

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND TALLINNAS
Eraõiguse osakond

Hele Hannah Noormaa

TÖÖHÕIVEALASTE KAALUTLUSTE KASUTAMINE RIIGIHANGETES
Magistritöö

Juhendaja: dr iur Mari-Ann Simovart

Tallinn 2017

SISUKORD

| | |
|---|----|
| SISSEJUHATUS | 3 |
| 1. Tööhõivealaste kaalutluste kasutamine hankemenetluses | 7 |
| 1.1 Riigihanke menetluses tööhõivealaste kaalutluste kasutamise eesmärgid ja põhimõtted | 7 |
| 1.2 Tööhõivealaste kriteeriumide kasutamine pakkujate kvalitatiivse valiku protsessis. 11 | |
| 1.2.1. Pakkuja kõrvaldamine hankemenetlusest | 11 |
| 1.2.2. Tööhõivealaste hindamiskriteeriumide kasutamine pakkuja kvalifitseerimisel. 14 | |
| 1.3 Tööhõivealaste kaalutluste kasutamine pakumuste hindamisel..... | 18 |
| 1.3.1 Tööhõivealaste tingimuste sätestamine tehnilises kirjelduses..... | 18 |
| 1.3.2 Tööhõivealaste hindamiskriteeriumide kasutamine pakumuste hindamisel | 23 |
| 2. Tööhõivealaste kaalutluste kasutamine hankelepingu eritingimusena..... | 34 |
| 2.1 Riigihankelepingus eritingimuste kasutamise eesmärgid ja põhimõtted..... | 34 |
| 2.2 Hankelepingu eritingimuste rikkumise tagajärjed | 48 |
| KOKKUVÕTE | 59 |
| SUMMARY | 64 |
| KASUTATUD ALLIKAD | 70 |
| Kasutatud kirjandus | 70 |
| Kasutatud õigusaktid | 74 |
| Kasutatud kohtupraktika..... | 75 |
| Eesti kohtupraktika..... | 75 |
| Euroopa Kohtu praktika..... | 75 |
| Muud kasutatud allikad | 76 |

SISSEJUHATUS

Käesolev magistritöö uurib sotsiaalsete –täpsemalt tööhõivealaste – kaalutluste kasutamise võimalusi tuginedes Euroopa Liidu (edaspidi EL) ja Eesti riigihankeõigusele. Euroopa Liidu Toimimise Leping¹ (edaspidi *ELTL*) julgustab Euroopa Liitu (läbi selle institutsioonide) tegutsema nii sotsiaal- kui keskkonnavaldkondades. Riigihangete kaudu on võimalik ühiskonnas juurutada majanduslikke, sotsiaalseid ja keskkonnaalaseid (poliitilisi) eelistusi ning seeläbi kaudselt teostada või toetada avalikku haldust – seda isegi juhul, kui konkreetse hankelepingu primaarne eesmärk ei ole otseselt seotud avaliku halduse ega poliitikaga.²

Siiski on hankijatel raskusi sotsiaalsete kaalutluste kasutamisega riigihangetes, mille üheks põhjuseks nimetatakse strateegiliste hangete valdkonnaga seotud ebakindlust ja strateegiliste eesmärkide integreerimist võimaldavate sätete puudulikkust³. Põhilisteks takistusteks on hankijate jaoks hirm sattuda kohtuvaidlustesse ja puuduv ülevaade edukast rakendamisest. „Lisaks kasutavad liikmesriigid olemasolevaid meetmeid erineval viisil ning sellest tulenevad erisused standardites/kirjeldustes suurendavad veelgi turu killustamise ohtu piki riikidevahelisi eraldusjooni.“⁴

Uuringutes on korduvalt leitud, et strateegilist riigihanget peetakse hankespetsialistide poolt keeruliseks, hoolimata selgetest argumentidest, mis tõendavad, et selline riigihange on hea riigihange ning siseriikliku õigussüsteemi ja poliitilise struktuuri olemasolu kergendab

¹ Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu Toimimise Lepingu konsolideeritud versioonid, 2010/C 83/01; artiklid 8-11, Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2010:083:FULL&from=ET>, (4.04.2017)

² P. Bolton. The use of government procurement as an instrument of policy. – South African Law Journal 2004 (121) 619, lk 619–620, 622 ja 624; C. Bovis. The New Public Procurement Regime: A Different Perspective on the Integration of Public Markets of the European Union. – European Public Law 2006 (12) 1, lk 107; C. Bovis. Public Procurement in the European Union: lessons from the past and insights to the future. – Columbia Journal of European Law 2005–2006 (12) 53, lk 111–113; P. Cane An Introduction to Administrative Law. 3. ed. Oxford: Clarendon Press 1997, lk 258–259; C. McCrudden. Using public procurement to achieve social outcomes. National Resources Forum 2004 (28), lk 257 ja 267. J.-B. Auby. Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere. – Public Law, Spring 2007, lk 45. P. Cane. An Introduction to Administrative Law. 3. ed. Oxford: Clarendon Press 1997, lk 14; Viidatud: M.A. Simovart, Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. – Juridica 2008/I, lk 31

³ Euroopa Komisjoni 22.12.2011 Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta ja Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste hankeid, lisa Euroopa Komisjoni talituste töödokument nr 2011/0438 (COD) riigihangete direktiivi mõju hindamise kommenteeritud kokkuvõte, Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216329&folderId=180565&name=DLFE-30203.pdf, lk 2; vaata ka Euroopa Komisjon. Study on “Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies”. Final Report. DG GROW Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs. 2015. Belgia. lk 96-97; Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/17261> (27.03.2017)

⁴ Euroopa Komisjoni 22.12.2011 Ettepanek, lk 3

sotsiaalsete kaalutluste ühendamist hankimisega. Raskused tekivad ka parimate, tootel või toimimispõhistel omadustel põhinevate keskkonna- ja sotsiaalsete võimaluste valimisel.⁵

Eesti hankemaastikul on selliste strateegiliste eesmärkide rakendamine hoopis tunnustamata ja tahaplaanile jäänud, ka puuduvad märkimisväärsed siseriiklikud juhised sotsiaalsete (sh tööhõivealaste) kriteeriumite kaasamise kohta.

Seega võib öelda, et probleem sotsiaalsete kaalutluste kasutamisega riigihangetes ja hankelepingutes on laialdane (st mitte ainult Eestis) ja eelkõige seotud vähesest praktikast tingitud teadmatusesest ning hankemenetluse korraldamise kuludest⁶ tingitud survega hankijatele⁷, mistõttu eelistatakse mitte riskida uudsete lahenduste kasutuselevõtuga.

Oluline on märkida, et nüüd on siiski riigi tasandil tehtud väike algatus olukorra muutmiseks. Nimelt loodi Vabariigi Valitsuse otsuse täitmiseks 2016. aasta märtsis Riigikogu kantselei juurde avaliku sektori ja sotsiaalse innovatsiooni rakkerühm⁸, mille põhiülesandeks on töötada välja ettepanekud, kuidas kvaliteetsema teenuse osutamiseks ja sotsiaalpoliitiliste eesmärkide kaasamiseks suurendada innovatsioonivõimekust Eesti avalikus sektoris ning laiemalt ühiskonna valmidust sotsiaalseks innovatsiooniks.

Tulenevalt riigihanke protseduurireeglitest võib sotsiaalsete kaalutluste käsitlemisel riigihangetes eristada nelja põhilähendamist, mida hankijad võivad kasutada üksikult või kombineeritult vastavalt oma vajadusele:⁹

⁵ Forum for the Future, *Buying a Better World: Sustainable Public Procurement*. – Forum for the Future: London 2007. lk 12-15; Viidatud Eleanor Fisher, *The Power of Purchase: Addressing Sustainability through Public Procurement*. – 8 EPPPL 2, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013, lk 5

⁶ Rahandusministeeriumi 2016. novembris avaldatud „Riigihanke läbiviimise ja riigihankel osalemise kulude hindamise uuringu kokkuvõtte“ kohaselt kulub ühe avatud hankemenetlusega riigihanke läbiviimisele keskmiselt 141,5 töötundi ja tööjõukulu on 1259 eurot. Koos vaidlustusmenetluse etapi kuludega on ühe keskmise avatud hankemenetlusega riigihanke kulud 144,3 tundi, millele vastav tööjõukulu on 1283,80 eurot. Ühe lihthankemenetluse läbiviimiseks ilma vaidlustusmenetluse etapi arvestamata kulub keskmiselt 67,8 tundi ning antud ajakuludele vastav tööjõukulu on 603 eurot. Vaidlustusmenetluse etapi kulud arvestades kulub keskmiselt ühe lihthankemenetluse läbiviimiseks 67,9 tundi, millele vastav tööjõukulu on 604,4 eurot. (Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/rl1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-37403.pdf, lk 8-9)

⁷ Autori arvates on surve eelkõige hankemenetlust läbiviivatel ja ettevalmistavatel töötajatel, kellele tuleb koostada hankija jaoks optimaalseimate tingimustega hankedokument ja hankeleping asjade, teenuste ja ehitustööde hankimiseks, ning kes vastutab isiklikult, kui tema ülemus(t)e arvates oli hanke ebaõnnestumise või vaidlustamise põhjuseks eelnimetatud tingimused. See tingib olukorra, kus valitakse pigem „ohutud“ (st vähem vaidlusi põhjustavad) või järeleproovitud tingimused, uudseid tingimusi eelistatakse mitte kasutada, kui need pole kohustuslikud.

⁸ Arvutivõrgus: <https://riigikantselei.ee/et/avaliku-sektori-ja-sotsiaalse-innovatsiooni-rakkeruhm>

⁹ Euroopa Komisjoni juhend. *Buying social: a Guide to taking account of social considerations in public procurement*. Brüssel 2011. – IP/11/105, lk 20-21. Arvutivõrgus: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-105_en.htm

- 1) hankija võib lisada sotsiaalse kriteeriumi hankedokumentides tehnilisse kirjeldusse ja/või hankelepingu projekti;
- 2) riigihankelt võidakse kõrvaldada pakkujad, keda on süüteona vastutusele võetud sotsiaalsete kohustuste (näiteks sotsiaalmaksu tasumise) mittetäitmise eest;
- 3) võidakse sätestada hindamiskriteerium, mille alusel antakse pakkujale, kes kinnitab, et võtab endale kohustuse tagada teatavaid sotsiaalseid tingimusi/nõudeid, lisapunkte;
- 4) keskendutakse hankemenetluse järgsele ehk lepingu täitmise perioodile: edukaks tunnistatud pakkuja kohustub täitma hankelepingus sätestatud sotsiaalseid kaalutlusi sisaldavaid sätteid.

Kuna sotsiaalsete kaalutluste valdkond, mida hankijad võivad riigihangetes kaalutleda, on lai, siis on autor oma töös käsitlenud kitsamat osa¹⁰ töövõimaluste edendamist käsitlevatest sotsiaalsetest kaalutlustest: noorte, vanemaealiste, kinnipidamiskohast vabastatute ja teiste tööturul ebasoodsas olukorras olevate isikute¹¹ töövõimaluste ja tööhõive edendamine; töövõimaluste edendamine pikaajalistele töötutele¹² ja ebasoodsates oludes elavate inimrühmade jaoks (nt võõrtöötajad, etnilised vähemused, usuvähemused, madala haridustasemega inimesed jne).

Eeltoodust lähtuvalt on autori arvates oluline leida tasakaalustatud lähenemine, millega tööhõive strateegilised eesmärgid ei läheks vastuollu hanke üldpõhimõtetega; kuidas selliste strateegiatega rakendamiseks saavad hankijad kasutada olemasolevat normistikku, et hangete korraldamine ja selle tulemusel sõlmitud lepingute täitmine oleks samaaegselt nii tõhus kui ka paindlik.

Antud uurimistöö eesmärgiks on anda hankija esindajale, kes tahaks konkreetset hanget läbi viies teatud tööhõivealast olukorda mõjutada, juhiseid:

- 1) millest lähtuvalt hinnata, kas soovitud eesmärgi saavutamine on riigihanke abil võimalik ja kohane;
- 2) milliseid valitud eesmärgi tagamiseks vajalikke hanketingimusi kehtestada ja kuidas neid sisustada;

¹⁰ Euroopa Komisjoni juhend. Buying social, lk 7.

¹¹ Kuna Eesti õigus ei defineeri, kes on „ebasoodsas olukorras olev töötaja“, siis tuleb selle sisustamisel juhinduda Euroopa Komisjoni määrusest (EL) nr 651/2014, 17.06.2014, ELi aluslepingu artiklite 107 ja 108 kohaldamise kohta, millega teatavat liiki abi tunnistatakse siseturuga kokkusobivaks. – ET L 187/1 Art 2 lg 4; Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0651>.

¹² Pikaajalise töötute definitsioon on antud tööturuteenuste ja -toetuste seaduse § 10 lg 5 p-s 7. Tööturuteenuste ja -toetuste seadus. – RT I, 28.09.2005, 430.

- 3) millisel viisil -hindamise või vastavuse kriteeriumina, lepingu tingimusena vms - on tööhõivealaste eesmärkide edendamine kõige tulemuslikum?

Kuna Eestis tööhõivealaste tingimustega riigihangete alal positiivne kogemus puudub, siis on küsimusi analüüsitud kehtivate riigihankedirektiivide¹³ ja riigihangete seaduse eelnõu¹⁴ ning veebis kättesaadavate teiste EL liikmesriikide samalaadseid teemasid käsitletud riigihangete andmetest lähtuvalt. Autor on töös kasutanud allikatena eelkõige kehtivaid EL direktiive ja Eesti riigihankeseaduse eelnõud. Samuti Eesti ja teiste riikide erialakirjandust, erinevate autorite artikleid erialajakirjades „Public Procurement Law Review“, „European Public Law“ ja „European Procurement & Public Private Partnership Law Review“ ning väljaandes „Juridica“ avaldatud artikleid.

Strateegiliste eesmärkide rakendamist riigihangetes on varasemalt oma magistritöös käsitletud keskkonnahoidlike tingimuste näidetel P.Lember¹⁵ ja K. Räägel¹⁶. Sotsiaalsetest eesmärkidest on soolise võrdõiguslikkuse edendamist hankelepingute kaudu oma doktoritöös uurinud M.A. Simovart¹⁷ ja töötajate õiglaste palga- ja töötingimuste saavutamist riigihankelepingu sekundaarse eesmärgina K. Taube oma bakalaureusetöös¹⁸.

Käesolevat magistritööd iseloomustavad märksõnad: hankemenetlus, hindamiskriteeriumid, sotsiaalne vastutus, tööhõive, õiguskaitsevahendid (leppetrahid).

¹³ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – EÜT L 94/1, 28.03.2014; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – EÜT L 94/65, 28.03.2014; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – EÜT L 94/243, 28.03.2014

¹⁴ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/>

¹⁵ P. Lember. Keskkonnakaitse horisontaalsed eesmärgid riigihankemenetluse pakkumuste hindamise staadiumis. Magistritöö. Juhendaja M.A. Simovart, LL.M. Tallinn 2013

¹⁶ K. Räägel, Keskkonnahoidlikud avalikud hanked. Magistritöö keskkonnatehnoloogias. Juhendaja professor T. Oja. Tartu 2006

¹⁷ M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad dotsent G. Ginter ja professor I. Kull. Tartu 2010

¹⁸ K. Taube. Töötajate õiglaste palga- ja töötingimuste saavutamine riigihankelepingu sekundaarse eesmärgina. Bakalaureusetöö. Tallinn 2009

1. TÖÖHÕIVEALASTE KAALUTLUSTE KASUTAMINE HANKEMENETLUSES

1.1 Riigihanke menetluses tööhõivealaste kaalutluste kasutamise eesmärgid ja põhimõtted

Riigihankelepingu primaarseks eesmärgiks on kaupade ostmine ja tööde või teenuste tellimine, mis on vajalik avaliku halduse teostamiseks.¹⁹ Riigihanke sotsiaalpoliitilisi eesmärke kasutatakse turul korrektiivide tegemiseks (ingl.k. *market-correcting*), so muudetakse või täiendatakse majandussüsteemi toimimist eesmärgiga saavutada tulemusi, milleni süsteem iseseisvalt ei jõuaks.²⁰

Riigihangete direktiivi 2014/24/EL (edaspidi ka *direktiiv või kehtiv direktiiv*) kohaselt on keskkonnaalaste, sotsiaalsete ja tööalaste nõuete integreerimiseks hankemenetlustesse eriti oluline, et liikmesriigid ja avaliku sektori hankijad rakendavad hanklepingu täitmise kohas kehtivate keskkonna-, sotsiaal- ja tööõigusest tulenevate kohustuste täitmise, mis tulenevad liidu õigusega koosõlas olevatest siseriiklikul kui ka liidu tasandil kehtivatest õigusnormidest, määrustest ja otsustest ning kollektiivlepingutest. Samuti tuleks lepingu täitmise ajal täita kõikide liikmesriikide poolt ratifitseeritud ja X lisas loetletud rahvusvahelistest kokkulepetest tulenevaid kohustusi. Siiski ei tohiks see ühelgi viisil takistada töötajate jaoks soodsamate töötingimuste kohaldamist.²¹

Teiseste tagajärgede saavutamine saab toimuda nii seadusega ettenähtud nõuete efektiivse elluviimise (ingl.k. *statutory compliance*) kui ka seaduses ettenähtust kõrgematele standarditele vastava käitumise innustamise kaudu (ingl.k. *contract compliance*).²²

Näiteks on Ühendkuningriikides kehtestatud Avalike teenuste (sotsiaalse väärtuse) seadus 2012²³, mille kohaselt peavad hankijad enne hanke alustamist kaaluma oma riigihangetes majanduslike, keskkonnaalaste ja sotsiaalsete hüvede arvessevõtmist. Nad peavad ka kaaluma, kas nendes küsimustes on vajalik konsultatsioon. Seadust kohaldatakse teenuse

¹⁹ S.Arrowsmith, Government Procurement in the WTO. – The Hague: Kluwer Law International, 2003, lk 4

²⁰ C.Barnard, The EC Employment Law. Thrd edition. – New York: Oxford University Press, 2006, lk 51

²¹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – EÜT L 94/65, 28.03.2014. preambula punkt 37; Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?qid=1406615102629&uri=CELEX:32014L0024>

²² M.A. Simovart. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus, lk 31

²³ Public Services (Social Value) Act 2012, 8th March 2012. – The National Archives. Arvutivõrgus: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/3/enacted>

lepingute hankemenetluse eelses etapis just seetõttu, et seal on sotsiaalsete väärtuste käsitlemisel kõige suurem mõju.²⁴

Euroopa Komisjoni väljaantud sotsiaalse hankimise juhendist²⁵ tulenevalt peaksid riigihankelepingu sõlmimise tööhõivealased kriteeriumid:

- 1) olema seotud lepingu esemega;
- 2) vältima hankijale piiramatu valikuvabaduse andmist;
- 3) olema avaldatud hanketeates ja hanke alusdokumentides;
- 4) olema kooskõlas ELi õigusega (sh ELTL aluspõhimõtetega: läbipaistvus, võrdne kohtlemine ja diskrimineerimise keeld);
- 5) aitama tuvastada ostja jaoks parima hinna ja kvaliteedi suhtega pakkumist ja
- 6) olema kooskõlas riigihanke direktiivide asjassepuutuvate sätetega.²⁶

Need nõuded põhinevad Euroopa Kohtu praktikas väljakujunenud õiguslikul testil, mida esmakordselt kasutati *Concordia*²⁷ ja täiendati *EVN Wienstrom*²⁸ lahendis. Kohus on korduvalt rõhutanud, et riigihankeid puudutavate ühenduse direktiivide esemeks on riigihankeid käsitlevate siseriiklike menetluste kooskõlastamine²⁹, mille eesmärk on riigihangete valdkonnas asutamisevabaduse ja teenuste osutamise vabaduse üheaegne saavutamine ning selles valdkonnas tõhusa konkurentsi tagamine, edendades seda, et võimalikult paljud liikmesriikide ettevõtjad oleksid huvitatud³⁰. Samuti on kohus rõhutanud, et riigihankemenetluse ühenduse tasandil koordineerimise eesmärk on kõrvaldada teenuste ja kaupade vaba liikumise takistused³¹.

Riigihankes tööhõivealaste kriteeriumide kasutamisel peavad hankijad riigihanke korraldamisel ja läbiviimisel arvesse võtma kahte olulist asjaolu: esiteks parima hinna ja

²⁴ Cabinet Office, Efficiency and Reform Group, Crown Commercial Service. Procurement policy note 10/12: The Public Services (Social Value) Act 2012 – advice for commissioners and procurers. – UK Government publications 2012. Arvutivõrgus: <https://www.gov.uk/government/publications/procurement-policy-note-10-12-the-public-services-social-value-act-2012>

²⁵ Euroopa Komisjoni juhend. Buying social, lk 56.

²⁶ Euroopa Komisjoni juhend. Buying social, lk 42.

²⁷ EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland OY Ab v. Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne*, p-d 59-64.

²⁸ EKo 4.12.2003, C-448/01, *EVN and Wienstrom v Republik Österreich*, p-d 33, 47-52, 67-69, 72, 95

²⁹ EKo 9.02.2006, liidetud kohtuasjad C-226/04 ja C-228/04, *LaCascina jt v Ministero della Difesa*, p 20; EKo 16.12.2008, C-213/07, *Michianiki AE v. Ethniko Simvoulío Radiotileorasis jt*, p 38

³⁰ Vaata selle kohta EKo 26. 09. 2000, C-225/98, *Euroopa Komisjon v Prantsusmaa (Nord-Pas-de-Calais)*, punkt 34; EKo 12. 07.2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti jt v Comune di Milano jt*, p 52; EKo 27. 11.2001, liidetud kohtuasjades C-285/99 ja C-286/99, *Lombardini ja Mantovani*, punkt 34 ja EKo 12. 12.2002, C-470/99, *Universale-Bau jt v Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, p 89; EKo 16.12.2008, C-213/07, *Michianiki AE v. Ethniko Simvoulío Radiotileorasis jt*, p. 39

³¹ Vaata ka EKo 18.10.2001 C-19/00, *SIAC Construction*, p 32; EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus*, p 56

kvaliteedi suhte tagamine (majanduslik soodsus) ja teiseks õiglaselt käitumine. Õiglane käitumine tähendab hankedirektiivide ja nendel põhinevate siseriiklike õigusaktide aluseks olevate siseturu põhimõtete järgimist.³² Tähtsaimaks on võrdse kohtlemise põhimõte, mille tagamiseks on direktiivides sätestatud tingimused pakkumuste vastuvõtmise ja osalemise taotluste esitamise ajapiirangute kehtestamisele, ühtsed reeglid tehnilisele kirjeldusele ja teistest liikmesriikidest pärit pakkujate diskrimineerimise keeld. Läbipaistvuse põhimõtte rakendamise näiteid võib leida erinevatest sätetest, millega reguleeritakse hanketeadete avaldamist ja pakkuja teavitamist tema pakkumuse tagasilükkamise põhjustest.³³

Vastavalt Euroopa Kohtu praktikale³⁴ peab lepingu sõlmimise otsus põhinema üksnes kriteeriumidel, mis käsitlevad pakutavaid tooteid ja teenuseid, st seotud lepingu esemega. Pakkumuse hindamisel on lubatud arvesse võtta kaalutlusi, mis on seotud pakkuja võimega täita hankelepingut, näiteks tema kogemus, tööjõud ja seadmed³⁵, aga ka lepingu esemeks olevate tööde teostamiseks vajaliku spetsiifilise kogemuse või pikaajaliste töötute töölevõtmise võimaluse olemasolu või selle puudumine³⁶.

Nõue, et kõik hanke tingimused peavad olema avaldatud hanketeates või hanke alusdokumentides, tuleneb riigihanke üldpõhimõtetest – läbipaistvus ja kontrollitavus, võrdne kohtlemine ja diskrimineerimise keeld. Pakkujal peab olema võimalik enne pakkumuse esitamist teada saada, kuidas ja milliste kriteeriumide alusel teda või tema pakkumust hinnatakse. Samuti, millised on nõuded hanke/lepingu esemele ja hankelepingu täitmise tingimused, et ta võiks teha hankija vajadustele vastava pakkumuse ja hinnata piisavalt täpselt lepingu täitmisega seotud võimalikke äririske ning neid pakkumust tehes arvesse võtta.³⁷

Direktiivi art 67 lg 3 ja riigihangete seaduse eelnõu (edaspidi ka seaduseelnõu või eelnõu) RHS SE § 85 lg 2 kohaselt loetakse kriteeriumid hankelepingu esemega seotuks juhul, kui nende sätestamisel võetakse arvesse hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde tootmise, osutamise või turustamisega seotud protsesse või olulusringi muudes etappides tehtavaid tegevusi ja kulutusi, isegi juhul, kui need ei ole hankelepingu eseme oluliseks osaks.

³² Euroopa Komisjoni juhend. Buying social, lk 20.

³³ Euroopa Komisjoni juhend. Buying social, lk 20.

³⁴ Vaata ka EKo 20. 09.1988, C - 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, p.-d 15–19, EKo 24. 01.2008, C-532/06, *Lianakis jt v Dimos Alexandroupolis jt*, p 30 ning EKo12. 11.2009,C-199/07, *Euroopa Komisjon v Kreeka Vabariik*, p.-d 51–5; viidatud Euroopa Komisjon. Roheline raamat. ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta. Euroopa hanketuru tõhustamine. – Brüssel 2011, lk 16

³⁵ Euroopa Komisjon. Roheline raamat, lk 16; Samuti EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, lk 64

³⁶ EKo 20. 09.1988, C - 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, p 37

³⁷ EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, p.-d 62-64 ; EKo 20. 09.1988, C - 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, p 35, 37

Kuna hankija peab veenduma, et tööhõivealaste kaalutluste arvestamine pole tehtud lahus EL õigusest tulenevatest üldistest eesmärkidest, siis tööhõivealaseid tingimusi kehtestades tuleb erilist tähelepanu pöörata kolmele asjaolule: lepingu eseme määramine; olukorrad, kus ühenduse huvi eelistatakse ja mõju turule tuleb hinnata juhtumipõhiselt.³⁸

See *Contse*³⁹ lahendist, mille seisukohti kinnitati hiljem *Serrantoni*⁴⁰ lahendis,⁴¹ nähtub selgelt, et kasutatud /tööhõivealaseid/ tingimusi tuleb kohaldada mittediskrimineerivalt, need peavad olema õigustatud ülekaaluka üldise huviga, olema sobivad taotletava eesmärgi saavutamiseks ning ei tohi minna kaugemale sellest, mis on vajalik eesmärgi saavutamiseks.

EVN Wienstromi kohtuasi näitab ilmekalt, kuidas hankija läks hindamiskriteeriume seades kaugemale sellest, mis on vajalik eesmärgi saavutamiseks. Kohus pidas vastuvõetamatuks sellist pakkumuste hindamise kriteeriumi, mis oli seotud taastuvatest energiaallikatest toodetud energia kogusega hankija oodatavat energiatarbimist ületavas koguses, sest see ei olnud seotud lepingu esemega. Sel juhul ei saanud hankija ka hanketingimuse täitmist tulemuslikult kontrollida.⁴²

Mõningatel juhtudel võib olla täiesti seaduslik määratleda lepingu ese väga kitsa kaupade või teenustena ja täpsustada, et teatav tööhõivealane poliitika on hankemenetluse eesmärk.⁴³ See on asjakohane juhul, kui riigihanget kasutatakse innovatsiooni edendamiseks.⁴⁴

Eeltoodust lähtuvalt on hankija jaoks oluline teostada enne hanke väljakuulutamist põhjalik eeltöö, mille käigus selgitada muuhulgas välja, kas ja kuidas ning millises hankemenetluse etapis on võimalik parimal viisil tööhõivealaseid tingimusi hankemenetluses kasutada ning hinnata ka, kas valitud tingimuse kohaldamine on seotud hanke/lepingu esemega ning on asjakohane käesolevas hankes.

Alljärgnevides alapeatükkides olen käsitlenud üksikasjalikumalt tööhõivealaste tingimuste kasutamist hankemenetluse erinevates etappides.

³⁸ J. Hettne, Sustainable Public Procurement and the Single Market--Is There a Conflict of Interest? – 8 EPPPL 3. European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2013, lk 37

³⁹ EKo 27.10.2005, C-234/03, *Contse jt v Ingesa*

⁴⁰ EKo 23.12.2009, C-376/08, *Serrantoni v. Comune di Milano*.

