

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND

Eraõiguse instituut

Erki Fels

**EUROOPA LIIDU RIIGIHANKEÕIGUSE NORMIDE RIKKUMISE MÕJU
HANKELEPINGU KEHTIVUSELE**

Magistritöö

Juhendaja: dr. iur. Mari Ann Simovart

TALLINN 2015

Sisukord

Sissejuhatus	3
1. Hankelepingu tühisuse tuvastamine kui õiguskaitsevahend kehtivas õiguses	8
1.1. Õiguskindluse põhimõttest tulenevad piirangud hankelepingu tühisuse tuvastamisel	8
1.2. Lepingueelsete õiguskaitsevahendite prioriteetsus	14
1.3. Menetluslikud piirangud hankelepingu tühisuse tuvastamise nõude esitamisel	19
1.4. Hankelepingu tühisuse tuvastamine liikmesriikides	24
1.4.1. Tühisuse tuvastamise kontseptsiooni erinevad lahendused	24
1.4.2. Eesti Vabariigi praktika	30
2. Täiendavad hankelepingu ülesütlemise alused uutes hankedirektiivides	37
2.1. Tühisuse tuvastamise piiritlemine lepingu ülesütlemise instituudist	37
2.2. Hankelepingu ülesütlemine õigusvastase lepingumuudatuse tõttu	40
2.3. Hankelepingu ülesütlemine kohustusliku kõrvaldamisaluse ilmnemise tõttu	44
2.4. Hankelepingu ülesütlemine Euroopa Kohtu poolt tuvastatud kohustuse rikkumisel	46
3. Hankelepingu tühisuse tuvastamise nõude seos tõhusa õiguskaitse printsiibiga	50
3.1. Tõhusa õiguskaitse printsiip vs. liikmesriigi menetlusautonoomia	50
3.2. Kahju hüvitamise nõue vs. hankelepingu tühisuse tuvastamine: kumb on tõhusam?	55
3.3. Tõhusa õiguskaitse põhimõttest tulenevad nõuded liikmesriigi hankeõigusele	59
Kokkuvõte	65
Resumé	68
Allikad	71
Kasutatud kirjandus	71
Kasutatud normatiivmaterjal	74
Kasutatud kohtupraktika	76
Muud kasutatud allikad	80

Sissejuhatus

Hankelepingu tühisuse tuvastamine hankelepingu eelsetes suhetes aset leidnud rikkumiste tagajärjel on õiguskaitsevahendina uus nähtus. Liikmesriigi kohustust lõpetada EL õiguse olulisel rikkumisel sõlmitud hankelepingu kehtivus tunnistas Euroopa Kohus esmakordselt lahendis *komisjon vs. Saksamaa* aastal 2004.¹ Teedrajav pretsedent puudutas ainult liikmesriigi kohustust liidu ees. Lepingu tühisuse tuvastamine kui õiguskaitsevahend viidi EL riigihankeõigusesse õiguskaitsemeetmete direktiivide² muutmisega 2007. aastal, liikmesriigid pidid tühisuse tuvastamise alused siseriiklikku õigusesse üle võtma 2009. aasta lõpuks.³ Hankelepingu tühisuse tuvastamist saab nõuda kolmel juhul: (1) õigusvastase otselepingu sõlmimisel ehk hanketeate EL Teatajas avaldamata jätmisel; (2) vaidlustusmenetluse ajal või kohustuslikul ooteajal sõlmitud lepingu korral; (3) kui hankija raamlepingu või dünaamilise ostusüsteemi kasutamisel ei kohalda ooteaga ja rikub artiklis 2 b (c) teises lõigus nimetatud reegleid. Autor kasutab töös nimetatud õiguskaitsevahendile viidates läbivalt terminit „tühisuse tuvastamine“.⁴

Autori eesmärgiks on vastata küsimusele, kas hankelepingu eelsetes suhetes ilmnenud hankelepingu tühisuse tuvastamise alused on EL õiguses ammendavalt sätestatud või esineb veel rikkumisi, mille korral tuleks möönda hankelepingu tühisuse tuvastamise nõudeõigust neil, kellelt võeti rikkumisega võimalus lepingule konkureerida. Ehkki hankelepingu tühisuse tuvastamine piirdub õiguskaitsemeetmete direktiivides loetletud alustega, võib praktikas

¹ *Komisjon vs. Saksamaa*. Kohtuasi C-503/04. EKL 2007, lk I-06153.

² Euroopa nõukogu direktiiv 89/665/EMÜ, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 395, 30.12.1989, lk 33–35; Euroopa nõukogu direktiiv 92/13/EMÜ, 25. veebruar 1992, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 076, 23.03.1992, lk 14–20 (edaspidi: õiguskaitsemeetmete direktiivid).

³ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas. – ELT L 335, 20.12.2007, lk 31–46.

⁴ Eestikeelses teaduskirjanduses on kasutatud hankelepingu tühisuse tuvastamise alustele viidates ka ingliskeelset varianti „ineffectiveness“, sest puudub sobiv eestikeelne vaste (vt M.A. Simovart. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. *Juridica* II/2011, lk 91). Sobivat tõlget on raske leida. Eraõiguses on tehingute kehtetuse alused sätestatud tsiviilseadustiku üldosa seaduses, kus kasutatakse formuleeringut „tehingu tühisus“, kuid „ineffectiveness“ kontseptsioon ei ühti lepingu tühisuse tuvastamise õigusliku instituudiga. Samas õiguskaitsemeetmete direktiivi artikkel 2d pealkirjaks on eestikeelses versioonis „Tühisus“, artikkel 2d(1) sätestab kolm alust, mil „läbivaatamisasutus tunnistab lepingu tühiseks või lepingu tühisus tuleneb sellise läbivaatamisasutuse otsusest.“ Formuleeringut hankelepingu tühisus kasutab ka riigihangete seadus, mistõttu lähtub sellisest terminoloogilisest valikust ka käesoleva töö autor.

esineda rikkumisi, mis on õigusvastase otselepingu sõlmimise või ooteaja kohaldamata jätmisega samaväärselt rasked: hankelepingu sõlmimine teistsugustel tingimustel kui hanke-dokumentides avaldatud; lepingu sõlmimine pakkujaga, kelle hankija on õigusvastaselt jätnud menetlusest kõrvaldamata; pakkuja on võitnud lepingu oma kvalifikatsiooni või pakkumuse kohta valeandmeid esitades; hankija on hanke soosikule kätte mänginud (*tailor-made specifications*); hankija on jaganud hanke osadeks, et vältida EL hankereeglite kohaldumist. Ka ei pruugi hankereeglite rikkumised alati olla seotud hankija pahausksusega. Heauskse hankija tegevus võib mõnikord kaasa tuua reeglitest kõrvale kaldumisi, mis mõjutab menetluse lõpptulemust oluliselt (näiteks olukorras, kus hankija ei teadnud kohustuslike kõrvaldamise aluste esinemisest või kui hankelepingut muudetakse lubamatus ulatuses).

Küsimus, kas korruptiivsel teel võidetud hankelepingute immuunsus on *a priori* tagatud pelgalt põhjusel, et sellised konkreetset alused hankelepingu tühisuse tuvastamiseks puuduvad, on aktuaalne. 2014. aastal avaldatud raportist nähtub, et enam kui pooled ettevõtjad leiavad, et korruptsioon hankemenetluses on laialt levinud nii riiklikes institutsioonides kui kohalikes omavalitsustes. Ettevõtjad on kokku puutunud õigusvastase praktikaga, nagu näiteks suunatud kriteeriumide kasutamine, huvide konflikt pakkumuse hindamisel, pakkujate salakokkulepped (*collusive bidding*), ebaselged hindamiskriteeriumid, konkurentsieelise loomine pakkuja kaasamisel hindamiskriteeriumide väljatöötamise, läbirääkimistega hankemenetluse kuritarvitamine, erakordse hädavajaduse klausli kuritarvitamine otselepingu sõlmimiseks, lepingu muutmise pärast selle sõlmimist.⁵

Teema aktuaalsust näitab ka tühisuse tuvastamise kontseptsiooni laienemine: õiguskaitsemeetmete direktiivides loetletud alustele on Euroopa Kohus lisanud hankelepingu õigusvastase muutmise, mis võib samuti kaasa tuua lepingu tühisuse tuvastamise. Uutes hankedirektiivides⁶ on lepingu muutmise regulatsiooni esmakordselt sekundaarse õiguse tasemel reguleeritud. Lisaks tühisuse tuvastamise alustele võib EL sekundaarsest õigusest tuua vähemalt kolm näidet, kus teatavad menetluslikud rikkumised toovad samuti kaasa

⁵ Report from the Commission to the Council and the European Parliament. EU Anti-Corruption Report. 03.02.2014 (COM) 38 final, p 25.

⁶ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, 28.03.2014, lk 1–64; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 65–242; 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. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 243–374 (edaspidi: uued hankedirektiivid).

lepingu lõpetamise võimaluse. Uute hankedirektiivide kohaselt peab siseriiklikus õiguses olema võimalik hankeleping lõpetada hankelepingu olulisel muutmisel, kohustusliku kõrvaldamise aluse ilmnemisel ja Euroopa Kohtu poolt rikkumismenetluse tehtud otsuse täitmiseks.⁷ Tühisuse tuvastamise kontseptsiooni on nende alustega vähemalt kaudselt edasi arendatud.

Õiguskaitsevahendite kasutamine siseriiklikul tasandil on peamine viis, kuidas EL õiguse detsentraliseeritud jõustamine toimub, mistõttu on liikmesriikides olemasolev õiguskaitsevahendite süsteemi tõhusus kriitilise tähtsusega. Töö hüpotees on sellest johtuvalt: tühisuse tuvastamise alused ei ole õiguskaitsemeetmete direktiivides sätestatud ammendavalt ehk ka muude raskete rikkumiste korral on huvitatud isikul võimalik taotleda hankelepingu tühisuse tuvastamist. Autori eesmärk on pakkuda välja kriteeriumid, mille esinemisel saab möönda tühisuse tuvastamise nõudeõigust ka selliste rikkumiste korral, mis ei ole õiguskaitsemeetmete direktiivides ega neid ülevõtvas seaduses *expressis verbis* sätestatud.

Töö uurimismeetodina on leidnud kasutamist süstemaatiline, analüütiline ja ajalooline meetod. Põhilisteks allikateks on teadusartiklid, Euroopa Kohtu praktika ja EL institutsioonide läbi viidud uuringud õiguskaitsemeetmete rakendamispraktika kohta liikmesriikides. Kõige olulisemaks allikaks peab autor Steen Treumer'i poolt ajakirjas „Public Procurement Law Review“ avaldatud hankelepingu lõpetamise kohustust ja tühisuse tuvastamise kontseptsiooni käsitlevaid artikleid. Eestikeelsetest allikatest on autor tuginenud enim Mari Ann Simovarti doktoritööle, kus alapeatükk 4.2 käsitleb rikkumise tagajärgi, kui õiguskaitsemeetmete direktiivis sätestatud aluseid ei esine.⁸ Doktoritöös on järeldatud, et hankelepingute kehtivus tuleks määrata tsiviilõiguse üldistest põhimõtetest lähtudes.⁹ Käesoleva töö autor osutab, et erinevalt tsiviilõigusliku tehingu kehtetuse instituudist annab hankelepingu tühisuse tuvastamise kontseptsioon võimaluse lepingu õigusjõudu sekkuda ka lepinguvälistel isikutel¹⁰, mistõttu ei saa hankelepingu tühisuse tuvastamisel lähtuda pelgalt eraõigusliku tehingu tühisuse instituudi analoogiast. Magistritöö panuseks ongi konkreetsemate kriteeriumide välja toomine, mille esinemisel tühisuse tuvastamise nõuet

⁷ 2014/23/EL art 44; 2014/24/EL art 73; 2014/25/EL art 90.

⁸ M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu riigihankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad: dots Carry Ginter, PhD Irene Kull. Tartu Ülikooli Kirjastus, 2010.

⁹ Samas, lk 109.

¹⁰ Eraõiguses ei ole isikutel tavaliselt võimalik mõjutada sellise lepingu kehtivust, mille osapoolteks nad ise ei ole. Vt Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 13.02.2008 otsus asjas nr 3-2-1-140-07, p-d 13, 20, 31, 34.

jaatada. Autor ei ole leidnud sarnase teemakäsitlusega teisi üliõpilastöid. Samuti pole autor leidnud õigusteoreetilist käsitlust, mis selgitaks, kust tuleb õiguslik alus täiendavate tühisuse tuvastamise aluste laiendamiseks – millele peaks liikmesriigi kohus tuginema, kui liikmesriigi seadusandja on võtnud üle õiguskaitsemeetmete direktiivid ja ülejäänud rikkumise osas tühisuse tuvastamise välistanud? Töös argumenteeritakse, et tühisuse tuvastamise aluste mitte-ammendumine võib tuleneda EL esmasest õigusest, täpsemalt tõhusa õiguskaitse põhimõttest.

Töö on jaotatud 3 peatükiks. Selgitamaks, millised rikkumised peaksid kaasa tooma hankelepingu tühisuse tuvastamise nõudeõiguse ja tuvastamiseks kriteeriumid, millele sellised rikkumised peaksid vastama, uurib autor esimeses peatükis, millist tähtsust omavad täiendavate tühisuse aluste tuletamisel sellega vastassuunalised õiguskindluse ja *pacta sunt servanda* põhimõtted. Teiseks uuritakse Euroopa seadusandja eesmärke tühisuse tuvastamise kontseptsiooni väljatöötamisel, millest on autori arvates võimalik tuletada piiranguid tühisuse tuvastamise aluste edasiarendamisele (näiteks lepingueelsete õiguskaitsevahendite prioriteetsus). Samuti leiab käsitlust EL õigusest tulenevad menetluslikud piirangud, mis tühisuse tuvastamise nõudeõiguse välistavad. Autor vaatleb ka, mil viisil on lahendatud hankelepingu tühisuse tuvastamise kontseptsioon erinevate liikmesriikide jurisdiktsioonides. Tühisuse tuvastamise kontseptsiooni uudsus ja erandlikkus ei võimalda empiirilist uuringut. Autor uurib, kas ja mil viisil on Prantsusmaa, Iirimaa ja Eesti praktikas täiendavaid tühisuse tuvastamise aluseid menetletud.

Teises peatükis käsitleb autor uute hankedirektiivide regulatsiooni, millega antakse teatud rikkumiste ilmnemisel hankijale õigus üles öelda.¹¹ Tühisuse tuvastamine ja lepingu ülesütlemine on erinevad õiguslikud instituudid, kuid suunatud funktsionaalses mõttes sama tagajärje saabumisele – õigusvastaselt sõlmitud lepingu õigusjõu lõppemisele. Autori eesmärk on välja selgitada, milliseid kaalutlusi peab hankija lepingu ülesütlemise otsustamisel arvesse võtma ja millised on kaalutusvigade tagajärjed, sh kas hankest huvitatud kolmandatel isikutel võiks olla lubatud vaidlustada hankija otsust lepingut mitte lõpetada.

¹¹ Uued hankedirektiivid (viide 7). Kõigis kolmes direktiivis on lepingu ülesütlemist puudutav regulatsioon analoogne, mistõttu kasutab autor direktiivides sätestatud ülesütlemise alustele viidates üksnes direktiivi 2014/24/EL artiklit 73.

Kolmanda peatükiga tahab autor leida õigustust, millele liikmesriikide kohtud saavad tugineda, kui konkreetse juhtumi asjaolusid arvestades oleks õiglane hankelepingu kehtivus lõpetada. Kuivõrd EL sekundaarne õigus täiendavaid tühisuse aluseid ei anna¹² ning sellest johtuvalt on paljud liikmesriigid sätestanud siseriiklikus õiguses tühisuse alused ammendavalt,¹³ tuleb pöörduda EL esmase õiguse poole. Autori arvates võib tühisuse tuvastamise kontseptsiooni laiendamist ka rikkumistele, mida õiguskaitsemeetmete direktiivides nimetatud ei ole, õigustada tõhusa õiguskaitse põhimõtte.

Autor soovib siinkohal tänada Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna nõunikku Evelin Karindi-Kask'e kiire reageerimise eest autori järelpärimistele. Samuti vääriwad tunnustust Eesti Rahvusraamatukogu töötajad, kelle abivalmidus võimaldas ligi pääseda maailma parimatele andmebaasidele ja teadusajakirjadele. Kõige enam soovib autor tänada aga oma juhendajat Mari Ann Simovarti, kelle nõuannete ja ettepanekuteta see töö ei oleks valminud. Kõik vead on minu.

¹² 2007/66/EÜ preambula punkt 19: „Ametlike nõuete muul viisil rikkumise korral võivad liikmesriigid pidada tühisuse põhimõtet ebakohaseks. Sellistel juhtudel peaks liikmesriikidel olema paindlik võimalus näha ette alternatiivseid karistusi.“

¹³ Eestis näiteks RHS § 4 lg 2 ls 2: „Seaduses sätestatud nõuete järgimata jätmine ei mõjuta hankelepingu kehtivust, kui käesolevas seaduses ei ole sätestatud teisiti.“

1. Hankelepingu tühisuse tuvastamine kui õiguskaitsevahend kehtivas õiguses

1.1. Õiguskindluse põhimõttest tulenevad piirangud hankelepingu tühisuse tuvastamisel

Traditsiooniline lähenemine õigusteoorias enne lahendit *komisjon vs. Saksamaa* eitas EL hankeõiguse norme rikkudes sõlmitud hankelepingu lõpetamise kohustust. Üldiselt ei peaks menetlusreeglite rikkumine mõjutama sõlmitud lepingu kehtivust; seetõttu ei saa kumbki lepingupool oma kohustustest taganeda ja kolmandatel isikutel pole õigust lepingut kehtivust vaidlustada. Eraõigusest tulenevad õigused ja kohustused ei peaks olema lülitatud avaliku huvi kaalutlustesse.¹⁴

Argumente, millele traditsiooniline lähenemine tugineb, iseloomustab hästi liidetud kohtuasi *C-20/01 ja C-28/01*.¹⁵ Mõlemal juhul sõlmis Saksamaa kohalik omavalitsus lepingu hankereeglid oluliselt rikkudes: Bochorni omavalitsus ja Braunschweig'i linn sõlmisid kumbki 30 aastaks jäätmete kõrvaldamist puudutava lepingu hanketeadet avaldamata. Sellest vaidlusest saab välja tuua argumendid traditsioonilise eraõigusliku lähenemise toetuseks: lepingu lõpetamisel on hankijale ebarproportsionaalsed tagajärjed; hankereeglid on menetlusliku iseloomuga, mistõttu nende mõju lakkab menetluse lõppedes¹⁶; kolmandad isikud ei kannatanud hankija tegevuse tõttu kahju; lepingud on EL õiguse kaitse all; siseriiklik õigus ei anna alust lepingut üles öelda; kahju kannatanud isikutel on võimalik kaitsta oma õigusi kahjuhüvitise nõudega. Need argumendid tulenesid eraõiguslikust vaatepunktist: lepingud iseenesest ei lähe vastuollu liidu ega siseriikliku õigusega ning kumbki õigus ei kohusta hankijat lepinguid lepingutingimustega vastuollu minnes tühistama. Komisjon ei saa nõuda seda, mida õigus ei võimalda (*impossibile nulla est obligatio*).¹⁷

¹⁴ S. Arrowsmith. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Sweet & Maxwell, 2005, 2nd ed. 2008, p 1378.

