of the PPA, which certainly hinders understanding the Act. It must be emphasized that the general principles of PPA § 3 must be followed when ordering social and other specific services. Therefore, the author dares to argue that it is important for contracting authorities and tenderers that the procedural rules for ordering social and other specific services need to be clearer, more unambiguous and more regulated. The Ministry of Finance have been acting in the same direction so far, otherwise clarifications regarding the provisions of PPA § 126 and § 144 would not have been introduced in the new amendment to the Act.

Considering the fact that the directives leave the possibility to take into account the specifics of social and other specific services, this public procurement procedure could be more regulated in Estonia in a direction that allows giving clear instructions to the contracting authority and tenderer. In particular, notwithstanding the contracting authority's wish to award the contract to the most reliable tenderer as a result of a special procedure, the main goal should be to foster competition and open up public procurement to effective competition. These are clearly and unequivocally the main objectives of the public procurement law. The second goal should be implementing the Act as simply as possible and the possibility to reduce ambiguous public procurement practices.

An important issue in the context of the master's thesis was also the requirement for the possibility of linking the award criteria to the subject-matter of the procurement contract in specific procedures for social and other specific services and in the procedure for awarding a concession contract for social and other specific services. The Concessions Directive leaves considerable flexibility to the contracting authority in defining and organising the procedure leading to the selection of the concessionaire, including the fact that Member States should remain free to define and specify the characteristics of the services to be provided, including price and quality conditions. There is also a degree of freedom in the specific procedures for social and other specific services, as it will be impossible to lay down detailed rules because of the differences in the context of these services in each Member State. However, it should be pointed out that excessive freedom, too wide discretion margin and uncertainty about the applicable rules can cause errors of assessment or uncertainty and lead to incorrect procurement practices. Supervisory proceedings carried out by the Ministry of Finance or review procedures are also not excluded.

When conducting procurement procedures, the Act lays down very precisely that the evaluation criteria must be related to the subject-matter of the procurement contract. There is no such direct reference when ordering social and other specific services. The European Court has previously stated that the contracting authority has a wide discretion in setting the criteria for the evaluation of tenders, but that the choice of criteria may be limited to those choices which aim is to identify the most economically advantageous tender. Despite the fact that PPA § 126 and PPA § 144 do not contain references to PPA § 85, the author's opinion is that it may still indirectly deduced from the general principles of public procurement set out in PPA § 3. Even though PPA § 144 has no direct reference to Chapter 1 of the Act, it applies to all provisions, based on the logic of the structure of the Act. In addition, it can be argued that the essential requirements of all award criteria for the procurement contracts first and foremost derive from the Treaty on the Functioning of the European Union, the principles of transparency and non-discrimination, and are applicable to specific procedures for social and other specific services and concession award procedures, regardless of their values. The author's position is also confirmed by the fact that the draft Act amending the PPA includes a proposal to add a reference to PPA § 85 in the section regulating specific procedures for social and other specific services. The author's analysis of the award criteria for public procurement of catering services confirms the need for changes and the clarification of the Act.

Article 76 of Directive 2014/24 / EU also requires that national rules should ensure compliance with the principles of transparency and equal treatment of economic operators, and according to Article 76 (2), may lay down that the tenderer is selected on the basis of the best cost-benefit ratio, taking into account the quality and sustainability criteria of social services. Thus, it appears that the clarifications of PPA § 126 and the reference to PPA § 85 could have been in the Act as of 01.09.2017.

The requirement to link the award criteria with the procurement contract in the concession award procedure was less clear. It is noted in the legal literature that PPA §§ 85 and 86 are not directly applicable to awarding a standard concession contract, except for some provisions of these sections by analogy. The European Commission considers it appropriate and necessary to exclude certain social services from the full scope of application of the Concession Directive, and the application of a comprehensive set of rules to such public procurement procedure may be a politically sensitive issue. However, catering services are still specific services.