⁴¹ J. Hettne, lk 37

⁴² EKo 4.12.2003, C-448/01, *EVN and Wienstrom v Republik Österreich*

⁴³ C. McCrudden, EC public procurement law and equality linkages: foundations for interpretation; Viidatud S.Arrowsmith, P.Kunzlik, EC regulation of public procurement ja S.Arrowsmith, P.Kunzlik (eds.). Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. – New York: Cambridge University Press 2009, lk. 290.

⁴⁴ J. Hettne, lk 38

1.2 Tööhõivealaste kriteeriumide kasutamine pakkujate kvalitatiivse valiku protsessis

1.2.1. Pakkujate kõrvaldamine hankemenetlusest

Kehtiva direktiivi kohaselt tuleb edukas pakkumus valida kahes etapis⁴⁵: pakkujate kvalitatiivse valiku ja pakkumuse hindamisega. Pakkujate kvalitatiivse valiku, sh kvalifikatsiooni kontrollimise eesmärgiks on valida välja pakkujad, kes on eelduslikult suutelised sõlmima hankelepingut nõuetekohaselt täitma.⁴⁶ Seda tehakse kõrvalejätmise kriteeriumide ning majanduslikku ja finantsseisundit, kutsealaseid ja tehnilisi teadmisi ja võimeid käsitlevate kriteeriumide alusel.⁴⁷

Euroopa Kohtu praktikast⁴⁸ tuleneb, et hankijad peavad rangelt eristama pakkujate kvalifitseerimise kriteeriume ja pakkumuse hindamiskriteeriume. Arvesse on lubatud võtta kaalutlusi, mis on seotud pakkujate võimega täita hankelepingut, näiteks tema kogemus, tööjõud ja seadmed.⁴⁹ Hinnates taotleja suutlikkust täita lepingut, võib hankija võtta arvesse konkreetset kogemust ja pädevust seoses sotsiaalsete aspektidega, mis on lepingu eseme suhtes asjakohased⁵⁰ ning proportsionaalsed lepingu esemega.⁵¹ Õiguskirjanduses rõhutatakse siiski, et seos lepingu esemega pole siiski kvalifitseerimise tingimustele sama tähendusega nagu see on hindamiskriteeriumide või tehnilise kirjelduse jaoks. Viimase puhul on selle eesmärk piirata lepingu esemeks olevate toodete ja teenuste lepingutingimusi sekkumata asjaoludesse, mis pole otseselt seotud lepinguga, nagu pakkujate juhtimissüsteem või poliitika. Seevastu „sõltumatud“ asjaolud nagu juhtimissüsteem või eelnev kogemus võivad olla hankija jaoks olulised kvalifitseerimisel, kuna aitavad hinnata pakkujate võimet lepingut täita.⁵²

Nõustuda võib õiguskirjanduses avaldatud arvamusega, et sotsiaalseid eesmärke koheldakse riigihangetes ebaselgetel põhjustel keskkonnaalastest erinevalt: kui hankija saab nõuda keskkonnajuhtimise alast sertifikaati, siis miks ei ole tal võimalik nõuda teiste sotsiaalse

⁴⁵ EL direktiiv 2014/24/EÜ art 56

⁴⁶ RKHKo 3-3-1-2-12, p 15.1

⁴⁷ EL direktiiv 2014/24/EÜ art 57-58; RH SE §-d 95-98 ja §-d 100-101

⁴⁸ Vt EKo 20. 09.1988, C - 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, p-d 15–19, EKo 24. 01.2008, C-532/06, *Lianakis jt v Dimos Alexandroupolis jt*, p 30 ning EKo12. 11.2009, C-199/07, *Euroopa Komisjon v Kreeka Vabariik*, p-d 51–5; viidatud Euroopa Komisjon. Roheline raamat, lk 16

⁴⁹ Euroopa Komisjon. Roheline raamat, lk 16

⁵⁰ Euroopa Komisjon. Roheline raamat, lk 35

⁵¹ M. Martens, S. de Margerie. The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement. – 8 EPPPL 8, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2013, lk 14

⁵² Martens/de Margerie, lk 14

vastutusega seotud asjaoludega seotud sertifikaate nagu lapstööjõu kasutamise või soolise diskrimineerimise puudumise?⁵³

Teadaolevalt on kohustuslike kõrvaldamise aluste eesmärgiks tagada, et hankijad ei astuks lepingusse ebausaldusväärse pakkujaga, ning vabatahtlike kõrvaldamise aluste kaudu võimaldada liikmesriikidel vältida ebausaldusväärseid pakkujaid, kui nad seda soovivad.⁵⁴

Eeltoodu valguses soosivad vastava sätte sisu ja eesmärgi poolest tööhõivealaste eesmärkide saavutamist eelkõige võimalus kõrvaldada isik, keda on karistatud seoses ebaseaduslikult riigis viibivate töötajatega⁵⁵, ning isik, kelle sotsiaalkindlustuse maksete tasumise kohustused pole nõuetekohaselt täidetud⁵⁶.

Kehtiva direktiivi ja seaduseelnõu kohaselt on riigihangete puhul, mille eeldatav maksumus on võrdne või ületab rahvusvahelist piirmäära, hankijal õigus kaaluda ebaseaduslikult riigis viibivate töötajate töölevõtmise eest karistatud pakkuja kõrvaldamist või kõrvaldamata jätmist, kui see pakkuja on esitanud koos pakkumusega tõendid selle kohta, et ta on rakendanud meetmeid ja need on piisavad tema usaldusväärse taastamiseks (heastamine).⁵⁷

Kuigi riigihangete registris on hankijal võimalik e-riigihanke puhul teha päringuid karistusregistrisse eelnimetatud andmete kontrolliks, siis on vähemalt praegusel hetkel hankija jaoks raskendatud kontrollida selle kõrvaldamise aluse olemasolu või puudumist iga pakkuja puhul, sest riigihangete registri rakendus küll võimaldab teha päringu Eesti karistusregistrisse, kuid üsna sageli saab päringu teinud hankija vastuseks hoopis veateate⁵⁸. Karistusregistri suuliste selgituste kohaselt on tõrgete põhjused seotud registri enda ülesehituse ja toimimisega ning probleemide kõrvaldamiseks tuleks hankijatel registri halduritega ühendust võtta. Seda aga peetakse sageli hankijate poolt ebamugavaks ja seetõttu jäetakse kõrvaldamise aluste sisuline kontroll tegelikult teostamata.

⁵³ “Art 61 lg 2 riigihangete direktiivide ettepanekus ja art 75 lg 2 võrgustikusektori riigihangete direktiivi ettepanekus “Martens/de Margerie, lk 14

⁵⁴ S. Arrowsmith, H.J. Priess, P. Friton. Self-cleaning as a Defence to Exclusion for Misconduct: An emerging Concept in EC Public Procurement Law. – Public Procurement Law Review 2009/6, lk 271.

⁵⁵ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/52/EÜ, 18. juuni 2009, millega sätestatakse ebaseaduslikult riigis viibivate kolmandate riikide kodanike tööandjatele kohaldatavate karistuste ja meetmete miinimumnõuded. – EÜT L 168/24, 30.06.2009. art 7 lg 1 p b; KarS § 206¹; Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri (204 SE), Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/> (28.04.2017), lk 90

⁵⁶ Riigihangete direktiiv 2014/24/EÜ art 57 lg 2; riigihangete seaduseelnõu (204 SE) § 95 lg 1 p 4

⁵⁷ Riigihangete direktiiv 2014/24/EÜ art 57 lg 6; riigihangete seaduseelnõu (204 SE) § 97

⁵⁸ Vähemalt 2017. aprilli seisuga

Tööhõivealase kaalutlusega puutumuses olevaks võib pidada direktiivis ja seaduseelnõus kehtestatud hankija kohustus kõrvaldama hankemenetlusest isik, kes on rikkunud maksude või sotsiaalkindlustuse maksete tasumise kohustusi. Seaduseelnõu kohaselt võib hankija kõrvaldada hankemenetlusest ka sellise isiku, kelle suhtes saab hankija mistahes asjakohaste vahenditega tõendada, et ta on maksude või sotsiaalkindlustuse maksete tasumise kohustusi rikkunud ehk see võib olla ka isik, kelle maksuvõla kohta ei ole maksuotsust tehtud.⁵⁹ Vastupidiselt kehtiva RHS-iga on seaduseelnõus maksuvõlaks maksuvõlg maksukorralduse seaduse tähenduses st selle hulka loetakse kõik riiklikud maksud (sh sotsiaalmaks) ja lisaks sellele kohaldatakse maksu kohta sätestatud ka muuhulgas ka töötuskindlustusmaksle.⁶⁰

Maksude, sh töötuskindlustus- ja sotsiaalkindlustuse maksete võlgnevuse seos tööhõivealaste kaalutlustega on seotud nende kogumise eesmärgiga: nende arvelt tagab riik elanike sotsiaalsete vajaduste rahuldamise õigusaktides sätestatud ulatuses – muuhulgas näiteks õppeasutuste ülalpidamise, isikute sotsiaalhoolduse, ravi jms, pensionide ja toimetulekutoetuste maksmise, töötu abirahade jms maksmise jne.

Siiski praeguseks ajaks Eestis väljakujunenud kohtupraktika⁶¹ kohaselt on maksudeklaratsiooni alusel tekkinud maksuvõlga võimalik igal ajal deklaratsiooni muutmisega olematuks muuta, mis on maksuvõla kontrollimise teinud formaalseks ning hankijale ebamõistlikku koormust tekitavaks.⁶² Varasemast kohtupraktikast⁶³ tuleneb ka, et hankija saab maksuvõlglasest pakkuja kõrvaldada hankemenetlusest ainult sellisel juhul, kui maksuvõlg on olemas ka haldusotsuse tegemise hetkel.

Maksuvõla alusel pakkuja kõrvaldamise muudab suhteliselt võimatuks ka see, et kooskõlas direktiivi artikli 57 lg-ga 2 on seaduseelnõu § 95 lg-s 6 sätestatud nõue, et pakkujal maksuvõla avastamisel peab hankija [saatma selle kohta teate ja] andma pakkujale vähemalt 3 tööpäeva maksuvõla tasumiseks või ajatamiseks, mida hankija võib mõjuvatel põhjustel veel pikendada. See säte kohalduv kõigi riigihangete seaduseelnõu regulatsiooni jäävate riigihangete puhul ega sõltu, erinevalt esimesena nimetatud kõrvaldamise alusest, riigihanke eeldatavast maksumusest.

⁵⁹ Riigihangete direktiiv 2014/24/EÜ art 57 lg 2; riigihangete seaduseelnõu (204 SE) § 95 lg 1 p 4

⁶⁰ Riigihangete seaduseelnõu § 95 lg 1 p 4: „Hankija ei sõlmi hankelepingut ja kõrvaldab hankemenetlusest pakkuja või taotleja, kellel on riikliku maksu, makse või keskkonnatasu maksuvõlg maksukorralduse seaduse tähenduses või maksu – või sotsiaalkindlustusmaksude võlg tema asukohariigi õigusaktide kohaselt“

⁶¹ TlnHKo 27.12.2011, 3-11-2644, p 26; VAKOo 07.01.2010, 268-09/113908, p15; VAKOo 26.03.2010, 49-10/115177, p7; TlnRnKo 30.11.2010, 3-10-2480, p17 ja TlnRnKo 16.02.2012, 3-10-2012, p 20

⁶² Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri, § 95 kohta, lk 9.

⁶³ VAKOo 15.10.2014, 251-14/154445, p 13

Samas on hankijal kehtiva hankedirektiivi art 57 lõikest 3 tulenev võimalus jätta pakkuja ka maksuvõlgnevuse olemasolu korral siiski hankemenetlusest kõrvaldamata, kui see oleks asjaolusid arvestades selgelt ebaproportsionaalne meede – eelkõige juhul, kui pakkujal ei ole asjaoludest tulenevalt olnud võimalust rakendada meetmeid maksuvõla koheseks tasumiseks või ajatamiskokkuleppe sõlmimiseks enne pakkumust esitamise tähtpäeva saabumist.⁶⁴ Eesti on vastava võimaluse sätestanud eelnõu § 95 lõikes 3 (avalike huvide erand). Kuna tegemist on kaalutusotsusega, siis tuleb hankijal hinnata iga kord asjaolusid ja põhjendada oma otsust.

Eeltoodu põhjal võib järeldada, et hankijal on võimalik pakkuja eelnimetatud hankemenetlusest kõrvaldamise aluste alusel kõrvaldada ainult siis, kui (1) pakkujat on karistatud KarS § 260¹ alusel ja (2) tegemist on alla rahvusvahelise piirmäära eeldatava maksumusega riigihankega või (3) kui rahvusvahelise riigihanke puhul ei olnud pakkuja esitanud koos pakkumusega heastamise meetmete tõendeid või hankija arvates ei olnud need piisavad pakkuja usaldusväärse taastamiseks. Kuna hetkel praktika puudub ja ka kohus pole veel seisukohta võtnud, mis on piisav tõend usaldusväärse taastamiseks, siis võib oletada, et vaid üksikud hankijad julgevad otsustada, et pakkuja esitatud heastamismeetmete tõenditest ei piisa tema usaldusväärse taastamiseks. Seega jääb selle sätte rakendamise sisustamine edaspidise kohtupraktika hooleks. Küll aga on hankija kohustatud pakkuja kõrvaldama ja pakkuja ei saa kasutada heastamist juhul, kui riigihanke eeldatav maksumus jääb alla rahvusvahelise piirmäära.

Samuti on suhteliselt ebatõenäoline kõrvaldada hankemenetlusest pakkujat maksuvõla tõttu, kuna üsna väheusutav on, et lepingu sõlmimisest huvitatud pakkuja jätab hankijalt maksuvõla kohta teate saamise järel selle likvideerimata, kuna eeldatavasti on pakkumuse teinud isik huvitatud hankelepingu sõlmimisest.

1.2.2. Tööhõivealaste hindamiskriteeriumide kasutamine pakkuja kvalifitseerimisel

Pakkuja kvalifitseerimiseks lubatavate tingimuste ammendav loetelu on kehtivas RHS-s sätestatud §-des 40 ja 41, kehtivas direktiivis art-s 58 ja seaduseelnõus §-des 98-101.

Võrreldes varasemaga on oluline muudatus see, et hankija ei ole ühegi riigihanke puhul kohustatud tingimata kehtestama kvalifitseerimise tingimusi ega nõudma pakkujalt mingite

⁶⁴ D. Minumets, P.Kulm. Riigihangete õigus. – Tallinn: Juura 2014, lk 320-321

kvalifikatsiooni tõendavate dokumentide esitamist. Seega saab hankija iga kord lähtuda üksnes oma vajadustest, hankelepingu keerukusest ja võib juhtuda, et hankeleping on sellise iseloomuga, mis eraldi kvalifitseerimise tingimuste sätestamist ei eeldagi.⁶⁵

Euroopa Kohtu praktika välistab pakkujate kvalifitseerimise muudele kui hankedirektiivis selgesõnaliselt sätestatud näitajatele tuginedes.⁶⁶ Hankedirektiivid sätestavad ammendavalt kvalitatiivse valiku kriteeriumid, mille alusel hinnatakse pakkujate tehnilist ja kutsealast pädevust.⁶⁷ Samuti peavad kvalifitseerimise tingimused olema vastavad ja proportsionaalsed hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega.⁶⁸

Eeltoodust võiks teha järelduse, et hankijal puudub võimalus kehtestada tööhõivealast kvalifitseerimise tingimust.

Samale järeldusele jõudis ka Euroopa Kohus *Beentjes*⁶⁹ lahendis öeldes, et hankija kasutatud kvalifitseerimise tingimus, mille kohaselt hinnati pakkuja võimekust anda tööd pikaajalistele töötutele, polnud seotud pakkujate majandusliku ja finantsuutlikkusega ega nende tehniliste teadmiste ja suutlikkusega, mis on aga kvalifitseerimise tingimuse eesmärk /ja pole seega kvalifitseerimise tingimuseks sobiv/. Kuna pakkujate kvalifitseerimine toimub majanduslikule ja finantsseisundile ning tehnilisele ja kutsealasele pädevusele tuginedes, ei ole täiendavad sotsiaalsed kriteeriumid kvalifitseerimise alusena reeglina õigustatud.⁷⁰ Samas ei välistanud kohus, et selline kriteerium võib olla pakkuja hindamise kriteerium.⁷¹ Euroopa Komisjoni arvates võib sotsiaalsete kaalutluste arvestamine kvalifitseerimise etapis tulla kõne alla vaid juhul, kui need on vajalikud tehnilise ja kutsealase võimekuse tõendamiseks töötajate vastavat spetsiifilist oskusteavet nõudvate lepingute puhul.⁷²

Ka P. Lätt ja E. Fels jõudsid oma analüüsis järeldusele, et kuna keskmise palga nõue ei ole vajalik spetsiifilise võimekuse tõendamiseks ja seega kvalifitseerimistingimuste laiendamine

⁶⁵ Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri, § 98 kohta, lk 98

⁶⁶ EKo 20. 09.1988, C - 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, p 17; EKo 09.07.1987, *liidetud kohtuasjad C-27/86, CEI ja Bellini v Belgian State*, p 13 jj.

⁶⁷ H. Weber. Development promotion as a secondary policy in public procurement. – Public Procurement Law Review 2009, lk 193-194.

⁶⁸ riigihangete seaduseelnõu (204 SE) § 98 lg 1

⁶⁹ EKo 20. 09.1988, C - 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, p 28

⁷⁰ M. A. Simovart. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalused Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. – Juridica 2009/ III, lk 150

⁷¹ EKo 20. 09.1988, C - 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, p. 37

⁷² Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement. COM (2001) 566 final. – OJ C 333, 28.11.2001; p 14. Näiteks ehitusprojekteerimine, auditorteenuse, õigusabiteenuse vms tellimisel.

selliste sotsiaalsete nõuetega, mida hankedirektiivid ette ei näe, ei ole Euroopa Liidu õigusega kooskõlas.⁷³

Eesti riigihankepraktikas on teadaolevalt sotsiaalseid kaalutlusi -- täpsemalt kvalifitseerimise tingimusena nõuet pakkuja projektijuhile, kelle „viimase kuue kuu palgatase vähemalt 70% ehitusvaldkonna keskmisest palgast“ – proovinud kasutada Riigi Kinnisvara AS „Häädemeeste Politsei- ja Päästehoone ehitustööd“ riigihankel (viitenumber 151812), kuid sellest loobuti Rahandusministeeriumi soovitusel, kes juhtis tähelepanu asjaolule, et soovitud kriteerium ei ole sätestatud lubatavate kvalifitseerimise tingimuste ammendavas loetelus kehtiva riigihangete seaduse⁷⁴ §-des 39-41.

Samas leidis autor riigihangete registrist mitmeid Elektrilevi OÜ korraldatud hankeid, kes on lühikest aega 2014. aasta lõpus oma ehituse hangetes kasutanud ehitusvaldkonna töövõtjate ja alltöövõtjate töötasudelt makstavate riiklike maksude tasumise täiendava kontrolli teostamise eesmärgil alljärgnevat nõuet:⁷⁵

„Taotleja/pakkuja peab esitama Maksu- ja Tolliameti poolt väljastatud tõendi, kehtivusega 6 (kuus) kuud selle väljastamisest arvates, mis sisaldab alljärgnevat infot:

- 1) ettevõtte töötajate viimase kuue kuu keskmine palk on olnud vähemalt 70% ehitusvaldkonna kuue kuu keskmisest palgast;
- 2) viimase kuue kuu keskmine väljamakseid saanud deklareeritud töötajate arv;
- 3) juhatuse liikmetel ja/või omanikel puuduvad kehtivad karistused maksu- ja tollialaste õigusrikkumiste eest.

Samuti on taotlejal/pakkujal alltöövõtu kasutamise korral kohustus tagada eelnimetatud nõude täitmine ka alltöövõtja(te)l.“

Kuna keegi seda hanketingimust ei vaidlustanud, siis puudub kohtupoolne õiguslik hinnang sellise kriteeriumi õiguspärasusele. Rahandusministeeriumi seisukoht oli siiski, et sellise kõrvaldamise aluse kasutamine ei ole kehtiva õiguse ja kohtupraktikaga kooskõlas, kuna „minimaalseks palgatasemeks seatakse mõõdik, mis ei ole kontrollitav ega põhjendatud; lisaks objektiivsele kontrollimatusele tekitab kahtlusi, kas 70% lävend on paljudel juhtudel

⁷³ P.Lätt, E.Fels. Keskmise palga nõue riigihangetes. Advokaadibüroo GLIMSTEDT analüüs. – Tallinn 2016. Arvutivõrgus:

https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=523891&name=DLFE-37603.pdf, punktid 26 ja 27

⁷⁴ Riigihangete seadus. – RT I, 24.01.2007, 76 ... RT I, 25.10.2016,20

⁷⁵ Vaata näiteks riigihanked viitenumbri nr 157426, 158161 või 158138. Vt ka Elektrilevi OÜ 18.11.2014 järelepärimist Rahandusministeeriumile ja Rahandusministeeriumi 5.12.2014 vastust sellele, kätte saadav: <http://dokumendiregister.rahandusministeerium.ee/?id=32408518>

proportsionaalne, kuna see sisaldab ka suurettevõtjate tippjuhtide töö- ja tulemustasusid ning nimetatud 70% saavutamist peaks pakkuja saama näidata vajadusel ka enda ja teise isiku andmete summeerimise tulemusena; RHS § 41 lg 6 ei ole kooskõlas piirang, mille kohaselt peab pakkujal endal olema vähemalt kuus töölepingujärgset töötajat; ja samuti on Euroopa Kohus selgelt, järjepidevalt ja ühemõtteliselt keelanud laiendada olemasolevaid kõrvaldamise aluseid (vt kohtulahend C-213/07, p 43).⁷⁶

Ka autori arvates on küsitav, kas asjade ostmisel (näiteks kontoritarvete, elektri, mööbli vms ostmisel) või teenuse (näiteks koristustööde, toitlustusteenuse, finantseerimisteenuse) tellimisel on sellised tööhõivealased kvalifitseerimise tingimused nagu näiteks praktiseerimiskohtade tekitamine ja praktikantide hilisem tööle võtmine, lepingu täitmisel osalenud töötajatele õiglase tasu maksmine, pikaajaliste töötute või väikeste lastega emade või 50+ vanuses ja noorte töötajate kasutamine lepingu täitmisel, lepingu täitmiseks puudega töötajate palkamine jne käsitletavad hankija kindlaks määratud tunnustele vastava hanke/lepingu esemena. Eeldatavasti on riigihanke eesmärgiks siiski objektiivsetele ja mõõdetavatele tunnustele vastavate asjade müük või teenuste osutamine ja tööhõivealased on hankelepingu sekundaarseks eesmärgiks.

Samuti oleks kummastav ja kehtiva õigusega sh kohtupraktikaga vastuolus hakata pakkujat (ja mitte pakkumust) hindama selle alusel, kuidas pakkuja lubab hakata tulevikus lepingut täitma.

Eeltoodut arvesse võttes ja lähtudes kehtivast õiguse tõlgendusest, mille kohaselt pakkuja kvalifitseerimise tingimus peab olema esiteks, vastav ja proportsionaalne (ja seotud) hankelepingu esemega ning objektiivselt kontrollitav, teiseks – tööhõivealased tingimused ei ole üldjuhul seotavad pakkujate majandusliku ja finantssuutlikkusega ja kolmandaks, Euroopa Kohus ei aktsepteeri kvalifitseerimise tingimuste laiendamist võrreldes direktiivides sätestatutega, siis võib asuda seisukohale, et tööhõivealase kvalifitseerimise tingimuse sätestamine on riigihankes ebatõenäoline.

⁷⁶ Rahandusministeeriumi 5.12.2014 vastus Elektrilevi OÜ 25.11.2014. saadetud järelepärimisele. kättesaadav: <http://dokumendiregister.rahandusministeerium.ee/?id=32408518>

1.3 Tööhõivealaste kaalutluste kasutamine pakkumuste hindamisel

1.3.1 Tööhõivealaste tingimuste sätestamine tehnilises kirjelduses

Kehtiva direktiivi ja seaduseelnõu sätete sõnastusest⁷⁷ tuleneb, et hankeleping tuleb sõlmida alati majanduslikult soodsaima pakkumuse alusel ja selle väljaselgitamisel võtab hankija arvesse eelkõige parima hinna ja kvaliteedi suhet, mis sisaldab endas alati pakkumuse hinna või kulu elementi ja kindlasti ka kvalitatiivseid, keskkonnavalaseid või sotsiaalseid kriteeriume. Samas ei ole majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel otsesõnu keelatud ka üksnes pakkumuse hinnast või kulust lähtumine.⁷⁸

Euroopa Kohus on korduvalt kinnitanud, et kuigi hankedirektiivid jätavad hankijale ulatusliku õiguse valida, milliseid hindamise kriteeriume kasutada, ning direktiivides on kasutatud loetelu ees sõna „näiteks“, võib hankija valik siiski hõlmata ainult neid kriteeriume, mille eesmärk on välja selgitada majanduslikult soodsaim pakkumus⁷⁹ ja need kriteeriumid peavad olema „asjaomase hankelepingu esemega seotud“.⁸⁰ Need peavad võimaldama hinnata, millest tuleneb ühe pakkumuse majandusliku soodsuse tõus hankijale võrreldes teise pakkumusega. Samas võimaldavad uued direktiivid hinnata ka laiemat keskkonnalist ja sotsiaalset mõju, lugedes hankelepingu esemega seonduvaks ka need kriteeriumid, mis hindavad pakutava asja, ehitustöö või teenuse tootmise, osutamise või turustamise protsessiga seonduvat olulusringi mistahes etapis, sh olulusringi kulusid. Klassikalisest direktiivist lähtuvalt on eelnõus regulatsioon, mille kohaselt võib hankija hinnata ka hankelepingut otseselt täitvate isikute töökorraldust, kvalifikatsiooni ja kogemust eeldusel, et hankija suudab osutada, milles seisneb kõrgema kvalifikatsiooniga või pikema või spetsiifilisema kogemusega töötajate kasutamise majandusliku soodsuse tõus võrreldes teiste pakkumustega.⁸¹ Direktiivi 2014/24 põhjenduse 97 kohaselt tuleb välistada kriteeriumid ja tingimused, mis on seotud üldise ettevõttepoliitikaga, mida ei saa pidada konkreetset tootmisprotsessi või hangitavate ehitustööde tegemise, asjade tarnimise või teenuste osutamise konkreetset protsessi iseloomustavaks teguriks. Hankijatel ei peaks seetõttu olema

⁷⁷ Riigihangete direktiiv 2014/24/EÜ art 67 lg –d 1 ja 2; riigihangete seaduseelnõu (204 SE) § 85 lg 1, 3 ja 4

⁷⁸ Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri § 85 kohta, lk 81.

⁷⁹ R. Karro. Majanduslikult soodsaima pakkumuse kriteeriumide sisustamine. – Juridica 2011/X, lk 751 ja ääremärkuses nr 25 viidatud kohtupraktika: EKo C-31/87, p 19; EKo C-19/00, p 36; EKo C-532/06, p 29; EKo C-199/07, p 54; EKo C-513/99, p-d 54 ja 59; EKo C-315/01 p-d 63 ja 64. Viidatud: Lätt, P. Fels, E. Keskmise palga nõue riigihangetes. Advokaadibüroo GLIMSTEDT analüüs. 2016, punktis 35. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/r1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=523891&name=DLFE-37603.pdf

⁸⁰ Lätt/Fels, punkt 35, viidatud direktiiv 2004/18 artikkel 53 lg 1 p „a“; direktiiv 2014/24 artikkel 67 lg 2.