¹⁵ *Komisjon vs. Saksamaa*. Liidetud kohtuasjad C-20/01 ja C-28/01, EKL 2003, lk I-03609.

¹⁶ Samas, p 21: „Ühenduse hankealane õigus koosneb ainult menetlusreeglitest. Nende reeglite rikkumisest tekkinud mõju lõpeb niipea, kui rikkumine on toime pandud.”

¹⁷ R. Williams. *Remedying a breach of Community law: the judgment in joined cases C-20/01 and C-28/01, Commission v Germany*. – P.P.L.R. 2003, 5, p 111.

Sarnased argumendid olid aktsepteeritud ka õiguskirjanduses. Leiti, et õiguskaitsemeetmete direktiividega on soovitud kaitsta õiguskindlust ja õiguspärast ootust lepinguliste kohustuste täitmisel.¹⁸ Lepingute õiguskindlust on EL õiguses tõepoolest tunnustatud. *Pacta sunt servanda* põhimõtte on iga õiguskorra ning eelkõige rahvusvahelise õiguskorra üks aluspõhimõtteid, leping on pooltele siduv ning seda tuleb täita heauskselt.¹⁹ Iga õiguskorra aluspõhimõtteks oleva *pacta sunt servanda* põhimõtte kohaselt on sõlmitud leping puutumatu ja ühe poole kohustus nõustuda teise poole poolt pakutud lepingu muudatusega saaks tuleneda vaid lepingust endast või lepingulisi suhteid reguleerivatest üldpõhimõtetest.²⁰ Veelgi enam, Euroopa Kohus on varasemas praktikas mõõnnud, et liikmesriik ei pea võimaldama hankelepingute tühistamist.²¹ Liikmesriigile tuleks menetlusautonoomiat järgides jätta vabadus otsustada, millised on sobivad meetmed rikkumise lõpetamiseks. Lepingu lõpetamise kohustus võib hankijale põhjustada eaproportsionaalselt raskeid (majanduslikke) tagajärgi. Samuti sanktsioneeriks hankelepingu ühepoolne lõpetamine ebaõiglaselt lepingu seda osapoolt, kes rikkumist toime ei pannud.²² Eraõiguslik lähenemine iseenesest ei eitanud hankelepingu tühistamise võimalust EL õiguse rikkumise tõttu, kuid selle tagajärje võimaldamine pidi jääma liikmesriikide kompetentsi. Kui komisjon nõuaks liikmesriigilt lepingu tühistamist, võib see rikkuda komisjoni ja liikmesriigi vahelist jõudude tasakaalu.²³ EL õiguse rikkumise korral peab sõlmitud lepingu saatus jääma siseriikliku õiguse otsustada. Kui lepingu lõpetamine siseriikliku õiguse rikkumise tõttu on lubatud, peab võrdväarsuse põhimõtte kohaselt eksisteerima samasugune õiguskaitse liidu õiguse rikkumisel.²⁴

Kaasuses *C-20/01 ja C-28/01* tegi kohus kaks olulist otsust, mis rajasid teed hankelepingu immunitedi edasisele murenemisele. Esiteks kinnitas kohus liikmesriigi kohustuse rikkumist, millest saab järeldada, et siseriiklikus õiguses sätestatud kahjunõude võimaldamine ei ole alati piisav, et liidu õiguse rikkumist heastada.²⁵ Teiseks sedastas kohus, et kuigi hankedirektiivid

¹⁸ M. Niestedt. Penalties despite compliance? A note on case C-503/04, Commission v Germany. – P.P.L.R. 2005, 6, p 168.

¹⁹ Racke vs. Hauptzollamt Mainz. Kohtuasi C-162/96, EKL 1998, lk I-03655, p 49.

²⁰ Distilleria Palma vs. komisjon. Kohtuasi T-154/01, EKL 2004, lk II-01493, p 45.

²¹ Euroopa Kohtu presidendi määrus. Kohtuasi C-87/94R, EKL 1994, lk I-01395, p 33: „Liikmesriikide otsustada on, millised õiguskaitsemeetmed kohalduvad sõlmitud lepingutele, ja ühenduse õigusega on kooskõlas olukord, kus kahju hüvitamise nõude lubamisega paralleelselt jätab liikmesriik endale õiguse mitte võimaldada sõlmitud lepinguid tühistada.“

²² M. Niestedt (viide 18), lk 170.

²³ R. Williams (viide 17), lk 114; M. Niestedt (viide 18), lk 168.

²⁴ S. Arrowsmith (viide 14), lk 1457-1458.

²⁵ Komisjon vs. Saksamaa. Liidetud kohtuasjad C-20/01 ja C-28/01, p 38-40.

koosnevad peamiselt menetlusreeglitest, kaitsevad need aluslepingutes sätestatud vabadusi. Sellega lükati ümber argument, nagu hankereeglite rikkumisest tekkinud mõju lõppeb koos menetlusega ehk hankelepingu sõlmimise faktiga.²⁶

Traditsiooniline eraõiguslik lähenemine hankelepingu immuniteedi kaitseks lähtub liikmesriikide lepinguõiguse põhimõtetest. Proteksionistlike argumentide laialdane aktsepteerimine näitab, et liikmesriigid ei taha loovutada EL õiguse kontrolli alla valdkonda, mida on traditsiooniliselt peetud liikmesriikide eraõigussfääri kuuluvaks ja kus prevaleerivad liidu aluspõhimõtete asemel eraõiguslikud õiguskindluse, lepinguvabaduse ja *pacta sunt servanda* põhimõtted. Siiski on liidu õiguse sekkumine põhjendatav ka hankelepingu sõlmimisjärgsetesse suhetesse. Arvestades riigihangete suurt mahtu²⁷ ja seeläbi olulist mõju siseturu toimimisele, ei saa riigihangete regulatsioon jääda liimesriikide õiguskorra kujunda. Siseturu loomine nõuab positiivset integratsiooni ehk õiguskorra ühtlustamist, kuivõrd paljud siseriiklikud takistused on võimalik ületada konkreetse valdkonna harmoniseerimisel direktiivide kaudu.²⁸ Hankedirektiivide eesmärgiks on edendada tõelise konkurentsi tekkimist ja seda kolme Euroopa integratsiooni taotleva vabaduse, s.o kaupade vaba liikumise (ELTL art 34), asutamisvabaduse (ELTL art 49) ja teenuste vaba liikumise (ELTL art 56), elluviimiseks. Direktiivid on suunatud nende ELTL artiklitesse kätkevad vabaduste täideviimisele. Põhivabaduste piirangud tuleb kõrvaldada selleks, et avada riigihanketurud tõelisele konkurentsile.²⁹ Hankedirektiivi rikkumine tähendab seetõttu ka aluslepingus sätestatud vabaduste rikkumist, kuivõrd direktiiv kehtestati aluslepingutes sätestatud vabaduste kaitseks. Direktiiv oli vastu võetud eesmärgiga elimineerida teenuse osutamise vabadust piiravad takistused ja mõeldud kaitsma kauplejate huve. Direktiivi rikkumisest tulenev „vastandlik mõju“ EL põhivabadusele vältab kogu õigusvastaselt sõlmitud hankelepingu kehtivuse aja.³⁰

²⁶ Samas, p 36. Seda järeldust on kohus hilisemates lahendites kinnitanud. Vaata näiteks: komisjon vs. Saksamaa. Kohtuasi C-503/04, p 29; Chambre de commerce ja d'industrie de l'Indre. Kohtuasi C-465/10, p 56.

²⁷ Riigihangete rahaline maht oli 2012. aastal hinnanguliselt 1,76 triljonit eurot, moodustades EL sisemajanduse koguproduktist 13,74%. Vaata: Public Procurement Indicators 2012. Economic Analysis and e-Procurement. Tabelid 1 ja 2. Arvutivõrgus:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/20141105-indicators-2012_en.pdf (03.05.2015).

²⁸ P. Craig, G. de Búrca. EU Law: Text, Cases and Materials. 5th Ed. New York: Oxford University Press, 2011, p 582.

²⁹ Ordine degli Architetti jt. Kohtuasi C-399/98. EKL 2001, lk I-05409, p 52.

³⁰ Komisjon vs. Saksamaa. Liidetud kohtuasjad C-20/01 ja C-28/01, p 35.

Printsiibi, et hankelepingu sõlmimisel toimunud raskete rikkumiste – eelkõige Euroopa Liidu aluspõhimõtete rikkumise – korral peab huvitatud isikutel olema võimalik saavutada lepingu õigusjõu lõppemine, on Euroopa õigusruumi toonud kohtulahend *komisjon vs. Saksamaa* (C-503/04).³¹ Otsuse argumentatsioon tugineb järgmisele loogikale: teenuste osutamise vabaduse kahjustamine hankedirektiivi sätete rikkumise läbi vältab kogu selle aja, mil täidetakse direktiivi rikkudes sõlmitud lepingut, seetõttu võib EL riigihankeõiguse reeglite järgimata jätmine tuua liikmesriigile kaasa kohustuse hankeleping lõpetada.³² Otsus on tehtud rikkumismenetluse³³ raames, mille osapooleks on alati komisjon ja liikmesriik. EL institutsioonid tegutsevad liidu huvides, mitte niivõrd eesmärgiga tagada hankest huvitatud isikute õiguskaitse.³⁴ Liidu õigussüsteem võtab arvesse erinevaid huve: ühelt poolt püütakse vaidlustusmenetlusega kaitsta isikute individuaalseid huve, teisalt on olemas spetsiifiline liikmesriigi kohustuse rikkumise menetlus ja heastamismenetlus, mille eesmärk on kaitsta ühenduse huve.³⁵ Need kaks eesmärki võivad kattuda, kuid rikkumismenetluse suunitlusest tulenevalt ei käsitletud asjas *komisjon vs. Saksamaa* lepingu lõpetamise kohustust kui õiguskaitsevahendit. Kohus järgis mehhaanilist huvide eristamist ka küsimuse juures, kuidas suhestub lepingu lõpetamise kohustus õiguskindluse põhimõttega, deklareerides lakooniliselt: „/.../ isegi kui eeldada, et lepingupartner võib lepingu ülesütlemise korral vaidluses hankijaga tugineda nimetatud põhimõtetele, ei saa liikmesriik seda asjaolu kasutada, et õigustada /.../ liikmesriigi kohustuste rikkumise tuvastanud kohtuotsuse täitmata jätmist ning seeläbi pääseda oma vastutusest, mis tuleneb ühenduse õigusest.“ Kohus seega ei kaalunudki eraõiguslikke argumente. Võib järeldada, et liidu huvi hankenormide järgimiseks on eraõiguslikest argumentidest olulisem. Selline lähenemine ühildub ka põhimõttega, et liikmesriik ei tohi oma kohustuste puhul tugineda liidu õigusnorme rikkunud tegevuse tagajärgedele, et seada õiguslik kohustus kui selline kahtluse alla.³⁶ Kohtujurist Trstenjak'i arvates ei saa liikmesriik tugineda kolmandate isikute sellistele õigustele, mille nad said hankija seadusvastase tegevuse tõttu. Põhimõttele *pacta sunt servanda* saab omistada tähtsust üksnes juhul, kui liidu õiguses tunnustatakse selgesõnaliselt riigihankealaseid õigusnorme rikkudes

³¹ M. A. Simovart. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. – *Juridica* II/2011, lk 91.

³² *Komisjon vs. Saksamaa*. Kohtuasi C-503/04, p 29-30.

³³ Euroopa Komisjon on ELTL artikli 258 alusel volitatud alustama rikkumismenetlust liikmesriigi vastu, kes ei ole täitnud aluslepingutest tulenevat kohustust.

³⁴ D. Pachnou. Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness. – *P.P.L.R.* 2000, 2, p 55.

³⁵ Kohtujurist Trstenjak'i 28. märtsi 2007. a ettepanek kohtuasjas C-503/04, p 79.

³⁶ Kohtujurist Alberi 16. juuli 1998. a ettepanek kohtuasjas C-328/96, p 83.

sõlmitud lepingute kehtivuse kaitset.³⁷ Euroopa Kohus valis vastupidise suuna, kinnitades, et ka hankelepingud ei seisa EL õiguse kohaldamisalast väljaspool. Sellest saab järeldada, et rikkumismenetluses eraõiguslikud argumendid tähtsust ei oma. Rikkumismenetluses pole Euroopa Kohus tunnistanud ka õigusrahu argumenti. Asjas *C-17/09* alustas komisjon rikkumismenetlust 10 aastat pärast hankelepingu sõlmimist. Kohus leidis, et komisjon kui aluslepingu kaitsja võib ise otsustada, millal rikkumismenetlusega alustada ning seejuures hõlbida ka siseriiklikus õiguses kehtestatud aegumistähtaegadest.³⁸

Kaasuses *komisjon vs. Saksamaa* jäi vastamata küsimus, kas eraõiguslikud argumendid võiksid olla asjakohased väljaspool rikkumismenetlust (näiteks lepinguosalise poolt esitatud vastuväide siseriiklikus kohtumenetluses). Üldiselt võib järeldada, et eraõiguslike argumentide roll hankelepingu tühisuse tuvastamise nõuetes on teisejärguline. Ehkki õiguskindlus ja *pacta sunt servanda* põhimõtted on tunnustatud liidu ning liikmesriikide siseriikliku õigusega, on liidu huvi hankenormide järgimise vastu primaarne.³⁹ Hankelepingud ei kuulu klassikaliste eraõiguslike lepingute hulka. Hankelepingu üks osapool – hankija – esindab erahuvi asemel avalikku huvi. Hankelepingud on sõlmitud avalike ressursside abil otseselt avaliku huvi täitmiseks (nt koolimaja ehitus) või sellise avaliku huvi täitmise abistamiseks (nt hankija taristu haldamine või töövahendite soetamine). Riik ja tema organid astuvad turusituatsiooni avaliku huvi eesmärgil, avalik võim ei lähtu seetõttu asjade ja teenuste hankimisel samadest kriteeriumidest, mida teevad eraettevõtjad. Avaliku sektori eesmärgiks ei ole maksimeerida kasumit.⁴⁰ Vaieldes õigusrikkumisega võidetud hankelepingu tühisuse tuvastamise üle, tuleb lepingupoolte huvide asemel tähtsustada seega avalikku huvi – s.t mitte lepingupooltele osaks langevat ebamugavust või raskusi, vaid lepingu täitmise katkemisest tuleneda võivaid negatiivseid mõjusid avalikule huvile. Olukorras, kus hankereegleid on rikkunud edukaks osutunud pakkuja või kus hankija on rikkunud reegleid edukaks osutunud pakkuja teadmisel, ei tuleks õiguskindlust üldse arvestada, sest seda ei eksisteeri, kui osapooled on õigusrikkumisest teadlikud.⁴¹

³⁷ Kohtujurist Trstenjak'i 28. märtsi 2007. a ettepanek kohtuasjas C-503/04, p 74.

³⁸ Komisjon vs. Saksamaa. Kohtuasi C-17/09. EKL 2010, lk I-00004.

³⁹ S. Treumer. Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules – the end of the status of concluded public contracts as sacred cows. – P.P.L.R. 2007, 6, p 381.

⁴⁰ C. H. Bovis. EU Public Procurement Law: 2nd Ed. Elgar European Law, 2012, p 11.

⁴¹ S. Arrowsmith (viide 14), p 21.69; S. Treumer (viide 39), lk 381.

Ka õiguskaitsemeetmete direktiividesse sisse viidud tühisuse tuvastamise kontseptsioon on eraõiguslikud argumendid valdavalt kõrvale jätnud. Õiguskaitsemeetmete direktiivides loetletud rikkumiste korral tuleb üldjuhul kohtul lepingu tühisus tuvastada. Vastupidise otsuse tegemisel, s.t õigusvastaselt sõlmitud lepingu kehtima jäämise otsustamisel ei saa kohus võtta arvesse isikute eraõiguslikke huve, vaid üksnes erakorralist avalikku huvi.⁴²

Samas on õiguskindlus autori arvates jätkuvalt aktuaalne täiendavate tühisuse aluste väljaselgitamisel. Eraõiguslikud argumendid aitavad leida hankereeglite rikkumisel tasakaalu tõhusa õiguskaitse põhimõtte ja eraõigusliku õiguskindluse põhimõtte vahel. Eelkõige seab õiguskindlus hankelepingu tühistamise aluste laiendamisele kaks tingimust: ühe menetlusliku ja teise materiaalse. Menetluslikust aspektist peab iga õiguslik vaidlus millalgi leidma oma lõpu. Menetluslike piiranguid, sh nõude aegumistähtaega käsitleb autor alapeatükis 1.3.

Sisulisest aspektist peab rikkumine olema piisavalt raske, et hankest huvitatud isikul tekiks õigus nõuda hankelepingu tühisuse tuvastamist. Ilmselt on kõigis liikmesriikides lepingu tühisuse tuvastamise instituudi eelduseks oluline rikkumine. Saksamaal kehtiv BGB § 134 sätestab, et tehing, mis on seaduses sätestatud keeluga vastuolus, on tühine. Sama sätestab Eestis TsÜS § 87. Vastuolu seadusega ei too mitte alati kaasa tehingu tühisuse. Olukordades, kus selline tagajärg ei ole rikutud keelu mõtteks, tühisuse instituuti kasutada ei saa. Seega on eraõigusliku üldregulatsiooni kohaselt võimalik tehingu tühisus tuvastada vaid olulise seadusrikkumise tagajärjel. Piisavalt oluline rikkumine on liikmesriigi vastutuse aluseks ka EL õiguse rikkumise korral.⁴³ Liikmesriikide vastutuse puhul liidu õiguse rikkumise eest on rikkumine piisavalt oluline, kui liikmesriik eiras oma kaalutusõiguse piire ilmselgelt ja jämedalt, lisaks võib arvestada rikutud õigusnormi selguse ja täpsuse astet, kaalutusruumi ulatust, mille rikutud norm jätab siseriiklikele ametiasutustele, liikmesriigi kohustuste rikkumise või põhjustatud kahju tahtlikku või mittetahtlikku iseloomu, õigusnormi võimaliku rikkumise vabandatavat või mittevabandatavat iseloomu, asjaolu, et mõne liidu institutsiooni suhtumine võis aidata kaasa tegevusetusele või liidu õigusega vastuolus olevate meetmete või praktika rakendamisele.⁴⁴

⁴² Vt 89/665/EMÜ art 2d(3).

⁴³ S. Treumer (viide 39), lk 379-380.

⁴⁴ Brasserie de Pêcheur jt. Liidetud kohtuasjad C-46/93 ja C-48/93. EKL 1996, lk I-01029, p 55-56.