Member States are expected to lay down appropriate measures regarding the award of concession contracts for discussed services, ensuring compliance with the principles of transparency and equal treatment of economic operators, while allowing contracting authorities to provide information on the specificities of these services. It has been emphasized in the legal literature that the lack of clear rules leads to the use of non-objective selection and award criteria. Recital 73 of the Directive 2014/23/EU states that the award criteria should be linked to the content of the contract and should not allow unrestricted freedom of choice and that effective competition should be ensured. The general provisions of the same directive state that contracting authorities must treat economic operators equally and non-discriminatorily and that they must act in a transparent and proportionate manner which, in the author's view, could apply to the whole scope of regulation of the directive, including the concession contracts of social and other specific services. Thus, in the author's opinion, it can be argued that the award criteria for the concession contract for social and other specific services must be related to the subject-matter of the contract. However, certain exceptions are allowed, e.g. on one of the grounds set out in Article 52 of Treaty on the Functioning of the European Union (different treatment of foreign nationals on grounds of public policy, public security or public health) or, according to the case law of the Court of Justice, it may be justified by overriding reasons relating to the public interest. According to the author, public procurements for the ordering of catering services are generally not those to which the respective basis applies.

LÜHENDID

EK – Euroopa Kohus

EKo – Euroopa Kohtu otsus

EL – Euroopa Liit

ELTL – Euroopa Liidu Toimimise Leping

RHS – Riigihangete seadus

RKHKo – Riigikohtu halduskolleegiumi otsus

TlnHKo – Tallinna Halduskohtu otsus

TrtHKO – Tartu Halduskohus

TrtHKo – Tallinna Halduskohtu otsus

TrtHKo – Tartu Halduskohus

TlnRnKo – Tallinna Ringkonnakohtu otsus

VaKo – riigihangete vaidlustuskomisjonis

KASUTATUD ALLIKAD

Kirjandus ja muud allikad

1. Aquilina, D. The valuation of contracts for the purposes of the EU Public Contracts Directive. – Public Procurement Law Review 2018/1.
2. Andrecka, M., Semple, A. Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A Critical Look at the Public Sector Procurement Directive. – European Procurement & PPP Law Review 2017/10, No. 3.
3. Arrowsmith, S. The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK (Volume 2). London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters 2018.
4. Arrowsmith, S. Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies. - Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud. 1 (2011-2012).
5. Beneyto, J. M., Maíllo, J. Fostering growth: reinforcing the internal market. – Madrid: CEU Ediciones 2019.
6. Bogdanowicz, P. Cross-Border Interest and Concession Contracts: A Critical Approach. - Procurement & Public Private Partnership Law Review, 2015.
7. Bordalo Faustino, P. Award criteria in the new EU Directive on public Procurement. - P.P.L.R. 2014/3.
8. Bovis, C. H. The Law of EU Public Procurement. Oxford: Oxford University Press, 2015.
9. Calderia, S., Storcksdieck, S., Bakogianni, I. Public Procurement of Food for Health. Technical report on the school setting. – Malta: Joint Publication of the Maltese Presidency and the European Union 2017.
10. Caranta, R. The Changes to the Public Contract Directives and the Story they tell about how EU law works - Common Market Law Review 2015/52.
11. Caranta, R., Sanchez-Graells, A. European Public Procurement Commentary on Directive 2014/24/EU. USA: Edward Elgar Publishing Limited 2021.
12. Commission staff working paper, Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, part 1. Brüssel, 27.06.2011. Kättesaadav arktivõrgus - [https://ec.europa.eu/transparency/documentsregister/detail?ref=SEC\(2011\)853&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documentsregister/detail?ref=SEC(2011)853&lang=en) (29.03.2022)