⁸¹ Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri § 85 kohta, lk 81;

lubatud nõuda pakkujatelt, et neil kehtiks teatav sotsiaalne või keskkonnaalast vastutust reguleeriv ettevõttepoliitika.⁸²

Küsimus, millises ulatuses ja millist laadi sotsiaalsete aspektidega seotud hindamiskriteeriume võivad hankijad rakendada, ei ole üheselt selge. Tööõiguse valdkonnas on kohtupraktikas varasemalt aktsepteeritavaks peetud pakkujate pakutavat strateegiat, meetodeid, töövahendeid, kvaliteetset töökeskkonda ja meeskonna ülesehitust.⁸³ Hankija võib arvesse võtta /tööhõivealaseid/ kriteeriume, kui see mõjutab hankelepingut. Seos hankelepinguga on liiga kaugel olukorras, kus kriteerium hindab ainult pakkuja sotsiaalset või keskkonnaalast teadlikkust või vastutust üleüldiselt.⁸⁴

Lepingu ese kirjeldatakse hanke alusdokumentides“) tehnilises kirjelduses. Tehnilisel kirjeldusel on kolm funktsiooni:

1. kirjeldada piisavalt hanke eset ja sellele kehtestatud nõudeid, mis võimaldavad pakkujal otsustada, kas ta soovib lepingut sõlmida ja täita – sellega määratletakse ka konkurentsi tase;
2. annavad nõu mõõdupuu, mis võimaldab erinevate pakkujate pakkumusi hinnata;
3. kehtestatakse hanke/lepingu esemele miimumnõuded. Kui need tingimused on ebaselged või arusaamatud, toob see kaasa mittevastavate pakkumuste esitamise. Tingimustele mittevastavad pakkumused tuleb tagasi lükata.⁸⁵

Euroopa Kohus on selgesõnaliselt rõhutanud, et tehnilist kirjeldust ja pakkumuse hindamiskriteeriumide eraldi vaatamisel puudub põhjus – tehnilises kirjelduses kehtestatud nõuded peavad olema üle kantud pakkumuste hindamisse.⁸⁶ See tuleneb ka kehtiva direktiivi art 67 lg 4 sõnastusest.⁸⁷

Faktiliselt ei ole hankijatel mittemajanduslike tehnilises kirjelduses näiteks tööhõivealaste tingimuste sätestamisel piiramatut vabadust, sest hankija ei saa minna kaugemale asjade, teenuse või ehitustööde omadustest, millele antav tähendus võib sõltuda sellest, kas kaalutlused on keskkonnaalased või sotsiaalsed. Õiguskirjanduses nähakse siin küsimust pigem selles, kas need „nähtamatud“ omadused võivad olla ka toote „omadused“, sest

⁸² Lätt/Fels, punkt 37

⁸³ ÜKo (kolmas koda) 19.03.2010, T-50/05, *Evropaiki Dynamiki v Euroopa Komisjon*, p 112.

⁸⁴ Trepte, P. *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*. 2. trükk, – Oxford University Press 2007, lk 469.

⁸⁵ European Commission. *Buying social*, lk 29.

⁸⁶ EKo 10.5.2012, C-368/10, *Max Havelaar*

⁸⁷ „Pakkumuste hindamise kriteeriumitega /.../ peavad kaasnema tehnilised kirjeldused, mis võimaldavad pakkujate esitatud teavet tõhusalt kontrollida, et hinnata, kui hästi vastavad pakkumused pakkumuste hindamise kriteeriumitele.“

tavaliselt on nad seotud tootmisviisidega, mis ei jäta lõpptootele ühtegi jälge.⁸⁸ Kohtupraktika jaatab võimalust lugeda sotsiaalseid ja keskkonnaalaseid kaalutlusi tootmisprotsess lubatavate tehniliste näitajate hulka ning kehtivas direktiivis on laiendatud protsessi ulatust olulusringi kõigile etappidele⁸⁹ mistõttu on õiguskirjanduses leitud, et see laieneb ka teguritele, mis ei ole olulusringi olemuslikud osad.⁹⁰

Nii näiteks on seaduseelnõus selgelthankija jaoks sätestatud võimalus kehtestada tehnilises kirjelduses nõue, et asju või teenuseid võivad kasutada ja ehitistele peavad ligi pääsema puuetega inimesed või tagatud peab olema kõigi kasutajatega arvestamine.⁹¹ Samas pole ühtegi sätet, mis räägiks näiteks tööhõivealaste tingimuste kasutamisest.

Siiski võiks Tööhõivealaste tingimustega kaudselt seotuks lugeda võimalust sätestada ehitustööde tehnilises kirjelduses lepingu täitmise tingimused, mille eesmärgiks on vältida ehitusplatsidel õnnetusi.⁹² Õiguskirjanduses leitakse, et siin võinuks direktiivide viide „tootmisprotsessile“ avada ukse teistsugusele lahendusele, nagu seda on tehtud keskkonnaalaste nõuete kirjeldustes, kuid see jäeti tegemata.⁹³

Veidi parem on olukord siis, kui hankija soovib osta teatud tooteid või tellida näiteks vormirõivaste valmistamist materjalist, millel on rahvusvaheliselt tunnustatud ja toote või tooraine valmistamisele omistatavad teatavad tootmisprotsessi õiglust tähistavad märgised (näiteks *fairtrade* või sellega samaväärne märgis). *Fairtrade* märgise abil tõendatakse, et tarnija pakutava toote või teenuse osutamisel kasutatava tooraine kasvatamise, valmistamise vms etapis on arvesse võetud tööhõivega seotud kaalutlusi – seda küll ehk tarneahela algetapis ja hankelepinguga seotud suhtest üsnagi kaugel.

Fairtrade (õiglane kaubandus) või sellega samaväärse märgisega tõendab tarnija, et pakutav (tavapäraselt) arengumaades toodetav toode on toodetud teatavatele rahvusvahelistele standarditele vastava tootmisprotsessi tulemusel. Eelkõige on tootjatele makstud toote eest õiglast hinda, mis katab kõik tootmisega seotud kulud, tagab inimväärseid elutingimused ja mõistliku sissetuleku; samuti ei ole toote kasvatamisel või valmistamisel kasutatud lapstööjõudu ning istandustes, farmides, töötlemisettevõtetes ja teistes ettevõtetes töötavad

⁸⁸ Martens/de Margerie, lk 12-13

⁸⁹ EKo 10.5.2012, C-368/10, *Max Havelaar*; Direktiiv 2004/18/EÜ VI lisa p-d 1(a) ja 1(b); direktiiv 2014/24/EÜ VII lisa p-d 1(a) ja 1(b).

⁹⁰ Martens/de Margerie, lk 13

⁹¹ riigihangete seaduseelnõu (204 SE) § 87 lg 2 p 2 ja lg 4 p 1; Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri, lk 20

⁹² riigihangete seaduseelnõu (204 SE) § 87 lg 4 p 7 (nõuded tootmisprotsessile ja –tehnoloogiale ehitustöö olulusringi mis tahes etapis)

⁹³ Martens/de Margerie, lk 13

inimesed töötavad inimvääretes ja ohututes tingimustes ning saavad äraelamist võimaldavat töötasu. Kai on toote ostmisel toetatud kohalike kogukondade arengut - lisaks miinimumhinnale makstakse tootjale ka hinnalisa ehk lisatasu, millest investeeritakse märkimisväärne osa tootjakogukondade arenguprojektidesse (joogiveega varustamine, teede, haridus- ja tervishoiuasutuste ehitamine, koolihariduse ja kutseõppe ning tervishoiuga seotud kulude katmine, mikrorahastus jne).⁹⁴

Nii on kehtiva direktiivi⁹⁵ kohaselt hankijal õigus nõuda tehnilises kirjelduses, et pakkujal peab olema või tema pakutav toode peab vastama erinõuetele, mille kohta on väljastatud vastav märgis. Sarnased sätted on kehtestatud ka seaduseelnõus⁹⁶.

Siiski ei välista kohtupraktika⁹⁷ ega kehtivad direktiivid nõuda pakkujalt sotsiaalse märgise nt *fairtrade* või sellega samaväärse märgise sertifikaadi esitamist tingimusel, et hankija kirjeldab piisavalt objektiivselt ja täpselt märgise aluskriteeriumid ning sellise märgise taotlemine ei ole pakkuja jaoks piiratud või võimatu.

Näiteks leidis kohus *Max Havelaar* lahendis, et *fairtrade* märgis on seotud tarnija ja alltarnijate suhetega (täpsemalt sellega, kuidas ta omandab neilt edasimüüdava kauba), mistõttu seda ei saa pidada lubatavaks tehnilise kirjelduse tingimuseks⁹⁸, kuid kohus arvas, et see nõue oleks võinud olla lepingu täitmise tingimuseks⁹⁹.

Seega oleks hankijal võimalik küll öelda, et tööhõivealaseid eesmärgid on hanke osaks ja nimetada neid eesmärgi kandvaid märgiseid tehnilises kirjelduses, kuid hankija ei saa kehtestada märgise nõuet siduva hanke eseme tingimuseks, millele peab pakkumus vastama. Märgise nõuet siduva lepingutingimuseks on autor käsitlenud pikemalt II peatüki I alapeatükis.

Näitena sellest, kui oluline on tööhõivealaseid kaalutlusi hinnata juba hanke ettevalmistamise (tehnilise kirjelduse ja turu-uuringu) etapis, võib tuua Ühendkuningriigi näites vanuritele toidu kojutoimetamise teenuse tellimisest. Siin tagas hankijapoolne hoolikas ettevalmistustöö hanke eseme kirjeldava tehnilise kirjelduse koostamisel ja konsultatsioonides selle, et tänu lepingu eseme täpsustamisele oli hankijal võimalik sätestada hankelepingus täitjale tööhõivealased nõuded vabatahtlike ja praktikantide kaasamise näol. Eelkõige oli hanke

⁹⁴ Vaata ka „Mis on õiglase kaubandus?“ Arvutivõrgus: <http://www.fairtrade.ee/ulevaade>

⁹⁵ EL direktiiv 2014/24/EÜ art 42 ja art 43 lg 1

⁹⁶ riigihangete seaduseelnõu (204 SE) § 88 ja § 89

⁹⁷ EKo 10.5.2012, C-368/10, *Max Havelaar*

⁹⁸ EKo 10.5.2012, C-368/10, *Max Havelaar*, p-d 73-74

⁹⁹ Martens/de Margerie, lk 13

ettevalmistamise käigus võimalik määratleda lepingu maht ja ulatus ning kaardistatud tööhõive jt sotsiaalsete tingimuste rakendamise võimalused nii hankemenetluses kui ka lepingu täitmisel. Nagu öeldud, oli hankijal algselt plaanis tellida toidu valmistamise ja selle abivajavatele vanuritele kojutoimetamise teenust. Hankija pidas enne hanke väljakuulutamist konsultatsioone teenuse sihtgrupi, teiste huvitatud isikute ja potentsiaalsete teenusepakkujatega, mille tulemusel selgus, et paljud vanurid kannatavad üksilduse ja sotsiaalse eraldatuse all, mistõttu on kasulikum pakkuda toitlustamise teenust selliselt, et vanurid tuuakse kodunt kogukonnakeskusesse, mis võimaldaks neil saada ka tervisteenuseid ja korralisi meditsiinilisi läbivaatusi samal ajal, ja sedasi saavutada väiksema ressursikuluga suurem mõju. Seega otsustas hankija, et tellida tuleb toidu kohaletoimetamise teenust, mis põhineb inimeste kohaliku kogukonnakeskusesse transpordil, ning teenuse osutaja peab kaasama vabatahtlikke ja praktikante. Hanke kvalifitseerimise tingimuste määratlemisel oli hankija arvates oluline, et pakkujal peab olema tehniline võimekus teenuse osutamiseks, samuti varasem *cateringi* ja spetsiaalse transpordi, aga ka eakatele teenuste osutamise kogemus. Kvalifitseerimise tingimused aga olid sätestatud selliselt, et pakkuja saab tõendada oma tehnilist võimekust nii läbi alltöövõtjate, ühispakkujatena või ka üksikpakkujana.¹⁰⁰

Kui hankija peaks tekkima soov näiteks kohaliku tööhõive parandamiseks sätestada tehnilises kirjelduses, et hankelepingu täitmisel pakutavat võrgu- või telefonitoe teenust osutav töötaja peab seda tööd tegema kindlas asustusüksuses (linnas või riigis vms), kuigi teenuse osutamisel pole teenindaja asukoht oluline, siis Euroopa Komisjoni väljaantud juhendi¹⁰¹ kohaselt on see mittelubatud, sest sellega piiratakse teenuse osutamise vabadust ja töötajate vaba liikumist ning selline nõude mittetäitmine ei mõjuta teenuse osutamise kvaliteeti.

Kokkuvõtteks võib öelda, et kuigi hankijal on näiliselt üsna vabad käed tööhõivealaste tingimuste kehtestamiseks tehnilises kirjelduses, on see vabadus piiratud nõuetega, et tingimus peab olema seotud hankelepingu esemega ega tohi olla ettevõtlust piirav ning sisuliselt pakkuja teadlikkust mingis valdkonnas hindav. Hankijal on soovitatav teha enne hanke alustamist harjumuspärasest hoolikam eeltöö hanke eseme määratlemisel ja tehnilise kirjelduse koostamisel, kus tuleks kirjeldada ära need nõuded, mida on võimalik hiljem pakkumuse hindamise etapis sisuliselt kontrollida. Kui nõuet ei ole võimalik sisuliselt pakkumuste hindamise etapis kontrollida (näiteks *fairtrade* või sellega sarnase määrgise

¹⁰⁰ Cabinet Office, Efficiency and Reform Group, Crown Commercial Service. Procurement policy note 10/12: The Public Services (Social Value) Act 2012 – advice for commissioners and procurers. – UK Government publications 2012. Arvutivõrgus: <https://www.gov.uk/government/publications/procurement-policy-note-10-12-the-public-services-social-value-act-2012> (28.04.2017)

¹⁰¹ Euroopa Komisjoni juhend. Buying social, lk 24.

olemasolu tulevikus tarnitavatel toodetel), siis tuleks küsida märgise või selle sertifikaadi asemel pakkuja kinnitust, et ta tagab leping täitmisel märgise kriteeriumitele vastavate toodete või teenuste tarne, ning sätestada selline kaudselt tööhõivealane nõue ka hankelepingus (täpsemalt loe järgnevatest alapeatükkidest).

1.3.2 Tööhõivealaste hindamiskriteeriumide kasutamine pakkumuste hindamisel

Kehtivates direktiivides sätestatud võimalus kaasata pakkumuste hindamisel lisaks majanduslikele näitajatele ka sotsiaalseid hindamiskriteeriume tuleneb Euroopa Kohtu lahenditest¹⁰².

Õiguskirjanduses on avaldatud arvamust, et sotsiaalseid (sh tööhõivealaseid) kaalutlusi saab riigihankes hindamiskriteeriumina sätestada näiteks selliselt, et hankija eelistab busside ostmisel neid, mis on ligipääsetavad ratastooliga või eelistab pakkujaid, kes on valmis tööle võtma pikaajalisi töötuid.¹⁰³

Selline suundumus sai alguse *Concordia* kaasusest, kus Euroopa Kohus asus seisukohale, et kasutades pakkumuste hindamisel majandusliku soodsuse kriteeriumi võib kvaliteedikriteeriumina kasutada ka keskkonnahoidlikke näitajaid, kui need on seotud hanke esemega ja sätestatud hanketeates ning on kooskõlas EL õigusega – eelkõige diskrimineerimiskeeluga. Kohtu arvates ei ole kriteeriumid, mille alusel hankijad said lisapunkte, sellised, mis annaksid hankijale piiramatu valikuvabaduse. Kohus leidis, et kuna kõnealuses kohtuasjas olid kriteeriumid objektiivsed, neid sai kõikidele pakkumustele vahet tegemata kohaldada ja nad seonduvad hanke lepingu esemega, siis ainuüksi asjaolu, et vaid väike osa ettevõtjatest suudab täita üht nendest kriteeriumidest, mille eest antakse lisapunkte, ei ole niisuguses faktilises kontekstis iseenesest selline, mis rikuks võrdse kohtlemise põhimõtet. „Võrdse kohtlemise põhimõte ei keela keskkonnakaitsega seotud kriteeriumide arvesse võtmist üksnes seetõttu, et ainult üks ettevõtja suudab pakkuda kriteeriumidele vastavat veeremit.“¹⁰⁴

¹⁰² EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland* ja EKo 4.12.2003, C-448/01, *EVN and Wienstrom v Republik Österreich*

¹⁰³ S. Arrowsmith, P. Kunzlik. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. – New York: Cambridge University Press 2009, lk 142.

¹⁰⁴ EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, p-d 65-66, p-d 83-86.

EVN ja Wienstromi kohtuasjas täpsustas Euroopa Kohus, et võrdse kohtlemise põhimõttega ei ole kooskõlas, kui hankija hindab pakkumusi sellise kriteeriumi alusel, mida ta ei suuda objektiivselt ja sisuliselt kontrollida, st hankija ei võinud pakkumuse hindamisel võtta arvesse kulusid/keskkonnamõju, mis ei tekkinud vaid hankijale vaid kogu ühiskonnale.¹⁰⁵ *Max Havelaar* kohtuasjas kinnitas kohus, et viide mahepõllumajandusliku tootmise meetodile on hindamiskriteeriumina lubatav, kuna see on seotud lepingu esemega, ja lubatav on ka sotsiaalsete kõrvalmõjude arvesse võtmine hindamisel, ehk lubatav on viidata *fairtrade* (õiglase kaubanduse) märgisele.¹⁰⁶ Õiguskirjanduses on siit järeldatud, et kuna õiglase kaubanduse kriteerium sisaldab muu hulgas ka tingimust tasuda kauba või teenuse eest õiglast hinda, mistõttu ei tohiks olla välistatud seada pakkumuste hindamise kriteeriumiks äraelamist võimaldava töötasu tingimuse kehtestamist.¹⁰⁷

Ka on õiguskirjanduses aktsepteeritud, et hindamise kriteeriumid võivad seonduda töötajate palkade, töötingimuste, tervishoiu või koolitusega, kuid selliste kriteeriumide arvestamine hindamisel on lubatud vaid siis, kui need kriteeriumid on „rangelt seotud“ hankelepingu esemega ning töötajate töötasutingimused on lepingu olemust silmas pidades eriliselt olulised.¹⁰⁸ Näiteks on asutud seisukohale, et äraelamist võimaldava töötasu (ingl.k. *living wage*) tingimuse kehtestamine võib olla hindamiskriteeriumina õigustatud.¹⁰⁹ Kuid keskmise palga nõude kasutamise võimalikkus hindamiskriteeriumina on vaieldav, sest küsitav on nõude piisav seos hankelepingu esemega ja selline tingimus ei pruugi ühilduda hindamise kriteeriumide kontseptsiooniga ega aidata leida majanduslikult soodsaimat pakkumust. Keskmise palga tingimusest lähtuvaid pakkumusi ei saa omavahel tõhusalt võrrelda, mistõttu on mõistlikum keskmise palga nõuet rakendada pigem tehnilises kirjelduses või hankelepingu täitmise tingimustes, kus on võimalik keskmise palga nõude arvuline näitaja konkreetselt fikseerida.¹¹⁰

¹⁰⁵ EKo 4.12.2003, C-448/01, *EVN and Wienstrom v Republik Österreich*, p.50-53: hankija küsis pakkujatelt teavet, milline kogus koguelektritoodangust on toodetud taastuvatest energiaallikatest,

¹⁰⁶ EKo 10.5.2012, C-368/10, *Max Havelaar*, p 91

¹⁰⁷ Lätt/Fels, punkt 38

¹⁰⁸ P. Braun. The Practical Impact of E.U. Public Procurement Law on PFI Procurement Practice in the United Kingdom. Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, lk 216–217. Arvutivõrgus: http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdtheses/phd_peter_braun.pdf

¹⁰⁹ A. Semple. Living wages in public contracts: A chance to reconsider Rüffert. Arvutivõrgus: <http://www.procurementanalysis.eu/index.html>. Vaata ka A. S. Graells. Regiopost and its implications: personal notes of the full extended discussion at Bristol Conference. Arvutivõrgus: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/5/10/regiopost-and-its-implications-full-extended-discussion-at-bristol-conference>

¹¹⁰ „avaliku raha säästliku kasutamise aspektist oleks kummaline panna pakkujaid konkureerima alusel, kes maksab oma töötajatele kõrgemat palka“; Lätt/Fels, punkt 40

Samas on näiteks Ühendkuningriikides edukalt rakendatud hankemenetluses ja lepingu eritingimusena Londoni äraelamist võimaldava töötasu nõuet (vt peatükk II).

Pärast *Concordia Bus Finland*¹¹¹ otsust tekkis õiguspraktika, kus hankelepingu sõlmimise lubatavuse kriteeriumiks muutus kriteeriumi seos lepingu esemega, ehk lepingu täitmisega loodud välismõjud¹¹² on piisavalt seotud lepingu esemega, mistõttu nendega seotud kulused võib kaaluda pakkumuste hindamisel kasutamiseks, siis võib ka lepingu täitmise või lepingu esemeks olevate toodete tootmise ajal tekkivaid kõrvalmõjusid hindamiskriteeriumi sätestamisel arvesse võtta. Õiguskirjanduses on avaldatud arvamust, et arvesse võiks võtta ka lepingu täitmise järgse faasi kulutusi - näiteks hinnata lepingu esemeks oleva toote keskkonnamõju pärast kasutamise lõppu.¹¹³ Komisjon toetab eelkõige just seda terviklikku lähenemist, kui viitab „olelusringi kuludele“ st arvesse võib võtta kõiki kuluseid, mis toote, ehitustöö või teenuse eluajal tekivad: ostuhind ja sellega seotud kulud (transport, paigaldus jne), ekspluatatsioonikulud (energia, hooldus jne), lõppkulud (nagu jäätmekäitlus) nagu ka kõrvalkulud, mis definitsiooni kohaselt pole hankija tekitatud.¹¹⁴

Õiguskirjanduses on juhitud tähelepanu majandusliku soodsuse hindamiskriteeriumi osa olelusringi kulude puhul asjaolule, et selle hulka kuuluvad tootmiskulud võivad alaneda ka täiesti erineval, isegi soovimatul põhjusel. Näiteks madalad transpordikulud võivad olla põhjustatud mitte ainult lühemast vahemaast, vaid ka odavama ja mitte taastuvatest allikatest pärineva (mis on kallim) energia kasutamisest, mis ei rahuldaks haldusüksuse vajadusi, kuid mida tuleks pidada pakkumuse eeliseks. See mõju nähtub veelgi selgemalt, kui vaadelda sotsiaalseid valdkondi nagu lapstööjõu kasutamise ja ka ebaõiglase kaubanduse keeld: ka sellisel juhul ei kaasne hinna odavnemist.¹¹⁵

Autori arvates on küsitav, kas mingi teenuse osutamisel tekib tööhõivealaseid kõrvalmõjusid analoogselt keskkonnaalaste kõrvalmõjudega ja kuidas neid mõõta või hinnata.

Nagu eespool öeldud, saab hindamiskriteeriumina rakendada ainult objektiivselt mõõdetavaid ja sisuliselt kontrollitavaid ning konkreetse hanke esemega seotud tingimusi. Autori arvates on seetõttu võimatu pakkumuse hindamise etapis selliste hindamiskriteeriumide nagu näiteks

¹¹¹ EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*

¹¹² Sellisteks kasulikeks või kahjulikeks välismõjudeks on hankelepingu täitmisega mitteseotud või sihtrühmaks mitteolevaid inimesi mõjutavad kulud või kasu, mis ei kajastu maksumuses (autori märkus)

¹¹³ Martens/de Margerie, lk 14-15

¹¹⁴ European Commission, *Buying green! A handbook on green public procurement* (3rd ed.) 2016, lk 42-47; Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf>

¹¹⁵ M.Burgi, B. Brandmeier. Quality as an Interacting Award Criterion under Current and Future EU-Law. – 9 EPPPL 12, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2014, 20

pikaajalistele töötutele või praktikantidele töövõimaluse pakkumine, kasutamine. Fakt on see, et pakkumuse tegemise hetkel ei ole pakkuja andnud tööd ühelegi pikaajalisele töötule, kes on seotud hanke esemeks oleva teenuse osutamisega – see on füüsiliselt võimatu, sest lepingut ei ole veel sõlmitud. Isegi, kui pakkuja on oma teistel objektidel või teenuselepingute täitmisel palganud tööle pikaajalisi töötuid, ei ole see seotud antud hanke esemega – see näitab ainult ettevõttes mingi sotsiaalse või tööhõivealase poliitika olemasolu, aga selle kasutamine hindamiskriteeriumina ei ole kehtiva direktiivi kohaselt lubatav.¹¹⁶ Samuti on keeruline hinnata pikaajalise töötü töövõtmisega kaasnevaid olulusringi kulusid – kas siin tuleks võtta arvesse ainult need summad, mis riik või kohalik omavalitsus peaks või saavad maksta töötule, kellel puudub sissetulek, või tuleks hinnata mõju laiemalt – tulevane töötasu ja selle mõju endise pikaajalise töötü perekonnale, aga ka tema ostujõu muutusest tulenev mõju majandusele üldiselt? Või hoopis midagi muud?

Euroopa Kohus on tunnustanud hankijate vabadust otsustada, milline suhteline kaal anda majanduslikult soodsaima pakkumuse kindlaksmääramise igale kriteeriumile.¹¹⁷ See võimaldab neil hindamisel kajastada tähtsust, mida nad soovivad anda tööhõivealasele kriteeriumile võrreldes muude kriteeriumidega, sealhulgas hind.¹¹⁸ Kui hankija on märkinud igale kriteeriumile suhtelise kaalu, andes seeläbi pakkujatele teada, kui oluliseks ta igat kriteeriumi pakkumuste võrdleval hindamisel peab, siis on hankija tegutsenud kooskõlas eeskirjadega.¹¹⁹

Õiguskirjanduses on avaldatud arvamust, et võrdse kohtlemisega võiks olla vastuolus näiteks olukord, kus hinna osakaal oleks 50 punkti 100-st ning ülejäänud moodustab kvaliteedikriteerium (või tööhõivealane kriteerium). Ka Euroopa Kohtu kasutatud sõnastusest¹²⁰ ei saaks järeldada, et igal juhul oleks Euroopa Liiduõigusega kooskõlas selliste hindamiskriteeriumide kehtestamine, millele tõenäoliselt vastab ainult üks pakkuja. Seega võib arvata, et kohus soovis rõhutada antud kaasuse faktilisi asjaolusid, millele tuginedes luges kvaliteedikriteeriumi osakaalu proportsionaalseks.¹²¹

¹¹⁶ Riigihangete direktiiv 2014/18 põhjendus 97

¹¹⁷ EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, p 69 (62-63)

¹¹⁸ Euroopa Komisjon. Roheline raamat, lk 35

¹¹⁹ ÜKo (kolmas koda) 19.03.2010, T-50/05, *Evropaiki Dynamiki v Euroopa Komisjon*, p 114

¹²⁰ „Sellisele järeldusele saab jõuda ka kohtu kasutatud sõnastusest „ei ole niisuguses faktilises kontekstis iseenesest selline, mis rikuks võrdse kohtlemise põhimõtet““ EKo C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab, varem Stagecoach Finland Oy Ab, vs. Helsingi linn ja HKL-Bussiliikenne*. – EKL 2002, lk I-7213, p 85; Viidatud R.Karro. Majanduslikult soodsaim pakkumus ja pakkumuste hindamise kriteeriumid. – *Juridica* 2011/ X, lk 754

¹²¹ R.Karro, lk 754

Nii võiks kõne alla tulla lisapunkte andvate tööhõivealaste hindamiskriteeriumidena, et hankija eelistab pakkujaid, kes on valmis tööle võtma pikaajalisi töötuid, /töökogemuseta/ noori, vabanenud vange, kinnipeetavaid, 50+ vanuses isikuid jt tööturul nõrgemas positsioonis olevaid isikuid, aga ka neid pakkujaid, kes on valmis lepingu täitmisel looma praktikakohti.

Autori arvates tuleks küsitavaks pidada aga seda, kui hankija seob antavad lisapunktid mingi konkreetse arvuga – näiteks 5 lisapunkti saab pakkuja, kes on lepingu täitmisel valmis tööd andma näiteks viiele pikaajalisele töötule, 3 lisapunkti – kolmele pikaajalisele töötule jne. Samuti tuleks hankijal teostada võibolla tavapärasest põhjalikum turu-uuring, et piisavalt hinnata sellise kriteeriumi kehtestamise ja eelkõige täitmise võimalikkust. Autori hinnangul oleks sellised lisakriteeriumid kohaldatavad teenuste osutamise ja mõningatel juhtudel ka ehitustööde puhul, kuid nagu eespool rõhutatud – tuleb hankijal leida iga hanke puhul seos hindamiskriteeriumi ja hanke/lepingu eseme vahel.