Hankemenetluse kontekstis on rikkumine piisavalt oluline, kui see mõjutas või suure tõenäosusega mõjutas hankemenetluse lõpptulemust ehk edukaks osutunud pakkuja lõplikku väljavalimist.⁴⁵ Selliseks rikkumiseks on kahtlemata hanketeate avaldamata jätmine ja seeläbi õigusvastase otselepingu sõlmimine. Samuti on hankemenetluse lõpptulemus teistsugune, kui hanke võidab pakkuja, kes on õigusvastaselt jäänud menetlusest kõrvaldamata või kelle pakkumus tulnuks tagasi lükata näiteks lubamatu riigiabi korral või hankijaga enne pakkumust peetud tehnilise dialoogi või hindamiskriteeriumide väljatöötamises osalemise tõttu. Samuti on rikkumine oluline, kui hanke võidab pakkuja, kelle pakkumus ei vastanud hindamiskriteeriumidele või kui hindamisel ei võetud arvesse kriteeriume, mis sisaldasid hankedokumentides. Kindlasti tuleb oluliste rikkumise hulka arvata ka tahtlikud hanketulemustega manipuleerimised, nagu näiteks hanke soosikule kätte mängimine. Raske rikkumine võiks olla ka hankija pahauskne käitumine, kui hange jagatakse osadeks eesmärgiga pääseda direktiivi nõuete kohaldumisest. *De minimis* reegli alusel kohalduvad hankedirektiivid üksnes piirmäära ületavate hangete puhul. Piirmäärast allapoole jäävaid hankeid esineb aga palju sagedamini. Direktiivid keelavad hangete poolitamise ja osadeks jagamise, et pääseda direktiivi kohaldumisest, kuid keelu tagajärjed on praktikas olematud.⁴⁶

Seega saab kokkuvõttes järeldada, et täiendavate tühisuse tuvastamise aluste väljaselgitamisel tuleb esmalt hinnata hankereeglite rikkumise raskust. Tegemist peab olema sellise rikkumisega, mis mõjutas või suure tõenäosusega mõjutas hankemenetluse lõpptulemust.

1.2. Lepingueelsete õiguskaitsevahendite prioriteetsus

Üheks oluliseks piiranguks tühisuse tuvastamise aluste laiendamisel on põhimõte, mida autor nimetab lepingueelsete õiguskaitsevahendite prioriteetsuseks. Õiguskaitsevahendid jagunevad hankelepingu sõlmimishetke arvestades kaheks: lepingu eelsed (*pre-contractual*) ja lepingu sõlmimisjärgsed õiguskaitsevahendid (*post-contractual remedies*). Üldise reeglina ei ole EL õigusele omane reguleerida õiguskaitsevahendeid mis tahes liidu õigusvaldkonna ülevõtmise tagamiseks. Selles osas on õiguskaitsemeetmete direktiivid unikaalne näide EL õigusloomest, mis käsitleb ainult õiguskaitsevahendeid.⁴⁷ Õiguskaitsemeetmete direktiividest tulenevad

⁴⁵ S. Treumer (viide 39), lk 389.

⁴⁶ C.H. Bovis (viide 40), lk 254-255.

⁴⁷ D. Pachnou. The Effectiveness of Bidder Remedies for Enforcing the EC Public Procurement Rules. Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, March 2003, p 65.

järgmised lepingueelsed õiguskaitsevahendid: hankelepingu sõlmimise menetluse või hankija otsuste rakendamise peatamine, hankija õigusvastaste otsuste tühistamine, õigusvastaste hankedokumentide parandamise nõue. Lepingujärgsetest õiguskaitsemeetmetest nägid õiguskaitsemeetmete direktiivid kuni 2007. aastani ette üksnes kahju hüvitamise nõude.⁴⁸ Direktiiviga 2007/66/EÜ lisandus lepingujärgsete õiguskaitsemeetmete arsenalile tühisuse tuvastamise kontseptsioon, õigusvastaselt sõlmitud lepingu kehtima jäämisel alternatiivselt hankija trahvimine või lepingu kehtivuse lühendamine.

EL õiguslooja on hankelepingu tühisuse alused sätestanud õiguskaitsemeetmete direktiivi artiklis 2d ammendavalt ega ole soovinud ühtlustada liikmesriikide praktikat karistuste osas, mida kohaldada teiste hankeõiguse rikkumiste korral. Muude rikkumiste korral võivad liikmesriigid tühisuse põhimõtet ebakohaseks pidada, nähes ette alternatiivsed karistused: trahvi määramine või lepingu kehtivuse lühendamine.⁴⁹

Et paremini mõista EL seadusandja eesmärki tühisuse tuvastamise kui õiguskaitsemeetme kujundamisel, tuleks vaadelda selle kontseptsiooni loomise põhjendusi. Õiguskaitsemeetmete direktiivide muutmise ajendiks 2007. aastal oli komisjoni mure kahe riigihankes levinud rikkumise pärast: õigusvastased otselepingud ja hankelepingute allkirjastamisralli (*race to signature*).⁵⁰ Komisjoni hinnangul ei suutnud õiguskaitsemeetmete direktiivid pakkuda nende rikkumiste vastu tõhusat õiguskaitset, direktiivide mõju varieerus liikmesriigiti oluliselt. Lepingute allkirjastamisralli vältimiseks soovis komisjoni kehtestada kohustusliku ooteaja, mille jooksul ei tohi hankija edukaks osutunud pakkujaga hankelepingut sõlmida. Ooteaja kehtestamine parandaks õiguskindlust siseturul ning muudaks õiguskaitsemeetmed tõhusamaks.⁵¹ Tähtaja puudumine, mis võimaldaks tõhusat läbivaatamist lepingu sõlmimisotsuse tegemise ja asjaomase lepingu sõlmimise vahel, on tõsiseks takistuseks nende pakkujate tõhusale õiguskaitsele, keda ei ole veel lõplikult välistatud. Direktiiviga 2007/66/EÜ kehtestati nõue, et pakkumuse edukaks tunnistamise ja lepingu tegeliku sõlmimise vahele peab jääma olenevalt otsuse edastamise viisist 10 või 15 kalendripäeva.

⁴⁸ 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ art 2(1)a, 2(1)b ja 2(1)c.

⁴⁹ 2007/66/EÜ preambula, p 19.

⁵⁰ Commission Staff Working Paper. Annex to the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC. COM (2006) 195, chap. 4.1, 4.2.

⁵¹ Samas, lk 25.

Ooteaja rikkumise tagajärjeks pakkus komisjon tühisuse kontseptsiooni: „Lepingu õigustühisus on erandlik tagajärg, mis kaasneb hankedirektiivi raske rikkumise korral. Kohtul või teisel pädeval läbivaatamisorganil jääks siiski teatav kaalutlemisruum enne sanktsiooni kohaldamist. Ooteaeg ja läbipaistvuskohustuse järgimine on meetmed, mis suurendavad õiguskindlust /.../. Ekstreemsetel juhtudel, kui hankija on neid kohustusi pahauskselt rikkunud ja kohus otsustab lepingu õigustühiseks kuulutada, võib kohus tühisusest tulenevaid tagajärgi kergendada: näiteks võimaluse korral hüvitamine rahas (vältides juba täidetud lepingu osas saadu hävitamist). Veelgi enam, lepingut ei pea õigustühiseks kuulutama, kui läbivaatav organ leiab, et esinevad avalikul huvil põhinevad erakordsed asjaolud.“⁵²

Algselt plaaniski komisjon võimaldada lepingu tühisuse tuvastamise ainult juhtumitele, kus hankija ei ole järginud ooteaja nõuet. Direktiivi menetluse käigus laiendati aga tühisuse tuvastamise kontseptsiooni ka õigusvastaste otselepingute sõlmimisele ja juhtumitel, kus raamlepingu või dünaamilise ostusüsteemi kasutamisel ei ole kohaldatud ooteaega ja on toimunud direktiivi 2b (c) teises lõigus nimetatud rikkumised.⁵³ Komisjon leidis, et olemasolevad õiguskaitsemeetmed ei heidutanud hankijaid õigusvastastest otselepingute sõlmimisest.⁵⁴ Ebaseaduslike otselepingute sõlmimist hindas komisjon sageli esinevaks väärapraktikaks.⁵⁵ Hankija otsus mitte alustada hankemenetlust tähendab sisuliselt otselepingu sõlmimist, mis on liidu riigihankeõiguse kõige tõsisem rikkumine.⁵⁶ Selle vastu võitlemiseks tuli ette näha „tõhusad, proportsionaalsed ja hoiatavad karistused.“ Tühisuse tuvastamise võimaldamist peeti tõhusaimaks viisiks, kuidas taastada konkurents ja luua uued äri-võimalused ettevõtjatele, kellelt on otselepingu sõlmimisega võetud võimalus konkureerida.⁵⁷

Autori hinnangul näitab tühisuse kontseptsiooni kohaldamine sedavõrd piiratud juhtumitele – otselepingud, ooteaja rikkumine ning spetsiifilised rikkumised raamlepingu või dünaamilise ostusüsteemi kasutamisel, kui ei ole kohaldatud ooteaega –, et tühisuse tuvastamist ei peetud õiguskaitsemeetmete direktiivide muutmise ajal parimaks lahenduseks, kuidas heidutada hankijaid EL õiguse rikkumistest. Rõhk asetati lepingueelsete õiguskaitsevahendite kätte-

⁵² Samas, lk 24 ääremärkus 43.

⁵³ J. Golding, P. Henty. The new Remedies Directive of the EC: standstill and ineffectiveness. – P.P.L.R. 2008, 3, p 150.

⁵⁴ Comission Staff Working Paper (viide 50), lk 7, 20.

⁵⁵ Samas, lk 29.

⁵⁶ Stadt Halle ja RPL Lochau. Kohtuasi C-26/03. EKL 2005, lk I-00001, p-d 36, 37, 39.

⁵⁷ Vt 2007/66/EÜ preambula p-d 13, 14.

saadavuse parandamisele läbi kohustusliku ooteaja kehtestamise. Komisjoni pidas eesmärgiks tõhustada lepingu sõlmimisele eelnevaid õiguskaitsemeetmeid, sest vaid lepingueelsetel õiguskaitsevahenditel on potentsiaal ära hoida või kiiresti parandada hankedirektiivide rikkumisi, enne kui on liiga hilja (s.t enne lepingu allakirjutamist).⁵⁸

Komisjon on pidanud lepingueelsete õiguskaitsevahendite eeliseid ilmselgeks: olukordades, kus hankija on teinud õigusvastase otsuse, tuleks kohaldada meetmeid, mis aitaksid olukorda parandada ning vältida hankest huvitatud isikute edasiste huvide kahjustamist. Lisaks vähendab selline lähenemine hilisemate kahju hüvitamise nõuete esitamist ja nende nõuetega seonduvate kulude kandmist. Komisjon jõudis oma raportis järeldusele, et „kõige kohasem suund“ on keskenduda lepingueelsetele õiguskaitsemeetmetele.⁵⁹ Õiguskaitse süsteemil peab olema heidutav mõju (*deterrant effect*) – tõhusate sanktsioonide peamiseks eesmärgiks on suunata hankijaid järgima Euroopa hankeõiguse reegleid.⁶⁰ Kokkuvõttes, tõhustatud heidutus vähendab vaidlustuste arvu, kuivõrd üha enam lepinguid sõlmitakse õiguspäraselt.

Lepingueelsete õiguskaitsemeetmete prioriteetsust on rõhutanud ka Euroopa Kohus mitmetes lahendites: direktiivides sätestatud vaidlustamisprotseduur eeldab tõhusat ja kiiret menetlust, mis on mõeldud kaitsma pakkujaid hankija meelevaldsete otsuste eest ja tagama ühenduse õiguse kohaldamise. Seejuures peaks hankija õigusvastase otsuse läbivaatamine eelkõige toimuma staadiumis, mil rikkumisi on veel võimalik heastada.⁶¹

Eeltoodust järeldub, et nii Euroopa Kohus kui komisjon on andnud prioriteedi lepingueelsetele õiguskaitsevahenditele. Direktiivi 2007/66/EÜ preambula punkt 14 viitab küll tühisusele kui parimale võimalusele konkurentsi taastamiseks ja uute äri võimaluste loomiseks ettevõtjatele, kellelt on ebaseaduslikult võetud võimalus konkureerida, kuid see väide on esitatud õigusvastaselt sõlmitud otselepingute kontekstis – s.t olukorras, kus hankemenetlust ei toimunud ning lepingueelsete õiguskaitsevahendite kasutamine on võimatu. Muude rikkumiste korral tuleks vaidlustus esitada hiljemalt ooteaja kestel enne lepingu sõlmimist.

⁵⁸ Commission Staff Working Paper (viide 50), lk 22.

⁵⁹ Samas, lk 23.

⁶⁰ Samas, lk 28, 34.

⁶¹ Vaata näiteks: komisjon vs. Iirimaa. Kohtuasi C-455/08, EKL 2009, lk I-00225, p 26; komisjon vs. Hispaania. Kohtuasi C-444/06, EKL 2008, lk I-02045, p 44; komisjon vs. Austria. Kohtuasi C-212/02, avaldamata, p 20; Alcatel Austria jt. Kohtuasi C-81/98, EKL 1999, I-07671, p 38.

Tühisuse tuvastamine on asjakohane meede juhul, kui hoolsalt tegutsenud turuosalistel puudus võimalus lepingueelseid õiguskaitsemeetmeid kasutada. Lepingueelsete õiguskaitsevahendite ammendumine peab olema tingitud objektiivsetest põhjustest, mitte hankest huvitatud isiku subjektiivsest olukorrast (näiteks hooletusest või puudulikust õigusteadlikkusest). See tähendab, et lepingu tühisuse tuvastamist ei saa nõuda olukorras, kus tegelikult oli võimalik vaidlustada hankija tegevus hankemenetluse kestel. Näiteks õigusvastase hindamiskriteeriumi kasutamine eduka pakkumuse väljaselgitamiseks on kahtlemata oluline rikkumine, mis võis mõjutada hanke lõpptulemust. Samas on hindamiskriteeriumid avaldatud juba hankemenetluse väljakuulutamise ajal, mistõttu on hankest huvitatud isikutel võimalik neid vaidlustada enne hankelepingu sõlmimist. Lepingueelsete õiguskaitsevahendite kasutamine on seevastu ammendunud olukorras, kui menetluses toimunud rikkumistest teadmist ei saa hankest huvitatud isikutelt eeldada (näiteks korruptiivsel teel suunatud hanked, valeandmete esitamine pakkumuses, pakkuja õigusvastane kõrvaldamata jätmine, hankelepingu lubamatu muutmine).

Sellise tõlgenduse on tühisuse tuvastamise alustel andnud näiteks Inglismaa. Kohtuasjas *ALSTOM Transport v Eurostar International Ltd* kaaluti 2011. aastal esimest korda Inglismaa siseriiklikus õiguses tühisuse aluste kohaldamist.⁶² Kohus leidis, et tühisuse tuvastamine on võimalik siis, kui lepingu sõlmimisele eelnenud õiguskaitsemenetlused ei ole enam rakendatavad. Parem proovida lepingu sõlmimine peatada, kui püüda olemasolevat lepingut lõpetada, eriti olukorras, kus leping on juba täitmisel. Lepingu tühisuse tuvastamine peaks olema asjakohane vaid siis, kui hankija lubamatu tegevuse tõttu osutus lepingueelsete nõuete esitamine võimatuks.⁶³ Sarnase käsitluse on omaks võtnud ka näiteks Šotimaa Parlament direktiivi ülevõtmisel: tühisuse tuvastamine kui heidutus- ja õiguskaitsemeede on reserveeritud kõige tõsisemateks juhtumiteks, kus *rikkumine võttis hankest huvitatud isikult lepingueelsete õiguskaitsevahendite kasutamise võimaluse* ja aset on leidnud huvitatud isikut puudutav „fundamentaalne“ rikkumine, mis võis mõjutada lepingu võitmise tõenäosust.⁶⁴

Autor nõustub sellise tõlgendusega. Otselepingute puhul ongi sisuliselt tegemist olukorraga, kus hankest huvitatud isikul puudus võimalus lepingueelsete õiguskaitsevahendite

⁶² B. Rayment. The remedy of ineffectiveness in the English courts: *ALSTOM Transport v Eurostar International Ltd*. – P.P.L.R. 2011, 6, p 262.

⁶³ Samas, lk 265.

⁶⁴ D. Osler, K. Russell. Overturning an illegal award of contract: a note on *DR Plumbing & Heating Services Limited v Aberdeen City Council*. – P.P.L.R. 2010, 1, p 37.

kasutamiseks. Ooteaja kohaldamata jätmise toob aga õiguskaitsemeetmete direktiivide artikli 2d(1)b sõnastust järgides kaasa tühisuse tuvastamise võimaluse, kui rikkumine jättis läbivaatamist taotleva pakkuja ilma võimalusest kasutada lepingueelseid õiguskaitsevahendeid. Seetõttu tuleks ka muude võimalike tühisuse aluste võimaldamisel lepingueelsete õiguskaitsevahendite prioriteetsust arvestada: tühisuse tuvastamine võiks olla proportsionaalne õiguskaitsemeede olukordades, kus rikkumine oli selline, mille puhul huvitatud isikutelt, kui nad käituvad tavapärase hoolesega, ei oleks saanud eeldada lepingueelsete õiguskaitsevahendite kasutamist.

1.3. Menetluslikud piirangud hankelepingu tühisuse tuvastamise nõude esitamisel

Direktiivi 2007/66/EÜ preambula kohaselt ei ole tühisus automaatne, vaid selle peab kindlaks tegema sõltumatu läbivaatamisasutus. Kohtule on hankelepingu tühisuse tuvastamisel jäetud marginaalne kaalutlemisruum. Direktiiv loetleb tühisuse tuvastamise alused ammendavalt ega jäta aluste esinemisel õigust hankelepingu tühisuse tuvastamata jätta. Ainus kaalutlemisruum on kohtule jäetud direktiivi artikliga 2d(3), mille kohaselt õigusvastaselt sõlmitud hankelepingu võib jätta kehtima, kui „olulise avaliku huviga seotud põhjused nõuavad lepingu mõju säilitamist“.

Olulise avaliku huvi klausli kasutamist on omakorda märkimisväärselt piiratud, keelates olulise avaliku huviga seotud põhjusteks arvata lepinguga otseselt seotud majanduslikud huvid. Raske on ette kujutada juhtumeid, kus olulise avaliku huviga seotud põhjused ei hõlmaks majanduslikke huve ega oleks seejuures seotud otseselt hankelepinguga. Euroopa Kohtu praktikas on avaliku huvi olemasolu tunnustatud avaliku korra tagamise või rahvatervise kaitse vajadusel (sh eesmärgiga tagada ravimite usaldusväärsus ja kvaliteet), samuti avaliku korra tagamisel olukorras, kus ühiskonda ähvardab otsene ja piisavalt tõsine oht. Avalik huvi võib seisneda õppe- ja teadustöö soodustamise vajaduses. Intellektuaalomandi õiguste kaitset on käsitletud kui olulise avaliku huviga seotud põhjust, mis võib õigustada teenuste osutamise vabaduse piiramist.⁶⁵ Teoorias on pakutud, et

⁶⁵ M. A. Simovart. Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules. – Upphandlingsrättslig Tidskrift, 2015 no 1, pp 36-37. Arvutivõrgus: <http://www.urt.cc/?q=node/90> (03.05.2015).