13. Craven, R. The EU's 2014 Concessions Directive – Public Procurement Law Review 2014/4.
14. Dragos, C.D, Vornicu R. Public Procurement below Thresholds in the European Union. EU Law Principles and National Responses. – European Procurement & PPP Law Review 2015/3.
15. Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M.-A. Kontsessiooni vastuoluline regulatsioon Eesti õiguses. - Juridica 2012/IV.
16. Hansen, O., Treumer, S., Andov. Social services and contract changes: the legality of social service outsourcing practices in EU procurement law. - Public Procurement Law Review 2018, No 5.
17. Mihkelson, H. Koolitoitlustajad ummistavad komisjoni vaidlustustega. – Postimees, 07.09.2018. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://leht.postimees.ee/6390647/koolitoitlustajad-ummistavad-komisjoni-vaidlustega>
18. Mikkelsen, B., Dorph Pawlowski, K., Heilmann, A., Chapagain, M. Green transition in semi-captive foodservice environments as a win-win game for both policymakers and consumers? Qualitative insights from implementation of organic foods in army foodservice. - Journal of foodservice bussiness research. 2021, vol. 24, No. 3.
19. Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014.
20. Muna, E. jt. Riigihanked: teooria ja praktika. Harjumaa: Äripäev 2014.
21. New EU Framework on Public Procurement. ETUC Key points for the transposition of directive 2014/24/EU. – Confederation Syndicat European Trade Union. Kättesaadav arvutivõrgus: https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/files/ces-brochure_transpo_edited_03.pdf (22.02.2022)
22. Osula, P., Pihl, K. "Pealtnägija": Tallinna koolid on ühishankest saadud toiduga rahulolematud. ERR: 29-09-2021 Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.err.ee/1608354173/pealtnagija-tallinna-koolid-on-uhishankest-saadud-toiduga-rahulolematud> (26.03.2022)
23. Palmist, M. Mahetoitlustamise kogemus Tartu linna koolide näitel. Magistritöö. Juhendaja Elen Peetsmann. Tartu: Eesti Maaülikool 2021. Kättesaadav arvutivõrgus: https://dspace.emu.ee/xmlui/bitstream/handle/10492/6615/Palmist_Marilin_MA2021_t%C3%A4istekst.pdf?sequence=1&isAllowed=y (31.03.2022)
24. Paluoja, N. Kontsessiooni eritunnused ja nende kaudu eristamine teistest lepingutest ja lubadest. Magistritöö. Juhendaja Mari-Ann Simovart. Tartu: Tartu Ülikool 2020. lk 5. Kättesaadav arvutivõrgus:

https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/68493/paluoja_nele.pdf?sequence=1&isAllowed=y

25. Põllu, E. Lihtsustatud korras teenuste tellimine. – Rahandusministeeriumi analüüs. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analusid-ja-uuringud> (30.03.2022)
26. Põllu, E. Toiduainete ostmine ja toitlustamine riigihangetena. Rahandusministeeriumi analüüs. August 2013. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analusid-ja-uuringud> (30.03.2022)
27. Rahandusministeerium. Riigihangete poliitika. Korduma kippuvad küsimused – raamleping. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/kkk/867>, küsimus 4 (31.03.2022)
28. RHS eelnõu (450 SE I) seletuskiri. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (29.03.2022)
29. Riigihanke 181690 alusdokumendid
30. Riigihanke 184299 alusdokumendid
31. Riigihanke 184418 alusdokumendid
32. Riigihanke 192964 alusdokumendid
33. Riigihanke 195081 alusdokumendid
34. Riigihanke 195901 alusdokumendid
35. Riigihanke 196480 alusdokumendid
36. Riigihanke 196785 alusdokumendid
37. Riigihanke 197008 alusdokumendid
38. Riigihanke 198607 alusdokumendid
39. Riigihanke 199178 alusdokumendid
40. Riigihanke 201651 alusdokumendid
41. Riigihanke 203696 alusdokumendid
42. Riigihanke 208835 alusdokumendid
43. Riigihanke 209712 alusdokumendid
44. Riigihanke 211545 alusdokumendid
45. Riigihanke 212414 alusdokumendid
46. Riigihanke 222922 alusdokumendid
47. Riigihanke 224476 alusdokumendid