Näiteks on Rootsis väga levinud sätestada hankedokumentides töötingimuste kriteeriumina, et eduka pakkumuse valik on seotud pikaajaliste töötute/noorte töölevõtmisega, samuti hangete reserveerimine ettevõtetele, kes palkavad tööle puuetega inimesi, ja viitamine sotsiaalsetele märgistele nagu „Fairtrade“ jt.¹²²

Šveitsi elanikud on tavaliselt tundlikud kvaliteedi suhtes st et hind ei ole nende arvates ainus parameeter, mida tuleb /pakkumuse hindamisel/ arvesse võtta.¹²³ Šveitsi riigihankeõiguse seisukohast on tavapäraselt edukaks tunnistamise aluseks „majanduslikult soodsaim pakkumus“ ja madalaimal hinnal põhinev hindamiskriteerium on näiteks laiatarbekaupade puhul pigem erand.¹²⁴ Šveitsis ei kasutata lisakulude arvesse võtmiseks tavaliselt mitte olulusringi kulu, vaid selleasemel antakse hindamisel lisapunkte ostetava toote kvaliteedi eest, kui see aitab vältida soovimatuid lisakulusid (nt. keskkonnakulud).¹²⁵ M. Steineri arvates oli eriti märkimisväärne Šveitsi tekstiilitöösturite seisukoht, et oma maineriskide pärast on nad

¹²² Andrea Sundstrand ettekanne rahvusvahelisel riigihanke konverentsil 19.01.2017 „Uus riigihankeõigus: paindlikum ja lihtsam?“

¹²³ Baudenbacher, C. “Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law” (Swiss Economic Law), in: Report to the Swiss Jurists Day 2012, ZSR 2012 II, lk 419 jj, lk 454. Viidatud M. Steiner, Is There a Swiss Approach Towards Sustainable Public Procurement? – 8EPPPL 73, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2013, lk 76

¹²⁴ M. Steiner, Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel? Ein Blick nach Europa und zurück in die Schweiz (Sekundärziele). – European Law Reporter 2011, lk 380 jj., lk 381

¹²⁵ Vaata Marc Steiner, Die Umweltfreundliche Beschaffung-- vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, vergaberechtliche Studie (Expertise on GPP), erstellt im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes (BKB, the Federal Procurement Commission), Aarau 2006, p. 79 s. Viidatud M. Steiner, Is There a Swiss Approach ..., lk 77

sunnitud riidekaupade müümisel üha enam ja enam kontrollima tarneahelat, mis tähendas, et nende huvides oli kehtestada nõuded, mille kohaselt konkurendid peavad võrdset järgima ILO põhilisi tööõiguse konventsioone.¹²⁶ Nii on hankijal lubatud sõlmida leping teenuste tellimiseks Šveitsis sellise pakkujaga, kes tagab (muuhulgas) töötajatele /ILO konventsioonis nõutud töötingimused.¹²⁷ Vastavuse tagamiseks ei piisa kinnitusest ning hankija võib nõuetele vastavuse kontrollimisel tugineda varasemate pakkuja auditeerimise tulemustele, kuid kui eksisteerib oht, et pakkuja ei täida või rikub sotsiaalsete standardite nõudeid, siis on üldjuhul audit kohustuslik. Põhisõnum pakkujatele on, et föderaalset tasandil tuleb ILO konventsioonide nõudeid võtta tõsiselt.¹²⁸ Pärast *Max Havelaar* lahendit on hakanud tähelepanu keskmesse tõusma ka *fairtrade* küsimused¹²⁹ kuid kuna Šveitsi õiguses puudub lepingu täitmise tingimuste valdkond, siis keskenduks artikli autori arvates arutelu *fairtrade* üle arvatavasti pigem tehniliste kirjeldustele ja hindamiskriteeriumitele või isegi lepingu täitmise tingimuste kehtestamisele.¹³⁰

Seevastu Prantsusmaa riigihangetel keskendutakse põhimõtteliselt parima pakkumuse valikul majanduslikule soodsusele, tasakaalustades tõhusust avaliku sektori vahendite eesmärgipärase kasutamisega. Hindamiskriteeriumid keskenduvad peamiselt kvaliteediga seotud kaalutlustele koos tähelepanuga säästvatele arengule, mis hõlmab mitte ainult keskkonnavalaseid kaalutlusi, vaid laieneb ka sotsiaal-majanduslikele kaalutlustele. Hindamiskriteeriumi osana on kvalitatiivsed kaalutlused (majanduslikult soodsaim pakkumus) otseselt seotud lepingu esemega ja tagavad peaaegu alati poliitika jätkumise, mis on otseselt seotud lepingu esemega.¹³¹

Taani asutused ja /riigi/ettevõtted on kohustatud kaaluma võimalust kasutada sotsiaalseid tingimusi kõigi oluliste ehitustööde hankelepingutes vastavalt põhimõttele „kasuta-või-selgita“. Nii on Taanis väga levinud riigihangetes praktikavõimaluste pakkumise tingimus. Osana 2014. aasta eelarveläbirääkimistest Taani omavalitsustega nõuab Taani Valitsus selle

¹²⁶ Vaata ka M. Steiner, *Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel? Ein Blick nach Europa und zurück in die Schweiz (Sekundärziele)*. – *European Law Reporter* 2011, lk 380 jj. lk 386

¹²⁷ Kõrvaldamise õiguslikud alused on toodud FAPP art 11; Viidatud M. Steiner, *Is There a Swiss Approach ...*, lk 78

¹²⁸ M. Steiner, *Is There a Swiss Approach ...*, lk 78

¹²⁹ EKo 10.5.2012, C-368/10, *Max Havelaar*; vaata ka M. Steiner, *Gütesiegel für ökologische Produktion und Max Havelaar- Label für Fortgeschrittene: Der EuGH und die nachhaltige Beschaffung*. – *European Law Reporter* 2012, lk 130 jj.

¹³⁰ Vaata ka M. Beyeler, *Kaffee: Bio und Fair Trade*. – *Baurecht* 2012, lk 262 jj. Viidatud: M. Steiner, *Is There a Swiss Approach*, lk 78

¹³¹ C. Bovis, *Building Social Value in Public Procurement*, 10 *EPPPL* 227, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2015, lk 229

põhimõtte kasutamist ka väiksemate kohalike omavalitsuste hankelepingutes.¹³² Käesoleval ajal on Taani ametiasutusel siiski vabadus valida, kas ja kuidas nad soovivad sotsiaalseid kaalutlusi riigihangetes kasutada. Seni on eelistatumaks vahendiks olnud vabatahtlikud koostöölepped siduvate sotsiaalsete tingimustega lepingusätete ees.¹³³ Kuigi ka siin on juhitud tähelepanu vabatahtlike st mittesiduvate tingimustega seotud ebatõhususele.

Näiteks Ühendkuningriigis võivad hankijad kasutada sotsiaalseid ja keskkonnavalaseid (sh tööhõivealaseid) hindamiskriteeriume tingimusel, et nad on seotud hanke esemega, kooskõlas ELi õigusega ja võimaldavad saada majanduslikult soodsaim pakkumine (mis võib hõlmata madalaimat hinda); pakkumiste objektiivne võrdlemine on teostatav; pakkumise ja hindamise kriteeriumid on eelnevalt avaldatud; ja hindamiskriteeriumid ei ole diskrimineerivad/kallutatud kellegi kasuks kõigi kogu EL-i võimalike pakkujate jaoks.¹³⁴

Samuti on välja toodud, et hoolimata majanduslikult soodsaima pakkumuse kriteeriumi sobivusest sekundaarsete kriteeriumidega, ei välista seegi hankelepingu täitmise madalat maksumust ning selle mõju töötajate palga- ja töötingimustele.¹³⁵ Seega on mõnikord asjakohane kaaluda, kas pakkumuse /maksumus/ on erakordselt madal, sest pakkuja rikub sotsiaalseid standardeid.¹³⁶

Tuginedes Nord-Pas-de-Calais lahendile on mõned kommenteerijad kaitsnud seisukohta, et teatud juhtudel ei pea pakkumuse hindamise kriteeriumid olema seotud lepingu esemega. Prantsuse hankija kehtestas Nord-Pas-de-Calais kaasuses „täiendavad“ hindamiskriteeriumid, mis olid seotud tööhõive edendamisega ja mis hankija väidatel ei olnud seotud eduka pakkumuse valikuga.¹³⁷ Komisjon, nagu ka mitmed autorid, järeldasid sellest, et lepingu esemega mitteseotud kriteeriumid „võib pakkumuste hindamise etapis kasutada ainult kui „täiendavat kriteeriumi“ võrdsete pakkumuste vahel valimiseks“.¹³⁸ Viidatud autorid ei nõustunud selle Nord-Pas-de-Calais tõlgendusega, mis ei kehtestanud „täiendava kriteeriumi“

¹³² G. Federspiel, M. A. Dittmer, C. Christiansen. Increased Focus on Social Clauses in Danish Public Procurement Contracts. – 8 EPPPL 79, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2013, lk 80.

¹³³ Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk 83.

¹³⁴ The Office of Government Commerce. Promoting Skills through Public Procurement. Arvutivõrgus: http://dera.ioe.ac.uk/8883/1/promoting_skills_through_public_procurement (27.04.2017), lk 14.

¹³⁵ K. Taube. Töötajate õiglase palga- ja töötingimuste saavutamine riigihankelepingu sekundaarse eesmärgina. Bakalaureusetöö. Tallinn 2009, lk 12

¹³⁶ Euroopa Komisjoni juhend. Buying social, lk 42.

¹³⁷ EKo 26. 09. 2000, C-225/98, Euroopa Komisjon v Prantsusmaa (Nord-Pas-de-Calais), p 47

¹³⁸ Euroopa Komisjoni juhend. Buying social, lk 40.

kitsendust, ja mida hilisemates kohtuotsustes on lihtsalt selgitatud ja täiendatud. EL õiguse alusel on selge, et hindamiskriteerium peab olema seotud lepingu esemega.¹³⁹

Kui hankija soovib näiteks võidelda pikaajalise töötusega sätestades hindamiskriteeriumina lepingu täitmiseks pikaajalistele töötutele loodavate töökohtade arvuga, siis peab ta hankedokumentides täpsustama, kes on "pikaajaline töötu" (nt isikud, kes on saanud rohkem kui x kuud pidevat töötushüvitist) ja millise osakaalu nad omistavad sellele kriteeriumile.¹⁴⁰

Komisjoni juhendis on toodud näide heast praktikast sotsiaalsete kaalutluste kasutamisel hindamiskriteeriumina Hispaanias: jäätmekestuse käitamine – majanduslikult soodsaim pakkumus: 50% hind ja 50% tehnilised näitajad (sh 23 punkti jäätmekestuse juhtimine, 22 punkti sotsiaalse tõrjutuse riskiga isikute (Hispaania seaduse määratluse kohaselt) tööturule integreerimise plaan, 5 punkti kvaliteedi- ja keskkonnajuhtimise parandamine).¹⁴¹

Croydoni käsiraamatus toodud näites¹⁴² saavutati parimal viisil sotsiaalsete väärtuste kaasamine majutusüksuse haljastuse hooldamise hankel sellega, et majanduslikku soodsust hinnati kahe – hinna (30%) ja kvaliteedikriteeriumi (70%) - alusel. Viimasest moodustas 30% lisandväärtuse kriteerium, mis omakorda koosnes viiest alajaotusest (igäühte 1/5 osa): (1) lepingu täitmisel loodavate uute töökohtade arv, (2) lepingu täitmise tulemusel tööd saanud töötute hulk, (3) lepingu täitmise käigus koolituse[tunnistuse] (näidata kursus(ed)) saanud isikute arv, (4) lepingu täitmise tulemusel tööalaste oskuste tõstmise programmi läbinud inimeste arv ja (5) millised on pakkuja tegevused jätkusuutlikkuse edendamiseks nt tööjõu, tooraine/materjalide, taimede jne hankimisel? Hindamiskriteeriumide tulemusel tunnistati edukaks Solstice Nurseries, kes sotsiaalse ettevõtte (kehtiva direktiivi mõttes siis ilmselt kaitstud töö keskus) annab vaimse tervise probleemidega inimestele tööd praktikantidena ja

¹³⁹ Vaata ka *Martens*, "Milieuoverwegingen in overheidsopdrachten", *Tijdschrift voor Milieurecht* 3/2004, p. 303; *S.Arrowsmith, P.Kunzlik*. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. - New York: Cambridge University Press 2009, p. 241, ja *François*, "La place des considérations d'ordre non strictement économique dans l'attribution des marchés publics--Essai sur la prise en compte de considérations d'ordre environnemental, social, éthique et de genre dans les critères de sélection et 'attribution des marchés publics'", *Chroniques de Droit Public* 2009, p. 633. *Thiel/Slégers* "Les clauses sociales dans les marchés publics", *L'entreprise et le droit* 2005 ühineb ka nüüd selle arvamusega. vt *Thiel/Slégers* "Les clauses sociales dans les marchés publics", *L'entreprise et le droit* 2005, p. 222. Viidatud *Martens/de Margerie*, lk 15

¹⁴⁰ Rohkem infot lepingu eseme definitsiooni ja mõned näited leiab Euroopa Komisjoni juhendist. *Buying social*, lk 23-24. Viidatud European Commission, *Public procurement for social progress. A Social Platform guide to the EU Public Procurement Directive*. Brüssel 2015; Arvutivõrgus: http://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2015/10/Public_procurement_for_social_progress.pdf, lk 16

¹⁴¹ European Commission, *Public procurement for social progress. A Social Platform guide to the EU Public Procurement Directive*. Brüssel 2015; Arvutivõrgus: http://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2015/10/Public_procurement_for_social_progress.pdf, lk 17

¹⁴² *Inspiring and Creating Social Value in Croydon. A Social Value Toolkit for Commissioners*. 2016, Arvutivõrgus: <https://www.croydon.gov.uk/sites/default/files/articles/downloads/socialvalue.pdf>, lk 36-37

töötajatenä. Võitja kirjeldas pakkumuses, kuidas sotsiaalsed tingimused täidetakse: kasutatakse hooldusabilist, ettevõtte sotsiaalse eesmärgi täitmiseks antakse tööd väga ebasoodsas olukorras olevatele inimestele, pakutakse erialase kvalifikatsiooni tõstmise jt tunnustatud koolitusi, materjalid ja teenused hangitakse kohalikelt [tarnijatelt].

Croydoni käsiraamatus oli toodud näide pakkumuste hindamiskriteeriumide kohta, millest 40% oli hinna- ja 60% kvaliteedikriteerium sh 20% lisandväärtuse kriteerium, mida kasutati jäätmekäitluse teenuse hankel.¹⁴³ Lisandväärtuse eest oli võimalik väärtuspunkte saada kuni 6 näitaja eest – igäühe eest kuni 5 punkti. Autori arvates on küsitav, kas kõigi kasutatud näitajate kasutamine oli ikka kooskõlas riigihangete direktiiviga (eriti võrdse kohtlemise põhimõttega), sest näiteks anti punkte selle eest, „mis on pakutav sihtturg ja taaskasutatava/materjali lõpptarbimise koht? Valdkonnad hõlmavad: kohaliku materjali kasutamine“. Või näiteks „millist kasu toote majandusele? Näiteks: kohalike teenuste või kohaliku tööjõu või kohalike koolitusvõimaluste kasutamine“. „Kuidas aitavad teie ettepanekud valitsuse riikliku ja kohaliku strateegia arengule ning millist lisandväärtust kavatsete lisaks tehnilises kirjelduses sätestatule luua?“¹⁴⁴

Analüüsisides Taani Kuningriigis hankelepingu või hanke tingimust, millega nõutakse praktikantide rakendamist lepingu täitmisel, on jõutud järeldusele, et hankija ei saa keelduda, kui lepingu täitja soovib palgata praktikante Taani koolituskavaga sarnase õppekavaga teisest liikmesriigist, sest võrdse kohtlemise põhimõttest tulenevalt on ELTL-iga vastuolus hanketingimused, mida saab täita ainult sama riigi pakkuja või mille täitmine on teise liikmesriigi pakkujale raskendatud.¹⁴⁵ *Beentjes* ja *Storebaelt* lahendites tõlgendas Euroopa Kohus võrdse kohtlemise põhimõtet selliselt, et hankele esitatavad nõuded ei tohi olla nn kohalikud (lokaalsed), teatud piirkonda soosivad ega diskrimineerivad.¹⁴⁶

Nagu öeldud, Eestis tööhõivealaste hindamiskriteeriumide kasutamise kogemus puudub, kuid näiteks on MTÜ Järvamaa Ühistranspordi Keskus kasutanud bussiveo sotsiaalse hindamiskriteeriumi hulka kuuluvat hindamise kriteeriumi „lepingu täitmisel rakendatavate bussijuhtide minimaalne brutokuupalk normaaltundidega töötamisel“. Pakkujale, kes tagab vähemalt 2015. aasta keskmise bussijuhi brutokuupalga 1014 €¹⁴⁷ maksmise kõikidele lepingu

¹⁴³ Croydon Social Value Toolkit, lk 45-48

¹⁴⁴ Croydon Social Value Toolkit, lk 47

¹⁴⁵ Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk 80-81.

¹⁴⁶ EKO 20. 09.1988, C - 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, p-d 29-30; EKO 22.06.1993, C-243/89, *Euroopa Komisjon v Taani Kuningriik (Storebaelt)*, p 23

¹⁴⁷ „Maksu ja Tolliameti poolt Maanteeameti tellimisel arvestatud perioodi 01.01.2015-31.12.2015 keskmine brutokuupalk isikutel, kes omasid arvestamise hetke seisuga kehtivat bussijuhi kutsetunnistust ja kelle peamine

täitmisel täiskoormusega töötavatele bussijuhtidele, omistatakse 20 hindamispunkti. Kokku oli edukal pakkujal võimalik saada kuni 100 punkti, millest madalaima liinikilomeetri maksumusega pakkumus saab 70 punkti, kõige väiksem busside keskmine vanusega pakkumus saab 5 punkti. Alkoluku olemasolu bussides annab kuni 2 punkti ja konditsioneeri/kliimaseadme olemasolu annab 3 punkti. Riigihanke vaidlustus keskus küsimusele, kas keskmise bussijuhi brutokuupalga maksmise eest on edukaks tunnistatud pakkujale arvutatud õigesti punktide arv, ning ükski neljast pakkujast sellist hindamiskriteeriumi ei vaidlustanud.¹⁴⁸ Seetõttu võiks autori arvates olla asjakohane nõuda pakkujalt kinnitust, et ta kohustub lepingu täitmisel rakendama teatavaid tööhõivealaseid tingimusi näiteks rakendama lepingu täitjatena teatud arvu või protsendi pikaajalisi töötuid või võimaldama praktikat teatud hulga riikliku koolituskava või muul õiguslikul alusel praktikantidele jne. Sellisel juhul on hankijal võimalik pakkumuse vastavuse kontrollimisel kontrollida kinnituse olemasolu või selle puudumist ja selle sisu ning pakkumuse hindamisel omistada nõuetekohase kinnituse esitanud pakkujatele osakaalule vastav hulk väärtuspunkte.

Siiski ei tekita sellise kinnituse esitamine pakkujale kohustust ka tegelikkuses seda lubadust täita, ning seetõttu peaks vastavad tingimused ka lepingu eritingimusena sätestama. Nii on M.A. Simovart jõudnud järeldusele, et hankija kaalutusruum on suurem, kui ta kasutab näiteks tööhõivealaseid kriteeriume hankelepingu tingimusena.¹⁴⁹

Eeltoodu põhjal võib öelda, et hindamiskriteeriumina anda pakkumusele lisapunkte või osapunkte selle eest, et pakkuja kinnitab valmisolekut lepingu täitmisel anda tööd noortele, vanemaealistele, kinnipidamiskohast vabastatutele jt tööturul nõrgemas positsioonis isikutele või pikaajalistele töötutele ja ebasoodsates oludes elavate inimrühmade liikmetele (nt võõrtöötajad, etnilised vähemused, usuvähemused, madala haridustasemega inimesed jne) on perspektiivne sotsiaalsete kriteeriumide kasutamise seisukohast tingimusel, et:

- 1) hankija määratleb tehnilises kirjelduses võimalikult täpselt ja objektiivselt, kes vastab eelnimetatud isikute grupi kirjeldusele (kui see tuleneb kehtivast õigusaktist, siis viitega sellele, kui mitte, siis tuleb hankijal sõnastada mõiste ulatus);

tööandja oli kehtivat liiniluba omav või avaliku teenindamise lepingut täitev vedaja ning kes ei kuulu tööandja juhatuse koosseisu. Arvestuse aluseks on I-III kvartali andmed ja prognoos IV kvartaliks.“

¹⁴⁸ MTÜ Järvamaa Ühistranspordi Keskus riigihange „Avalik liinivedu Järva maakonna bussiliinide liinigrupis II“ (viitenumber 170341); Vaata ka VAKOo 31.05.2016, 112-16/170341; HKMo 15.07.2016, ja TlnRnKo 23.08.2016, 3-16-1158.

¹⁴⁹ M.A.Simovart, Riigihanke sekundaarsete eesmärkide ..., lk 150

- 2) hankija teostab enne hanke väljakuulutamist põhjaliku turu-uuringu ja selle põhjal omistab muuhulgas hindamiskriteeriumidele osakaalu, mis võimaldab neid parimal viisil kohaldada, et saavutada soovitud eesmärk;
- 3) hankija hindab enne sellise hindamiskriteeriumi kasutamist, kas selle kohaldamine on käesoleva hanke puhul võimalik ja vajalik ning kas selle kasutamisega ei teki võimalikku turumoonutust;
- 4) hindamiskriteeriumina sätestatud tingimus kehtestatakse ka lepingu eritingimusena, et hanke tulemusena ka tegelikult soovitud sotsiaalne eesmärk täidetakse.

Samuti peab Eesti hankija alati arvesse võtma, et piiriülene pakkuja võib lepingu täitmisel rakendada tööle ka teiste riikide samas seisundis olevaid isikuid.

Kokkuvõtteks võib öelda, et hankijal on võimalik kehtestada majandusliku soodsuse hindamise kriteeriumi osana (nt 20-30 % kvaliteedikriteeriumist, mis on omakorda kuni 50% maksimaalsest pakkumusele antavast väärtuspunktide hulgast) tööhõivealane kriteerium.

Seejuures peab hankija võtma arvesse konkreetse hanke eset ja tagama, et kasutatavad kriteeriumid on seotud hanke esemega, objektiivselt mõõdetavad ja sisuliselt kontrollitavad.

Tööhõivealase tingimuse täitmise tagamiseks on siiski oluline, et see sätestatakse hankelepingus täitja kohustusega koos sanktsioonidega juhuks, kui edukaks tunnistatud pakkuja mingil põhjusel kohustust ei täida.

2. TÖÖHÕIVEALASTE KAALUTLUSTE KASUTAMINE HANKELEPINGU ERITINGIMUSENA

2.1 Riigihankelepingus eritingimuste kasutamise eesmärgid ja põhimõtted

Euroopa Liidu hankeõigus võimaldab riigihanke kõrvaleesmärke, näiteks tööhõivealaseid kaalutlusi teenivaid tingimusi rakendada nii lepingueelsetes kui lepingulistes suhetes. Üldreeglina on hankelepingu kaudu toimides (kuigi lepingutingimused on reeglina ette valmistatud eelneva menetluse käigus) hankija kaalutlusruum oluliselt ulatuslikum¹⁵⁰ ning kui hankija soovib pakkujalt täiendavate sotsiaalsete eesmärkide saavutamist, mis ulatuvad seadusandlusega seatud eesmärkidest kaugemale ega ole seotud hanke tehnilise kirjelduse, kvalitatiivse valiku kriteeriumide ega hindamiskriteeriumidega, võib selleks kasutada hankelepingu täitmise tingimusi.¹⁵¹

Lepinguõiguses on hankelepingu eritingimuste kasutamine kantud modernses eraõiguses tunnustatud sotsiaalse õigluse ideest: võimalik on juurutada sotsiaalpoliitikat lepinguõiguse kaudu olukorras, kus turumehhanismid osutuvad vajalike eesmärkide saavutamiseks ebapiisavaks¹⁵² ja riigihanke praktikas kasutavad hankijad seda võimalust enamasti selleks, et tagada teatavate sotsiaalsete standardite arvessevõtmine lepingu täitmisel.¹⁵³ *Beentjes* lahendist alates on hankelepingu täitmise tingimused pakkunud olulist võimalust sotsiaalsete, sh tööhõivealaste küsimuste kaasamiseks riigihangetes.¹⁵⁴

Hankelepingu puhul peab hankija siiski arvestama ka lepinguvabaduse piirangutega, mis tulenevad riigihanke üldpõhimõtetest ja Euroopa õiguse aluspõhimõtetest¹⁵⁵ – seda isegi juhul, kui tegu on hanke menetluse kohustuslikust piirmäärast allapoole jääva maksumusega lepingutega.¹⁵⁶ See tähendab, et hankija peab alati tagama, et sõlmitav hankeleping ja selle tingimused ei mõjuta liikmesriikide või nendega samaväärsete õigustega¹⁵⁷ riikide ettevõtete juurdepääsu liikmesriigi siseturule.¹⁵⁸

¹⁵⁰ M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 80

¹⁵¹ Lätt/Fels, punkt 42

¹⁵² M.A. Simovart, Riigihanke sekundaarsete eesmärkide ..., lk 156

¹⁵³ M. Burgi, B. Brandmeier. Quality as an Interacting Award Criterion under Current and Future EU-Law. – 9 EPPPL 12, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2014, lk 26

¹⁵⁴ M. Martens. Milieuoverwegingen in overheidsopdrachten. – Tijdschrift voor Milieurecht 3/2004, lk 3, viidatud Martens/de Margerie, lk 16

¹⁵⁵ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. London, Sweet & Maxwell 2008, lk 1225; C. McCrudden. Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change. Oxford University Press 2007. Viidatud: M.A. Simovart, Riigihanke sekundaarsete eesmärkide ..., lk 156

¹⁵⁶ Simovart, M. A. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide ..., lk 156

¹⁵⁷ Näiteks WTO Riigihankelepinguga liitunud riigid

¹⁵⁸ Euroopa Komisjoni juhend. Buying social, lk 24.

Näiteks on avaldatud arvamust, et hankija ei või kehtestada pakkujatele selliseid nõudeid, mis on ebasobivad või ebavajalikud hankelepingut täitmise seisukohalt, ning hankija peab eelkõige ja esmalt hindama, kas hankelepingusse sobib sotsiaalse sättena näiteks praktikandi töökoha loomise nõue. Samuti leitakse, et hankijal pole lubatud kehtestada tarnijale kohustusi, mis on kestvuselt pikemad hankelepingu täitmise perioodist: kui lepingu täitmise periood on lühike, siis peab hankija kaaluma, kas tarnijal on üldse võimalik hankelepingu täitmise ajal luua näiteks praktikandi töökohti¹⁵⁹ või anda tööd tööturul ebasoodsas olukorras olevate isikutele.

Õiguskirjanduses on asutud seisukohale, et enamik riigihanke tulemusena sõlmitavaid hankelepinguid allub võlaõigusseaduses sätestatud tüüptingimuste regulatsioonile ja tüüptingimusteks tuleb pidada kõiki hankelepingu tingimusi, mille üle läbirääkimisi peetud ei ole.¹⁶⁰ Seetõttu on asutud seisukohale, et hankemenetluses on hankija ja pakkuja seega ebavõrdses läbirääkimiste positsioonis. Üldjuhul on pakkujad hankelepingu sõlmimisest selle mahukuse ja hankijast lepingupartneri usaldusväärseuse tõttu väga huvitatud, mistõttu nõustutakse tingimustega, millega tavapärasel lepingu sõlmimisel ei nõustutaks.¹⁶¹

Ka on Euroopa Kohus asunud *Storebaelt* lahendis seisukohale, et hankija poolt määratletud lepingutingimused on pakkumuse esitanud pakkujale kohustuslikud ning eeldavad edukaks osutunud pakkuja nõustumust ./.../ Pakkujad, kes ei ole nõus kinnitama hankelepingu tingimustega nõustumist, ei vasta hankedokumentides esitatud nõuetele ning nende pakkumus tuleb tagasi lükata.¹⁶²

Õiguskirjanduses ei ole üheselt selge, kas on lubatav rakendada eritingimusi näiteks kogu hankelepingu täitja ettevõtte suhtes olukorras, kus hankelepingu täitmine, selleks kasutatavad töötajad ja tootmisprotsess ei ole eristatavad ülejäänud ettevõtte tootmisprotsessist ja töötajatest.¹⁶³ Kuna hankedirektiivid räägivad hankelepingu „eritingimustest“, siis on õiguskirjanduses mõõndud, et eritingimused ei pea olema seotud lepingu esemega selle kitsas tähenduses.¹⁶⁴ Üldjuhul võib lubatavaks pidada selliseid hankelepingu täitmisega seotud tööjõu kohta käivaid eritingimusi, nagu näiteks töölevõtmise poliitika. Samas on ilmselt lubamatu selline eritingimus, kus kehtestatakse nõudeid kõigi hankelepingu täitjale kuuluvate

¹⁵⁹ Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk 81.