õigusvastasel sõlmitud hankeleping võiks olulise avaliku huvi klausli alusel kehtima jääda näiteks olukorras, kus vastasel korral satuks ohtu suure spordi- või kultuuriürituse läbiviimine.⁶⁶ Samuti annab hankelepingule kaitse vajadus lahendada kiireloomulisi keskkonna-alaseid probleeme (näiteks naftalekete likvideerimine, tammi tugevdamisega soetud ehitustööd).⁶⁷

Kohtu vähest kaalutlemisruumi on teaduskirjanduses kritiseeritud. On leitud, et õiguskaitsemeetmete direktiivide detailne regulatsioon läheb vastuollu menetlusautonoomia põhimõttega, kuivõrd direktiiv eeldab sisuliselt menetlusreeglite kopeerimist, mitte üle võtmist.⁶⁸ Käesoleva töö autor sellise kriitikaga ei nõustu. EL õigus tuleb liikmesriikidel üle võtta nii, et oleks tagatud selle täielik kehtivus. Paraku tekitavad just liikmesriikide omanäolised õigus-traditsioonid tihti õigusselgusetust, viivad EL õiguse kohaldamise liikmesriigiti oluliste erinevusteni ja raskendavad kokkuvõttes hankest huvitatud isikute võimalusi tõhusale õiguskaitsele.⁶⁹ Samuti kipuvad liikmesriigid määratlemata õigusmõistetele andma liiga laia-tähenduslikku tõlgendust.⁷⁰ Seetõttu on EL sekundaarse õiguse detailsem sekkumine riigihankeõiguse harmoniseerimiseks ja ühtsete õiguskaitsemeetmete väljatöötamiseks vajalik ja põhjendatud. Kohtu piiratud kaalutlemisruumi on aga direktiivis tasakaalustatud tühisuse tuvastamise aluste kohaldamisele seatud menetluslike piirangutega.

Esiteks, ooteaja kohaldamisele ning otselepingute sõlmimise keelu suhtes on kehtestatud mitmed erandid. Ooteaega ei pea kohaldama, kui hankemenetluses osales vaid üks pakkuja või kasutatakse raamlepingut või dünaamilist ostusüsteemi. Ooteaega ei pea kohaldama ja otselepingu sõlmimine pole keelatud, kui hankedirektiivid ei nõua lepinguteate avaldamist EL Teatajas (alla piirmäära jäävad hanked ja mitte-prioriteetsed teenused).⁷¹ Direktiivis sätestatud

⁶⁶ M. Motyka-Mojkowski. Economic reasons as a justification for extreme urgency in construction projects for sports events. – P.P.L.R. 2013, 2.

⁶⁷ J. Golding, P. Henty (viide 53), lk 151-152.

⁶⁸ Samas, lk 150-151. Vaata ka: M-J. Clifton. Ineffectiveness - the new deterrent: will the new Remedies Directive ensure greater compliance with the substantive procurement rules in the classical sectors? – P.P.L.R. 2009, 4, p 169; C. Donnelly. Remedies in public procurement law in Ireland. – P.P.L.R. 2009, 1, p 38.

⁶⁹ Comission Staff Working Paper (viide 50), lk 5, 10.

⁷⁰ Samas, lk 15: „/.../ mõnes liikmesriigis annab läbivaatamisõigust omav asutus mõistele „avalik huvi“ liiga laiaulatusliku tõlgenduse. /.../. Selle tagajärjeks on vähene edu lepinguetele õiguskaitsevahenditele tuginemisel, isegi kui rikkumine on läbivaatamisasutuse poolt tuvastatud.“

⁷¹ Uues hankedirektiivis on sarnaselt direktiiviga 2004/18/EÜ piirmäärad jäänud samaks: vastavalt asjade ja teenuste hankimisel 134 000 või 207 000 eurot ning ehitustööde puhul 5 186 000 eurot (2014/24/EU art 4). Mitte-prioriteetsed teenused kuuluvad direktiivi 2004/18/EÜ nimekirja IIB ja direktiivi 2004/17/EÜ nimekirja

reeglid kohalduvad hankemenetlusele üksnes juhul, kui need on piisavas seoses siseturu toimimisega.⁷² Alla piirmäära maksumust jäävad hankelepingute puhul on asjaga seonduv väga väike majanduslik huvi ja põhivabadustele avaldatud toimet tuleks seetõttu pidada liiga ebamääraseks ja kaudseks. Seepärast on väidetud, et piirmäära alla jäävate hangete osas on õiguskaitsemeetmete valik jäetud liikmesriikide otsustada ja subsidiaarsuse põhimõttega oleks vastuolus sellistele hangetele kohaldada õiguskaitsemeetmete direktiivi.⁷³ See seisukoht on vaieldav. Tühisus võib piiratud juhtudel kohalduda ka alla piirmäära jäävate hangete ja mitte-prioriteetsete teenuste puhul. Asjas *Komisjon vs. Prantsusmaa* leidis kohus, et hankijad on ka alla piirmäära jäävaid lepinguid sõlmides kohustatud järgima aluslepingutest sätestatud põhimõtteid.⁷⁴ Ehkki läbipaistvuse põhimõte ei kohusta hankijat formaalset hanketeadet esitama, ei ole läbipaistvuse täieliku puudumise korral teistel ettevõtjatel mingit reaalselt võimalust teatada oma huvist menetluses osaleda.⁷⁵ Vähemalt teatud ulatuses on teavitamiskohustust jaatatud ka mitte-prioriteetsete teenuste puhul.⁷⁶ Eeltoodust johtuvalt võib argumenteerida, et tõhusa õiguskaitse tagamise eesmärgil on *komisjon vs. Saksamaa* kaasusele tuginedes võimalik nõuda lepingu tühisuse tuvastamist.

EL asutamislepingu üldpõhimõtete kohaldamise eelduseks on, et hankelepingutel oleks teatav piiriülene tähtsus,⁷⁷ ka piirmäära alla jäävad hanked ja mitte-prioriteetsed teenused võivad sellele kriteeriumile vastata. EL esmasest õigusest tuleneb sel juhul kohustus huvitatud isikuid hankest teavitada. Teavitamiskohustuse täielik eiramine võib kaasa tuua lepingu tühisuse. Asjas *Wall AG* küsiti Euroopa Kohtult, kas liikmesriigi ametiasutused on kohustatud lõpetama lepingu, mille sõlmimisel on rikutud läbipaistvuskohustust. Kohus vastas, et läbipaistvuskohustuse rikkumisest ei järeldu, nagu riigi ametiasutused oleksid kohustatud lepingu lõpetama või et siseriiklikud kohtud oleksid kohustatud tegema ettekirjutuse *iga kord*,

XVIIIB. Uus hankedirektiiv on teenuste sellise eristamise hüljanud. Mitte-prioriteetsed teenused on nimetatud direktiivi XIV lisas ja neile kohaldatakse lihtsustatud korda.

⁷² Komisjoni tõlgendav teatis, milles käsitletakse ühenduse õigust lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega (2006/C 179/02), 01.08.2006, pkt 1.3. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0801%2801%29&from=EN> (03.05.2015).

⁷³ M-J Clifton. Ineffectiveness - the new deterrent: will the new Remedies Directive ensure greater compliance with the substantive procurement rules in the classical sectors? – P.P.L.R. 2009, 4, p 176-177.

⁷⁴ *Komisjon vs. Prantsusmaa*. Kohtuasi C-263/03, avaldamata, p 32-33.

⁷⁵ *Conorzio Aziende Metano (Coname) vs. Comune di Cingia de' Botti*. Kohtuasi C-231/03, EKL 2005, lk I-07287, p 18, 21.

⁷⁶ Kohtujurist Stix-Hackl'i 14. septembri 2006. a ettepanek kohtuasjas C-532/03, p 83.

⁷⁷ *SECAP ja Santorso*. Liidetud kohtuasjad C-147/06 ja C-148/06, EKL 2008, lk I-03565, p 19-21.

kui teenuste kontsessiooni andmisel on väidetavalt rikutud läbipaistvuskohustust.⁷⁸ Kohus eitas lepingu lõpetamise kohustust „igal korral“, andes mõista, et sageli võivad esineda asjaolud, kus selline õiguskaitsemeede on kohane.⁷⁹ Analoogia korras saab kontsessioonide kohta tehtud järeldust kasutada ka alla piirmäära ning mitte-prioriteetsete teenuste puhul, kui võrd ka kontsessioonide andmisel ei kohaldu hankedirektiivid, vaid EL esmane õigus. Tühisuse tuvastamine õiguskaitsemeetmena võib seega piiratud juhtudel kohalduda vähetähtsate hangete ja mitte-prioriteetsete teenuste puhul.

Teiseks, otselepingute sõlmimise puhul saab hankija vältida lepingu hilisema tühisuse tuvastamise võimalust, kui esitab vabatahtliku eelteate⁸⁰. Vabatahtliku eelteate avaldamine on hankija õigus olukorras, kui ta peab otselepingu sõlmimist lubatavaks, aga tahab õiguskindluse huvides välistada hankelepingu kehtivust puudutavad vaidlused. Teade tuleb avaldada EL Teatajas koos põhjendusega, miks sõlmitakse otseleping. Eelteate avaldamisele järgnevalt ei tohi hankelepingut enne 10 päeva möödumist sõlmida. See minimaalne ooteaeg võimaldab huvitatud isikutel vajadusel otselepingu sõlmimist vaidlustada. Eelteate avaldamine võib olla hankijatele ahvatlev, sest nii välditakse riski, et siseriiklik kohus lepingu hiljem tühiseks tunnistaks. Eelteate avaldamise ebameeldiv külg seisneb aga selles, et eelteate avaldamise fakt iseenesest näitab hankija ebakindlust seoses otselepingu sõlmimise lubatavusega, suurendades hankija otsuse vaidlustamise riski.⁸¹

Vabatahtlik eelteate avaldamine võib anda hankelepingule kaitse isegi juhul, kui tegelikult hankija eksis ja otselepingu sõlmimine ei olnud direktiivi kohaselt lubatud. Küll aga tuleb kontrollida hankija heausksust. Vaidlustuste läbivaatamise eest vastutav asutus on kohustatud hindama, kas hankija toimis muu menetlusliigi kasutamise otsustamisel *hoolikalt* ja kas ta võis usutavalt arvata, et hanketeate avaldamata jätmise eeldused olid *tegelikult* täidetud. Põhjendus peab olema selge ja ühemõtteline.⁸² Liidu seadusandja on soovinud vabatahtliku eelteate avaldamise erandiga omavahel kokku sobitada erinevaid huve: kahju kannatanud ettevõtja huve ehk võimaluse taotleda enne lepingu sõlmimist esialgset õiguskaitset ja

⁷⁸ Wall AG. Kohtuasi C-91/08, EKL 2010, lk I-02815, p 65.

⁷⁹ A. Brown. Changing a sub-contractor under a public services concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main (C-91/08). – P.P.L.R. 2010, 5, p 163.

⁸⁰ Vaata direktiivi 2007/66/EÜ preambula p 26 ja direktiivi 89/665/EMÜ art 2d(4) ja 3a.

⁸¹ A. Brown. When will publication of voluntary ex ante transparency notice provide protection against the remedy of ineffectiveness? – P.P.L.R. 2015, 1, p 15.

⁸² Ministero dell'Interno vs. Fastweb SpA. Kohtuasi C-19/13, avaldamata, p-d 45, 48, 52.

saavutada õigusvastaselt sõlmitud lepingu kehtetuks tunnistamine, aga ka hankija ja väljavalitud ettevõtja huve ehk vältida õiguslikku ebakindlust, mis võib lepingu tühisusest tekkida.⁸³

Kolmas sisuline piirang tühisuse tuvastamise nõude esitamisel on seotud ooteajaga. EL seadusandja on ette näinud, et ooteaja rikkumisega ei kaasne automaatselt lepingu tühisuse tuvastamise võimalikkus. Lepingu tühisus tuleneb, kui on täidetud neli eeldust: (1) hankija ei kohalda ooteaja nõuet; (2) toimunud on mõni muu hankedirektiivi rikkumine; (3) ooteaja kohaldamata jätmise võttis vaidlustuse esitajalt lepingueelsete õiguskaitsevahendite kasutamise võimaluse; (4) hankedirektiivi rikkumine mõjutas vaidlustuse esitaja väljavaateid lepingu sõlmimiseks.⁸⁴ Liidu seadusandja on sellega kinnitanud lepingueelsete õiguskaitsemeetmete kasutamise prioriteetsust.

Neljandaks, õiguskindluse põhimõte seab hankelepingu tühistamise aluste laiendamisele ajalise piirangu. Õigusrahu eeldab, et iga õigusvaidlus peab millalgi saama lõpliku lahendi. Eeskätt õiguskindluse põhimõte nõuab piiri tõmbamist, pärast mida ei saa enam vaidluse esemeks olnud küsimusi tõstatada.⁸⁵ Eraõiguses väljendub õigusrahu printsiip selles, et nõudeõigustele on seatud aegumistähtajad. Ka õiguskaitsemeetmete direktiivide kohaselt peab lepingu tühisuse tuvastamine olema õiguskindluse põhimõttest tulenevalt võimalik piiratud ajavahemiku jooksul.⁸⁶ Täiendavate tühisuse aluste puhul võiks autori arvates analoogia korras kasutada õiguskaitsemeetmete direktiivides ette nähtud aegumistähtaega. Direktiivi 2007/66/EÜ artikli 2f kohaselt on kõige pikem tähtaeg tühisuse tuvastamise nõude esitamiseks 6 kuud alates lepingu sõlmimisele järgnevast päevast.

Tähtajalised piirangud on vajalikud ka praktilisel põhjusel. Mida hiljem toimub hankelepingu vaidlustamine, seda enam on tõenäoline, et lepingu täitmine on faasis, mida pole enam võimalik tagasi pöörata. Kui leping on täidetud, on lepingu tühisuse tuvastamise saavutamine lihtsalt Pürrose võit. Samas võib mõnikord leping esmapilgul olla täidetud, kuid tegelikkuses toimub lepinguliste kohustuste täitmine edasi. Näiteks võib hankeleping olla seotud kauba ostmisega, mille puhul on kokku lepitud ka kaubaga seonduvates hooldustöödes. Kui hanke-

⁸³ Samas, p 63.

⁸⁴ 89/665/EMÜ artikkel 2d (1)b.

⁸⁵ Riigikohtu üldkogu 28.04.2004 määrus nr 3-3-1-69-03, p 32.

⁸⁶ Vt 2007/66/EÜ preambula p 27.

leping seisneb ehitustöodes, mis on juba alanud, ei ole siseriiklik kohus ilmselt nõus hankelepingu tühisuse tuvastamist kaaluma. Hankelepingu tühisuse tuvastamise võimalikkus kasvab aga märkimisväärselt, kui hankelepingu esemeks on teenuste pakkumine.⁸⁷

Kokkuvõtteks saab järeldada, et EL seadusandja on tühisuse tuvastamise kohaldamisele seadnud piiranguid ilmselt sooviga tagada õiguskindlus ja lepingueelsete õiguskaitsemeetmete prioriteetsus. Püütud on leida tasakaal õiguskindlusest tuleneva huvi lepingute kehtima jäämise ning hankenormide raskete rikkumiste vastu tõhusa õiguskaitse võimaldamise vahel. Kõik loetletud piirangud peaksid kehtima ka täiendavate tühisuse aluste korral.

1.4. Hankelepingu tühisuse tuvastamine liikmesriikides

1.4.1. Tühisuse tuvastamise kontseptsiooni erinevad lahendused

Traditsioonilisest eraõiguslikust lähenemisest esineb erandeid siiski ka enne tühisuse tuvastamise kontseptsiooni loomist direktiiviga 2007/66/EÜ. Käesolevas alapeatükis vaatlleb autor lähemalt kahe liikmesriigi praktikat, kus hankelepingu lõpetamise võimalused ei ole piirdunud õiguskaitse direktiivis sätestatud juhtudega – Prantsusmaa ja Iirimaa.

Prantsusmaa halduskohtumenetluse koodeksis⁸⁸ on hankelepingute tühisuse alused reguleeritud analoogselt direktiivi 2007/66/EÜ sätestatud alustega: lepingu tühisuse toob kaasa hanketeate avaldamata jätmine, ooteaja nõude rikkumine ning spetsiifilised rikkumised, mis on toimunud dunaamilise ostusüsteemi või raamlepingu alusel hankides. Kohtunik võib lühendada lepingu kehtivuse tähtaega või trahvida hankijat, kui erakordsetel põhjustel pole lepingu tühisuse tuvastamine avalikes huvides.⁸⁹ Prantsusmaa seadusandlus ei erine palju teistest EL liikmesriikidest ega ole seetõttu käesoleva uurimuse seisukohalt huvipakkuv. Küll

⁸⁷ S. Treumer (viide 39), lk 380-381.

⁸⁸ Code de justice administrative. Partie législative. Prantsuse keeles arvutivõrgus: <http://www.legislationline.org/topics/country/30/topic/83>. Inglise keeles arvutivõrgus: http://www.conseil-etat.fr/content/download/37782/327923/version/1/file/ENG_CJA%20partie%20legislative_MAJ_20141017.pdf (03.05.2015).

⁸⁹ Code de justice administrative. Partie législative, art L551-18 ja L551-19.

aga tasub pöörduda Prantsusmaa kohtupraktika poole, kuivõrd on Prantsusmaa haldusõigus loodud traditsiooniliselt pigem kohtunikuõiguse, mitte niivõrd legislatiivorganite poolt.⁹⁰

Prantsusmaal on enam kui 100 aastat kehtinud Ülemkohtu pretsedent, mille kohaselt võib kohus lepingu kehtetuks tunnistada olukorras, kus on tühistatud tähtsust omav hankija otsus.⁹¹ Kohtuasjas *Martin* lõi Ülemkohus eraldatavate haldusaktide (*l'acte detachable*) teooria, mille kohaselt lepingu sõlmimise otsus on vähemalt intellektuaalsel tasandil eraldatav lepingu allkirjastamisest ja seetõttu vaidlustatav. Teooria võimaldas lepinguvälistel kolmandatel isikutel nõuda hankemenetluses toimunud rikkumiste korral lepingu sõlmimise otsuse tühistamist.⁹² Lepinguvälistel isikutel puudus aga võimalus vaidlustada lepingut ennast. Õigusteoorias on osutatud, et hankelepingu tühistamine eraldatavate haldusaktide tühistamise tõttu on olnud haruldane – eraldavate haldusaktide tühistamisel on olnud „platooniline mõju“. Kohtu sellesisuline otsus ei pruugi kaasa tuua hankelepingu enese tühistamist. Lepingud jäävad tavaliselt jõusse ja täidetakse, nagu lepingu osapooled algselt kokku leppisid.⁹³

Prantsusmaa Ülemkohus on järk-järgult õiguskaitsevahendite tõhususe vajadust arvesse võttes kujundanud kohtupraktikat suunas, et hankemenetluses tehtud otsuse tühistamine ei oleks üksnes sümboolse tähendusega, vaid omaks ka reaalselt mõju.⁹⁴ Asjas *Société Ophrys* tunnistas Ülemkohus kolmandatele isikute õigust kohtu kaudu nõuda, et lepingupooled ise pöörduksid kohtu poole lepingu kehtivuse tuvastamiseks või nõuaksid kohtu kaudu lepingu lõpetamist, kui muud vahendid rikkumise parandamiseks ei ole võimalikud.⁹⁵ Asjas *Tropic Travaux* lõi kohus uue ja spetsiifilise protseduuri, mille kaudu saavad kolmandad isikud hankelepingut vaidlustada.⁹⁶ Aastal 2014 hülgas Ülemkohus lahendis *Tarn-et-Garonne* eraldatavate haldusaktide teooria ja kinnitas kolmandate isikute võimalust piisava huvi korral

⁹⁰ H. Schebesta. Towards an EU Law of Damages. Thesis submitted for assessment with a view to obtaining the degree of Doctor of Laws of the European University Institute. June, 2013, p 145.