48. Riigihanke 225565 alusdokumendid
49. Riigihanke 228740 alusdokumendid
50. Riigihanke 232221 alusdokumendid
51. Riigihanke 235781 alusdokumendid
52. Riigihanke 237392 alusdokumendid
53. Riigihanke 238407 alusdokumendid
54. Riigihanke 239598 alusdokumendid
55. Riigihanke 240626 alusdokumendid
56. Riigihanke 240921 alusdokumendid
57. Riigihanke 241297 alusdokumendid
58. Riigihanke 241683 alusdokumendid
59. Riigihanke 243033 alusdokumendid
60. Riigihanke 244674 alusdokumendid
61. Riigihanke 245687 alusdokumendid
62. Riigihangete seaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu ja seletuskiri (491 SE). Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/b533be92-b5d8-47fc-a71d-fee84a786aa0/Riigihangete%20seaduse%20muutmise%20ja%20sellega%20seonduvalt%20teiste%20seaduste%20muutmise%20seadus> (29.03.2022)
63. Rool, M. Raamlepinguga seonduvad aktuaalsed õiguslikud probleemid. Magistritöö. Juhendaja Mari Ann Simovart. Tartu: Tartu Ülikool, lk 11. Kättesaadav arvutivõrgus: https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/68454/rool_merily.pdf?sequence=1&isAllowed=y (13.04.2022)
64. Rähni, J. Hankija kaalutusõiguse teostamise piirid sotsiaalsete eesmärkidega riigihangete läbiviimisel. Magistritöö. Juhendaja Mari-Ann Simovart. Tartu: Tartu Ülikool 2021. lk 53. Kättesaadav arvutivõrgus: https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/72898/rahn_ma_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y (01.04.2022)
65. Sanchez-Graells, A. Truly competitive public procurement as a Europe 2020 lever: what role for the principle of competition in moderating horizontal policies? UACES 45th Annual Conference, Bilbao, Spain, 7-9 September 2015. Sine loco 2015.
66. Sanchez Graells, A., Szyssczak, E. Modernising Social Services in the Single Market: Putting the Market into the Social - Accepted for presentation at the "Fostering Growth: Reinforcing the Internal Market" conference, organised by CEU San Pablo in Madrid, Spain on the 28-29 October 2013.

67. Semple, A. Reform of EU Public Procurement Law: Intergovernmental or Supranational Policy-making? - Public Procurement Analysis; University of London, Birkbeck College, School of Social Sciences, History and Philosophy, Politics 2019.
68. Simovart, M. A., Parind, M. (koost.) Riigihangete seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2019.
69. Smith, S. Articles 74 to 76 of the 2014 Public Procurement Directive: the new „light regime“ for social, health and other services and a new category of reserved contracts for certain social, health and cultural services contracts. - Public Procurement Law Review 2014/4.
70. Sotsiaalministeeriumi veebileht. Rahvatervis. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.sm.ee/et/rahvatervis>
71. Steinicke, M, Vesterdorf, P.I. EU Public Procurement law: Brussels commentary. Baden-Baden: Nomos Print 2018.
72. Szyszczak, E. Soft Law and Safe Havens. - Social Services of General Interest in the EU: 2013. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-90-6704-876-7>
73. Sõrm, M. Teenuste kontsessioon avalike teenuste delegerimise vahendina Eesti ja Euroopa Liidu õiguses. Magistritöö. Juhendaja Evelin Pärn-Lee. Tallinn: Tallinna Tehnikaülikool. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://digikogu.taltech.ee/et/Download/93ab16e3-12c5-4b58-8018-987be28c5e4b>
74. Tartu Linnavalitsuse vastused ja seisukohad Rahandusministeeriumi poolt algatatud järelevalvemenetluses, kus vaatluse all oli riigihange „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutajate leidmiseks“ (viitenumber 224476) 29.10.2020 nr 4-6/RH-20-269 <https://adr.rik.ee/ram/dokument/7907681>
75. Teabelehed Euroopa Liidu kohta. Riigihankelepingud. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/et/sheet/34/riigihankelepingud> (20.02.2022)
76. Tiks, J. „Üks söökla, kaks suurt asutust. Superministeeriumi töötajad söövad tudengite toidu ära“. – Delfi: 08.10.2018. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.delfi.ee/artikkel/83931683/delfi-video-uks-sookla-kaks-suurt-asutust-superministeeriumi-tootajad-soovad-tudengite-toidu-ara> (31.03.2022)
77. Wolswinkel, J. Concession Meets Authorisation. - European Procurement & Public Private Partnership Law Review, vol 12, no 4, 2017.