¹⁶⁰ M. A. Simovart. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus., lk 34.

¹⁶¹ Minumets/Kulm, lk 475

¹⁶² EKO 22.06.1993, C-243/89, *Euroopa Komisjon v Taani Kuningriik (Storebaelt)*, p-d 37 ja 43-45

¹⁶³ S. Arrowsmith. C. Maund. CSR in the utilities sector and the implications of EC procurement policy: a framework for debate, lk 30-32. Viidatud Simovart, M. A. Riigihanke sekundaarsete, lk 156, kaudu.

¹⁶⁴ C. McCrudden. *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change*. Oxford: Oxford University Press 2007; lk 564

tehaste kohta.¹⁶⁵ Ka Euroopa Kohus tõi *Beentjes* lahendis välja tehnilistest nõuetest eraldiseisvad „eritingimused“, millisena võib kasutada sellisid tingimusi nagu pikaajaliste töötute tööhõive.¹⁶⁶

Siiski on õiguskirjanduses avaldatud arvamust, et hankelepingu tingimused ei tohi kaitsta hankija huve teise poole põhjendamatu kahjustamise arvel, samuti ei saa pidada mõistlikuks hankelepingu tingimusi, mis aktsepteerivad hankija hooletut käitumist. Vältimaks hankelepingu sõlmimist teist poolt ebamõistlikult kahjustavatel tingimustel, peab hankija hoolikalt kaaluma hanke esmaseid ja teiseseid (kaasnevaid) eesmärke ning arvestama ka teise poole mõistlike ootustega. Lepingutingimuse korduv kasutamine ei ole argument, mis välistaks tingimuse ebamõistlikkuse.¹⁶⁷

Seoses hankijate vabadusega selliste tingimuste kasutamisel on ainus loogiline direktiivi kehtestatud piirang, peale vajaduse järgida EL õigust, see, et hankelepingu täitmise tingimused peavad olema seotud hankelepingu täitmisega.¹⁶⁸ Küsimusele, kas eritingimused tuleb avaldada või on need läbiräägitavad, leiti analüüsi tulemusel, et Eesti kehtiva riigihangete seaduse kohaselt alluvad sekundaarseid eesmärke kandvad eritingimused muude lepingu tingimustega samadele reeglitele: vaid avatud ja piiratud menetluse korral on hankija kohustatud need avaldama, muude menetlus liikide puhul võimaldab seadus jätta eritingimused hankija diskretsioonist sõltuvalt läbirääkimiste objektiks ja need varasemas menetluses avaldamata jätta. Kehtiv seadus ei kajasta direktiivi nõuet hanke lepingu eritingimused hanke menetluse käigus õigeaegselt teatavaks teha ega näe ette mitte mingit erandit lepingu sotsiaalsete ja keskkonna alaste eritingimuste suhtes, mis viib järeldusele, et ka nende läbirääkimine on lubatud (!).¹⁶⁹

Kehtiva direktiivi põhjenduse kohaselt tuleks lepingu täitmise tingimused esitada hanketeates, hanketeatena kasutatavas eelteates või hankedokumentides.¹⁷⁰ Riigikogu menetluses olevas seaduseelnõu § 77 lg 4 p 4 ja 5 kohaselt peab hankija hanke alusdokumentides avaldama kõik tulevase hankelepingu tingimused, mis võivad hõlmata majanduslikke, innovatsiooniga

¹⁶⁵ S. Arrowsmith. *The Law of Public and Utilities Procurement*. – London, Sweet & Maxwell, 2008, lk 1279. Viidatud Lätt/Fels, punkt 50 kaudu.

¹⁶⁶ S.Arrowsmith, P.Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. – New York: Cambridge University Press 2009, p. 206

¹⁶⁷ M.A.Simovart. *Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus ...*, lk 37.

¹⁶⁸ Arrowsmith/Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, lk 213; viidatud Martens/de Margerie, lk 16

¹⁶⁹ M.A.Simovart. *Riigihanke sekundaarsete eesmärkide ...*, lk 157.

¹⁷⁰ Lätt/Fels, põhjenduse punkt 48

seotud, keskkonnaalaseid, sotsiaalseid või tööhõivealaseid kaalutlusi, välja arvatud asjaolud, mille kohta hankija soovib võistlevaid pakkumusi.

Kuigi seaduseelnõus ei ole otseselt eristatud hankelepingu eritingimusi ega toodud selle mõiste definitsiooni, võib siiski autori arvates asuda seisukohale, et uue riigihangete seaduse kehtestamisel peab hankija avaldama hanke alusdokumentides ka hankelepingu eritingimused, sh tööhõivealased, välja arvatud võistleva dialoogi, innovatsioonipartnerluse, konkurentsipõhise läbirääkimistega ja väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusega riigihangete puhul, kus menetluse käigus on lubatud läbi rääkida hankelepingu tingimuste üle¹⁷¹.

Õiguskirjanduses on avaldatud hankelepingu eritingimuste kohta arvamust, et mittevastavus nendele tingimustele poleks /pakkumuse hindamise etapis/ takistuseks edukaks tunnistamise otsuse tegemisel, vaid tähendab ainult, et hankijal on /hankelepingu täitmise etapis/ õigus esitada nõue hankelepingu rikkumise eest, kuigi seda ei peeta piisavalt tõhusaks sekundaarsete kaalutluste edendamisel.¹⁷² Euroopa seadusandja näib kinnitavat viimast arvamust, kui paigutas hankelepingu täitmist puudutavad sätted artiklisse 70 osana uuest peatükist, mis eelkõige reguleerib lepingu täitmist ja eemaldades need sellega tehnilise kirjelduse nõuete hulgast.¹⁷³

Kehtiva direktiivi artikkel 70 nõuab nüüd, et hankelepingu täitmise tingimused peavad olema „seotud lepingu esemega artikli 67 (3) tähenduses“. Nimetades võimalike tingimustena sõnaselgelt innovatsiooni- ja hindamiskriteeriumide normide hulgas mitternimetatud tööhõivega seotud kaalutlusi, võib ette näha vaid kerget kõrvalekallet kvaliteedi - kui hindamiskriteeriumi - materiaalsest kohaldamisalast.¹⁷⁴

Õiguskirjanduses on välja toodud, et paljude liikmesriikide seadus nõuab, et hankelepingud sisaldaksid tööalaseid klausleid – näiteks palga, tööaja või muude töötingimuste kohta.¹⁷⁵ Näiteks nägi Prantsuse riigihanke koodeksi artikkel 14 ette võimaluse lisada hankelepingutesse sekundaarseid eesmärke kandvaid keskkonna säästlikkust või sotsiaalseid

¹⁷¹ riigihangete seaduseelnõu (204 SE) § 60, § 65 lg 5, § 70 lg 2 ja § 72 lg 6;

¹⁷² Trepte, P. Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide. 2. trükk, – Oxford University Press 2007, lk. 302 toob võimalike, kuid mitte alati tõhusate, rikkumispõhise kõrvaldamise kaalumise mooduseid.

¹⁷³ M.Burgi, B. Brandmeier. Quality as an Interacting Award Criterion under Current and Future EU-Law. – 9 EPPPL 12, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2014, lk 27

¹⁷⁴ Burgi/Brandmeier, lk 27

¹⁷⁵ Itaalia, Hispaania, Küpros, Taani. Vt Labour clauses in public contracts. Integrating the social dimension into procurement policies and practices. ILO, Geneva, Switzerland 2008, lk 36–37; Viidatud M.A.Simovart. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide ..., lk 152.

hüvesid edendavaid tingimusi.¹⁷⁶ Ka Saksamaal reguleeriti sotsiaalsete kriteeriumide rakendamine liidumaa seadustega, hankijatel ei ole õigust omal äranägemisel täiendavaid sotsiaalseid kriteeriumeid kehtestada.¹⁷⁷ Sellise regulatsiooni järgi on vähem võimalusi, et kõrvaleesmärkide sisustamine tekitab vastuolu hanke üldpõhimõtetega, näiteks toimib kaudse proteksionismina.¹⁷⁸

Seaduseelnõu väljatöötajad toovad esile, et hankelepingu täitmise eritingimustes /st tööhõivealaste tingimustena/ võib samuti käsitleda tootmisprotsessis osalevate töötajate tervise kaitset, ebasoodsas olukorras olevate isikute või haavatavate rühmade liikmete sotsiaalset integreerimist lepingut täitma määratud töötajate hulka või asjaomase lepingu puhul vajalike oskuste õpetamist, tingimusel, et need on seotud hankelepingu kohase ehitustööde tegemisega, asjade tarnimisega või teenuste osutamisega. Näiteks võib nendes kriteeriumites ja tingimustes osutada muu hulgas pikka aega tööotsijaks olnud isikute töölevõtmisele, koolitusmeetmete võtmisele töötute või noorte jaoks sõlmitava hankelepingu täitmise käigus.¹⁷⁹

Euroopa Komisjoni väljaantud juhendi kohaselt on lubatav hankelepingus nõuda, et pakkuja peab rakendama töötajate tervise ja tööohutuse kaitseks lepingu täitmisel tööõnnetuste vältimiseks lisameetmeid ning tagama ohtlike toodete hoiustamisel nõuete täitmise.¹⁸⁰

Mitmed Ühendkuningriigi kohalikud omavalitsused on välja andnud käsiraamatuid sotsiaalsete väärtuste kasutamiseks riigihangetes. Näiteks on Croydoni¹⁸¹ Volikogu on välja andnud käsiraamatu¹⁸² sotsiaalsete väärtuste inspireerimiseks ja loomiseks, kus on toodud mitmete edukalt läbiviidud hangete näiteid. Hangete lühikirjelduste põhjal võib järeldada, et hankija(d) on kasutanud sageli pakumuste hindamise kriteeriume lepingu täitmise etapis hankelepingu eritingimusena. Autori hinnangul võib tingimuste sisu põhjal öelda, et esines ka EL võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise keeluga vastuolus olevaid: näiteks pakkuja peab teatava hulga töötajaid, praktikante, jt palkama kohalike hulgast¹⁸³; kasutama kohalike

¹⁷⁶ Code des marchés publics (édition 2006, dernière modification: 21 décembre 2008).

¹⁷⁷ O. Otting. Compulsory social standards for public works contracts as a restriction on the freedom to provide services: Dirk Ruffert v Land Niedersachsen (case 346/06). Public Procurement Law Review 5, 2008, lk 194. Viidatud M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 89

¹⁷⁸ M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 89

¹⁷⁹ Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri, lk 20

¹⁸⁰ Euroopa Komisjoni juhend. Buying social, lk 24.

¹⁸¹ Croydon on Londoni linnaosa, mille elanike arv on ligikaudu 379 000, millega ta on rahvastiku arvult Suurbritannias 13 kohal. Umbes poole elanikkonnast moodustavad sisserännanud (põhiliselt Aafrika ja Aasia päritolu)

¹⁸² Inspiring and Creating Social Value in Croydon. A Social Value Toolkit for Commissioners. 2016, Arvuti võrgus: <https://www.croydon.gov.uk/sites/default/files/articles/downloads/socialvalue.pdf>

¹⁸³ Croydon Social Value Toolkit, lk 33, 47

ettevõtete pakutavaid teenuseid või kaupu hankelepingu täitmisel allhanke korras¹⁸⁴; looma ja toetama Croydoni noortele töökohtade, praktikandikohtade ja muid kutseõppe võimalusi¹⁸⁵. Siiski oli ka nõ neutraalsemaid näiteks: teatav protsent töötajatest on kaasatud koolitus- ja arendusprogrammidesse¹⁸⁶, jne.

Kuigi hankija ei või võrdse kohtlemise põhimõttest lähtuvalt kehtestada hankelepingus tingimust, mille kohaselt peavad tarnitavad tooted või teenused pärinema teatud piirkonnast, siis erandlikel juhtumitel tuleb aga möönda, et kohalikel kaupade või teenuse pakkujatel võib olla paratamatu eelis piiriüleste ettevõtjatega. Näiteks on toidukaupade või toitlustusteenuse hangete puhul täiesti aktsepteeritavaks ja hankelepinguga seotud kriteeriumiks toiduainete värskus või lühike tarnetähtaeg, mille puhul on kohalikel ettevõtjatel loomulik eelis teistest riikidest pärit ettevõtjate ees.¹⁸⁷

Beentjes asjas analüüsis Euroopa Kohus hankelepingu täitmise tingimusena nõuet rakendada ehitusplatsil 70% pikaajalisi töötuid ja pidas sellist tingimust lubatavaks, kui sellisel tingimusel ei ole teistest riikidest pärit pakkujatele otsest või kaudset diskrimineerivat mõju¹⁸⁸. Sotsiaalse ostmise juhendis kinnitab Komisjon, et ka selline kaudselt tööhõivega seotud sotsiaalne kriteerium nagu „lepingu täitmisel kasutatavatele töötajatele minimaalse palga ja inimväärsete töötingimuste tagamine“ võib olla lepingu täitmise tingimuseks.¹⁸⁹ Mõned autorid jaatavad siin selget seost tingimuse ja lepingu täitmise vahel¹⁹⁰, sest hankelepingu täitja on ka tingimuse otsene täitja. Siiski tuuakse õiguskirjanduses esile, et seos hankelepingu esemega on ebaselgem Komisjoni väites, et kui hankija tahab osta eetilisi tooteid nagu kohv või puuviljad, siis võib ta „sätestada lepingu täitmise tingimusena [...], /et/ tarnija on kohustatud maksma kasvatajatele hinda, mis katab nende jätkusuutliku tootmise, näiteks tööliste korralik palk ja töötingimused, keskkonnasõbraliku tootmisviisi ning tootmisprotsessi ja töötingimuste parandamise kulud“.¹⁹¹ Mõnede autorite arvates on küsitav, kas kauba tarnimise lepingu tehniliseks osaks saab lugeda tootmisahela alguses olevate tarnija ja tarnija tootjate vahelised suhted?¹⁹² Kust algab lepingu ese? Komisjoni juhendis on selle kohta öeldud, et „tööde ja teenuste riigihankelepingud, milles on võimalik kehtestada lepingu

¹⁸⁴ Croydon Social Value Toolkit, lk 33, 47,

¹⁸⁵ Croydon Social Value Toolkit, lk 33

¹⁸⁶ Croydon Social Value Toolkit, lk 33

¹⁸⁷ Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri, lk 21

¹⁸⁸ EKo 20. 09.1988, C - 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, p 37 (ii)

¹⁸⁹ Euroopa Komisjoni juhend. Buying social, lk 32.

¹⁹⁰ Martens/de Margerie, lk 16

¹⁹¹ Euroopa Komisjoni juhend. Buying social, lk 32.; vaata ka *Verdussen/ Romainville*, “Les clauses éthiques dans les marchés publics”, *Le droit des affaires--Hetondernemingsrecht* 93/2010, lk 43.

¹⁹² Martens/de Margerie, lk 16

täitmise viis, annavad hankijale parima võimaluse lepingu täitmise punktides sotsiaalseid küsimusi arvestada. Hankelepingute täitmise viisiga seotud lepingupunktide ettenägemine võib keerulisem tunduda“.¹⁹³

Euroopa Kohus kinnitas Euroopa Komisjoni seisukohta, et eetilise kaubanduse nõuded on hankelepingutes lubatavad, öeldes *Max Havelaar* lahendis, et „nõudmine, et tarnitav tee ja kohvi peavad pärinema arengumaade väiketootjatelt, kehtestades neile soodsamad kaubandustingimused“ kuulub /direktiivi 2004/18/ artikkel 26 sätestatud lubatavate sotsiaalsete kaalutluste hulka.¹⁹⁴ Sellest võib järeldada, et tarneleping hankija tarnija ja tarnija tarnija vahel on seega hankelepingu täitmise hulka kuuluv. Vastuseta on küsimus, kas tootjate ja vahendaja vaheline lepinguline suhe on samuti osa hankelepingu täitmisest, kui tootjate ja hankija tarnija vahel on mingis etapis vahendaja?¹⁹⁵ Siiski on juhitud tähelepanu, et *fairtrade* märgist on võimalik kasutada märksa laialdasemalt, kui ainult kohvi, kakao või tee ostmisel. Näiteks on Orleans`i linn juba alates 2006. aastast oma ürituste jms toitlustamise teenuse hangetel nõudnud, et pakutavad joogid ja suupisted vastaksid õiglase kaubanduse tingimustele. Nagu ka kaubaautomaatides müüvad tooted.¹⁹⁶ Samamoodi võib *fairtrade* märgisele vastavust nõuda šokolaadi, puuvilla, riisi, õli ja hanemaltsa seemnete (kinoa) hankelepingus ning Prantsuse hankijate hulgas on laialt levinud eetiliselt toodetud kangast tööriivaste ostmine.¹⁹⁷ Samuti on asjakohane kasutada *fairtrade* tingimusi mitmete puuviljade (apelsinid, banaanid, ananassid, mangod), suhkru, veini, kosmeetika, vürtside ja isegi jäätise¹⁹⁸ hankimisel.

Seega võib asuda seisukohale, et kuigi direktiiv ja kohtupraktika võimaldavad reguleerida hankelepingu eset üsna ulatuslikult (ajalises ja ruumilises mõttes), siis jääb selle seos lepingu tööhõivealase eritingimusega suures osas hankija hinnata ja tõendada. Üldiselt võib hankija lähtuda põhimõttest, et mida ligemal on tingimust täitma kohustatud subjekt nõu esimesele hankelepingu poolele/pakkujale, seda tõenäolisem on seose olemasolu. Mida kaugemale tootmisprotsessi ja tarneahelas liigutakse, seda hoolsamalt peab hankija põhjendama seose olemasolu ning tingimuse kehtestamise asjakohasust.

¹⁹³ Euroopa Komisjoni juhend. Buying social, lk 45

¹⁹⁴ EKo 10.5.2012, C-368/10, *Max Havelaar*, p-d 75-76

¹⁹⁵ Martens/de Margerie, lk 16

¹⁹⁶ G. Giffard, Fair Trade Public Procurement in France. – 8 EPPPL 89, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2013, lk 94

¹⁹⁷ G. Giffard, lk 92

¹⁹⁸ Täpsemat infot leiab *fairtrade* kodulehelt <http://www.fairtrade.ee/tooted>

Seega tasub järgida Sue Arrowsmith'i soovitus, mille kohaselt saab seda, mida võib kasutada hindamiskriteeriumina, kasutada ka tehnilises kirjelduses või lepingu täitmise tingimusena ja vastupidi – kõik, mis on seotud lepingu esemega – saab kasutada lepingu täitmise tingimusena.¹⁹⁹

Õiguskirjanduses on arutletud selle üle, kas sotsiaalne (näiteks tööhõivealane) tingimus tuleks hankelepingus sätestada siduvana ehk kohustuslikuna koos sanktsioonidega selle rikkumise eest või mittesiduvana ehk vabatahtlikkuse alusel täidetavana. Taani riigihankeõiguses käsitletakse sotsiaalset tingimust enamasti hankelepingu tingimusena, mis sätestab, et edukas pakkuja peab järgima konkreetseid sotsiaalseid nõudeid,²⁰⁰ mistõttu peetakse neid siduvateks lepingutingimusteks, kuna neid peab täitma iga edukaks tunnistatud pakkuja.²⁰¹ Taani hankijatele on jätkusuutlike sätete, nagu sotsiaalsete tingimuste, kasutamine riigihangete menetluses vabatahtlik (välja arvatud ehitustööde hangetes – autori märkus) ja seetõttu pole sotsiaalsed tingimused tavapäraselt Taani hankelepingute osaks. Hinnanguliselt sõlmitakse aastas enam kui 2300 hankelepingut, millest vähem kui 160 sisaldavad sotsiaalseid tingimusi ja neist vähem kui 90-s olid need eduka pakkuja jaoks kehtestatud hankelepingus vabatahtlikult täidetava tingimusena.²⁰² Autorid analüüsisid Taani Kuningriigis hankelepingute täitmisel koolituskava alusel praktikantide kasutamist.

Taani hankija võib kehtestada lepingutingimusena praktikantide kohta käiva sotsiaalse sätte, kui on täidetud alljärgnevad nõuded:

- 1) praktikantide palkamise sotsiaalne säte peab olema kooskõlas seadusest või muust seaduslikust allikast tuleneva koolituskavaga;
- 2) tingimus peab olema seotud lepingu täitmisega, st loodavad praktikandi kohad peavad olema seotud hanke konkreetsete eesmärkidega;
- 3) tingimus peab olema avaldatud hanketeates või hankedokumentides. Edukas pakkuja on kohustatud sotsiaalset tingimust täitma, mistõttu ta peab olema sellest teadlik pakkumuse esitamisel;
- 4) tingimus peab olema kooskõlas ELTL-iga ja EL õigusega, sealhulgas kaupade vaba liikumise, asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse ning samuti neist

¹⁹⁹ S.Arrowsmith, P.Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. – New York: Cambridge University Press 2009, lk 215-217

²⁰⁰“Rapport om sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud”. December 2012. Konkurrenceog Forbrugerstyrelsen. Viidatud Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk 80.

²⁰¹ Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk-d 80-81.

²⁰² Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk 80

tulenevate põhimõtetega nagu võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, vastastikuse tunnustamise, proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõtted.²⁰³

Muuseas juhivad analüüsi autorid tähelepanu asjaolule, et kuigi hankija ei saa keelduda, kui lepingu täitja soovib praktikantidena rakendada isikuid, kes pärinevad teisest liikmesriigist, kuid kelle koolituskava on sarnane Taani koolituskavaga, siiski on ebaselge, mis tähendab Taani koolituskavaga sarnane välismaine koolituskava. Seetõttu pole selge, mis asjaoludel Taani hankija võib või lausa peab tagasi lükkama pakkuja ettepaneku välismaise koolituskava alusel praktikantide kasutamise. Kuna sotsiaalseid tingimusi kasutatakse Taanis kõige enam hankelepingu tingimusena, mitte aga kvalitatiivse valiku või hindamiskriteeriumina, on see üks potentsiaalse diskrimineerimise aspekt – kuigi see on väga tähtis - igapäevapraktikas väheoluline.²⁰⁴

Artikli autorid toovad välja, et praktikandi töökoha sotsiaalne säte võib olla sisult kas:

- 1) nõue palgata teatav hulk uusi praktikante (sõltumata pakkuja poolt juba töölevõetud või rakendatud praktikantide arvust), või
- 2) nõustuda, et pakkuja kasutab juba olemasolevaid praktikante hankelepingu täitmisel.²⁰⁵

Autorid näevad siin mõlemal juhul nii häid kui halbu külgi, mis on seotud hankija kohustusega jälgida ja nõuda hankelepingu täitmist: ühest küljest on esimesel juhul hankijal kergem kontrollida lepingusätete täitmist, teisest küljest võib see mõjutada pakkujate käitumist üldiselt – pakkuja ei ole eriti huvitatud praktikantide vabatahtlikust rakendamisest, kui ta teab ette, et tal tuleb hankelepingu täitmisel nagunii neid tööle võtta. Teisel juhul võib pakkujatel tekkida soov hakata uute praktikantide töölerakendamise asemel neid ühelt objektilt teisele viima, mistõttu sätte sotsiaalne mõju jääb väikeseks või puudub üldse. Samuti on keeruline otsustada, kui palju praktikandi töökohti tegelikult hankelepingu täitmisel hanke tingimuse täitmiseks loodi, kui pakkujal on lubatud kasutada olemasolevaid praktikante. Mõlemal juhul on hankijal tegelikku kogumõju raske hinnata.²⁰⁶

Artikli autorid analüüsisid kahte Taani hanget.

Kopenhaageni linna avalike tööde 19-s hankelepingus kogumaksumusega 240 miljonit eurot kasutati kohustusliku praktikantide kasutamise sätet, mille kohaselt peab edukas pakkuja

²⁰³“Rapport om sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud”. December 2012. Konkurrenceog Forbrugerstyrelsen. Viidatud Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk 80.

²⁰⁴ Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk 81.

²⁰⁵ Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk 81

²⁰⁶ Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk 81.

lepingu täitmisel rakendama teatava hulga praktikante, kuid tal on õigus kasutada ka juba olemasolevaid. Hankija eesmärk oli tagada erinevate pakkujate võrdne kohtlemine, et juba praktikante kasutav pakkuja ei satuks ebavõrdsesse olukorda võrreldes pakkujaga, kellel pole ühtegi või väike arv praktikante. Hankija lepingutingimuste kohaselt on pakkuja kohustatud kinnitama, et ta kohustub täitma sotsiaalset lepingusätet. Kui hankelepingu täitmise käigus tõendatakse, et pakkuja ei täida sotsiaalset sätet, on pakkuja kohustatud vastavalt lepingutingimustele maksma leppetrahvi hankelepingu rikkumise eest. Kui lepingu rikkumine on jätkuv, siis on haldusüksusel õigus hankeleping üles öelda.²⁰⁷

Teise näitena toodi Kopenhaageni Linnametroo (Metroselskabet I/S) ehitustööd kogumaksumusega ligikaudu 2,4 miljardit eurot, kus ühispakkujatega sõlmitud hankelepingus puudusid praktikandikohtade loomist kohustavad sätted. See põhjustas avalikul arutelul rohket kriitikat ja avaldati arvamust, et riigiasutusena oleks Metroselskabet I/S pidanud tagama, et Taani vaatepunktist väga suuremahulise ehitustööde teostamiseks oleks loodud vähemalt mõned praktikandikohad. Seetõttu sõlmisid Taani ametiühing 3F, Taani Ametiühingute Liit, Taani Ehitusliit, edukaks tunnistatud ühispakkujad ja Metroselskabet I/S vabatahtliku koostöölepe, mille üldeesmärk on tagada, et hankelepingu täitmisel töid teostavatest ja tunnitasu saavatest töötajatest 5-7% on praktikandid. Taani meedia vahendusel selgus 2012. aasta lõpus, et 400 täistööajaga töötava töölise hulgas on hetkeseisuga ainult 2 töötajat, kes võeti tööle praktikantidena. Seetõttu on vabatahtliku koostöölepe mõjusust avalikel aruteludel laialdaselt küsimuse alla seatud ja kritiseeritud.²⁰⁸

Taani näidete puhul juhivad autorid tähelepanu ka sellele, et kuna EL õigusest tulenevalt tuleb hankijal praktikantidele kehtestatavad nõuded sõnastada selgelt ja objektiivselt viitamata konkreetsele Taani koolituskavale, mistõttu pole kindel, et tööhõivealase tingimuse lisamine hankesse loob praktikandikohti Taani õpilastele – mis on eeldatavasti Taani hankija esmane eesmärk. Vaid juhul, kui pakkuja ei suuda ise vajalikku praktikanti leida, peab tarnija võtma ühendust Taani kutsekooliga, kust saadetakse praktikandid. Avalikus arutelus töökohtade loomise üle on see fakt jäetud tihti tähelepanuta. Ühiskond võrdsustab kohustuse lisada tööhõivealaseid sätteid riigihanke tingimustesse pakkujate kohustusega sõlmida Taani ametivõimudega leping Taani praktikantide palkamiseks, millega Taani ametkondadele antakse võimalus osaleda üldise eesmärgi - Taani noorte harimise ja sellest tulenevalt Taani töötuse määra vähendamise - täitmisel.²⁰⁹ Ka on kohalike omavalitsuste, ettevõtete ja

²⁰⁷ Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk 82.

²⁰⁸ Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk 82.