⁹¹ Conseil d'Etat, 4. augusti 1905. a otsus nr 14220 (*Martin*). Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007634199&dateTexte> (03.05.2015).

⁹² J-F. Brisson. Recent changes in administrative litigation concerning contracts: on third-party remedies against administrative contracts. *Montesquieu Law Review*, 2015, p 7.

⁹³ S. Treumer (viide 39), lk 372; J-F. Brisson (viide 92), lk 8.

⁹⁴ J-F. Brisson (viide 92), lk 8.

⁹⁵ Conseil d'État, 21. veebruari 2011. a otsus nr 337349 (*Société Ophrys*). Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000023632399&fastReqId=44371893&fastPos=1> (03.05.2015).

⁹⁶ Conseil d'État, 16. juuli 2007. aasta otsus nr 291545 (*Societe Tropic Travaux Signalisation*). Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000018744539&fastReqId=80760831&fastPos=1> (03.05.2015).

hankelepingut või selle osa vaidlustada otse sellesisulise kaebuse esitamisega.⁹⁷ Otsuse tegemisel võeti arvesse Euroopa Liidu õiguses loodud pretsedenti kaasuses *C-503/06* ja direktiivi 2007/66/EÜ, mis avas võimaluse vaidlustada hankelepingu kehtivust pakkujate poolt, kes olid hankemenetluses ebaedukad.⁹⁸ Hoolimata halduskohtumenetluse koodeksi artiklites L. 551-13 jj ettenähtud nõuetest, võivad kolmandad isikud, kelle huve on lepingu sõlmimine või lepingu sätted vastandlikult ja piisavalt otseselt mõjutanud, vaidlustada kohtu kaudu lepingu kehtivust või mõnd lepingutingimust.⁹⁹

Kolmandate isikute käsitus, kes võivad lepingu kehtivust vaidlustada, jaotub kaheks: *requérants privilégiés* (prioriteetsed kolmandad isikud) kellel puudub kohustus oma kaebeõigust põhjendada, ning *requérants ordinaires* (tavalised kolmandad isikud), kes peavad tõestama, et lepingu sõlmimine kahjustab nende huve. Esimesse kategooriasse kuulub näiteks kontrolliõigust teostav avaliku võimu esindaja. Hankelepingust huvitatud isikud, kes olid menetluses ebaedukad, liigituvad teise kategooriasse.¹⁰⁰ Seega ebaedukate pakkujate poolt kohtule esitatud kaebuses tuleb argumenteerida, kas rikkumine võis tõenäoliselt ebasoodsalt mõjutada pakkuja šansse lepingut võita või anda eelise pakkuja konkurendile. Mitte iga rikkumine ei too kaasa lepingu tühisuse tuvastamist. Hankelepingu kehtivuse üle peetavas vaidluses on suur roll omistatud kohtuniku kaalutusõigusele, kes peab „hindama rikkumise tähtsust ja tagajärgi“. Selline kaalutusõigus ei ole Prantsusmaa kohtupraktikat arvestades midagi uut: lai diskretsiooniõigus lepingute lõpetamise otsustamisel on kohtutele omistatud juba alates 2009. aastast. Lepingu lõpetamist kui viimast abinõu rikkumise heastamiseks tuleb kaaluda erilise ettevaatlikkusega: lepingu lõpetamise nõudmine tuleb kõne alla vaid kõige raskemate rikkumiste puhul.¹⁰¹

Kaaludes rikkumise raskust, võib kohtunik võtta vastu ühe järgmistest otsustest: mitte sekkuda lepingu õigusjõudu ehk sedastada, et rikkumine ei takista lepingu täitmist; nõuda lepingupooltelt meetmete tarvitusele võtmist rikkumise parandamiseks, kui selline meede on võimalik ilma lepingut lõpetamata; kui rikkumine ei ole heastatav ega võimalda lepingu

⁹⁷ Conseil d'État, 4. aprilli 2014. a otsus nr 358994 (Département Tarn et Garonne). Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028823786&fastReqId=414600917&fastPos=1> (03.05.2015).

⁹⁸ J-F. Brisson (viide 92), lk 8.

⁹⁹ Département Tarn et Garonne, p 2.

¹⁰⁰ J-F. Brisson (viide 92), lk 10.

¹⁰¹ Samas, lk 11-12.

täitmise jätkamist, on kohtunikul õigus leping tühistada, veendudes eelnevalt, et tema otsus ei kahjusta ülemääraselt avalikku huvi.¹⁰² Lepingu tühisuse tuvastamine võtab lepingult õigusliku jõu. Teine osapool ei saa lepingulisel alusel nõuda ühtegi makset, vaid võib olla kohustatud isegi tagastama talle juba tasutud summad. Lepingust tulenevate õiguste asemel saab pakkuja kahju hüvitamise nõudeõiguse kahel võimalikul alusel: alusetust rikastumisest tulenev kahjuhüvitamise nõue (mis katab ainult tehtud kulutused) või hankija süülisest vastutusest tulenev kahjunõue (mille alusel on põhimõtteliselt võimalik nõuda ka saamata jäänud tulu).¹⁰³

Tulenevalt õiguskaitseüsteemi mitmekesisest võimalustest on väärapraktika vastu suunatud võitlust Prantsusmaal peetud edukaks. Hankemenetluse detailne reguleeritus ja keerukus toob paratamatult kaasa reeglite rikkumist, olgu siis hooletuse või pahausksuse tõttu. Samas on hankereeglite järgimine Prantsusmaal range järelevalve all ja seda mitte üksnes avaliku võimu või Euroopa Komisjoni poolt, vaid ka ebaedukate pakkujate tegevuse läbi, kes on varmad rikkumiste korral kohtuniku poole pöörduma. Õiguskaitsevahendeid on piisavalt, kuivõrd kohtunikele on seadusandja ette näinud või on kohus ise endale läbi tõlgendamise juurde andnud võimuvolitusi rikkumiste karistamiseks.¹⁰⁴

Rikkumine, mis võib kaasa tuua lepingu tühisuse tuvastamise, ei pruugi alati olla seotud ebaausa käitumise või pahausksusega. Leiab aset ka rikkumisi, mis on tingitud hankija puudulikest teadmistest, vajadusest korrigeerida projektist leitud vigu, soovist kasutada paindlikumat menetlust, olemasoleva lepingupartneri eelistamisest, soovist rakendada kohalikku tööjõudu. Rikkumised, mis võivad omada mõju lepingu kehtivusele, on olemuselt väga erinevad: kunstlik hanke osadeks jaotamine, õigusvastase hindamiskriteeriumi kasutamine või kvalifitseerimiskriteeriumite eiramine, vigadega hanketeate avaldamine või ebakohane hankemenetlusest teavitamine, eelnevate läbirääkimiste kuritarvitamine, lepingu muutmine, pakkumuse ebaõige hindamine.¹⁰⁵ Rikkumiste kataloogi, mille esinemisel tuleks alati võimaldada hankelepingu tühisuse tuvastamise nõue, Prantsusmaal koostatud ei ole.

¹⁰² Département Tarn et Garonne, p 4.

¹⁰³ J. Arnould. Damages for performing an illegal contract: the other side of the mirror - comments on the three recent judgments of the French Council of State. – P.P.L.R. 2008, 6, ch. 2.1 – 3.2.

¹⁰⁴ D. Truchet. Basic Principles of the Public Procurement Procedure in France and the Influence of the EU Law, pp 1113 ja 1115. Arvutivõrgus: http://en.iju.hr/ccpa/ccpa/downloads_files/05%20Truchet.pdf (03.05.2015).

¹⁰⁵ Samas, lk 1114.

Teine EL liikmesriik, kus kolmandatel isikutel on olnud hankelepingu kehtivuse vaidlustamise õigus juba enne direktiivi 2007/66/EÜ vastu võtmist, on Iirimaa. Kui Prantsusmaa näite puhul tuletas kohus tühisuse tuvastamise pädevuse endale ise, ilma seadusandja vastavasisulise volitusnormita, siis Iirimaal on kohtule hankelepingu tühisuse tuvastamise õiguse andnud seadusandja. Enne direktiivi 2007/66/EÜ ülevõtmist kehtis Iirimaal avaliku sektori õiguskaitsemeetmete regulatsioon, mis nägi kohtule ette järgmised volitused: (1) tuvastada lepingu või selle sätte tühisus; (2) muuta lepingutingimusi, et kaitsta lepingu osapoolt, kes rikkumise eest ei vastuta; (3) teha kohtu äranägemise järgi muu otsus lepingu või mõne selle sätte osas.¹⁰⁶ Sarnaselt Prantsusmaa kohtupraktikaga, ei ole ka Iirimaa kohtud alid hankelepingu tühisust tuvastama. Mõnel juhul on kohtud siiski hankelepingu tühisuse tuvastanud põhjusel, et hankija ei ole järginud hankemenetluse nõudeid.¹⁰⁷ Asjas *Advanced Totes Ltd* sõlmisid hankija ja pakkuja lepingu totalisaatori teenuse osutamiseks hurtade võiduajamise staadionitel. Kohus tunnistas lepingu tühiseks, leides, et hindamiskriteeriumid, mida rakendati, erinesid oluliselt hindamiskriteeriumidest, mis olid algselt hanketeates avaldatud. Kriteeriumi, mida pakkumuse hindamisel kasutati, ei olnud sõnaselgelt mainitud üheski hankedokumendis, mistõttu rikkus hankija läbipaistvuskohustust.¹⁰⁸

Iirimaa õiguskaitsemeetmete regulatsioonis ei sätestatud, milliste hankenormide rikkumise korral tühisuse tuvastamine kohalduma peaks. Iiri kohtutel oli võimalik hankelepingu tühisuse tuvastada iga menetlusrikkumise puhul,¹⁰⁹ see pädevus ei piirdunud üksnes kolme juhtumiga, mis on sätestatud direktiivi artiklis 2d. Nimetatud kolme aluse puhul on aga kohtul kohustus lepingu tühisuse tuvastada, kui ei esine olulise avaliku huviga seotud põhjuseid lepingu kehtima jätmiseks. Seetõttu direktiiviga 2007/66/EÜ kehtestatud tühisuse tuvastamise kontseptsioon, mis enamikes liikmesriikides oli uudne, pigem kahandab Iiri kohtute diskretsiooni. Õigusteoorias väljendatud kartus, et direktiivi 2007/66/EÜ nõuete ülevõtmine siseriiklikusse õigusesse võib nõrgendada õiguskaitset, saigi tõeks – parandatud regulatsioonist¹¹⁰ ei leia enam viidet, nagu võiks kohus hankelepingu tühisuse tuvastada

¹⁰⁶ Public Sector Remedies Regulations reg. 6(a), 6(b) ja 6(c). Viidatud C. Donnelly artikli järgi (viide 107).

¹⁰⁷ C. Donnelly. Remedies in public procurement law in Ireland. – P.P.L.R. 2009, p 32.

¹⁰⁸ *Advanced Totes Ltd v Bord na gCon* [2006] IESC 17; [2006] 3 I.R. 77; 2006. Arvutivõrgus: <http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2006/S17.html> (03.05.2015).

¹⁰⁹ C. Donnelly (viide 107), lk 39.

¹¹⁰ European Communities (Public Authorities' Contracts) (Review Procedures) Regulations 2010. S.I. No. 130/2010. Arvutivõrgus: <http://www.irishstatutebook.ie/2010/en/si/0130.html> (03.05.2015).

muudel alustel, kui direktiivi 2007/66/EÜ artiklis 2d nimetatud juhtumid.¹¹¹ Kaasuses *Advanced Totes* tühistati leping, sest hindamiskriteeriumi ei olnud hankedokumentides olulise kriteeriumina mainitud. Direktiivi kohaselt selline rikkumine tühisuse tuvastamise aluste hulka ei kuulu. Iirimaa uuest siseriiklikust regulatsioonist leiab siiski sätte, mida kohus võib tulevikus hakata tõlgendama kui volitust hankelepingu tühisus tuvastada ka muudel kui direktiivist ülevõetud kohustuslikel alustel. Regulatsiooni punkt 8(3) sedastab: „Hankelepingust huvitatud isikul on õigus kohtu poole pöörduda, et taotleda lepingu tühisuse tuvastamist.“¹¹²

Prantsusmaa ja vähemalt enne direktiivi 2007/66/EÜ nõuete ülevõtmist ka Iirimaa ei ole ainsad näited, kus hankelepingu kehtivuse vaidlustamise võimalikkust pole välistatud hanke-menetluses toimunud muude rikkumiste korral. Hankelepingu aluseks olnud akti tühistamine muudab kehtetuks hankelepingu ka näiteks Hispaanias,¹¹³ Itaalias võib olla lepingu kehtetus hankemenetluse rikkumise aktsepteeritud tagajärjeks,¹¹⁴ Leedu seadused õiguskaitse-meetmena lepingu tühistamise nõuet otseselt ette ei näe, kuid kohtupraktikas on rakendatud lepingu kehtetust rikkumise tagajärjena.¹¹⁵ Hollandi kohtud on kaalunud, kas EL õiguse rikkumine võib kaasa tuua hankelepingu tühistamise, kui rikkumine on äärmiselt tõsine. Konkreetsetes kaasuses oli rikkumiseks raske huvide konflikt: hanke võitnud pakkuja osales hankija nõustajana hankedokumentide koostamisel, aitas määrata hanke maksumust ning oli eelnevalt saanud endale otselepingu hankega seonduvateks töödeks. Apellatsioonikohus leidis, et Hollandi õigus võimaldab hankelepingu tühisuse tuvastamist, kui on rikutud hankedirektiive ja rikkumine on olnud äärmiselt tõsine (*zeer zwaarwegend*).¹¹⁶ Ülemkohus siiski tühistas otsuse ega leidnud nagu võiks lepingu tühisust niisugusel alusel tuvastada. Norras, kus EL hankeõigus kohaldub, soovitati 2003. a lisada hankeõigusesse sätteid selle kohta, et õigusvastaselt sõlmitud otselepinguid oleks võimalik tühistada, kuid see ettepanek jäi arvestamata.¹¹⁷

¹¹¹ D. Fairgrieve, F. Lichere (ed). *Public Procurement Law. Damages as Effective Remedy*. Hart Publishing, 2011, p 136-137.

¹¹² Samas, lk 136.

¹¹³ M.A. Simovart (viide 8), lk 105.

¹¹⁴ C. Bovis. *EU public procurement law*. Elgar European Law, 2007, p 385-386.

¹¹⁵ Simovart (viide 31), lk 91.

¹¹⁶ A. Tucker. *UNETO v De Vliert (Unreported - Netherlands)*. – P.P.L.R. 1997, 5, pp 1, 4.

¹¹⁷ Treumer (viide 39), lk 371.

Vaadeldes liikmesriikide praktikat, kus hankelepingu tühisuse tuvastamine on olnud võimalik ka enne õiguskaitsemeetmete direktiivide muutmist, saab järeldada, et liikmesriigi seadusandjad ei ole pidanud vajalikuks koostada n-õ raskete rikkumiste kataloogi, mille puhul lepingu tühisuse tuvastamine kõne alla võiks tulla. Rikkumiste kataloogi koostamine, mis alati peaks kaasa tooma hankelepingu tühisuse, pole ka autori arvates praktiline. Esitada saab üksnes orientiirid – millistele kriteeriumidele peaks rikkumine vastama. Küsimus, millal on lisaks õiguskaitsemeetmete direktiivides loetletud juhtudele hankelepingu tühisuse tuvastamine adekvaatne õiguskaitsemeede, on õigem jätta kohtu otsustada. Ainult kohus saab seejuures arvesse võtta kõiki konkreetse kaasuse asjaolusid ja kaaluda erapooletult lepingupoolte, kaebaja ning avalikkuse huve.

Kaasuseid, kus hankeleping oleks tunnistatud tühiseks hankemenetluses toimunud rikkumise tõttu, on liikmesriikide kohtupraktikast raske leida. See näitab, et konkreetsete rikkumiste kataloogi sätestamise asemel kohtule n-õ üldvolituse andmine hankelepingu tühisuse tuvastamiseks ei too kaasa kaebuste laviini. Tühisuse tuvastamise õiguse on kohtud reserveerinud erakordsete rikkumiste puhuks ega võimalda selle õiguskaitsemeetme kasutamist kergekäeliselt.

1.4.2. Eesti Vabariigi praktika

Eestis on hankelepingu tühisuse tuvastamise alused sätestatud riigihangete seaduses (edaspidi RHS).¹¹⁸ Võrreldes direktiivis nõutuga, on Eesti tühisuste aluseid reguleerinud mõnevõrra rangemalt: näiteks seob Eesti õigus hanketeate registris avaldamise kohustuse juba siseriikliku riigihanke piirmäära saavutamise.¹¹⁹ Selline lahendus on seotud Eesti turu väiksusega, Eesti ettevõtted on peaaegu kõik väiksed või keskmise suurusega. 2012. aastal olid alla rahvusvahelise piirmäära 85,5% kõikidest klassikalise sektori hangetest. Reeglite puudumine alla rahvusvahelise piirmäära oleks turule pääsemise takistuseks.¹²⁰ Direktiivis nimetamata, kuid Eesti õiguses kehtestatud täiendav tühisuse alus on seotud väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamisega: riigihanke aruande esitamata jätmisel või

¹¹⁸ Riigihangete seadus. 24.01.2007. – RT I 2007, 15, 76; RT I, 23.03.2015, 1.

¹¹⁹ Siseriiklikud piirmäärad on sätestatud RHS §-s 15: alates 2008. aastast alustatud riigihangetes asjade ja teenuste hankelepingu ning ideekonkursi korral 40 000 eurot, ehitustööde hankelepingu ja ehitustööde kontsessiooni korral 250 000 eurot.

¹²⁰ E-riigihangete keskkond. Kaasamine uue riigihangete seaduse loomiseks. Kaasamine I, 11.02.2014. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/kaasamine> (03.05.2015).

hankes osalenud pakkujatele nõutud tagasiside andmata jätmisel on võimalik nõuda lepingu tühisuse tuvastamist.¹²¹

Direktiivi nõuetest rangemalt sätestatud on ka kohustusliku ooteaja rikkumise tagajärjed. RHS § 69 lg kohaselt on enne ooteaja möödumist sõlmitud hankeleping tühine. Direktiivi nõuetest rangem reguleerimine tuleneb asjaolust, et Eesti õiguses on ooteaja nõue sätestatud 2001. aasta 1. aprillist, seega juba enne Eesti ühinemist Euroopa Liiduga. Samuti oli varem kehtinud RHS §-ga 52 kehtestatud hankelepingu tühisus ooteaja nõude rikkumisel.¹²² Direktiivi 2007/66/EÜ ülevõtmisel 2009. aastal ei nähtu eelnõu seletuskirjast¹²³, nagu oleks RHS-i muutmisel kaalutud, kas ooteaja nõude rikkumisel on automaatselt alati tagajärjeks tühisuse tuvastamise nõude võimaldamine. Uue riigihangete seaduse väljatöötamisel tasuks kaaluda ooteaja nõuete rikkumise õiguslike tagajärgede leevendamist – ainult ooteaja nõude järgimata jätmise fakt ei peaks *a priori* kaasa tooma lepingu tühisuse tuvastamise võimaluse. Olukorras, kus hanget ei oleks võitnud ükski teine pakkuja, ei peaks tühisuse tuvastamise nõue olema hankest huvitatud isikutele võimaldatud. See aitab kaitsta lepingute õiguskindlust seal, kus rikkumine nagunii hankemenetluse lõpptulemust ei moonutanud.