Normatiivaktid

1. 31. märtsi 2004. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134.
2. 26.veebruari 2014. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, lk 65-242.
3. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta (ELT L 94, 28.03.2014, lk 1-64).
4. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ (ELT L 94, 28.03.2014, lk 243-374).
5. Euroopa Komisjoni määrus (EÜ) nr 213/2008, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega - ELT L 74, 15.03.2008, lk 1–375.
6. Euroopa Liidu toimimise leping. – ELT C 326, 26.10.2012, lk 47-390.
7. Komisjoni määrus (EÜ) nr 213/2008, 28. november 2007, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega Kättesaadav arvutivõrgus:
https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/cpv_maarus_4.pdf (30.03.2022)
8. Riigihangete seadus - RT I 2001, 34, 189
9. Riigihangete seadus - RT I, 08.07.2020, 8

Kohtulahendid

1. EKo C-19/00, *SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo*, ECLI:EU:C:2001:553
2. EKo C-26/03, *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5
3. EKo C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA and Leitschutz Handels- und Montage GmbH v Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, ECLI:EU:C:1999:420
4. EKo C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV and State of the Netherlands*, ECLI:EU:C:1988:422
5. EKo C-74/16 *Ingsteel spol. s r. o., Metrostav a.s. vs Úrad pre verejné obstarávanie*, ECLI:EU:C:2017:549
6. EKo C-91/08, *Wall AG v La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, ECLI:EU:C:2010:182
7. EKo C-95/10, *Strong Segurança SA v Município de Sintra and Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança*, ECLI:EU:C:2011:161
8. EKo C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” jt versus San Lorenzo Soc. coop. Sociale ja Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, ECLI:EU:C:2014:2440
9. EKo 206/08, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreismunicipalitäten (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2009:540
10. EKo C-221/12, *Belgacom NV versus Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) jt*, ECLI:EU:C:2013:736
11. EKo C-216/17, *Autoria Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc.coop arl vs Azienda Socio-Santaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST) jt*
12. EKo C-226/09, *European Commission v Ireland*, ECLI:EU:C:2010:697
13. EKo C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) versus Comune di Cingia de' Botti*, ECLI:EU:C:2005:487
14. EKo C-247/02, *Sintesi Spa v Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, ECLI:EU:C:2004:593

15. EKo C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler v Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, ECLI:EU:C:2011:130
16. EKo C-324/93, *The Queen versus Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd ja Macfarlan Smith Ltd*, ECLI:EU:C:1995:84
17. EKo C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, joined party: Herold Business Data AG*, ECLI:EU:C:2000:669
18. EKo C-331/04, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl and Viaggi di Maio Snc v ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia and Comune di Venezia*, ECLI:EU:C:2005:718
19. EKo C-347/06, *ASM Brescia SpA v Comune di Rodengo Saiano*, ECLI:EU:C:2008:416
20. EKo C-348/10, *Norma-A SIA and Dekom SIA v Latgales plānošanas reģions*, ECLI:EU:C:2011:721
21. EKo C-381/08, *Car Trim GmbH v KeySafety Systems Srl*, ECLI:EU:C:2010:90.
22. EKo C-388/12, *Comune di Ancona v Regione Marche*, ECLI:EU:C:2013:734
23. EKo C-411/00, *Felix Swoboda GmbH vs Österreichische Nationalbank*, ECLI:EU:C:2002:660.
24. EKo C-413/17, *Roche Lietuva*, ECLI:EU:C:2018:865
25. EKo C-454/06, *Pressetexte*, ECLI:EU:C:2008:351
26. EKo C-458/03, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605
27. EKo C-448/01, *EVN AG and Wienstrom GmbH v Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2003:651
28. EKo C-470/99, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH versus Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, ECLI:EU:C:2002:746
29. EKo C-507/03, *Commission of the European Communities v Ireland*, ECLI:EU:C:2007:676
30. EKo C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne*, ECLI:EU:C:2002:495
31. EKo T-50/05, *Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v European Commission*, ECLI:EU:T:2010:101
32. EKo C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon and Nikolaos Vlachopoulos v Dimos Alexandroupolis and Others*, ECLI:EU:C:2008:40