²⁰⁹ Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk 81.

koolide/haridusprogrammide vahel sõlmitud mitmeid koostööleppeid. Loomulikult on nende eesmärk luua praktikandikohti, millest saavad kasu ainult kohalikud ettevõtted ja koolid. Selliste koostöölepete kasutamine tööhõivealaste lepingusätete asemel võib lõpptulemusena osutada välismaiseid tarnijaid ja koole/haridusprogramme diskrimineerivaks.²¹⁰

Näiteks on Norras Avaliku Halduse ja e-Valitsuse Ameti (*the Agency for Public Management and eGovernment* (Difi)) ülesandeks on julgustada hankijaid sotsiaalsete kriteeriumide kasutamiseks riigihangetes ja neid vajadusel nõustada. Riigihangetes ausa konkurentsi põhimõtte järgimiseks on Difi seisukohalt oluline mitte ainult nõuda pakkujatelt sotsiaalselt vastutustundliku toote tarnimist vaid seda ka kontrollida. Veelgi enam, proportsionaalsuse põhimõtte tagamiseks riigihangetes annab Difi teavet toodete kohta, milliste puhul on süstemaatilise ILO konventsioonide rikkumise kõrge risk dokumenteeritud. Difi hankijate jaoks välja töötatud kontrolli juhistes väidetakse, et on vajalik kasutada hankelepingu tingimuse sõnastamisel enesehindamise küsimustikku, et tagada sotsiaalselt vastutustundliku tootmise jätkuvus kogu lepinguperioodil. Kui teave on puudulik või ebapiisav, siis peab hankija korraldama hankelepingu täitmise koosoleku, kui kokkulepitud parandusmeetmete kavast piisab nõutud tingimuste täitmiseks. Kui täitja ei suuda parandusi täita, siis võib kasutada leppetrahve. Kui pakkuja ei tee koostööd, siis võimaldavad spetsiaalsed sätted lepingu üles öelda.²¹¹

Euroopa Komisjoni 2015. aasta raportis²¹² on toodud eduka tööhõivealaste kriteeriumide rakendamise näitena Londoni Transpordi (ingl. k. *Transport of London*) (edaspidi *TfL*) kogemus praktikakohtade ja Londoni äraelamist võimaldava töötasu (ingl. k. *London Living Wage*) juurutamisest riigihangetes ja selle mõjust ühiskonnale. TfL vastutab Londoni linna ühistranspordi eest ja kulutab aastas umbes 1,6 miljardit inglise naela hankides väga erinevaid kaupu ja teenuseid alates transpordi hooldusest kuni liiklustehnikani. TfL on juba ammu võtnud endale kohustuse riigihangete kaudu ühiskonda sotsiaalselt mõjutada. Sotsiaalsete ja keskkonnaalaste tingimuste kasutamine riigihangetes on muutunud tavapäraseks („*business as usual*“). Muuhulgas on TfL hankepoliitika keskmes sellised teemad nagu õiglase tööhõive

²¹⁰ Federspiel/Dittmer/ Christiansen, lk 83.

²¹¹ Ählström, J. Using Tax Money in a Decent Way. -- 8 EPPPL 112, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2013, lk 114.

²¹² Euroopa Komisjon. Study on “Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies”. Final Report. DG GROW Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, 2015, Belgia; Arvutivõrgus <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/17261>

tavade/praktika edendamine; tööjõu heaolu edendamine; strateegilise tööjõuvajaduse täitmine ja koolitusvõimaluste pakkumine; kasu kogukonnale ning eetiline hanke praktika.²¹³

TfL peamine tähelepanu on keskendunud strateegiliste tööjõuvajaduste täitmisele ja koolitusvõimaluste pakkumisele riigihangete abil, mille saavutamiseks on väljatöötatud TfL hankelepingute vormidesse sätestatud innovatiivsete oskuste ja tööhõivega seotud tingimused koos hea koostööga lepingupartneritega tagavad praktikaprogrammide kiirema leviku. Samuti on TfL haldava asutuse juurde loodud spetsiaalne nõustamisüksus, kes abistab pakkujaid tööoskuste ja tööhõivega seotud lepingutingimuste täitmisel.²¹⁴

Komisjoni raporti kohaselt on eeltoodu tulemusel TfL avaldanud märkimisväärset mõju tööjõu oskuste arendamisele ja tööhõivele. Esiteks annab see noortele võimaluse siseneda tööturule ning arendada oma tööoskusi. Teiseks on praktikavõimalused kiire reageerimine vastuseks olulise tootmisharu spetsiifiliste oskuste vajaduse suurenemisele, kui on ette näha ehitus- ja insenerioskustega töötajate tõsist puudust. Alates 2009. aastast on tänu TfL hankelepingutele üle 3600 isiku saanud praktikat umbes 100 tarnija juures.²¹⁵

Teiseks oluliseks saavutuseks on Londoni äraelamist võimaldava töötasu juurutamine TfL hankepraktikasse läbi sõlmitavate hankelepingute, kus tingimuseks on, et tarnija peab oma töötajatele maksma Londoni äraelamist võimaldavat töötasu (2015. aastal oli see 9,40 naela/tunnis). Äraelamist võimaldavat töötasu propageerib riiklik heategevusorganisatsioon Äraelamist Võimaldava Töötasu Fond (ingl. k. *the national charity Living Wage Foundation*), kes teostab ka äraelamist võimaldava töötasu maksvate tööandjate sõltumatut sertifitseerimist. Tänu TfL hankelepingutele makstakse 2500 töötajale Londoni äraelamist võimaldavat töötasu, mis on oluline ka seetõttu, et pärast ametiasutuse poolt hankelepingutes kasutusele võtmist, on äraelamist võimaldava töötasu maksmine laienenud ka erasektorile ja sertifitseeritud on üle 1800 tööandja. Seega võib öelda, et riigihangetes nende kahe tingimuse kasutuselevõtuga on hankija mõjutanud oluliselt mitte ainult oma lepingupartnereid vaid ka teisi turuosalisi ning ühiskonda ka laiemalt, sest praktikavõimalusest said kasu nii ettevõtjad kui ka tööturule sisenevad noored. Samuti mõjutas Londoni äraelamist võimaldava töötasu maksmine mitte ainult hankelepingu täitmisel osalevate töötajate vaid ka nende lähedaste

²¹³ Euroopa Komisjon. Strategic use of public procurement, lk 91

²¹⁴ Euroopa Komisjon. Strategic use of public procurement, lk 91

²¹⁵ Euroopa Komisjon. Strategic use of public procurement, lk 91

heaolu ning tänu praktika ülevõtmisele ka teiste turuosaliste töötajate ja nende lähedaste elutingimusi.²¹⁶

Nende algatuste eest on Tfl-ile omistatud ka mitmeid mainekaid auhindu, mis mitte ainult ei motiveeri riigihangetel muid sh tööhõivealaseid tingimusi kasutama, vaid on aidanud ka Tfl, kui organisatsiooni, mainet parandada.²¹⁷

Lisaks toodi välja, et selliste nõ riigihanke kõrvaleesmärkide saavutamisel on võtmetähtsusega koostöö pakkujate/tarnijatega, seda eelkõige töökohtade loomise ja oskuste arendamise valdkondades. Selleks rakendas Tfl koostöös oma tarnijatega nn "win-win" lähenemisviisi, et välja selgitada vastastikku kasulikke võimalusi, kuidas parimal viisil tegeleda töötajate tööoskuste puuduse kõrvaldamisega.²¹⁸

Eestis on kasutanud tööhõivealast – täpsemalt küll kohustust tagada hankelepingu täitmisel osalevate „töötajate töötasu ning töö- ja puhkeaja korralduse vastavuse vähemalt kollektiivlepingu seaduse tähenduses vedaja tegevusalale laiendatud kehtiva kollektiivlepinguga sätestatud nõuetele“ MTÜ Järvamaa Ühistranspordi Keskus riigihankel „Avalik liinivedu Järva maakonna bussiliinide liinigrupis II“ (viitenumber 170341).²¹⁹

Seega on hankijal tööhõivealaste eritingimuste kasutamiseks hankelepingu eritingimusena suuremad võimalused, sest selline tingimus ei pea olema nii otseselt seotud lepingu esemega.

Näiteks võib hankelepingus sätestada tingimused, mille kohaselt edukas pakkuja peab:

- 1) (toitlustamise-, puhastustööde-, haljastuse hoolduse jne) teenuse osutamise lepingu täitmisel andma tööd X arvule pikaajalistele töötutele või kinnipidamiskohast vabanenud endistele vangidele või muudele tööturul ebasoodsas olukorras olevatele isikutele;
- 2) (näiteks haljastustööde või toitlustamise) lepingu täitmisel rakendada tööle X arvu praktikante X-kuuliseks perioodiks;
- 3) maksta lepingu täitmisel osalevatele töötajatele õiglast tasu/valdkonna keskmist palka (samas on näiteks puhastusteenindajatel, haljastutöölistel jt see niigi alampalgaga võrdne, mis see neile annab ja teisest küljest pole kõigis valdkondades ka keskmise palga suurust kehtestatud)

²¹⁶ Euroopa Komisjon. Strategic use of public procurement, lk 91

²¹⁷ Euroopa Komisjon. Strategic use of public procurement, lk 91

²¹⁸ Euroopa Komisjon. Strategic use of public procurement, lk. 9

²¹⁹ MTÜ Järvamaa Ühistranspordi Keskus riigihange „Avalik liinivedu Järva maakonna bussiliinide liinigrupis II“ (viitenumber 170341); HD lisa 2: hankelepingu projekti p 5.1.3.

4) toitlustamisteenuse osutamisel kasutama (kui see on asjakohane) *fairtrade* märgisega tooteid

Siiski on autor arvamusel, et hankija soovitud sotsiaalset eesmärki aitab paremini saavutada, kui kasutada sotsiaalseid kriteeriume nii hankemenetluses (tehnilises kirjelduses ja/või hindamiskriteeriumina) ja samaaegselt ka hankelepingu tingimusena. Seejuures võiks hankelepingu tingimustena ette näha üheaegselt ühte või mitut tööhõive-, aga võibolla ka sotsiaalvaldkonda toetavat mitut tingimust. Näiteks toitlustus- ja cateringi teenuse ostmisel sätestada, et hankelepingu täitja peab toorainena kasutama *fairtrade* või sellega samaväärse märgisega tooteid (kui see nõue on asjakohane) ja lepingu täitmisel pakkuma vähemalt 3-kuulise praktika võimalust vähemalt kahele pikaajalisele töötule või riikliku õppekava alusel toitlustamise erialal õppivale noorele vms.

Tööhõivealase eritingimuse kasutamisel peab hankija lisaks seosele lepingu esemega alati arvesse võtma ka kohustuse koormavust ja proportsionaalsust hanke esemega. Näiteks oleks ilmselt ebaproportsionaalne nõue võtta tööle 5 pikaajalist töötut 12 kuulise toitlustamise teenuse osutamise hankelepingu täitmiseks, kus täitja on planeerinud teenust osutada näiteks 3 töötajaga. See oleks ebanõuetlik ja täitjale liigselt koormav kahel põhjusel: kuna lepingu täitmise tähtaeg on lühike, siis on täitjal raske leida tema vajadustele vastavaid pikaajalisi töötuid, kes on valmis riskeerima võimalusega, et 12 kuu pärast võivad nad tööta jääda (sest võib juhtuda, et pärast lepingu lõppemist ei ole täitjal neid enam võimalik kuskil tööle rakendada). Teisest küljest on täitja jaoks riskantne kasutada hankelepingu täitmisel ainult endisi pikaajalisi töötuid, kes üldjuhul on pikaksveninud tööpausi tõttu halvema töödistsipliini ja vastutustundega, mistõttu täitja riskib peaaegu igapäevaselt teenuse kvaliteediga ja seega võimalusega, et hankija nõuab talt mittekvaliteetse teenuse eest leppetrahvi või ütleb hankelepingu üles.

Seega on hankijal tööhõivealaste tingimuste kasutamisel igas hankemenetluse etapis, aga ka hankelepingu tingimusena, kohustus teha harjumuspärasest hoolikam eeltöö turu-uuringuga ja konsulteerida turuosaliste/potentsiaalsete pakkujatega, et välja selgitada optimaalsed ja mõlemale poolele vastuvõetavad tööhõivealased tingimused. Vastasel korral riskeerib hankija sellega, et tema tööhõivealaste tingimustega riigihankele ei laeku ühtegi pakkumust või ületavad esitatud pakkumuste maksumused tunduvalt nii turuhinda kui ka hankija kalkuleeritud eeldatavat maksumust.

2.2 Hankelepingu eritingimuste rikkumise tagajärjed

Seaduseelnõu § 8 lg 2 kohaselt kohaldatakse hankelepingule võlaõigusseaduses ja teistes õigusaktides asjaomase lepingu liigi kohta sätestatud, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti.

Seega peaks hankijal olema võimalik täitjapoolse hankelepingu eritingimuse rikkumise korral rakendada kõiki VÕS §-s 101 sätestatud õiguskaitsevahendeid: nõuda kohustuse täitmist, oma võlgnetava kohustuse täitmisest keelduda, nõuda kahju hüvitamist, taganeda lepingust või öelda leping üles ja alandada hinda või rakendada kõrvalkohustuse ehk lepingulise õiguskaitsevahendina leppetrahvi²²⁰. Milliseid õiguskaitsevahendeid hankija realselt rakendada võib, sõltub konkreetsest hankelepingust ja rikkumise asjaoludest.²²¹

Oma doktoritöös kõiki eelnimetatud õiguskaitsevahendite kasutamise võimalusi analüüsinud M.A. Simovart jõudis järeldusele, et eritingimuste rikkumise korral ei ole realselt rakendatav hinna alandamine, kuna eeldatavasti on raske või võimatu siduda /näiteks tööhõivealase/ iseloomuga kohustuse täitmist lepingu hinnaga või näidata rahalises suuruses mittekohase täitmise väärtust, mis oleks erinev kohase täitmise väärtusest (s.o. väärtusest eritingimuse järgimise korral)²²². Samuti reeglina ei anna tööhõive alase (näiteks kohustus võtta tööle teatud hulk pikaajalisi töötuid) eritingimuse rikkumine alust hankija poolsele kahjunõudele, vähemalt mitte olulises ulatuses²²³, sest selle tingimuse täitmatajätmisest ei teki hankijale endale varalist kahju, mis on kahjunõude esitamise üks eeldus.

Kahjunõude esitamisest asjakohasemaks peetakse tööhõivealase eritingimuste rikkumise korral kohustuse täitmise sekundaarnõude²²⁴ esitamist. Täitmisnõue peaks hankija jaoks olema eelistatuim õiguskaitsevahend ka arvestades sellise eritingimuse üldkasulikku eesmärki. Kahjunõudega võrreldes on täitmisnõude eeliseks muuhulgas asjaolu, et võlausaldaja (siin: hankija) väldib rikkumisest tingitud kahju arvestamisega seotud raskusi.²²⁵ Sealjuures ei saa siiski sõltuvalt asjaoludest välistada, et konkreetsetes olukorras võib eritingimuse täitmine olla võimatu. M.A. Simovart toob siin näitena olukorra, kui lepingu

²²⁰ VÕS § 101 ja § 158 lg 1

²²¹ Lepingu eritingimuste rikkumise korral õiguskaitsevahendite rakendamise kohta Ühendkuningriigis vt S. Arrowsmith. The law of public and utilities procurement. – London, Sweet & Maxwell 2005, 2nd edition 2008 lk 1249–1250. Viidatud M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 89

²²² M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 89

²²³ M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 91

²²⁴ VÕS § 108 lg 2

²²⁵ Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) / prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group); edited by Christian von Bar .[et al.] - Munich: Sellier, European Law Publishers, c2009 [642], III.–3:302: Non-monetary obligations, *Comments, B*, p 140. Viidatud M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 91

täitjal on kohustus uute töötajate töölevõtmisel järgida võrdõiguslikke proportsioone, kuid seda printsiipi rikkudes on uute töötajatega juba tööleping sõlmitud, siis ei ole võimalik nõuda, et isik vallandaks senised töötajad ja/või palkaks töötajaid juurde. Sellise nõude täitmine oleks kas õiguslikult võimatu – kehtiva töölepingu või seaduse tingimustest tulenevalt – või ebamõistlikult kulukas – võimaliku lõpetamisega kaasnevate hüvitiste tõttu ja/või seetõttu, et tööandja peaks looma töökohti, mida ta tegelikult ei vaja. Sellistel asjaoludel ei ole täitmisenõue aga õigustatud.²²⁶ Samamoodi oleks võimatu nõuda praktiseerimisvõimaluste tagamist või teatud tööturul nõrgemas seisukorras olevate isikute (näiteks pikaajaliste töötute, endiste vangide, 50+ vanuses isikute, töökogemuseta noorte jne) töölevõtmist, kui lepingupartneril on juba praktikandikohad täidetud või töötajad olemas. Samas ei ole hankelepingu täitjal õigust täitmisest keelduda pelgalt rahalistele raskustele viidates (kui ei ole tegemist ebamõistlike kuludega).²²⁷

Samas oleks küsitav, kas hankelepingu täitjal oleks õigust täitmisest keelduda olukorras, kus eritingimuse kohaselt on ta kohustatud lepingu täitmisel tööle rakendama näiteks teatud hulga pikaajalisi töötuid, kuid hankelepingu esemeks oleva teenuse sisu eeldab täitjalt hankelepingu täitmisel osalevate töötajate väga hoolikat valikut (näiteks mingi riigikaitseobjekti koristamine või ehitustööd) ja talle Eesti Töötukassa poolt pakutavate kandidaatide hulgas ei ole sobivaid isikuid? Sellisel juhul võib isegi tõusetuda eritingimuse kui tüüptingimuse tühisuse küsimus, sest hankelepingu täitmisel ebasobivate töötajatega, kellele ei väljastata töö tegemiseks vajalikku riigisaladusele juurdepääsu luba, rikub hankelepingu täitja oma otseseid lepingulisi kohustusi. Seega satuvad hankelepingu tingimused (nõue võtta tööle teatud isikuid ja nõue, et lepingu täitmisel kasutatakse ainult teatud nõuetele vastavaid töötajaid) sisuliselt omavahel vastuollu. Käesoleval juhul on autori arvates hankelepingu täitjal õigus keelduda hankija täitmisenõude täitmisest ja vajadusel pöörduda kohtusse hankelepingu eritingimuse tühisuse tuvastamise nõudega, sest on üsna silmnähtav, et hankija ei ole eritingimusena pikaajaliste töötute töölevõtmise kohustust kehtestades näites toodud objekti iseloomu ja teenuse sisu arvesse võtnud.

Tuleb võtta ka arvesse, et Euroopa Kohtu praktikast tuleneb proportsionaalsuse kui printsiibi mõnevõrra laiem rakendus, mille kohaselt igasugune hanketegevus peab olema proportsionaalne sellega taotletava eesmärgiga.²²⁸ Seega võib asuda seisukohale, et

²²⁶ Simovart, M.A. Doktoritöö, lk 91

²²⁷ Markesinis, S.B., Unberath, H., Johnston, A. The German Law of Contract. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, lk 448 Viidatud Simovart, M.A. Doktoritöö, lk 91

²²⁸ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Sweet & Maxwell, Thomas Reuters 2014, lk 628; vt ka EKo Evropaiki Dynamiki, p 142; EKo Antwerpse Bouwwerken

analoogselt leppetrahvi suurusega (mida on analüüsitud allpool) on hankijal kohustus põhjendada ka hankelepingu tööhõivealase eritingimuse proportsionaalsust sellega taotletava eesmärgiga.

Järgmiseks õiguskaitsevahendiks, mida hankija võib lepingu täitja suhtes kasutada, kui see ei täida hankelepingus sätestatud tööhõivealast eritingimust, on lepingust taganemine või ülesütlemine. Siin on avaldatud arvamust, et ka siis, kui rikkumine puudutab hankelepingu eritingimust, mitte primaarset lepingujärgset kohustust, ja kui eritingimuse rikkumine on oluline, võib hankijal tekkida taganemise õigus, isegi kui põhikohustust kohaselt täidetakse. Siiski ei tohiks taganemine eritingimuste rikkumise korral olla hankija esmane valik.²²⁹

Tuleb siiski märkida, et lepingu ülesütlemise näol ei ole tegemist õiguskaitsevahendiga VÕS § 101 mõttes, kuna lepingu võib hankija üles öelda igal ajal ning hankelepingu rikkumine, veel vähem oluline rikkumine, ei oma tähtsust. Lepingu ülesütlemisel on oluline, et see võimalus oleks sätestatud /hanke/lepingus. Lepingu ülesütlemise eeldused on põhimõtteliselt samad, mis lepingust taganemise puhul.²³⁰

Lepingust taganemise korral peaks hankija lepingu tingimuse rikkumise olulisuse hindamisel ühest küljest juhinduma lepinguõiguse praktikas väljakujunenud põhimõtetest.²³¹ Teisest küljest puudub käesoleval hetkel kohtupraktika hindamaks, millal on tööhõivealase eritingimuse (näiteks kohustus võtta tööle teatud hulk pikaajalisi töötuid) täielik või osaline mittetäitmine oluline hankelepingu tingimuse rikkumine? Kas oluline on rikkumine siis, kui lepingu täitja annab tööd kohustusliku viie töötü asemel ainult neljale või kui ta võtab tööle ainult ühe töötü või siis, kui ta ei võta tööle ühtegi pikaajalist töötüt? Sellist olukorda saab lahendada sellega, et hankelepingus sätestatakse, milliseid rikkumisi loetakse oluliseks.

Lepingust taganemise ja ülesütlemise sisuline erinevus seisnebki selles, et hankelepingu üles öelda võib hankija/tellijaja igal ajal, kui on täidetud hankelepingus sätestatud ülesütlemise tingimus (näiteks on täitja rikkunud lepingust tulenevat tööhõivealast kohustust võtta tööle teatud hulk pikaajalisi töötuid). Kuid lepingust taganeda saab hankija/tellijaja vaid siis, kui hankelepingu täitja on lepingut oluliselt rikkunud. Nagu eespool viidatud, on viimase tõendamise tööhõivealase kohustuse rikkumise korral keerulisem. Seetõttu on hankija jaoks

NV, p 57. Viidatud: M.A. Simovart, D. Koroljov. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes. – Juridica 2016/I, lk 48.

²²⁹ Vaata VÕS § 116 lg 4, § 196 lg 2; M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 92

²³⁰ K. Sarapuu. Õiguskaitsevahendi valiku vabadus ja piirid ehituse töövõtuleping näitel. Magistratöö. Tartu 2013. Juhendaja dr (iur) M. Käerdi, lk 35.

²³¹ P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi. Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1–207). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn 2006, lk 401- 407

mugavam ja vähemate vaidlustega seotud hankelepingus tööhõivealase tingimuse täitmise rikkumise puhuks lepingu ülesütlemist võimaldava sätte kasutamine.

Näiteks soovitatakse Ühendkuningriigis kasutada riigihanke lepingutes alljärgnevat hankelepingu ülesütlemist võimaldavat tingimusi, kui täitja ei täida tööhõivealast lepingutingimust või tööseaduse nõudeid:²³²

- a) hankija võib lepingu üles ütelda [x kuulise etteteatamisega], kui lepingupool ei täida teenuse osutamisel sotsiaal- või tööõiguse valdkonna juriidilisi kohustusi.

Märkus: lepingu ülesütlemine peab olema kooskõlas ka muude lepingu sätetega.

Või siis säte, mis võimaldab täitjal (ja alltöövõtjal) oma alltöövõtulepingu samal põhjusel üles ütelda:

Lepingu täitja/peatöövõtja sätestab igas alltöövõtulepingus, et

- a) peatöövõtjal on õigus alltöövõtuleping üles ütelda, kui alltöövõtja ei suuda teenuste osutamisel täita keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse valdkonna juriidilisi kohustusi ja
- b) alltöövõtja on kohustatud igas sõlmitud alltöövõtulepingus sätestama eelneva sättega (a) sama mõjuga sätte.

Selles sättes tähendab „alltöövõtuleping“ lepingut kahe või enama tarnija vahel igas alltöövõtuahela etapis, mille ainsaks või osaliseks eesmärgiks on käesoleva lepingu täitmine (või täitmisele kaasaaitamine) osaliselt või täies ulatuses.²³³

Juhul, kui hankija soovib vajadusel kasutada ka hankelepingust taganemise võimalust, siis tuleks tal taganemise võimalus ja selle teostamise tingimused hankelepingus kindlasti (mõistlikel tingimustel) määratleda, vähendamaks võimalikke vaidlusi eritingimuste rikkumise olulisuse teemal. Sõltuvalt asjaoludest võib hankija olla kohustatud rikutud eritingimuste täitmiseks täiendava tähtaja andma.²³⁴

Autor on siiski arvamisel, et võttes arvesse riigihanke korraldamisele kuluvat aega ja muid ressursse ning teatud puhkudel ka vaidlustamise riski, siis võib tekkida olukordi, kus hankija jaoks pole hankelepingust taganemine või selle ülesütlemine täitjapoolse tööhõivealase lepingutingimuse rikkumisel eelistatud lahendus. Pigem võib juhtuda, et sellises olukorras

²³² Crown Commercial Service. The Public Contracts Regulations 2015. Guidance on Social and Environmental Aspects. Arvutivõrgus: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/558032/20160912socialenvironmentalguidancefinal.pdf, Lk 18

²³³ Crown Commercial Service. The Public Contracts Regulations 2015, Lk 18

²³⁴ Vaata VÕS § 116 lg 4, § 196 lg 2; M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 92

eelistab hankija lepingu põhieesmärgi täitmise nimel jätkata hankelepingu täitmist ning lepingu eseme suhtes sekundaarsete ehk tööhõivealaste tingimuste rikkumine jäetakse hankija poolt tähelepanuta või, kui isegi selle tingimuse täitmist nõutakse, siis tehakse seda nii loiult või väheveenvalt, et see ei motiveeri täitjat oma käitumist muutma.

Eeltoodust nähtub, et seaduses ettenähtud õiguskaitsevahendite reaalse rakendamise võimalus hankelepingu eritingimuste rikkumise korral võib olla seotud küsitavustega ja/või osutada mitesobivaks. Üks võimalus olukorra leevendamiseks hankelepingu abil on tagada eritingimuste täitmine leppetrahviga.²³⁵ Eritingimuste rikkumise korral rakendub eeskätt leppetrahvi preventiivfunktsioon, kuigi teatud juhtudel võib leppetrahv sellises situatsioonis täita ka kahju hüvitamise funktsiooni.²³⁶ Tuleb silmas pidada, et leppetrahvi nõude eelduseks on vabandatavuse puudumine²³⁷ ning kuigi printsiibis on tegemist dispositiivse sättega, ei ole hankelepingutes ilmselt õigustatud sellele reeglile erandi sätestamine. Sellist kokkulepet võiks pidada ebanõistlikuks ja tüüptingimustel sõlmitud hankelepingu puhul seetõttu tühi.²³⁸

Hankelepingutes peab leppetrahvide sisustamine ja kohaldamine vastama riigihankeõiguse üldpõhimõtetele. Nimelt peab hankelepingus leppetrahvidega seotud regulatsioon olema selge, läbipaistev, kontrollitav, asjakohane, põhjendatud²³⁹ ja kooskõlas hanke eesmärgiga²⁴⁰. Riigihangete Vaidlustuskomisjoni (edaspidi ka *VaKo* või *Vaidlustuskomisjon*) seisukohad on kooskõlas Euroopa Kohtu arvamusega, kes on leidnud, et hanke sh lepingu tingimused peavad olema sõnastatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt.²⁴¹

Näiteks toob .A. Simovart doktoritöös välja kirjanduses viidatud võimaluse, et väikese ja tähtsusetu rikkumise korral leppetrahvi nõudmist käsitletakse õiguse kuritarvituseks. Seetõttu on oluline väljendada lepingus ja hankemenetluses eritingimuste olulisust hankelepingu kontekstis. Soovitav on sätestada /tööhõivealased/ eritingimused alati võimalikult detailse kohustusena, andes edasi tingimuste olulisuse, kohustuse täpse sisu, täitmisega seotud kontrolli- ja teavitamiskohustuse kui ka proportsionaalsed, mõistlikud tagajärjed rikkumise korral. Kui /tööhõivealane/ eritingimus on sätestatud üldsõnaliselt või viiteliselt, ei saa

²³⁵ VÕS § 158; M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 92

²³⁶ P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi. Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1–207). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn 2006, lk 537. Viidatud M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 92

²³⁷ VÕS § 160

²³⁸ M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 92

²³⁹ VAKOo 12.09.2014, 214-14/154639; VAKOo 16.01.2014, 279-13/148288; VAKOo 30.08.2013, 187-13/144900; VAKOo 13.06.2012, 112-12/133895; VAKO 10.02.2012, 14-12/128888.