Tühisuse alused on RHS-s ammendavalt loetletud. Muud hankemenetluses toimunud rikkumised RHS § 4 lg 2 ls 2 kohaselt hankelepingu kehtivust ei mõjuta. Seadusandja näib olevat võtnud tühisuse aluste laiendamise suhtes eitava positsiooni: 2013. aastal riigihangete seaduse muutmise ajal tegi Eesti Kaubandus-Tööstuskoda ettepaneku võimaldada pakkujale hankelepingu tühisuse tuvastamise taotlus ka juhul, kui raamleping sisaldab kõiki hankelepingu tingimusi, kuid hankija ei ole lähtunud nendest tingimustest hankelepingu sõlmimisel. See aitaks Kaubandus-Tööstuskoja hinnangul praktikas pakkujal paremini oma õiguseid kaitsta. Seadusandja ettepanekuga ei arvestanud, leides, et sellist tühisuse tuvastamise alust ei ole direktiivis ette nähtud ning puuduvad põhjendused, miks peaks antud küsimust reguleerima rangemalt. Kardeti pahatahtlikult esitatud vaidlustuste arvu suurenemist.¹²⁴

¹²¹ RHS § 69 lg 1¹ p 3.

¹²² Riigihangete seadus v.r., 19.10.2000. – RT I 2000, 84, 534; RT I 2005, 18, 105.

¹²³ Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse 665 SE III eelnõu ja seletuskiri. Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/c09c3849-049e-79eb-4988-bcc00e1a2fe7/Riigihangete-seaduse-ja-sellega-seonduvate-seaduste-muutmise-seadus/> (03.05.2015).

¹²⁴ Riigihangete seaduse ja halduskohtumenetluse seadustiku muutmise seaduse 474 SE eelnõu. Märkuste ja ettepanekute tabel. Kättesaadav internetist: <http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ea657bca-5869-4072-8199-c0065299a7bb/Riigihangete-seaduse-ja-halduskohtumenetluse-seadustiku--muutmise-seadus/> (03.05.2015).

Seadusandja soovi tühisuse tuvastamise aluseid mitte laiendada ilmestab tõsiasi, et RHS § 4 lg 2 lausega 2 analoogiline säte sisaldub ka väljatöötamisel olevas eelnõus. Rahandusministeeriumi hinnangul majanduse tõhusa toimimise huvides ei ole otstarbekas sätestada iga RHS rikkumise puhul hankelepingu automaatset tühisust ja RHS-s on piisavalt tagatud tõhus õiguskaits. ¹²⁵

Autori hinnangul kitsendab RHS § 4 lg 2 ls 2 hankest huvitatud isikute kaebeõigust põhjendamatult. Teaduskirjanduses on argumenteeritud, et säte ei oma olulist õiguslikku tähendust: väheoluliste rikkumiste korral ei saabuks hankelepingu tühisus tulenevalt eraõiguses kehtivas üldregulatsioonist, EL aluspõhimõtete rikkumise korral aga saabub tühisus sõltumata samast sättest. ¹²⁶

Näiteks hankelepingu õigusvastane muutmine on Euroopa Kohtu praktika kohaselt keelatud ja peab tooma kaasa uue hankemenetluse. Tegemist on lepinguosaliste poolt toime pandud rikkumisega, mis samuti peaks kaasa tooma lepingu tühisuse tuvastamise õiguse. ¹²⁷ Ometi sätestab RHS § 69 lg 5, et hankelepingu õigusvastane muutmine ei mõjuta hankelepingu kehtivust. RHS seletuskirjast nähtub, et RHS koostati eeldusega, et isegi kui hankija on nõus lepingu õigusvastaste muudatustega, ei mõjuta see muudetud lepingu kehtivust, vaid toob hankijale kaasa haldusvastutuse.

RHS § 4 lg 2 ls 2 välistab ka korrupsiooni läbi võidetud hankelepingu kehtivuse vaidlustamise. M. A. Simovart on argumenteerinud, et korruptiivsete tegudega sõlmitud hankelepingud on tühised, kuivõrd avaliku teenistuse seaduse ja korrupsioonivastane seaduse regulatsioon on RHS suhtes erinormiks ja on seetõttu üldnormi suhtes ülimuslik. ¹²⁸ Varasemalt kehtinud ATS ja KVS loetlesid keelud, mille rikkumisel on ametniku tehtud tehingud tühised. 2012. aastal võeti aga vastu uus avaliku teenistuse seadus ja korrupsioonivastane seadus ¹²⁹, kus keelatud tehingute tühisuse reeglit sätestatud ei ole. Seega neist seadustest enam erinormi ei tulene. See aga ei tähenda, nagu poleks korruptiivsel teel sõlmitud lepingute kehtivust võimalik vaidlustada. Põhimõtteliselt on eeltoodud järeldus

¹²⁵ Autori teabepäring Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonnale. Vastused autori valduses.

¹²⁶ M. A. Simovart (viide 8), lk 120-121.

¹²⁷ Vaata hankelepingu õigusvastase muutmise ja tühisuse tuvastamise seose kohta alapeatükki 2.2.

¹²⁸ M. A. Simovart (viide 8), lk 111.

¹²⁹ Avaliku teenistuse seadus. 13.06.2012. – RT I, 06.07.2012, 1; RT I, 29.06.2014, 109; Korrupsioonivastane seadus. 06.06.2012. – RT I, 29.06.2012, 1; RT I, 12.07.2014, 1.

jätkuvalt adekvaatne. Autori hinnangul võib erinormiks olla näiteks TsÜS § 86, mille kohaselt heade kommete või avaliku korraga vastuolus olev tehing on tühine. Karistusseadustik¹³⁰ § 300 sätestab kuriteokoosseisu riigihanke menetluse nõuete rikkumise eest menetluses osalejale eelise andmise eesmärgil või seaduse kohaselt nõutavat riigihanke menetlust korraldamata hankelepingu sõlmimise eest eelise andmise eesmärgil. Tehingud kuriteo või muu õigusvastase teo toimepanekuks ja nende tegudega seotud tehingud on üldlevinud arusaama järgi heade kommete ja avaliku korraga vastuolus.¹³¹

Korruptiivsel teel omandatud hanked on samaväärsed otselepingu sõlmimisega selle erinevusega, et kui otselepingu puhul ei saa alati tuvastada hankija pahauskust ja tahtlust, siis korruptiivsel teel hanke oma soosikule kätte mängimisel on tahtlus ja pahauskne käitumine paratamatu. Hankija haldusvastutus või hankija ametniku karistusõiguslik vastutus, mis sellisel juhul kaasneks, ei mõjuta aga korruptiivsel teel omistatud hankelepingu kehtivust. Puudub igasugune õigustus, miks hankest huvitatud isikud ei saaks nii raske rikkumise korral pöörduda kohtu poole ja taotleda lepingu tühisuse tuvastamist. Korruptiivsel teel võidetud hankelepingute tühisuse tuvastamise õigus tuleneb autori arvates ka EL õigusest, sest tühisuse tuvastamise nõudeõiguse keelamine võib hankest huvitatud isikud jätta ilma igasugusest õiguskaitsest. See oleks vastuolus tõhusa õiguskaitse põhimõttega.

Võimalus tugineda TsÜS-le kui erinormile RHS § 4 lg 2 ls 2 suhtes on jaatanud ka Riigikohus. Asjas 3-3-1-100-06 nõudis hanke võitnud ettevõtja konkurent sõlmitud lepingu tühisuse tuvastamist muuhulgas põhjusel, et leping erines pakkumise kutse dokumentides toodud tingimustest. Riigikohus leidis, et TsÜS § 87 kohaselt on seadusest tuleneva keeluga vastuolus olev tehing tühine, kui keelu mõtteks on keelu rikkumise korral tuua kaasa tehingu tühisus, eelkõige juhul, kui seaduses on sätestatud, et teatud tagajärg ei tohi saabuda. Kohtu hinnangul ühelegi sellise keelu rikkumisele kaebaja ei viidanud.¹³² Tuginemine TsÜS §-le 87 ei välistatud seega absoluutselt, vaid üksnes antud juhtumi asjaolusid silmas pidades.

Asjas 3-3-1-66-10 tuvastas Riigikohus 49 aasta pikkuse kontsessioonilepingu tühisuse TsÜS § 87 alusel, kus RHS-s puudus regulatsioon, mis näeks ette õigusliku tagajärje olukorra jaoks,

¹³⁰ Karistusseadustik. 06.06.2001. – RT I 2001, 61, 364; RT I, 12.03.2015, 7.

¹³¹ I. Kull jt. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura, 2010, lk 273.

¹³² Riigikohtu halduskollegiumi 10. mai 2007 otsus nr 3-3-1-100-06, p-d 5, 21.

kui kontsessiooni andmisel on oluliselt rikutud nii asutamislepingut kui ka RHS-i.¹³³ Haldusasjas 3-3-1-39-12 jaatas Riigikohus võimalust tugineda TsÜS § 87: „/.../ kui lähtuda tõlgendusest, et tühisuse alused on piiratud üksnes RHS § 69 lg-tega 1 ja 1¹, ei pruugi selline lähenemine alati vastata Euroopa Kohtu praktikas kujundatud seisukohtadele, et kui riigihanke korraldamisel on oluliselt rikutud ELTL artikleid 49 ja 56, peab sellisele olulisele rikkumisele vastanduma tõhus kohtulik õiguskaitsevahend. /.../ Seega kui tuvastatakse, et kontsessiooni andmisel on oluliselt rikutud ELTL artikleid 49 ja 56 /.../ ja RHS alusel ei ole võimalik sellise lepingu tühisust tuvastada, tuleb kohtul kaaluda, kas jätta RHS § 4 lg 2 kohaldamata ning rakendada TsÜS § 87. Tühisuse saab tuvastada, kui riigihangete seaduse rikkumine toob kaasa tühisuse tuvastamise nõude esitaja õiguste rikkumise.“¹³⁴ Kuigi seadusandja on direktiivi 2007/66/EÜ nõuded RHS-i sisse viinud ja sätestanud sõnaselged tühisuse alused, ei tähenda see, et need oleksid ammendavad – esineda võib olukordi, kus rikutakse ELTL aluspõhimõtteid, mis ei vasta otseselt RHS § 61 lg-s 1¹ sätestatule, kuid mille tulemuseks peab siiski olema hankelepingu kehtetus.¹³⁵ Hankelepingu tühisuse saab tuvastada TsÜS § 87 alusel koostoimes RHS-st tuleneva konkreetse keelunormiga.¹³⁶ Näiteks on rikutud keelu eesmärgiks võimalik pidada hankelepingu tühisuse saabumist juhul, kui EL hankeõiguse üldpõhimõtete (RHS § 3 ja ELTL artiklite 49 ja 56) jämedal rikkumisel on sõlmitud põhjendamatult pikaajaline hankeleping.¹³⁷

Seega on RHS § 4 lg 2 ls 2 eksitav, kuivõrd annab hankelepingu pooltele alusetu kindlustunde, nagu oleks lepingu kehtivus *a priori* kaitstud mis tahes muude rikkumiste korral, mille eest RHS otsesõnu tühisuse tuvastamise võimalust ette ei näe. Autori hinnangul tuleks veel kord kaaluda, kas väljatöötamisel olevasse riigihangete seaduse eelnõusse on siiski põhjendatud samasisuline säte lisada.

Võib järeldada, et Riigikohtu praktika on hankelepingu tühisuse tuvastamise osas mõnevõrra sarnane eelmises alapeatükis kirjeldatud Prantsusmaa ja Iirimaa praktikaga – s.t seadusandja asemel (ja mõnikord seadusandja kehtestatud regulatsiooni kiuste) avardab just kohtuvõimu initsiatiiv hankest huvitatud isikute kasutuses olevate õiguskaitsevahendite ulatust.

¹³³ Riigikohtu halduskolleegiumi 27. oktoobri 2010 otsus nr 3-3-1-66-10, p 17-19.

¹³⁴ Riigikohtu halduskolleegiumi 5. novembri 2012 otsus nr 3-3-1-39-12, p 24.

¹³⁵ M. A. Simovart (viide 31), lk 95-96.

¹³⁶ K. Merusk jt. Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura, 2013, lk 741.

¹³⁷ M. A. Simovart (viide 8), lk 103, 109.

Hankelepingu tühisuse tuvastamise aluste laiendamisel on üheks hirmuks just vaidlustuste arvu massiline kasv. Sarnaselt teiste liikmesriikide praktikaga, ei ole aga Eestis tühisuse tuvastamine õiguskaitsevahendina populaarne (seda võib öelda lepingu sõlmimisele järgnevate õiguskaitsevahendite kohta üldiselt, sest ka kahjunõuded on haruldased). Lepingujärgsete õiguskaitsevahendite kasutamise statistika Eestis on järgmine:¹³⁸

Aasta	Hankelepingu tühistamine	Kahju hüvitamine
2011	3	0
2012	1	1
2013	5	1
2014	2	2

Eeltoodu statistikat ja teiste liikmesriikide praktikat uurides ei tohiks hirmud vaidlustuste arvu hüppelise kasvu osas olla adekvaatsed.¹³⁹ Lepingujärgsete õiguskaitsemeetmete vähene kasutus on tingitud asjaolust, et hankelepingu tühisuse tuvastamine on erandlik ja n-ö viimane meede, mida rakendatakse üksnes eriti tõsiste õigusrikkumiste suhtes ja olukorras, kus rikkumist ei ole võimalik tavapärase vaidlustamismenetluse kaudu heastada.

Vahekokkuvõtte

Täiendavate tühisuse aluste kohta ei ole mõistlik koostada n-ö rikkumiste kataloogi, mille puhul oleks alati tühisuse tuvastamise nõudeõigus põhjendatud. Samas on võimalik esitada üldised kriteeriumid, millele esinemisel tühisuse tuvastamise nõuet jaatada. Esiteks, õiguskindluse põhimõtte kohaselt on tühisuse tuvastamine õiguskaitsevahendina võimalik ainult kõige raskemate rikkumiste korral. Hankemenetluse kontekstis on rikkumine piisavalt oluline juhul, kui see mõjutab või suure tõenäosusega mõjutab hankemenetluse lõpptulemust.

¹³⁸ Vaidlustuskomisjoni statistika. Kajastab nii läbi vaatamata jäetud kui ka menetletud nõudeid. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/vaidlustuskomisjoni-statistika> (03.05.2015).

¹³⁹ Vaidlustuskomisjoni statistika kohaselt puudutas 2014. aastal menetlusse võetud 226 vaidlustusest hankelepingu tühisuse tuvastamist 0,3% nõuetest. Riigihankealasest õiguskirjandusest ei ole võimalik leida teiste liikmesriikide osas statistikat, mis väidaks, nagu oleksid lepingujärgsed õiguskaitsemeetmed sagedasti kasutatavad. Inglismaal kasutati näiteks esimesti korda siseriiklikus kohtus tühisuse tuvastamise nõuet 2011. aastal (vt viide 62). Euroopa Kohtusse on autorile teadaolevalt jõudnud vaid 1 hankelepingu tühisust puudutav vaidlus.

Teiseks, EL seadusandja tahe tühisuse tuvastamise kontseptsiooni väljatöötamisel on olnud suunatud eesmärgile tõhustada lepingueelseid õiguskaitsemeetmeid ja heidutada hankijaid rikkumiste toimepanemisest. Sellest johtuvalt kehtib täiendavate tühisuse aluste tuletamisel lepingueelsete õiguskaitsemeetmete prioriteetsuse reegel. See tähendab, et tühisuse tuvastamine on lubatav vaid olukorras, mil rikkumine ei võimaldanud hankest huvitatud isikul kasutada lepingueelseid õiguskaitsevahendeid. Lepingueelsete õiguskaitsevahendite ammendumine peab olema tingitud objektiivsetest põhjustest, mitte hankest huvitatud isiku subjektiivsest olukorrast. Hankest huvitatud isik ei saa nõuda lepingu tühisuse tuvastamist, kui oli võimalik vaidlustada hankija tegevus hankemenetluse kestel. Lepingueelsete õiguskaitsevahendite kasutamine on ammendunud, kui menetluses toimunud rikkumistest teadmist ei saa hankest huvitatud isikutelt eeldada (näiteks korruptiivsel teel suunatud hanked, valeandmete esitamine pakkumuses, pakkuja õigusvastane kõrvaldamata jätmine, hankelepingu õigusvastane muutmine).

Kolmandaks, hankedirektiivid ja õiguskaitsemeetmete direktiivid seavad lepingu tühisuse tuvastamisele mitmeid menetluslikke piiranguid. Erinevalt tavapäraest tsiviilõiguse õiguskaitsevahenditest annab tühisuse tuvastamine võimaluse lepingu kehtivusse sekkuda ka kolmandatel isikutel, mistõttu on põhjendatud kaebeõigusele menetluslike piirangute seadmine. Kohus võib õigusvastaselt sõlmitud hankelepingu jätta kehtima, kui „olulise avaliku huviga seotud põhjused nõuavad lepingu mõju säilitamist“. Tühisuse tuvastamist ei saa nõuda, kui EL õigus ei nõua lepinguteate eelnevat avaldamist EL Teatajas. Direktiivis sätestatud reeglid kohalduvad hankemenetlusele üksnes juhul, kui need on piisavas seoses siseturu toimimisega. EL asutamislepingu üldpõhimõtete kohaldamise eelduseks on, et hankelepingutel oleks teatav piiriülene tähtsus. Tühisuse tuvastamist ei saa nõuda, kui hankija on esitanud vabatahtliku eelteate ja eelteate avaldamisest on möödunud rohkem kui 10 päeva. Vabatahtlik eelteate avaldamine võib anda hankelepingule kaitse isegi juhul, kui tegelikult hankija eksis ja otselepingu sõlmimine ei olnud lubatud. Kontrollida tuleb hankija heausksust. Samuti piiravad tühisuse tuvastamise nõudeõigust direktiivis esitatud tähtajad. Iga vaidlus peab millalgi lõppema, lepingupooltel peab tekkima teatud ajaperioodi möödudes kindlus, et lepingu õigusjõud on garanteeritud. Õigusrahu tagamiseks peaks hankelepingu tühisuse tuvastamise nõue olema võimaldatud maksimaalselt 6 kuu jooksul rikkumise toimepanemisest.