33. EKO C-538/13, *eVigilo Ltd vs Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, ECLI:EU:C:2015:166.
34. Euroopa Kohtu kohtujuristi Sharpstoni ettepanek EK asjas C-145/08 ja C-149/08.
35. EKO C-23/20, *Simonsen & Weel A/S vs Region Nordjylland ja Region Syddanmark*, ECLI:EU:C:2021:490
36. EKO C 496/99 P komisjon vs. *CAS Succhi di Frutta*, ECLI:EU:C:2004:236
37. EKO C-42/13 *Cartiera dell'Adda SpA v CEM Ambiente SpA*, ECLI:EU:C:2014:2345
38. RKHKo 27.10.2010, 3-3-1-66-10
39. RKHKo 5.11.2012, 3-3-1-39-12
40. RKHKo 15.03.2017, 3-3-1-7-17
41. RKHKo 16.03.2020, 3-19-1825
42. RKHKo 11.12.2020, 3-20-1198
43. TlnRnKo 22.04.2015, 3-15-127
44. TlnRnKo 7.03.2016, 3-15-2704
45. TlnRnKo 26.03.2018, 3-17-2768
46. TlnRnKo 05.02.2019, 3-18-2037
47. TlnRnKm 02.08.2021, 3-21-1060
48. TrtRnKo 09.07.2020, 3-20-537
49. TlnHKo 22.06.2006, 3-06-113
50. TlnHKo 05.08.2013, 3-3-1510
51. TlnHKo 09.06.2014, 3-14-50704
52. TlnHKo 05.01.2016 3-15-2960
53. TlnHKo 22.06.2016, 3-16-874
54. TlnHko 17.03.2017, 3-17-255
55. TlnHKo 06.09.2019, 3-19-1443
56. TlnHKo 24.04.2020, 3-20-582
57. TlnHKo 04.05.2021, 3-21-613
58. TlnHKo 15.12.2021, 3-21-2474
59. TrtHKo 13.10.2016, 3-16-1732
60. TrtHKo 03.05.2021, 3-21-749
61. TrtHKo 06.07.2018, 3-18-1047
62. TlnRnKm 02.08.2021, 3-21-1060.
63. VaKoo 05.07.2011, 123-11/125509
64. VaKoo 12.03.2014, 32-14/146416
65. VaKoo 19.04.2016, 69-16/172871

66. VaKoo 18.08.2016, 171-16/- (eelläbirääkimistega pakkumine Tartu Hansa Kooli sööklaruumide tasuta kasutusse andmiseks)
67. VaKoo 14.06.2017, 81-17/187280
68. VaKoo 07.02.2018, 3-18/192337
69. VaKoo 24.04.2018, 64-18/192846
70. VaKoo 24.04.2018, 61-18/192746
71. VaKoo 11.06.2018, 93-18/194960
72. VaKoo 04.07.2018, 144-18/195081
73. VaKoo 27.07.2018, 137-18/197419
74. VaKoo 11.06.2018, 93-18/194960
75. VaKoo 14.06.2018, 97-18/197419
76. VaKoo 14.06.2018, 99-18/197419
77. VaKoo 04.07.2018, 117-18/195081
78. VaKoo 21.09.2018, 177-18/194960
79. VaKoo 12.11.2018, 218-18/194960
80. VaKoo 06.12.2018, 240-18/199140
81. VaKoo 23.01.2019, 268-18/203204
82. VaKoo 08.05.2019, 48-19/205677
83. VaKoo 10.07.2019, 97-19/206729
84. VaKoo 11.11.2019, 171-19/215312
85. VaKoo 11.03.2020, 19-20/217858
86. VaKoo 20.05.2020, 72-20/214257
87. VaKoo 15.09.2020, 181-20/226132
88. VaKoo 30.03.2021, 47-21/227347
89. VaKoo 28.07.2021, 127-21/234323
90. VaKoo 29.07.2021, 124-21/234323
91. VaKoo 01.09.2021, 143-21/234692
92. VaKoo 03.11.2021, 176-21/237392