²⁴⁰ VAKO otsus vaidlustuses 214-13/145353, p 21. Viidatud D. Koroljov. Leppetrahvi määravate hanketingimuste vastavus riigihankeõiguse üldpõhimõtetele. Uurimistöö. Tartu 2015, lk 5

²⁴¹ Vt samal teemal: EKO *Wall AG*, p 68–71 ja seal viidatud kohtupraktika; EKO *Evropaiki Dynamiki*, p 58 ja seal viidatud kohtupraktika. Viidatud: Simovart/Koroljov. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes, lk 45.

väljastada võimalust, et rikutud eritingimust võidakse vaidluse korral tõlgendada kui majandusliku sisuga lepingu kontekstis ebaolulist kohustust.²⁴² Sellise järelduse korral võib aga õiguskaitsevahendite (sh leppetrahvi) rakendamine olla raskendatud või väljastatud.²⁴³

Veel on tähelepanu juhitud sellele, et leppetrahvi määravad tingimused peavad hankelepingus olema omavahel kooskõlas. Näitena on toodud riigihange, kus hankelepingu projekti eri sätted nägid ette sanktsioonid sama rikkumise eest. Vaidlustuskomisjoni hinnangul „on ebamõistlik eeldada, et ühe võimaliku rikkumise eest saab hankija kohaldada erinevatel alustel kahte erinevat leppetrahvi [...], sanktsioonid ja nende kohaldamine ei ole läbipaistev“.²⁴⁴ Teises näites andis hankeleping hankijale õiguse nõuda kontsessioonäärilt ükskõik millise fikseeritud rikkumise korral leppetrahvi summas 1000 eurot, määramata, milliste rikkumiste korral täpselt leppetrahvi nõue tekib. Viidates leppetrahvi kohaldamise aluste ebaselgusele, järeldas Vaidlustuskomisjon, et „leppetrahvi kui sanktsiooni kohaldamise ebaselgus [on] vastuolus riigihanke üldpõhimõtetega, eelkõige läbipaistvuse ja kontrollitavuse põhimõttega“.²⁴⁵

D. Koroljov järeldas analüüsi põhjal, et leppetrahvide kohta käivad tingimused vastavad riigihankeõiguse üldpõhimõtetele ainult siis, kui need on mõistlikult ühemõttelised, selged, detailsed ning teiste lepingusätete ja hanke üldinformatsiooniga kooskõlas. Igasugune ebaselgus, vastuolulisus leppetrahvi summas, kohaldamise korras või kohaldamise korra puudumine, samuti teiste leppetrahvi instituuti otseselt või kaudselt mõjutavate hankelepingu tingimuste vastuolulisus või ebaselgus²⁴⁶ võivad seetõttu olla vastuolus läbipaistvuse üldpõhimõttega ning selle rikkumise tõttu saab pakkujat neid hankemenetluse ajal edukalt vaidlustada. Samuti võivad vastuolulised või ebaselged lepingutingimused takistada adekvaatselt võrreldavate pakkumuste tegemist.²⁴⁷

Teine oluline teema leppetrahvi juures on selle proportsionaalsus, Vaidlustuskomisjoni praktika kohaselt on hanketingimus proportsionaalne, kui see on kohane ja vajalik.²⁴⁸ Tingimus on kohane, kui soodustab talle seatud eesmärgi saavutamist, ning vajalik, kui

²⁴² „Sõltuvalt vastava lepingusätte sisust ei saa väljastada, et eritingimust võidakse ekslikult pidada isegi mittetäielikuks kohustuseks VÕS § 4 tähenduses, millisel juhul oleks kohustuse täitmise nõudmine üldse väljastatud. Õige selline tõlgendus loomulikult ei oleks.“ M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 93

²⁴³ M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 93

²⁴⁴ VAKOo 10.02.2012, 12-14/128888, p 12.4. Viidatud: Simovart/Koroljov. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes, lk 46; D. Koroljov. Leppetrahvi määravate hanketingimuste vastavus riigihankeõiguse üldpõhimõtetele. Uurimistöö. Tartu 2015, lk 8

²⁴⁵ VAKOo 12.09.2014, 214-14/154639, p 9.1. Viidatud: Simovart/Koroljov. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes, lk 46; D. Koroljov. Uurimistöö, lk 8

²⁴⁶ D. Koroljov. Uurimistöö, lk 15

²⁴⁷ M.A. Simovart, D. Koroljov. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes. – Juridica 2016/I, lk 47.

²⁴⁸ Vt nt VAKOo 01.04.2011, 50-10/123879, p 6; VAKOo 16.01.2014, 279-13/148288, p 7.8.

eesmärki ei saa saavutada mõne teise, vähem koormava, kuid vähemalt sama efektiivse abinõu või tingimusega.²⁴⁹ Proportsionaalsuse kolmanda komponendina võib nimetada mõõdukust, s.t taotletava eesmärgi tähtsus peab vastama piirangu intensiivsusele. Seega peab proportsionaalne hanketingimus olema sobilik, vajalik ja mõõdukas.²⁵⁰ Hindamaks hankelepingus sätestatud leppetrahvikohustuse kooskõla proportsionaalsuse nõudega, peab hankija suutma vaidluse korral leppetrahvi suurust põhjendada.²⁵¹

Leppetrahvitingimuste proportsionaalsuse hindamisel on põhjendatud lisaks rikutud kohustuse hinnale selgitada leppetrahvi eesmärki ehk funktsiooni, mille täitmiseks konkreetne leppetrahv on mõeldud.²⁵² Õiguskirjanduses on välja toodud leppetrahvi 3 funktsiooni:²⁵³

- 1) surve funktsioon: lepinguliste kohustuste täitmise tagamine ja võimalike rikkumiste vältimine tulevikus;
- 2) kahju hüvitamise ehk õiguskaitsevahendi funktsioon: tagada võlausaldaja õigust nõuda rikkumise korral leppetrahvina kokkulepitud rahasumma kui miinimumhüvitise maksmist;
- 3) leppetrahv kui taganemisraha ehk kahetsustasu funktsiooni, mis annab võlgnikule kokku lepitud rahasumma maksmise tingimusel õiguse lepingust taganeda olukorras, kus selleks muu õiguslik alus (nt teise poole toimepandud oluline rikkumine) puudub.

Proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt ei tohi leppetrahv olla ei põhjendamatu väike ega suur ning peab võimaldama adekvaatselt täita leppetrahvi funktsiooni, milleks on surve- ja/või õigus kaitsefunktsioon. Oluliseks orientiiriks proportsionaalsete leppetrahvi tingimuste sisustamisel on küsimus, millise hüve ja huvi kaitsmine on leppetrahvi eesmärk ning millises suuruses leppetrahv soovitud mõju võiks avaldada. Kindlasti tuleb sealjuures arvestada asjaomase turuvaldkonna tavasid.²⁵⁴

²⁴⁹ Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Ü. Madise jt (toim.). 3., täiendatud väljaanne. – Tallinn: Juura 2012, lk 154–164.

²⁵⁰ M. Mugur, C. Ginter. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse näide. – *Juridica* 2010/IV, lk 247; T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja Aare Reenumägi. Tartu 2006, lk 54–55. Viidatud: Simovart/Koroljov. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes, lk 48.

²⁵¹ Vt nt VAKOo 30.09.2014, 237-14/155519, p 12; VAKOo 07.11.2014, 275-14/155132, p 6; VAKOo 05.12.2014, 296-14/157510, p 8 ja 9. Viidatud: Simovart/Koroljov. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes, lk 48.

²⁵² Simovart/Koroljov. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes, lk 49.

²⁵³ P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi. Võlaõiguse seadus I. Üldosa (§§ 1–207). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn 2006, lk 537-538

²⁵⁴ Simovart/Koroljov. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes, lk 45

D. Koroljov analüüsis Eesti riigihangete registris avaldatud 100 hanke lepinguprojekti leppetrahvi tingimusi ja jõudis järeldusele, et leppetrahv, mis on ligikaudu 0,1-0,2% hankelepingu maksumusest ei motiveeri lepingu täitjat täitma hankelepinguga võetud kohustusi.²⁵⁵ Samas on leppetrahvid 20-27% hankelepingu maksumusest tema hinnangul ebamõistlikult kõrged ning ei täida leppetrahvi õiguskaitsevahendi funktsiooni, kuna kahju hüvitamise mõtteks ei ole võlausaldaja rikastumine või võlgniku karistamine kahju hüvitamise instituudi kaudu. Ebamõistlikult kõrged leppetrahvid on ebavajalikud, kuna hanke eesmärk on saavutatav madalamate leppetrahvide sätestamisega.²⁵⁶

M.A. Simovart arvates võib sotsiaalse (sh tööhõivealase) tingimuse rikkumise puhul leppetrahvi mõistliku suuruse orientiiriks võtta kohtuasjas Rüffert kajastatud trahvi: ehituse hankelepingu täitmisel töötajatele ettenähtud kohustusliku miinimumpalga nõude rikkumise korral oli Alam-Saksi liidumaa seadusega ette nähtud 1% suurune leppetrahv lepingu summast, mitme kohustuse täitmata jätmise korral kokku kuni 10%-ni hankelepingu summast.²⁵⁷

Lisaks ei piira kehtiv võlaõigus kasutada hankelepingu, sh ka tööhõivealase eritingimuse rikkumise korral mitut õiguskaitsevahendit korraga.²⁵⁸ Võlausaldaja võib kohustuste rikkumise korral kasutada eraldi või koos kõiki seadusest või lepingust tulenevaid õiguskaitsevahendeid, mida saab üheaegselt kasutada, kui seadusest või lepingust ei tulene teisiti (üheaegselt ei saa kasutada õiguskaitsevahendeid, mis iseloomult üksteist välistavad, näiteks lepingust taganemine ja hinna alandamise nõudmine, puuduste tasuta kõrvaldamise ja samal ajal tasu vähendamise nõue²⁵⁹). Kui hankija lepingust taganeb, on tal võimalik veel keelduda tasu maksmisest ning nõuda kahju hüvitamist.

Näiteks on töövõtulepingutes tavapärane säte, mille kohaselt tekib tellijal/hankijal hankelepingu ülesütleamise õigus, kui lepingu täitja on kas mingi teatava ajaperioodi või kogu lepingu kestuse jooksul lepingust tulenevaid kohustusi rikkunud ja/või on tellija/hankija nende kohustuste rikkumise eest kohaldanud täitja suhtes leppetrahvi või teinud ettekirjutuse. Üldjuhul on selles sättes ka ära määratletud, mitu leppetrahvi ja/või ettekirjutust peab tellija/hankija olema enne lepingu ülesütleamise õiguse kasutamist olema teinud.

²⁵⁵ D. Koroljov. Uurimistöo, lk 17

²⁵⁶ D. Koroljov. Uurimistöo, lk 24

²⁵⁷ M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 93

²⁵⁸ VÕS § 101 lg 2

²⁵⁹ RRTKo 3-2-1-13-04, p 26.

Autori arvates on lubatav siduda selline ülesütlemise alus ka tööhõivealaste eritingimuste rikkumisega.

Eelnimetatud tingimuste sätestamine (nagu ka leppetrahvi suuruse määratlemine) on hankija kaalutusotsus, mille põhjendatust ta peab vajadusel suutma selgitada.

Näiteks leidis Vaidlustuskomisjon, et hankelepingu tingimus, mille kohaselt on „hankijal õigus ühepoolselt hankeleping üles öelda, kui mistahes ajal alates hankelepingu täitmise algusest rohkem kui 3,5 aastase perioodi jooksul on hankija kohaldanud pakkujate suhtes 3 leppetrahvi või 2 ettekirjutust“, võiks konkurentsi või selle ärakasutamise võimaluste rikkumine põhimõtteliselt tingida hankelepingu tingimuste vastuolu RHS üldpõhimõtetega, kuid Vaidlustuskomisjoni arvates ei olnud käesoleval juhul väidetav lepingutingimuste ühepoolsus igal juhul selline, et see annaks aluse tuvastada vastuolu RHS normide või printsiipidega. Asjaolu, et hankelepingu täitmisega kaasnevad pakkujate jaoks majanduslikud ja õiguslikud riskid, ei tähenda isenesest seda, et pakkujal oleks hankemenetluses osalemine takistatud või konkurent oleks muul viisil kahjustatud. Üksnes asjaolu, et pakkujate ei pea kaasnevate riskide tõttu majanduslikult otstarbekaks pakkumuse esitamist, ei muuda hankedokumentide tingimusi õigusvastaseks.²⁶⁰

Varemmainitud Eesti näites oli hankelepingus sätestatud täitja kohustus²⁶¹:

5.1.3. /Vedaja on kohustatud/ tagama lepingu kehtivuse perioodil töötajate töötasu ning töö- ja puhkeaja korralduse vastavuse vähemalt kollektiivlepingu seaduse tähenduses vedaja tegevusalale laiendatud kehtiva kollektiivlepinguga sätestatud nõuetele. Vastava nõude täitmise kontrollimiseks kohustub vedaja esitama tellijale viimase nõudmisel töötajate töö ja puhkeaja ning töötasu arvestuse dokumendid;

Hankija õigus kasutada kohustuste rikkumisel õiguskaitsevahendeid olid sätestatud alljärgnevalt²⁶²:

8.2. Kui vedaja ei täida lepingu punkti 5.1.3 nõudeid ja on saanud vastava järelevalve tulemusena kaks või enam ettekirjutust või karistust aastase perioodi jooksul või vedaja töötajatel puudub selle tulemusena töörahu tagamise kohustus, on tellijal õigus leping üles öelda.

²⁶⁰ VAKOo 21.10.2011, 199-11/127796, p-d 3.2 ja 7

²⁶¹ MTÜ Järvamaa Ühistranspordi Keskus riigihange „Avalik liinivedu Järva maakonna bussiliinide liinigrupis II“ (viitenumber 170341); HD lisa 2: hankelepingu projekti p 5.1.3.

²⁶² MTÜ Järvamaa Ühistranspordi Keskus riigihange „Avalik liinivedu Järva maakonna bussiliinide liinigrupis II“ (viitenumber 170341); HD lisa 2: hankelepingu projekti p-d 8.2, 8.3, 8.7, 8.10 ja 8.11

8.3. Vedaja poolt aruannete või teadete mittenõuetekohast esitamist või selles tõele mittevastavate andmete esitamist, sh tõele vastavate andmete mitteesitamist, loetakse oluliseks lepingurikkumiseks ning iga rikkumise korra eest on tellijal õigus nõuda leppetrahvi summas kuni 600 (kuussada) eurot. Juhul, kui käesolevas punktis sätestatud rikkumise tõttu ületab tellijale tekitatud kahju üle leppetrahvi sätestatud piirmäära on tellijal õigus nõuda tekkinud vahe hüvitamist vedaja poolt.

8.7. Tellijal on õigus nõuda vedajalt leppetrahvi kuni 100 (üks sada) eurot iga tellija poolt avastatud puuduse eest, mis puudutavad sõidukijuhtidele esitatavate nõuete mittetäitmist või muid käesoleva lepingu või hankedokumentidest tulenevate kohustuste mittetäitmist, kui käesoleva lepingu mõnes muust sättest ei tulene konkreetse rikkumise osas teistsugust sanktsiooni. Kui vedaja ei ole mõistliku aja jooksul puudust likvideerinud, siis peale mõistliku tähtaja möödumist loetakse seda uueks rikkumiseks.

8.10. Lepingus sätestatud viiviste ja leppetrahvide tasumine ei vabasta pooli lepingust tulenevate muude kohustuste täitmisest.

8.11. Lepingut rikkunud pool peab hüvitama teisele poolele lepingu rikkumise tagajärjel tekkinud kahjud osas, mis on jäänud leppetrahviga katmata.

Võttes arvesse, et toodud näites oli sõlmitud hankelepingu kestus 8 aastat (kuni 31.01.2025) ja maksumus 787 200 eurot, siis võib eelneva analüüsi põhjal öelda, et hankija kehtestatud õiguskaitsevahendid on proportsionaalsed ja sobivad eesmärgi – tagada teenust osutavatele töötajatele kollektiivlepinguga ettenähtud töötasu maksmine lepingu täitmisel – saavutamiseks.

Kokkuvõttes võib öelda, et hankija jaoks on täitjapoolse tööhõivealase lepingu eritingimuse rikkumise korral efektiivseimaks sunnivahendiks leppetrahv ja lepingust taganemise/lepingu ülesütlemist tuleks kasutada viimase abinõuna. Siiski on hankijal kohustus leppetrahvi ja teiste tööhõivealase eritingimuse sätete koostamisel kontrollida nende omavahelist kooskõla, selgust ja eelkõige proportsionaalsust – vastasel juhul riskeerib hankija olukorraga, et tal ei olegi võimalik leppetrahvi kohandada, sest see on vastuolude tõttu tühine või mittekohaldatav, või on leppetrahvi suurus ebamõistlikult väike, mis ei motiveeri lepingupoolt lepingut täitma, või ebamõistlikult suur, mistõttu on lepingupoolel õigus kohtus selle vaidlustamisel leppetrahvi vähendada. Teadaolevalt võtavad kõik vaidlused aega ja sellel ajal jäävad lepingu eritingimusega soovitud eesmärgid täitmata.

Kuigi leppetrahvi suurus peaks alati olema sõltuv hankelepingu esemest (lepingu mahust, kestusest jms) ja kaitstava õigushüve eesmärgist, siis on selle suuruse ja kohaldamise aluste (näiteks kas hankija võib kohe määrata leppetrahvi või peab esimesel korral siiski tegema hoiatuse ja alles järgmisel korral leppetrahvi) määratlemine hankija kaalutusotsus. Soovituslikult võiks tööhõivealase tingimuse rikkumise leppetrahv olla kuni 10% lepingu maksumusest, kuid see võib erineda sõltuvalt lepingu esemest ja mahust.

Samuti tuleks hankijal tööhõivealased lepingu eritingimused mitte ainult sätestada vaid nõuda ka nende täitmist.

KOKKUVÕTE

Euroopa Liidus on riigihankeõiguse arengut enim mõjutanud 2 jõudu: Euroopa Komisjon ja Euroopa Kohus. Kui esimene rõhutab riigihangete puhul majanduslikkuse ja ökonoomsuse kriteeriume, sealhulgas põhimõtet, mille kohaselt määrab hinna turg, siis Euroopa Kohus on jätkuvalt sisse toonud nn horisontaalse prioriteedi – riigihanke eesmärk ei pea alati olema ökonoomsus, vaid tooteid ja teenuseid võib osta ka kallimalt, kui see aitab täita sekundaarseid eesmärke, näiteks keskkonnahoid, innovatsioon, sotsiaalsed kaalutlused jms.²⁶³ Ka 2014. aastal vastuvõetud uued riigihankedirektiivid võimaldavad kasutada riigihanget paremini ära eelnimetatud ühiste ühiskondlike eesmärkide toetamiseks ning parimate võimalike tingimuste tagamist kvaliteetsete avalike teenuste osutamiseks.

Tööhõivealaseid tingimusi on hankijal võimalik teoorias kasutada igas menetlusetapis, kuigi, nagu on leitud ka käesolevas töös, väikeste erinevuste ja erineva tõhususega.

Eelkõige peab hankija meeles pidama Euroopa Kohtu välja töötatud õiguslikust testist²⁶⁴ tulenevat ja praeguseks kehtivates hankedirektiivides sätestatud nõuet, et igasugune kasutatav tööhõivealane kriteerium peab:

- 1) olema seotud lepingu esemega;
- 2) selle kohaldamisel vältima hankijale piiramatut valikuvabaduse andmist;
- 3) olema avaldatud hanketeates ja/või hanke alusdokumentides;
- 4) olema kooskõlas ELi õigusega (sh ELTL aluspõhimõtetega: läbipaistvus, võrdne kohtlemine ja diskrimineerimise keeld);
- 5) aitama tuvastada ostja jaoks parima hinna ja kvaliteedi suhtega pakkumist ja
- 6) olema kooskõlas riigihanke direktiivide asjassepuutuvate sätetega.

Lisaks peavad tööhõivealase eesmärgi saavutamiseks kasutatavad hanketingimused olema sobivad ja proportsionaalsed vajaliku eesmärgi saavutamiseks.

Seega tuleb hankijal teha juhul, kui ta soovib mõnel oma teenuste või ehitustööde või sobival juhul ka asjade hankel kasutada tööhõivealast tingimust, siamaani harjumuspärasest eeltööst st turu-uuring ja tehnilised konsultatsioonid turuosalistega jms hoolikamat uuringut, et juhul, kui tööhõivealane tingimus hankemenetluses vaidlustatakse, siis on ta suuteline seda mitte

²⁶³ C. Bovise sõnavõtt 19.01.2017 Rahvusvahelisel riigihanke konverentsil „Uus riigihankeõigus: paindlikum ja lihtsam?“ Tallinn

²⁶⁴ EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland* ja EKo 4.12.2003, C-448/01, *EVN and Wienstrom v Republik Österreich*

ainult selgitama vaid ka põhjendama, miks see on vajalik, sobiv ja proportsionaalne ning et sellega ei ole rikutud riigihanke üldpõhimõtteid – eelkõige diskrimineerimise ja konkurentsi piiramise keeldu.

Nii on hankijal võimalik hinnata tööhõivealase kriteeriumi täitmist juba pakkuja kõrvaldamise aluste puudumise kontrolli etapis: karistusregistri andmete ja maksuvõla puudumise kontrollimisega. Kuigi maksuvõla alusel pakkuja kõrvaldamine muutub uue seadusega ebatõenäoliseks, on ka sellel siiski tööhõivealaste kaalutluste kohaldamisel oma roll. Iseküsimus on muidugi, kas kõrvaldamise aluse kontrolli muutmine sisuliselt isikute maksedistsipliini parandavaks kontrolliks on ikka riigihanke eesmärgi ja põhimõtetega kooskõlas. Samuti ei ole Eestis veel aktuaalseks muutunud illegaalsete töötajate probleem, kuid võttes arvesse Euroopasse (sh Eestisse) suunduvate immigrantide üha suurenevat hulka võib ka see teema lähiajal hakata oluliselt mõjutama meie majandustegevust sh riigihangete korraldamist.

Kuigi nii Euroopas kui ka Eestis on tehtud üksikuid katseid tööhõivealaste kriteeriumide kasutamiseks pakkujate kvalifikatsiooni hindamisel, siiski pole need siiani olnud edukad põhjustel, et selliste tingimuste kehtestamise võimalust pole kehtivates direktiivides ja riigihangete seaduses kvalifitseerimise tingimusena loetletud ning ka Euroopa Kohus ei aktsepteeri kvalifitseerimise tingimuste laiendamist võrreldes direktiivides sätestatutega. Lisaks on keeruline ette kujutada kvalifitseerimise tingimusena nõuet, et pakkuja peab olema varasemalt teatud tööhõivealaseid tingimusi täitnud – näiteks pakkunud praktikavõimalusi või tööd noortele või pikaajalistele töötutele jne – võib-olla pole pakkujal lihtsalt seni olnud sellist võimalust. Sellisel juhul oleks sellise kriteeriumi täitmise kontroll minevikus pakkuja suhtes diskrimineeriv ja konkurentsi piirav. Ka on sellise tingimuse täitmist võimatu objektiivselt kontrollida – hankija peaks hindamise tegema pakkuja kinnituse alusel, sest mingit üleriigilist andmebaasi praktikantide või pikaajaliste töötute või teiste tööturul nõrgemas positsioonis olevate isikute tööhõive kohta pole.

Tööhõivealase tingimuse kasutamisel pakkumuse hindamisel või lepingu eritingimusena tasub järgida S. Arrowsmith'i soovitusi, mille kohaselt saab seda, mida võib kasutada /pakkumuse/ hindamise kriteeriumina, kasutada ka tehnilises kirjelduses või lepingu täitmise tingimusena ja vastupidi – kõik, mis on seotud lepingu esemega – saab kasutada lepingu täitmise tingimusena.²⁶⁵

²⁶⁵ S. Arrowsmith, P. Kunzlik. Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions. – Cambridge 2009, lk 215-217

Seejuures tasub tähele panna, et hankelepingu eritingimuse sõnastamisel on hankijal võimalik kasutada hanke/lepingu esemega võib-olla veidi kaugemale minevaid tööhõivealaseid tingimusi, kui näiteks pakkumuste hindamise kriteeriumidena.

Pakkumuste hindamise kriteeriumina saab hankija kasutada tööhõivealaseid tingimusi, mis on objektiivselt ja sisuliselt mõõdetavad või kontrollitavad (näiteks pakkuja kinnitus, et ta lepingu täitmisel võtab tööle või pakub praktikavõimalusi tööturule sisenevatele ja töökogemusteta noortele), rangelt seotud lepingu esemega (kinnitus ei tohi olla seotud pakkuja majandustegevusega üldiselt, vaid konkreetse hanke esemega) ja peavad võimaldama hinnata, millest tuleneb ühe pakkumuse majandusliku soodsuse tõus hankijale võrreldes teise pakkumusega.

Seejuures peab hankija aga hoolikalt kaaluma, milline osakaal anda tööhõivealasele kriteeriumile pakkumuse majandusliku soodsuse hindamisel, et kriteeriumi kasutamisega ei kahjustataks ebamõistlikult konkurentsi ja ei rikutaks võrdse kohtlemise nõuet ning diskrimineerimise keeldu.

Samuti peab hankija hoiduma sätestamast hindamiskriteeriume, mille eesmärgiks on anda lisapunkte pakkujale, kes annab lubadusi või kinnitab valmidust kasutada lepingu täitmisel just kohalikku tööjõudu või toorainet või tooteid, sest ka selliste kriteeriumide kehtestamine on praegusel ajal Euroopa Kohtu praktika²⁶⁶ valguses vastuolus võrdse kohtlemisega ning seetõttu keelatud.

Ka lepingu täitmise eritingimusena kasutatava tööhõivealase tingimuse sõnastamisel peab hankija juhinema eelkõige EL ja riigihanke üldpõhimõtetest, sest pakkujal on õigus põhimõtete (näiteks kaupade ja teenuste vaba liikumise ning võrdsest kohtlemisest tuleneva konkurentsi tagamise) vastu eksivad tööhõivealased lepingu eritingimuste ja nende rikkumisel kohaldatavad sanktsioonide sätted lepingu projektis vaidlustada ja nõuda nende tühistamiseks tunnistamist või muutmist hanke alusdokumentides.

Tööhõivealased kriteeriumid ongi soovitatav kehtestada nii hindamiskriteeriumina (kvaliteedikriteeriumi osana) ja selleks, et tagada nende täitmine lepingu kestel, ka lepingu eritingimusena. Seejuures on autori arvates mõistlik tööhõivealaste eritingimuste sätestamisel lepingus mõelda läbi, mis võiks lepingu täitmisel valesi minna ehk kuidas vältida olukorda, et pakkuja „vingerdab“ tööhõivealaste tingimuste täitmisest kõrvale. Selleks võib olla

²⁶⁶ EKo 20. 09.1988, C - 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, p-d 29-30; EKo 22.06.1993, C-243/89, *Euroopa Komisjon v Taani Kuningriik (Storebælt)*, p 23

asjakohane sätestada erineva suunitluse ja eesmärgiga tööhõivealaseid tingimusi ning eelkõige kasutada lepinguõigusest tulenevaid õiguskaitsevahendeid lepingu rikkumise puhuks.

Lepingu tingimused peavad olema selged, üksteisega ja lepingu eesmärgiga kooskõlas ja kergesti ning vaidlusteta kohaldatavad.

Eelkõige peaks hankija lepingu rikkumisel kasutama lepingu täitmise nõuet ja seda koheselt ning viivitamatult peale puuduse avastamist, sest hiljem võib lepingu täitjal tekkida arvamus, et tal on õiguspärane ootus, et seda või teist tööhõivealast lepingu tingimust ei olegi vaja täita, sest tellija oma käitumisega andis seda mõista.

Kui leebemad vahendid st märkused või täitmise nõue ei sunni lepingu täitjat oma käitumist parandama, on hankijal võimalik kasutada leppetrahvi. Seejuures peab hankija leppetrahvi kehtestamisel lepingus jälgima, et leppetrahvi tingimus peab vastama riigihankeõiguse üldpõhimõtetele. Sellised on leppetrahvid, mis:

- on ühemõttelised, selged
- on teiste lepingusätete ja hanke üldinformatsiooniga kooskõlas
- omavad leppetrahvi instituudi kohaldamise detailset korda
- täidavad leppetrahvi instituudi peamisi funktsioone, s.o surve- ja õiguskaitsevahendifunktsiooni
- on kontrollitavad
- on hankija poolt mõistlikult põhjendatavad
- vastavad proportsionaalsuse testi nõuetele: sobivad hanke eesmärgi saavutamiseks, võimalikest alternatiividest kõige vähem koormavad, kuid sama efektiivsed ja mõõdukad.²⁶⁷

Viimase vahendina lepingu tööhõivealaseid tingimusi rikkuva lepingu täitja vastu on hankijal võimalik kasutada lepingust taganemist või ka lepingu ülesütlemist. Autori arvates on viimane isegi soovitatavam vahend, sest selle kasutamine on hankija jaoks lihtsam, kui lepingus on ülesütlemise alused objektiivselt, proportsionaalselt ja ühemõtteliselt kehtestatud. Seevastu lepingust taganemise puhul peab hankija mitte ainult sätestama hankelepingus, millised on hankelepingu olulised rikkumised, vaid ka suutma põhjendada vajadusel põhjendada, miks mingi hanke eseme suhtes sekundaarset eesmärki kandva lepingusätte rikkumine on oluline ja see annab talle aluse hankelepingust taganeda.