2. Täiendavad hankelepingu ülesütleamise alused uutes hankedirektiivides

2.1. Tühisuse tuvastamise piiritlemine lepingu ülesütleamise instituudist

Lepingu tühisuse tuvastamise alused on õiguskaitsemeetmete direktiivides ammendavalt loetletud. Sellele vaatamata võib EL sekundaarsest õigusest tuua vähemalt kolm näidet, kus teatavad menetluslikud rikkumised toovad samuti kaasa lepingu lõpetamise võimaluse. Nimelt uue hankedirektiivi 2014/24/EU artikli 73 kohaselt peab siseriiklikus õiguses olema võimalik hankeleping lõpetada, kui: (1) toimub hankelepingu lubamatu muutmine, (2) hankija on kohustusliku kõrvaldamise aluse esinemisel jätnud pakkuja kõrvaldamata või (3) rikkumise on tuvastanud Euroopa Kohus.¹⁴⁰ Tühisuse tuvastamise kontseptsiooni on nende alustega vähemalt kaudselt edasi arendatud, kuivõrd annab artikkel 73 juurde võimalusi õigusvastaselt sõlmitud hankelepingu lõpetamiseks.¹⁴¹ Veelgi enam, artiklis 73 kasutatud väljend „vähemalt järgmistel juhtudel“ annab liikmesriikidele vabaduse lepingu lõpetamise diskretsiooniõigust laiendada. Näiteks võib lepingu lõpetamise diskretsiooni laiendada ka juhtumitele, mis jäävad lepingu täitmise faasi. See tugevdaks hankereeglite printsiipiaalsust ja muudaks lepingu täitmise faasi läbipaistvamaks.¹⁴² Täiendavate lepingu lõpetamise aluste lisandumine EL õigusega on märk sellest, kuidas EL õiguse tõhusama kohaldamise vajaduse eesmärgil sekkutakse hankemenetluse regulatsiooni ka lepingute täitmise faasi. Täiendavad lõpetamise alused on hankijale võimaldatud just tulenevalt eriti tõsiste aluspõhimõtete rikkumise korral.¹⁴³

Artiklis 73 sätestatud hankelepingu lõpetamise võimalus erineb oluliselt tühisuse tuvastamisest. Eraõiguses eristatakse lepingute õigusjõu lõppemisel erinevaid õiguslikke institute. Kõige tavalisem on lepingu ülesütlemine (või taganemine) lepinguliste kohustuste rikkumise

¹⁴⁰ Autor viitab ülesütleamise aluste osas parema jälgimise huvides läbivalt direktiivi 2014/24/EU artiklile 73, kuid analoogne regulatsioon on sätestatud ka direktiivides 2014/23/EL (art 44) ja 2014/25/EL (art 90).

¹⁴¹ R. Caranta. The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works. – C. M. L. R., 2015, p 449; T. Kotsonis. The 2014 Utilities Directive of the EU: codification, flexibilisation and other misdemeanours. – P.P.L.R. 2014, 4, 186.

¹⁴² H-J. Priess. The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive. – P.P.L.R. 2014, 3, p 116.

¹⁴³ Vt 2014/24/EU preambula, p 112.

korral.¹⁴⁴ Samuti võib eraõiguslik tehing olla tegemise järel küll kehtiv, kuid teatud puuduste tõttu hiljem ühepooselt tühiseks muudetav ehk tühistatav. Tühistamisõigus eksisteerib tehingute suhtes, mille tegemisel esinenud erandlike asjaolude tõttu ei vasta tehing isiku tegelikule tahtele, kuna tahteavaldus ei lähtu tegelikust tahtest (ähvardus, vägivald) või oli tahe kujunenud tehinguga seotud tegelikke asjaolusid mitte teades (eksimus, pettus).¹⁴⁵ Eraõiguslikud tehingud võivad olla kehtetud ka tegemisest alates ehk tühised, näiteks Eesti õiguse järgi: piiratud teovõime (TsÜS § 10-12), otsustusvõimetus (TsÜS § 13), esindusõiguse puudumine (TsÜS § 128-129), vormivead (TsÜS § 83) või lepingu sisust tulenevad põhjused (TsÜS § 86-89). Tehing on tühine objektiivselt, eraõiguslike tehingute puhul ei ole eraldi tehingu tühisuse tuvastamiseks hagi vaja esitada. Seevastu hankemenetluses toimunud raske rikkumise tagajärjel sõlmitud leping ei ole tühine automaatselt, vaid saabub kohtu poolt tehtud vastava otsuse tagajärjel.

Õiguskaitsemeetmete direktiivides sätestatud tühisuse tuvastamise kontseptsioon, mis eeldab kõrvalise erapooletu asutuse otsust, ühildub kõige enam tehingu tühisuse tuvastamise instituudiga. Eesti õiguses on tegemist TsÜS § 87 kohaldamise erijuhtumiga – seadusest tuleneva keeluga vastuolus olev tehing on tühine. Kui tühisus keelu rikkumise tagajärjena on sätestatud eriseaduses, puudub vajadus TsÜS § 87 kohaldamiseks.¹⁴⁶ Eesti on direktiivis 2007/66/EÜ sätestatud keelud, mille rikkumine peab kaasa tooma tühisuse, üle võtnud riigihangete seadusesse, mistõttu tuleb hankest huvitatud isikul vaidlustust või kaebust esitades tugineda RHS §-le 69.¹⁴⁷

Ehkki see, kuidas direktiivi artikkel 73 üle võetakse, jääb liikmesriigi otsustada, kasutavad liikmesriigid tõenäoliselt tavapärasest lepingu lõpetamise regulatsiooni. Eesti õiguses oleks tegu ülesütlemise või taganemisega. Eestis ongi direktiivi sätte ülevõtmine väljatöötatavas riigihangete seaduse eelnõus lahendatud selliselt, et lisaks VÕS-is toodud alustele on hankijal võimalik leping üles öelda (või taganeda) ka direktiivi artiklis 73 toodud alustel.¹⁴⁸

¹⁴⁴ VÕS § 116 lg 1: „Lepingupool võib lepingust taganeda, kui teine lepingupool on lepingust tulenevat kohustust oluliselt rikkunud /.../.“ VÕS § 116 lg 6 sätestab: „Kui oluliselt rikutakse kehtivale lepingule, võib kahjustatud lepingupool selle /.../ üles öelda.“

¹⁴⁵ I. Kull jt. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne, lk 260.

¹⁴⁶ Samas, lk 283.

¹⁴⁷ Tühisuse tuvastamise alused loetleb RHS § 69 lg 1¹.

¹⁴⁸ Rahandusministeeriumi vastus autori selgitustaotlusele. Vastused autori valduses.

Direktiivi artikli 73 erinevus tühisuse tuvastamisest seisneb selles, et tulemuseks ei ole lepingu tühisus, vaid lepinguliste kohustuste lõppemine. Tühine tehing ei loo õiguslikke tagajärgi, see on kehtetu algusest peale. Eesti õiguses tagastatakse tühise tehingu alusel saadu TsÜS § 84 lg 1 kohaselt vastavalt alusetu rikastumise sätetele. Erinevalt tühisuse tuvastamisest ei muuda ülesõtlemine lepingut tagasiulatuvalt kehtetuks. Lepingust kuni selle ülesõtleamiseni tekkinud õigused ja kohustused jäävad kehtima. Lepingu ülesõtlemine on ühepoolne tahteavaldus, lepingupoole kujundusõigus. Hankelepingu õigusjõud lõpeb hankija vastavasisulise tahteavaldusega.¹⁴⁹ Kui hankelepingu täitja ülesõtlemisega ei nõustu, peab ta pöörduma hankelepingu täitmise nõudega kohtusse. Sellisel juhul hindab kohus hankelepingu ülesõtleamise õiguse olemasolu.

Erinevalt õiguskaitsemeetmete direktiivides sätestatud tühisuse tuvastamise kontseptsioonist ei ole hankedirektiivi artiklis 73 loetletud ülesõtleamise alused käsitletavad hankest huvitatud isikute õiguskaitsemeetmena. See on hankija õigus. Hankelepingu tühisuse tuvastamine ei ole aga kummagi lepingupoole kujundusõigus. Kui eraõiguslike lepingute ülesõtlemissõigus kolmandatel isikutel puudub, siis hankelepingu tühisuse tuvastamine on mõeldud tagama eelkõige hankest huvitatud isikutele tõhusa õiguskaitse. Tühisuse tuvastamise nõude esitamine ei eelda lepinguosaliste nõusolekut ega isegi mitte huvide kaalumist¹⁵⁰, seevastu lepingu ülesõtleamise õiguse olemasolu tuleb üldjuhul välja selgitada poolte huvide kaalumise teel.¹⁵¹ Tõsi, kui erisätetes on antud võimalus lepingu erakorraliseks ülesõtlemiseks, puudub vajadus poolte huvitsid kaaluda.¹⁵²

Tekib küsimus, kas lepingu ülesõtleamise võib hankelepingu sõlmimisel poolte omavahelise kokkuleppega välistada. Iseenesest ei ole liidu õigusega vastuolus lepinguklausel, millega pooled kohustuvad lepingu ülesõtleamisest hoiduma.¹⁵³ Ülesõtlemist välistav kokkulepe ei oleks antud juhul siiski kehtiv, kuivõrd läheks see otseselt vastuollu direktiivi regulatsiooniga. Lepinguvabadus hanke-eraõiguslikes suhetes on piiratud EL riigihankeõiguse normide ja

¹⁴⁹ Lepingupooled on üldjuhul võrdsed, mistõttu peaks olema nende käsutuses ka samaväärsed õiguskaitsevahendid. Direktiivi artikkel 73 annab aga ülesõtlemissõiguse üksnes hankijale, mitte teisele lepingupoolele.

¹⁵⁰ Kohus kaalub, kas teatavad olulise avaliku huviga seotud põhjused võivad nõuda lepingu mõju säilitamist, mitte seda, kas lepingu osapoolte huvid tingiksid lepingu kehtima jäämist. Vaata selle kohta alapeatükki 1.3.

¹⁵¹ I. Kull jt. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura, 2006, lk 659.

¹⁵² Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 2. märtsi 2005 otsus nr 3-2-1-4-05, p 14; Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 4. aprilli 2005 otsus nr 3-2-1-24-05, p 23.

¹⁵³ Preetext Nachrichtenagentur GmbH. Kohtuasi C-454/06, EKL 2008, lk I-04401, p 75.

hanke üldpõhimõtetega. Hanke-eraõiguslikes suhetes peab eraõiguse normide kohaldamine toimuma kooskõlas riigihanke üldpõhimõtetega, vastuolu korral on riigihanke üldpõhimõtted ülimuslikud eraõiguslike normide suhtes.¹⁵⁴

Hankedirektiivi artiklist 73 ei nähtu, et hankijal oleks kohustus rikkumiste ilmnemisel leping üles öelda. Kui lähtuda eraõiguslike lepingute ülesütlemise regulatsiooni tavalisest loogikast, siis ei ole hankijal isegi mitte kaalutusõigus, vaid lausa suvaõigus hankelepingu lõpetamise otsustamisel. Autori arvates ei tohiks lepingu ülesütlemine artiklis 73 loetletud juhtudel jääda pelgalt hankija suvaotsuseks. Hankija tegutseb avaliku huvi silmas pidades ja peab oma ülesannetes lähtuma seaduslikkuse ja hea halduse põhimõtetest. Hea halduse põhimõtte kohaselt tuleb hankijal muuhulgas tagada menetluse tulemuse õigsus ja/või ratsionaalsus.¹⁵⁵

Ehkki artikkel 73 ei kohusta hankijaid lepingut lõpetama, peab seal viidatud aluste ilmnemisel hankija võtma vastu diskretsiooniotsuse.¹⁵⁶ Kaalutusõigus on vajalik üksikjuhtumil õiglase otsuse tegemisel. Hankija peab leidma üksikjuhtumi jaoks sobiva ja asjakohase lahenduse ühelt poolt seaduse eesmärki (*ratio legis*) ja teisest küljest konkreetseid asjaolusid arvestades.¹⁵⁷ Hankemenetluses kohaldatakse hankija tehtavatele otsustele üldjuhul samasuguseid nõudeid nagu haldusaktile, st hankija otsused peavad olema põhjendatud ning sisaldama õiguslikku ja faktilist alust. Hankelepingu sõlmimisest alates ei ole enam tegu hankemenetlusega, kuid ka siis on poolte lepinguvabadus tulenevalt hankelepingu eripärast piiratud, hankija peab lähtuma lepingu täitmise faasis hanke üldpõhimõtetest. Seetõttu peaks ka hankedirektiivi artiklis 73 ettenähtud aluste esinemisel hankija otsus leping üles öelda või mitte üles öelda põhinema kaalutusõigusel. Mida peaks hankija kaalutusõigust teostades arvesse võtma, käsitleb autor järgnevatel alapeatükkides.

2.2. Hankelepingu ülesütlemine õigusvastase lepingumuudatuse tõttu

Hankedirektiivi artikkel 73 a kohaselt peavad liikmesriigid tagama, et hankijal oleks võimalik lõpetada hankeleping, kui lepingus tehakse olulisi muudatusi, mis oleks nõudnud uue hankemenetluse korraldamist. Eraõiguslik regulatsioon annab pooltele üldiselt vabaduse

¹⁵⁴ M. A. Simovart (viide 8), lk 167.

¹⁵⁵ S. Allikmets. Tuntud või tundmatu hea halduse põhimõte. – *Juridica* III/2014, lk 221.

¹⁵⁶ H-J. Priess (viide 142), lk 116.

¹⁵⁷ H. Maurer. Haldusõigus. Üldosa. Kirjastus Juura, 2004, lk 86-87.

lepingu sõlmimise järgselt lepingusse muudatuste tegemiseks. Hankeõiguse reeglid piiravad seda vabadust, kehtestades reeglid nii lepingu sõlmimiseelsele kui -järgsele perioodile.

Hankelepingu tingimuste muutumine lepingu kehtivuse ajal võib rikkuda pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet ja läbipaistvuse kohustuse tagamise kohustust, kuna sellisel juhul rakendatakse lepingu täitmisele hoopis teisi tingimusi kui neid, mis olid kõigile huvilistele algselt hankemenetluses teatavaks tehtud.¹⁵⁸ Avalikke vahendeid haldavate isikute lepinguvabadus on piiratud läbipaistvuspõhimõtte ja mitte-diskrimineerimise põhimõtte järgimise nõuetega, et saavutada avalike ressursside kõige tõhusam kasutamine.¹⁵⁹ Samuti soosiks liigne lepingu muutmise vabadus korruptiivsete suhete tekkimist või viljelemist hankija ja pakkuja vahel: hankija eelistatud pakkuja saaks teha väga madala hinnaga pakkumuse teadmises, et pärast hankemenetlust lepingu hinda tõstetakse.¹⁶⁰

Euroopa Kohus on esmakordselt andnud *Pressetext* lahendis juhtnõore hankelepingu muutmise lubatavuse kohta: lepingu klauslite muutmist tuleb pidada uue riigihankelepingu sõlmimiseks, kui muudatused on algse lepingu tingimustest oluliselt erinevad ja kui neist ilmneb järelikult poolte soov pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas.¹⁶¹ Kohus on mitmetes hilisemates lahendites *Pressetext* kaasuses tehtud järeldusi kinnitanud.¹⁶²

Eesmärgiga vähendada lepingu muudatustega kaasnevat õiguslikku ebakindlust ja kodifitseerida kohtupraktika sekundaarsesse õigusesse, lisas EL seadusandja uue hanke-direktiivi väljatöötamisel artikli 72, käsitledes esmakordselt, millal võib lepinguid ilma uut hankemenetlust korraldamata muuta. Hankedirektiivid jagavad lepingumuudatused kolme kategooriasse: (i) olulised muudatused, mis eeldavad uue hankemenetluse läbiviimist, (ii) lubatavad muudatused, millisel juhul uue hankemenetluse korraldamine vajalik ei ole, (iii) kõik ülejäänud muudatused, mis ei too kaasa kohustust korraldada uus hankemenetlus, kui muudatusi ei hinnata oluliseks.¹⁶³ Hankedirektiivi artikkel 72 lg 5 kohaselt on uue hanke-

¹⁵⁸ Komisjon vs. CAS Succhi di Frutta. Kohtuasi C-496/99, EKL 2004, I-03801, p 115, 121.

¹⁵⁹ J. Brodec, V. Janecek. How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime? – P.P.L.R. 2015, 3, p 91-92.

¹⁶⁰ M. A. Simovart (viide 31), lk 249.

¹⁶¹ *Pressetext*. Kohtuasi C-454/06, p 34.

¹⁶² Vaata näiteks: Wall AG. Kohtuasi C-91/08, p 37, 43, 72; komisjon vs. Madalmaad. Kohtuasi C-576/10, p 54; komisjon vs. Saksamaa. Kohtuasi C-160/08, p 99; komisjon vs. Kreeka. Kohtuasi C-250/07, p 52; Acoset SpA. Kohtuasi C-196/08, p 62.

¹⁶³ M. A. Simovart (viide 65), lk 35.

menetluse korraldamine nõutav hankelepingu kehtivusajal selle sätetesse oluliste muudatuste tegemisel.

Ehkki hankelepingu õigusvastane muutmine ei ole õiguskaitsemeetmete direktiivides tühisuse alusena *expressis verbis* sätestatud, võib hankelepingu lubamatu muutmine siiski tuua kaasa tühisuse tuvastamise võimaluse. Hankelepingu õigusvastast muutmist ei ole vaja eraldi tühisuse alusena välja tuua: uue hankemenetluse korraldamata jätmise olukorras, kus lepingusse tehtud muudatus ei olnud hankedirektiivide kohaselt lubatud, on võrdsustatav õigusvastase otselepinguga. Sellise lepingu tühisuse tuvastamine on õiguskaitsemeetmete direktiivide alusel võimalik. Tühisus on õigusvastase lepingumuudatuse korral esmane õiguslik tagajärg ja tühisuse tuvastamise nõue hankest huvitatud konkurentide käsutuses olev peamine õiguskaitsevahend.¹⁶⁴

Euroopa Kohtu eelpool viidatud praktikat ja uue hankedirektiivi sätteid silmas pidades tuleb anda võimalus lepingu õigusvastasel muutmisel lepingu tühisuse tuvastamist taotleda ka kolmandatel isikutel. Õigusvastase muudatusega kaasnevad õiguslikud tagajärjed ei peaks jääma hankija enda määrata. Vastasel juhul jääks hankest huvitatud isikute õiguskaitse potentsiaalse rikkujaks meelevalda. Artikli 73 a puhul jääb ebaselgeks, mida on EL seadusandja soovinud saavutada. Direktiivi põhjenduse kohaselt seisavad hankijad vahel silmitsi asjaoludega, mis nõuavad hankelepingu ennetähtaegset lõpetamist, et täita liidu õigusest tulenevaid kohustusi. Seepärast peaksid liikmesriigid tagama, et hankijatel on võimalik siseriikliku õigusega ette nähtud tingimuste kohaselt lõpetada riigihankeleping selle kehtivusaja jooksul, kui see on liidu õigusega nõutav.¹⁶⁵ Samas on tõenäoline, et hankija ei pruugi soovida ise lepingut üles öelda, sest lepingu muutmine toimub ju hankija osalusel. Hankelepingu õigusvastase muutmise korral on võimalik taotleda lepingu tühisuse tuvastamist – just see on peamine vahend, millega tagada EL hankeõiguse normidest kinnipidamine. Seetõttu ei pruugi artikkel 73 a praktikas kaalukat tähtsust omada.