²⁶⁷ D. Koroljov. Uurimistöo, lk 26

Kokkuvõtteks soovib autor kõigile hankijatele julgemat pealehakkamist tööhõivealaste tingimuste kasutamisel oma riigihangetes ja mitte lasta ennast heidutada võimalusest (ja ka lubadustest), et tööhõivealaseid kriteeriume sisaldavaid riigihankeid hakatakse asjast huvitatud advokaatide õhutusel kohe vaidlustama. See tähendab muidugi, et esimestel katsetel on hankijal suurem põhjendamise vajadus ja ka risk, et hankelepingu sõlmimine võib vaidlustuse tõttu venida. Selle riski vähendamiseks võib soovitada suuremat ja laialdasemat riigihanke alustamise eelset konsulteerimist võimalikult suure osa turuosalistega, et neid tööhõivealaste tingimuste kasutamise eesmärkidest paremini informeerida ja samas saada ka soovitusi tööhõivealaste tingimuste mõistlikuks ja vastastikku kasulikuks kasutamiseks.

USE OF EMPLOYMENT-RELATED CONSIDERATIONS IN PUBLIC PROCUREMENT

SUMMARY

In this Master's thesis the author studies possibilities of using social, or to be more exact – employment-related considerations – in public procurement proceeding from the European Union and the Estonian procurement law. Contracting authorities can introduce economic, social and environment-related (political) preferences by agency of public procurements and thereby to perform or support indirectly the public administration – even if the primary objective of a certain procurement contract is not related to public administration or politics. However, use of such considerations is not especially wide-spread in public procurements and foremost due to scarce knowledge and uncertainty proceeding from non-existent experience (especially in Estonia).

Contracting authority can use employment-related considerations in every stage of the proceeding like environment-related or other social considerations, although with small specifications and different efficiency. Contracting authority must follow thereat the requirements that are elaborated in judgments of the European Court and stipulated in valid directives for application of such criteria. Any employment-related usable criterion must be foremost related to the object of contract and by application of it, the contract authority must not have unlimited discretion, it must be published in the contract notice and/or source documents of the tender, and be in accordance with the EU general principles. This criterion must also help the contracting authority to find the offer of the best value for money and be compatible with the law in force. In addition, the tendering requirements that are used for achieving the employment-related purposes must be suitable and proportional for attaining the necessary objectives.

All this assumes from the contracting authority more than usual preliminary work (market research and technical consultations with market participants, etc.) so that the in case of contesting employment-related requirements the contracting authority would be able to justify, why the validated requirement is necessary, suitable and proportional and that general principles of public procurement are not breached by this – foremost prohibition of discrimination and restriction on competition. Employment-related criterion may be expectantly used for example:

- 1) Contracting authority adds the employment-related criterion to technical description and/or to the project of the procurement contract;
- 2) There may be removed from public procurement the tenderers who have been brought to justice for non-performance of social obligations (for example, for non-payment of social taxes or unemployment insurance premiums);
- 3) There may be provided the assessment criterion on the basis of which additional evaluation scores are granted to participants who confirm that they are ready to commit themselves to the obligation to secure the employment-related requirements/obligations;
- 4) Employment-related special conditions are enacted in procurement contract that the tenderer who submitted the successful tender is obliged to follow by performing the contract.

Hence, meeting of the criteria can be assessed by the contracting authority already in the stage of controlling absence of basis for removal when enquiries about data of penal registry and absence of tax arrears are made. However, in the author's opinion removal the tenderer from tendering procedure on the basis of tax arrears (especially regarding arrears of social taxes and unemployment premiums concerned) becomes purely theoretical option, as pursuant to the draft Act to be enacted, in case of existence of tax arrears, the contracting authority must inform the tenderer about it and to give additional time for liquidating it.

By evaluating the tender in case of using the employment-related condition or as special condition of the contract, it is worth to follow recommendation of S. Arrowsmith pursuant to which the issue that can be used as criterion of /tender/ evaluation, can be used also in technical description or condition of performing the contract and the other way round – everything that is related to the object of the contract – can be used as requirement of performing of the contract.²⁶⁸

The author has brought forth in her work the trials made in the EU as well as in Estonia of using the employment-related criteria by evaluating qualifications of tenderers that show that until possibility of enacting of such requirements in legal acts related to public procurement, then the use of these is either not admissible. Also the European Court of Justice does not accept extension of qualification conditions in comparison with those stipulated in valid directives.

²⁶⁸ Arrowsmith/Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge 2009, p. 215-217

Controlling of the employment-related criterion, for example requirement that the tendered should have been offered practical training or job for long-term unemployed, etc. In course of evaluation of qualification is also problematic as it does not show capability of the tenderer to meet the requirements related to the object of the certain tender, as in this case the whole employment politics of the enterprise should be evaluated. In the light of the practice of the European Court of Justice such a requirement of qualification would not be either admissible. In addition, it would be dealt with the criterion, objective controlling of which is at least currently (relevant public databases are missing) impossible.

In consequence, the contracting authority could use only such employment-related requirements as criteria for objective evaluation of tenders that can be objectively and substantially measured or checked (for example, the tenderer's confirmation that it would recruit or offer field practice to new entrants to the labour market or to the youth without professional experience by performing of the contract). These conditions must be strictly related to the object of the contract (this confirmation may not be related to economic activities of the tenderer in general, but to the definite object of the contract) and enable to evaluate increase of economic advantageousness of one tender to the contracting authority in comparison with another tender.

Hence, evaluation criterion may not be, for example, the requirement of the contracting authority that the products to be supplied or the products used by providing services must hold *Fairtrade* or equal to this labels. But one of the evaluation criteria could be the tenderer's confirmation that the products to be supplied or the products used by providing services by performing the contract, would hold *Fairtrade* or equal to this labels. The contracting authority must thereat secure that the criteria would not restrict competition or be discriminating by their nature. For example, it should not proceed from the criterion that additional evaluation scores are granted to those tenderers who, for example, recruit local inhabitants or offer possibilities for possibilities of practical training for long-term unemployed or youth of some region.

Pursuant to valid public procurement directives, the contracting authority must foremost proceed from economical advantageousness and criterion of the lowest price can be used in exceptional cases only. Hence, the contracting authority must consider very carefully which proportion it would attribute to the employment-related criterion so that using of this would not distort competition unreasonably or requirement of equal treatment and prohibition of discrimination would not be breached. On the author's recommendation, such a criterion

could be up to 20% of the quality criterion that may constitute in turn up to 60% (indicatively still up to 50%) of the total amount of value points.

While possibilities of the contracting authority are relatively restricted in tender procedure for using employment-related conditions, then by wording of special conditions of the tender contract, the contracting authority can use employment-related conditions that go a bit farther of the object of tender / object.

In the author's opinion it is even highly recommendable, if the contracting authority would stipulate confirmations submitted in relation to employment-related confirmations as special conditions to the tender contract in order to secure their actual performance. The contracting authority must be directed thereat foremost from general principles of the EU and public procurement as the tenderer is entitled to protest provisions of the draft contract regarding special conditions of the employment-related contracts and sanctions to be applied in case of their breach and to demand declaring of these void or amendment of these in source documents of the tender. Such a special condition may be requirement that successful tenderer must prefer local raw material or to use local workforce by providing services, etc.

By stipulating employment-related special conditions in the contract, it is reasonable from the author's point of view to rethink, what could go wrong by performing the contract or how to avoid the situation that the tenderer would squirm away from fulfilling employment-related conditions. To this end it could be relevant to stipulate employment-related conditions of different orientation and purpose and to use foremost the legal remedies proceeding from contract law to such situations. But contractual authority may not go too far from the purpose and object of the contract. For example, according to the current court practice it is not allowed to enact conditions reaching farther in time (for example, the trainees must be employed longer than duration of the contract) and spatially (it is required application of the trainees also by performing other contracts) of performing of the contract.

In order to avoid disputes, the terms and conditions of the contract must be defined univocally, different provisions must be in accordance mutually and with the purpose of the contract and must be applies easily and without disputes.

In the author's opinion, successful contracting authority must, in case the successful tenderer does not fulfil employment-related special conditions, submit firstly the claim for performing the contract and to do this immediately and without delay after discovering breach of the contract or its inappropriate performance. This is because, the party performing the contract

may have the opinion that he has legitimate expectation that it is not necessary to meet any of the employment-related special conditions as the contracting party suggested that by his behaviour. In such a case there may emerge later problems not only by demanding performance of the contract, but also by applying sanctions (contractual penalty and/or withdrawal or cancellation of the contract).

Proceeding from the character of legal remedies, the contracting authority has the possibility to use contractual penalties as coercive measures, in case the gentler means, e.g. remarks or claim of performance do not force the party performing the contract to correct his behaviour. By imposing contractual penalties, the contracting party must observe that conditions of the contractual penalty (e.g. its size and basis for application) would meet the general principles of the public procurement law in the contract. Thus, provisions of the contractual penalty must be defined clearly and must be in accordance with other provisions (incl. conditions of the procurement enacted in source documents of the tender) and the exact order of application of these must derive from these. Bases for application of the contractual penalty must be controllable and application of contractual penalties and their size justifiable by the contracting authority. But above all the contractual penalties must be proportional, e.g. suitable for achieving the employment-related purpose, the least encumbering out of all possible alternatives, but similarly effective and moderate.

As benchmark of reasonable quantity of the contractual penalty, the Court of Justice's judgment on the Rüffert case²⁶⁹ where contractual penalty stipulated by the law of the Land Niedersachsen (the *Land* of Lower Saxony) was applied: by infringement of the building procurement contract, mandatory minimum wage foreseen to employees, the contractual penalty was 1% of the amount of the contract, in the case of several cases of non-fulfilment a contractual penalty of up to 10%, of the contract value.

As the last measure against the contract performing body who is breaching the employment-related requirements, the contracting body can use withdrawal from a contract or also, cancellation of a contract. In the author's opinion, the latter is even the most recommendable measure as its use is easier for the contracting authority, if conditions for withdrawal are objectively, proportionally and univocally stipulated in the contract. As a general rule, in this provision there are also specified, how many contractual penalties the ordering party/contractual authority should have been done before using the right of termination of the contract. Stipulation of the abovementioned conditions (like also specification of the

²⁶⁹ CJEU 3.04.2008 C-346/06 Rüffert, p 9

contractual penalty) is the discretionary decision of the contracting party, and he must be able to justify this in case of need.

In conclusion, the author wishes braver start to all contracting authorities by using employment-related conditions in their public procurements and not to let them to be intimidated by option (also by promises) that public procurements containing employment-related criteria would be challenged immediately at instigation of the advocates interested in the case. It would certainly mean that contracting authority would have bigger need for justification and also the risk that conclusion of the tender contract could drag on due to dispute. In order to decrease this risk, there could be suggested bigger and wider round of consultations with possible big part of the market participants before the start of public procurement in order to inform them better about the purposes of using employment-related conditions and also, in order to get simultaneously recommendations about reasonable and mutually useful use of employment-related conditions.

KASUTATUD ALLIKAD

Kasutatud kirjandus

1. Arrowsmith, S. Government Procurement in the WTO. – The Hague: Kluwer Law International, 2003.
2. Arrowsmith, S. The law of public and utilities procurement. – London, Sweet & Maxwell 2005, 2nd edition 2008. (Viidatud M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad dotsent G. Ginter ja professor I. Kull. Tartu 2010 ja P.Lätt, E.Fels. Keskmise palga nõue riigihangetes. Advokaadibüroo GLIMSTEDT analüüs. – Tallinn 2016).
3. Arrowsmith, S., Kunzlik, P. Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions. – New York: Cambridge University Press 2009.
4. Arrowsmith, S., Priess, H.J., Friton, P. Self-cleaning as a Defence to Exclusion for Misconduct: An emerging Concept in EC Public Procurement Law. – Public Procurement Law Review 2009/6.
5. Auby, J.-B. Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere. – Public Law, Spring 2007, (Viidatud: M.A.Simovart, Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. – Juridica 2008/I).
6. Barnard, C. The EC Employment Law. Thrd edition. – New York: Oxford University Press, 2006
7. Baudenbacher, C. “Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law” (Swiss Economic Law), in: Report to the Swiss Jurists Day 2012, ZSR 2012 II, (Viidatud Steiner, M. Is There a Swiss Approach Towards Sustainable Public Procurement? – 8EPPPL 73, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2013).
8. Beyeler, M. Kaffee: Bio und Fair Trade. – Baurecht 2012, lk 262 jj. (Viidatud: M.Steiner. Is There a Swiss Approach Towards Sustainable Public Procurement? – 8EPPPL 73, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2013).
9. Bolton, P. The use of government procurement as an instrument of policy. – South African Law Journal 2004 (121) 619 (Viidatud: M.A.Simovart, Riigihankelepingu

- ebamõistlike tüüptingimuste tähisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. – *Juridica* 2008/I).
10. Bovis, C. The New Public Procurement Regime: A Different Perspective on the Integration of Public Markets of the European Union. – *European Public Law* 2006 (12) 1 (Viidatud: M.A.Simovart, Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tähisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. – *Juridica* 2008/I, lk 31)
 11. Bovis, C. Public Procurement in the European Union: lessons from the past and insights to the future. – *Columbia Journal of European Law* 2005–2006 (12) 53, (Viidatud: M.A.Simovart, Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tähisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. – *Juridica* 2008/I, lk 31)
 12. Bovis, C. Building Social Value in Public Procurement. – 10 *EPPPL* 227, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2015.
 13. Burgi, M. Brandmeier, B. Quality as an Interacting Award Criterion under Current and Future EU-Law. – 9 *EPPPL* 12, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2014.
 14. Cane, P. *An Introduction to Administrative Law*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press 1997, (Viidatud: M.A.Simovart, Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tähisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. – *Juridica* 2008/I).
 15. Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Ü. Madise jt (toim.). 3., täiendatud väljaanne. – Tallinn: Juura 2012.
 16. Federspiel, G. Dittmer, M.A. Christiansen, C. Increased Focus on Social Clauses in Danish Public Procurement Contracts. – 8 *EPPPL* 79, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013.
 17. Forum for the Future, *Buying a Better World: Sustainable Public Procurement*, Forum for the Future: London 2007. (Viidatud Eleanor Fisher, *The Power of Purchase: Addressing Sustainability through Public Procurement*. 8 *EPPPL* 2, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013).
 18. Giffard, G. Fair Trade Public Procurement in France. – 8 *EPPPL* 89, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013.
 19. Hettne, J. Sustainable Public Procurement and the Single Market--Is There a Conflict of Interest? – 8 *EPPPL* 31. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013.
 20. Lätt, P. Fels, E. Keskmise palga nõue riigihangetes. Advokaadibüroo GLIMSTEDT analüüs. – Tallinn 2016. Arvutivõrgus:

https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_1_id=216053&folderId=523891&name=DLFE-37603.pdf (27.04.2017).

21. Markesinis, S.B., Unberath, H., Johnston, A. The German Law of Contract. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, lk 448 (Viidatud Simovart, M.A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö, Juhendajad dotsent G. Ginter ja professor I. Kull. Tartu 2010)
22. Martens, M. de Margerie, S. The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement. – 8 EPPPL 8. European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2013.
23. Martens, M. Milieuoverwegingen in overheidsopdrachten. – Tijdschrift voor Milieurecht 3/2004 (viidatud M. Martens, S. de Margerie. The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement. – 8 EPPPL 8, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2013).
24. McCrudden, C. Using public procurement to achieve social outcomes. National Resources Forum 2004 (28), (Viidatud: M.A.Simovart, Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. – Juridica 2008/I)
25. McCrudden, C. Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change. – Oxford: Oxford University Press 2007.
26. McCrudden, C. EC public procurement law and equality linkages: foundations for interpretation. (Viidatud S.Arrowsmith, P.Kunzlik, EC regulation of public procurement ja S.Arrowsmith, P.Kunzlik (eds.). Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. – New York: Cambridge University Press 2009)
27. Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. – Tallinn: Juura 2014.
28. Mugur, M. Ginter, C. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse näide. – Juridica 2010/IV (Viidatud: M.A.Simovart, D.Koroljov. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes. – Juridica 2016/I)
29. Otting, O. Compulsory social standards for public works contracts as a restriction on the freedom to provide services: Dirk Ruffert v Land Niedersachsen (case 346/06). – Public Procurement Law Review 5, 2008. (Viidatud M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad dotsent G. Ginter ja professor I. Kull. Tartu 2010)
30. Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) / prepared by the Study Group on a European Civil Code and

- the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group); edited by Christian von Bar ... [et al.], Munich: Sellier, European Law Publishers, c2009 [642], III.–3:302: Non-monetary obligations, *Comments, B*, p 140. (Viidatud M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad dotsent G. Ginter ja professor I. Kull. Tartu 2010)
31. Rapport om sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud. December 2012. Konkurrenceog Forbrugerstyrelsen. (Viidatud G. Federspiel, M. A. Dittmer, C. Christiansen. Increased Focus on Social Clauses in Danish Public Procurement Contracts. – 8 EPPPL 79, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013).
 32. Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri (204 SE), Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/> (28.04.2017).
 33. Simovart, M.A. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. – *Juridica* 2008/I.
 34. Simovart, M.A. Koroljov, D. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes. – *Juridica* 2016/I
 35. Steiner, M. Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel? Ein Blick nach Europa und zurück in die Schweiz (Sekundärziele). – *European Law Reporter* 2011.
 36. Steiner, M. Gütesiegel für ökologische Produktion und Max Havelaar- Label für Fortgeschrittene: Der EuGH und die nachhaltige Beschaffung. – *European Law Reporter* 2012.
 37. Steiner, M. Is There a Swiss Approach Towards Sustainable Public Procurement? – 8EPPPL 73, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013.
 38. Trepte, P. *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*. 2. trükk – Oxford University Press 2007.
 39. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M. (koost.). *Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207)*. Kommenteeritud väljaanne. – Tallinn: Juura 2006.
 40. Weber, H. Development promotion as a secondary policy in public procurement. – *Public Procurement Law Review* 2009
 41. Ählström, J. Using Tax Money in a Decent Way. – 8 EPPPL 112, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013.

Kasutatud õigusaktid

42. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/52/EÜ, 18. juuni 2009, millega sätestatakse ebaseaduslikult riigis viibivate kolmandate riikide kodanike tööandjatele kohaldatavate karistuste ja meetmete miinimumnõuded. – EÜT L 168/24, 30.06.2009.
43. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu Toimimise Lepingu konsolideeritud versioonid. – ELT C 83, 30.3.2010, lk 47-200
44. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – EÜT L 94/1, 28.03.2014
45. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – EÜT L 94/65, 28.03.2014
46. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – EÜT L 94/243, 28.03.2014
47. Euroopa Komisjoni määrus (EL) nr 651/2014, 17.06.2014, ELi aluslepingu artiklite 107 ja 108 kohaldamise kohta, millega teatavat liiki abi tunnistatakse siseturuga kokkusobivaks (EMPs kohaldatav tekst). – ET L 187/1, 26.06.2014
48. Karistusseadustik. – RT I, 2001,61,364 ...RT I, 31.12.2016, 14
49. Riigihangete seadus. – RT I, 2007, 15, 76 ... RT I, 25.10.2016,20
50. Tööturuteenuste ja -toetuste seadus. – RT I, 2005, 54, 430... RT I, 03.01.2017, 23
51. Võlaõigusseadus. – RT I, 2001, 81, 487 ... RT I, 31.12.2016, 7
52. Riigikogus kolmandal lugemisel olev riigihangete seaduse eelnõu 204 SE, Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/> (28.04.2017)
53. Code des marchés publics (édition 2006, dernière modification: 21 décembre 2008). Arvutivõrgus: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005627819&idSectionTA=&dateTexte=20160331>
54. Public Services (Social Value) Act 2012, 8th March 2012. –The National Archives. Arvutivõrgus: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/3/enacted>

Kasutatud kohtupraktika

Eesti kohtupraktika

55. RKHKo 3-3-1-2-12
56. RKTKo 3-2-1-13-04
57. TlnRnKo 30.11.2010, 3-10-2480.
58. TlnRnKo 16.02.2012, 3-10-2012
59. TlnHKO 27.12.2011, 3-11-2644.
60. VAKOo 07.01.2010, 268-09/113908.
61. VAKOo 26.03.2010, 49-10/115177.
62. VAKOo 21.10.2011, 199-11/127796.
63. VAKOo 10.02.2012, 14-12/128888.
64. VAKOo 13.06.2012, 112-12/133895.
65. VAKOo 30.08.2013, 187-13/144900.
66. VAKOo 16.01.2014, 279-13/148288.
67. VAKOo 12.09.2014, 214-14/154639.
68. VAKOo 15.10.2014, 251-14/154445

Euroopa Kohtu praktika

69. EKO 09.07.1987, liidetud kohtuasjad C-27/86, CEI ja Bellini v Belgian State, eelotsusetaotlus.
70. EKO 22.06.1993, C-243/89, Euroopa Komisjon v Taani Kuningriik (Storebælt), kohtuotsus.
71. EKO 20. 09.1988, C - 31/87, Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands, eelotsusetaotlus.
72. EKO 26. 09. 2000, C-225/98, Euroopa Komisjon v Prantsusmaa (Nord-Pas-de-Calais), kohtuotsus.
73. EKO 12. 07.2001, C-399/98, Ordine degli Architetti jt v Comune di Milano jt, eelotsusetaotlus.
74. EKO 18.10.2001 C-19/00, SIAC Construction, eelotsusetaotlus.
75. EKO 27. 11.2001, liidetud kohtuasjades C-285/99 ja C-286/99, *Lombardini ja Mantovani*, eelotsusetaotlus.
76. EKO 17.09.2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, eelotsusetaotlus.

77. EKo 12. 12.2002, C-470/99, Universale-Bau jt v Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, eelotsusetaotlus.
78. EKo 4.12.2003, C-448/01, EVN and Wienstrom v Republik Österreich, eelotsusetaotlus.
79. EKo 27.10.2005, C-234/03, Contse jt v Ingesa, eelotsusetaotlus.
80. EKo 9.02.2006, liidetud kohtuasjad C-226/04 ja C-228/04, LaCascina jt v Ministerio della Difesa, eelotsusetaotlus.
81. EKo 24. 01.2008, C-532/06, Lianakis jt v Dimos Alexandroupolis jt, eelotsusetaotlus.
82. EKo 16.12.2008, C-213/07, Michianiki AE v. Ethniko Simvoulío Radiotileorasis jt, eelotsusetaotlus.
83. ÜKo (kolmas koda) 19.03.2010, T-50/05, Evropaïki Dynamiki v Euroopa Komisjon, otsus.
84. EKo12. 11.2009,C-199/07, Euroopa Komisjon v Kreeka Vabariik, kohtuotsus.
85. EKo 23.12.2009, C-376/08, Serrantoni v. Comune di Milano, eelotsusetaotlus.
86. EKo 10.5.2012, C-368/10, Euroopa Komisjon v Madalmaade Kuningriik (Max Havelaar), kohtuotsus.

Muud kasutatud allikad

87. Braun, P. The Practical Impact of E.U. Public Procurement Law on PFI Procurement Practice in the United Kingdom. Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy; Arvutivõrgus: http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdtheses/phd_peter_braun_.pdf (28.04.2017)
88. Cabinet Office, Efficiency and Reform Group, Crown Commercial Service. Procurement policy note 10/12: The Public Services (Social Value) Act 2012 – advice for commissioners and procurers. – UK Government publications 2012. Arvutivõrgus: <https://www.gov.uk/government/publications/procurement-policy-note-10-12-the-public-services-social-value-act-2012> (28.04.2017)
89. Crown Commercial Service. The Public Contracts Regulations 2015. Guidance on Social and Environmental Aspects. Arvutivõrgus: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/558032/20160912socialenvironmentalguidancefinal.pdf (28.04.2017)

90. Elektrilevi OÜ 18.11.2014 järelepärimine Rahandusministeeriumile ja Rahandusministeeriumi 5.12.2014 vastus sellele. Arvutivõrgus: <http://dokumendiregister.rahandusministeerium.ee/?id=32408518> (27.04.2017)
91. Euroopa Komisjoni 22.12.2011 Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta ja Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste hankeid, lisa Euroopa Komisjoni talituste töödokument nr 2011/0438 (COD) riigihangete direktiivi mõju hindamise kommenteeritud kokkuvõte, Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216329&folderId=180565&name=DLFE-30203.pdf
92. Euroopa Komisjon. Study on “Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies”. Final Report. DG GROW Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs. 2015. Belgia. Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/17261> (27.03.2017)
93. European Commission. Buying social: a Guide to taking account of social considerations in public procurement. Brüssel 2011. – IP/11/105. Arvutivõrgus: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-105_en.htm (25.09.2016)
94. European Commission. Public procurement for social progress. A Social Platform guide to the EU Public Procurement Directive. Brüssel 2015, Arvutivõrgus: http://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2015/10/Public_procurement_for_social_progress.pdf
95. European Commission, Buying green! A handbook on green public procurement (3rd ed.) 2016; Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf> (27.04.2017)
96. Euroopa Komisjon. Roheline raamat. ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta. Euroopa hanketuru tõhustamine. – Brüssel 2011. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216329&folderId=180565&name=DLFE-9009.pdf (28.04.2017)
97. Graells, A. S. Regiopost and its implications: personal notes of the full extended discussion at Bristol Conference. Arvutivõrgus: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/5/10/regiopost-and-its-implications-full-extended-discussion-at-bristol-conference>
98. Inspiring and Creating Social Value in Croydon. A Social Value Toolkit for Commissioners. 2016; Arvutivõrgus: <https://www.croydon.gov.uk/sites/default/files/articles/downloads/socialvalue.pdf>

99. Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement. **COM (2001) 566 final**. – *OJ C 333, 28.11.2001*
100. Koroljov, D. Leppetrahvi määravate hanketingimuste vastavus riigihankeõiguse üldpõhimõtetele. Uurimistöo. Tartu 2015
101. Lember, P. Keskkonnakaitsetelised horisontaalsed eesmärgid riigihankemenetluse pakkumuste hindamise staadiumis. Magistristöo. Juhendaja M.A.Simovart, LL.M. Tallinn 2013
102. MTÜ Järvamaa Ühistranspordi Keskus riigihanke (viitenumber 170341) „Avalik liinivedu Järva maakonna bussiliinide liinigrupis II“ hankedokumendid. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/register/HankeAndmed,form.sdirect>
103. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistristöo. Juhendaja Aare Reenumägi. Tartu 2006. (Viidatud: M.A.Simovart, D.Koroljov. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes. – *Juridica 2016/I*)
104. Procurement policy note 10/12: The Public Services (Social Value) Act 2012, Arvutivõrgus: <https://www.gov.uk/government/publications/procurement-policy-note-10-12-the-public-services-social-value-act-2012> (28.04.2017)
105. Rahandusministeerium. Riigihanke läbiviimise ja riigihankel osalemise kulude hindamise uuringu kokkuvõte. November 2016. Tallinn.
106. Räägel, K. Keskkonnahoidlikud avalikud hanked. Magistristöo keskkonnatehnoloogias. Juhendaja professor T. Oja. Tartu 2006
107. Sarapuu, K. Õiguskaitsevahendi valiku vabadus ja piirid ehituse töövõtuleping näitel. Magistristöo. Tartu 2013. Juhendaja dr (iur) M. Käerdi
108. Semple, A. Living wages in public contracts: A chance to reconsider Ruffert. Arvutivõrgus: <http://www.procurementanalysis.eu/>
109. Simovart, M.A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad dotsent G.Ginter ja professor I.Kull. Tartu 2010
110. Taube, K. Töötajate õiglaste palga- ja töötingimuste saavutamine riigihankelepingu sekundaarse eesmärgina. Bakalaureusetöö. Tallinn 2009
111. The Office of Government Commerce, Promoting Skills through Public Procurement. Arvutivõrgus: http://dera.ioe.ac.uk/8883/1/promoting_skills_through_public_procurement (27.04.2017)

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Hele Hannah Noormaa,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose
„Tööhõivealaste kaalutluste kasutamine riigihangetes“,

mille juhendaja on dr iur Mari-Ann Simovart,

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace´i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
 3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, **2.05.2017**