Tühisuse tuvastamine võib osutada võimatuks, kui konkurendid ei saa hankelepingu muutmisest õigeaegselt teada. Liikmesriikidel on vabadus kehtestada kuni 6-kuuline tähtaeg lepingu sõlmimisest arvates, mille jooksul on tühisuse tuvastamise nõue lubatav. Õigusvastase

¹⁶⁴ Samas, lk 35, 45.

¹⁶⁵ Vt 2014/24/EL preambula, p 112.

lepingumuudatuse kontekstis hakkaks tähtaeg kulgema lepingumuudatuse tegemisest. Lepingumuudatused võivad siiski jääda vaidlustamata, kuna hankereeglid ei kohusta mitte alati avalikkust lepingumuudatustest teavitama.¹⁶⁶ Lahenduseks võib olla õiguskaitsemeetmete direktiivide muutmise, kuivõrd need olid vastuvõtmise ajal loodud üksnes n-ö traditsiooniliste, s.o enne lepingu sõlmimist toimunud rikkumiste heastamiseks.¹⁶⁷

Autori hinnangul võiks hankest huvitatud isik, kui ta saab õigusvastasest lepingumuudatusest teada pärast tühisuse tuvastamise nõudeõiguse aegumistähtaega, leida kaitset ka hanke-direktiivi artiklist 73 a. Kui aktsepteerida eelmises alapeatükis esitatud eeldust, et hankijal ei ole lepingu ülesütlemise osas suvaõigus, vaid otsus lepingut mitte üles öelda peab põhinema kaalutusõigusel, siis võib hankest huvitatud isik pöörduda hankija poole ja nõuda hankelepingu lõpetamist ja uue hanke korraldamist. Hankija keeldumine – kui hankija on otsustanud põhjendamatult lepingu täitmisega jätkata – võiks sellisel juhul olla vaidlustatav. Vaidlust lahendav organ saaks kontrollida, kas hankija on diskretsiooniõigust kasutanud õiguspäraselt. Üldjuhul tuleks õigusvastaselt muudetud hankeleping üles öelda, kuid hankija kaalutusõigus võib olla seotud sellega, kas esineb erandlikke ülekaaluka avaliku huviga seotud põhjuseid, mis ei võimalda lepingut üles öelda.¹⁶⁸

See konstruktsioon on teoreetiline ja eeldab, et halduskohus aktsepteerib haldusaktina hankija vastust, millega keeldutakse lepingu ülesütlemisest. Haldusmenetluse seaduse¹⁶⁹ § 51 lg 1 kohaselt on haldusakt haldusülesannete täitmisel avalikõiguslikus suhtes üksikjuhtumi reguleerimiseks antud, isiku õiguste või kohustuste tekitamisele, muutmisele või lõpetamisele suunatud otsus. On vaieldav, kas selline hankija vastus haldusaktiks kvalifitseerub; vaevalt saab argumenteerida, nagu oleks hankelepingu ülesütlemisest keeldumine esitatud avalikõiguslikus suhtes ning kujutab tahteavaldust õigussuhte reguleerimiseks. Hankija keeldumine hankelepingu ülesütlemisest võib olla käsitletav toiminguna, kuid sellisel juhul ei oleks tegu haldusmenetluses tehtud toiminguga. HMS § 106 lg 1 kohaselt on toiming haldusorgani tegevus, mida ei sooritata tsiviilõigussuhtes. Seetõttu ei ole vähemalt Eesti õiguses käesoleval hetkel võimalik kolmandatel isikutel vaidlustada hankija otsust, millega keeldutakse hankelepingu ülesütlemisest.

¹⁶⁶ M. A. Simovart (viide 65), lk 39.

¹⁶⁷ Samas, lk 47.

¹⁶⁸ 2007/66/EÜ art 2d (3). Vaata näiteid põhjustest, mis võivad tingida õigusvastase hankelepingu edasikehtimise, alapeatükist 1.3.

¹⁶⁹ Haldusmenetluse seadus. 06.06.2001. – RT I 2001, 58, 354; RT I, 23.02.2011, 3.

Lahenduseks võib olla halduskohtumenetluse seadustiku¹⁷⁰ muutmine, millega laiendatakse hankest huvitatud isikute kaebeõigust. Näiteks hankelepingu kohta on juba eriregulatsioon kehtestatud: HKMS § 267 lõike 3 alusel kohaldatakse hankelepingule haldusakti kohta sätestatud. Niisuguse eriregulatsiooni eesmärk ei olnud materiaalselt võrdsustada hankeleping haldusaktiga, tegu on kohtuvolituste rakendamise küsimusega: hankest huvitatud isikul säilib võimalus lepingut halduskohtus vaidlustada, mis aitab tagada, et pärast hankelepingu sõlmimist ei jää isiku EL hankedirektiividest tulenevad õigused kaitseta ega ebaseaduslik leping kehtima.¹⁷¹ Sarnaselt võib kaaluda ka hankest huvitatud isikute kaebeõiguse laiendamist olukorras, kus hankelepingu muutmise tagajärjel on hankijal tekkinud kohustus korraldada uus hange ja puuduvad mõjuvad põhjused õigusvastase hankelepingu ülesütlemisest hoidumiseks.

2.3. Hankelepingu ülesütlemine kohustusliku kõrvaldamisaluse ilmnemise tõttu

Hankedirektiivi artikkel 73 b kohaselt peavad liikmesriigid tagama, et hankijal oleks võimalik lõpetada riigihankeleping selle kehtivusaja jooksul, kui pakkuja oli lepingu sõlmimise ajal ühes direktiivi artikli 57 lõikes 1 osutatud olukordadest ning oleks seetõttu tulnud hankemenetlusest kõrvale jätta. Viidatud säte käsitleb hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid, kui hankes osaleva ettevõtja suhtes on langetatud lõplik süüdimõistev kohtuotsus. Tegemist on kohustusliku kõrvaldamise alusega – riigihankelepinguid ei tohiks sõlmida ettevõtjatega, kes on osalenud kuritegelikus ühenduses või kes on mõistetud süüdi korruptsioonis, liidu finantshuve kahjustavas pettuses, terroriakti toimepanekus, rahapesus või terrorismi rahastamises.¹⁷² Korruptsioonis süüdi jäänud pakkujate kõrvaldamine hankemenetlusest on mõjus vahend, et karistada ja teatud määral ennetada õigusvastast käitumist.¹⁷³

¹⁷⁰ Halduskohtumenetluse seadustik. 27.01.2011. – RT I, 23.02.2011, 3; RT I, 19.03.2015, 1.

¹⁷¹ K. Merusk jt. Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne, lk 739.

¹⁷² 2014/24/EL preambula, p 100

¹⁷³ Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market. COM(2011) 15 final, ch. 5.3. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/20110127_COM_en.pdf (03.05.2015).

Ka vana hankedirektiiv kohaselt pidi hankija arvestama pakkuja isikliku olukorraga ning kohustuslikus korras „jätma välja“ pakkujad, kelle suhtes on tehtud lõplik süüdimõistev otsus eelviidatud kuritegude osas.¹⁷⁴ Samas puudusid vanas hankedirektiivis eraldi tagajärjed kohustuslike kõrvaldamise aluste rikkumise või järgimata jätmise tagajärgede kohta. Hankedirektiivide reformi käigus on lisandunud liikmesriigile kohustus võimaldada hankijal kohustusliku kõrvaldamise aluse ilmnemisel leping lõpetada. Kõrvaldamise aluste laiendamine uutes hankedirektiivides on olnud üks täiendav meede, millega on soovitud tõhustada liidu korruptsioonivastast poliitikat ja tagada läbipaistvus ning aus konkurents.¹⁷⁵

Hankijale täieliku otsustusvabaduse jätmise hankelepingu lõpetamisel läheb küll kokku ülesütlemise instituudiga (mille kohaselt on õiguskaitsevahendite kasutamine lepingupoolte kujundusõigus), kuid hälbib kohustuslike kõrvaldamise aluste sätestamise eesmärgist (milleks on tagada ebaausate pakkujate kõrvalejäämine avaliku sektori rahaga teostatavatest projektidest). Võib arvata, et vaba kaalutluse korral ei pruugi hankija lepingut lõpetada juba kasvõi soovist vältida uue hankemenetluse korraldamisega kaasnevat vaeva. Samas on kohustuslike kõrvaldamise aluste tahtlik või tahtmatu eiramine selline menetluslik rikkumine, mis igal juhul mõjutab hanke tulemust – edukaks osutunud pakkuja ei oleks õiguspärase menetluse korral üldse pääsenud kvalifikatsiooni kontrollimise faasist edasi.

Seega peaks lepingu lõpetamine kohustusliku kõrvaldamise aluse selgumisel reeglina olema hankija kohustus. Hankija kaalutlusruum piirdub sellega, kas olulise avaliku huviga seotud põhjused võivad nõuda lepingu mõju säilitamist,¹⁷⁶ sh näiteks rahvatervise või keskkonnanaitsega seotud kaalukad põhjused, mis on direktiivis nimetatud erandina, millal võib ka hankemenetluse toimumise ajal kõrvaldamise aluse rakendamata jätta.¹⁷⁷ Samuti võiks hankija arvesse võtta „self-cleaning“ kontseptsiooni. Selle kontseptsiooni kohaselt on ka kohustuslikus korras hankemenetlusest kõrvale jäänud pakkujal võimalik sinna tagasi pääseda: pakkuja peab tõendama, et ta on paranenud ning tuleb hankesse ennistada või jätta sellest kõrvaldamata. Uue hankedirektiivi kohaselt võib iga pakkuja esitada tõendeid selle kohta, et tema poolt võetud meetmed on piisavad tõendamaks tema usaldusväärst,

¹⁷⁴ Vt 2004/18/EÜ, art 45. Uue ja vana hankedirektiivi võrdlemisel nähtub, et kohustusliku kõrvaldamise kaasa toovate kuriteokoosseisude hulka on lisandunud terroriakti toimepanemises osalemine ja terrorismi rahastamine.

¹⁷⁵ R. Williams. Anti-corruption measures in the EU as they affect public procurement. – P.P.L.R. 2014, 4, p 97.

¹⁷⁶ Esineb analoogia tühisuse tuvastamise kontseptsiooni kohaldamisel olukorras, kus leping on sõlmitud õigusvastaselt, kuid läbivaatamisasutus võib jätta lepingu tühisuse tuvastamata, vt 2007/66/EÜ artikkel 2d(3).

¹⁷⁷ 2014/24/EU, art 57(3).

olenemata vastava kõrvaldamise aluste olemasolust. Kui hankija peab selliseid tõendeid piisavateks, siis ei kõrvalda ta ettevõtjat hankemenetlusest.¹⁷⁸ Kui aga avaliku huviga seonduvaid kaalukaid põhjuseid ei esine ning lepingupool ei suuda oma usaldusväärst hankijale tõestada, tuleb hankeleping üles öelda.

2.4. Hankelepingu ülesütlemine Euroopa Kohtu poolt tuvastatud kohustuse rikkumisel

Hankedirektiivi artikkel 73 c kohaselt peab hankijal olema võimalus hankeleping lõpetada olukorras, kus Euroopa Kohus on aluslepingutest ja hankedirektiivist tulenevate kohustuste rikkumise tuvastanud rikkumismenetluse raames. Komisjon täidab liidu õiguskorra kaitsja rolli ning on seetõttu volitatud ELTL artikli 258 kohaselt alustama rikkumismenetlust liikmesriigi vastu, kes ei ole täitnud aluslepingutest tulenevat kohustust. Kohtu otsus rikkumismenetluses on deklaratiivne, kohus ei saa hankija õigusvastaseid otsuseid ise muuta. Küll aga saab kohus viidata, millised meetmed on sobivad rikkumise lõpetamiseks.¹⁷⁹

Hankedirektiivi preambula kohaselt seisavad avaliku sektori hankijad vahel silmitsi asjaoludega, mis nõuavad riigihankelepingu ennetähtaegset lõpetamist, et täita liidu riigihankevaldkonna õigusest tulenevaid kohustusi. Seepärast peaksid liikmesriigid tagama, et hankijatel on võimalik siseriikliku õigusega ette nähtud tingimuste kohaselt lõpetada riigihankeleping selle kehtivusaja jooksul, kui see on liidu õigusega nõutav.¹⁸⁰ Millised võiksid olla need hankelepingu lõpetamist tingivad asjaolud, millega hankijad „vahel silmitsi seisavad“? Tegemist ei ole õiguskaitsemeetmete direktiivides sätestatud tühisuse tuvastamise alustega, kuivõrd direktiivides loetletud tühisuse tuvastamise alused on juba liikmesriikide hankeõigusesse üle võetud ja toovad läbivaatamiseks volitatud organi otsuse järel kaasa lepingu tühisuse. Lepingu lõpetamise kohustuse tuvastamine otselepingu või ooteaja kohaldamata jätmisel läbi rikkumismenetluse oleks küll teoreetiliselt võimalik,¹⁸¹ kuid sellise kohustuse on Euroopa Kohus asjas *komisjon vs. Saksamaa* juba kehtestanud. Autori arvates on EL seadusandja artikli 73 c kehtestamisega vähemalt möönnud, et lisaks õiguskaitse-

¹⁷⁸ 2014/24/EU, art 57 lg 6.

¹⁷⁹ D. Pachnou (viide 47), lk 13.

¹⁸⁰ 2014/24/EU preambula, p 112.

¹⁸¹ Näiteks olukorras, kus hankija on sõlminud õigusvastase otselepingu või jätnud lubamatult kohaldamata ooteaja nõude, kuid tema tegevust ei ole hankest huvitatud isikud vaidlustanud. Sellisel juhul võiks komisjon liikmesriigi kohutuse rikkumise tuvastada rikkumismenetluse kaudu.

meetmete direktiivides sedastatud tühisuse tuvastamise alustele võib EL õiguse edasises arengus ette tulla juhtumeid, kus kohus peab rikkumise asjaolusid ja raskust arvestades ainsaks võimalikuks lahenduseks hankeleping lõpetada.

Kui hankeleping on sõlmitud tõsise rikkumisega, on siseturu toimimise taastamiseks ja hankereeglite heastamiseks mõnikord ainus võimalus lepingu lõpetamine. Ilmselt on direktiivi artikliga 73 c soovitud vältida liikmesriikide väiteid, et nende siseriiklik õigus ei võimalda sõlmitud hankelepingut sellise konkreetse rikkumise tagajärjel lõpetada või lepingu lõpetamine on seotud ebaproportsionaalselt suurte kuludega. Väite, et siseriikliku õiguse ja lepingutingimuste kohaselt ei ole lepingute ülesütlemine võimalik või need võib üles ütelda vaid ebaproportsionaalselt suurt vastutusrisiki võttes, esitas Saksamaa näiteks asjas *komisjon vs. Saksamaa*,¹⁸² hoolimata sellest, et eelnevas rikkumismenetluses *C-20/01 ja C-28/01* oli juba tuvastatud, et Saksamaa rikub oma kohustusi kestvalt nii kaua, kuni õigusvastaselt sõlmitud hankeleping kehtib.

Artikli 73 c lisamine hankedirektiivi käsitleb seda, mis tegelikult on EL õiguses juba väljakujunenud põhimõte: liikmesriik ei või viidata riigisisestele probleemidele seoses liidu õigusnormi täitmata jätmisega. Liikmesriik peab võtma kõik vajalikud meetmed kohustuse rikkumise kõrvaldamiseks, ilma seda ükskõik mis viisil takistamata.¹⁸³ Artikkel 73 c peaks edaspidi argumente lepingu lõpetamisega kaasnevatest praktilistest raskustest ära hoidma, kuivõrd lepingu ülesütlemise võimalikkus rikkumismenetluse otsuse alusel saab direktiivi harmoniseerimise järel üheks legitiimseks lepingu ülesütlemise aluseks.

Rikkumismenetluses tehtud otsuse õiguslikud tagajärjed jäävad esmajoonel liikmesriigi ja konkreetse hankija otsustada – mitte iga rikkumismenetluses liikmesriigi kahjuks tehtud otsus ei pruugi tähendada lepingu lõpetamise vajadust. Asjas *komisjon vs. Saksamaa* vaagis Euroopa Kohus, milline on rikkumismenetluses tehtud otsuse mõju hankelepingu kehtivusele. Otsus oli paraku lakooniline ega anna seetõttu kaugeleulatuvaid juhtnõure. Teoreetilise kirjanduses on spekulatsioonid, et napolisõnalisuse põhjuseks võis olla kolleegiumi sisemine vastuolu: mõned kohtunikud võisid olla seisukohal, et lepingu lõpetamise kohustuse

¹⁸² Vaata kohtujurist V. Trstenjak'i 28. märtsi 2007. a ettepanek kohtuasjas C-503/04, p 32.

¹⁸³ Vaata näiteks: Komisjon vs. Belgia. Kohtuasi 239/85, EKL 1986, lk 03645, p 13; komisjon vs. Itaalia. Kohtuasi 42/80, EKL 1989, lk 03635, p 4; komisjon vs. Saksamaa. Kohtuasi C-383/00, EKL 2002, lk I-4219, p 18.

tuvastamine hälbib traditsioonilisest lähenemisest, teised veendununa lepingu lõpetamise kohustuse olemasolus, soovisid anda konkreetsemaid selgitusi. Kompromissina tunnustati üksnes lepingu lõpetamise kohustuse olemasolu, jättes lahtiseks rikkumised, mis nimetatud kohustuse kaasa toovad.¹⁸⁴

Sellest johtuvalt on mõnikord otsusele *komisjon vs. Saksamaa* antud liiga lai tõlgendus, justkui iga kord, kui kohus tuvastab rikkumismenetluses, et lepingu sõlmimine toimus vastuolus ELTL-ga, on rikkumise heastamiseks liikmesriigil kohustus leping lõpetada.¹⁸⁵ Otsust tuleks siiski tõlgendada konkreetse vaidluse kõikide asjaolude valguses, s.t mitte iga rikkumine ei too otsuse alusel automaatselt kaasa kohustust hankeleping lõpetada.¹⁸⁶ *Komisjon vs. Saksamaa* vaidluses olid kõrge maksvusega lepingud sõlmitud hanketeadet avaldamata pikaks ajaks, kusjuures õigusvastaseid otselepinguid on Euroopa Kohus pidanud kõige raskemaks riigihankeõiguse rikkumiseks.¹⁸⁷ Selliste lepingute edasi kehtimine oleks tekitanud „õigusliku tühimiku“ isikute õiguskaitse võimalustesse, kuivõrd lepingu sõlmimine välistas kõik lepingueelsed õiguskaitsevahendid ning kahju hüvitamine kui ainus lepingujärgne õiguskaitsevahend ei ole kohaldatav – kui hankemenetlust pole toimunud, on väga raske tõendada, et õiguspärase menetluse korral oleks kaebaja hanke võitnud.¹⁸⁸ Seega poleks riigihankemenetluse kõige raskemal rikkumisel olnud ühtegi õiguslikku tagajärge.

Samas ei tohiks otsust tõlgendada ka liiga kitsendavalt ning tunnistada lepingu lõpetamise kohustuse olemasolu ainult otselepingute puhul. Võib esineda veel rikkumisi, mis piiravad põhivabadusi otselepingutega samaväärselt. Soovinuks kohus hankelepingu lõpetamise kohustuse siduda üksnes otselepingutega, oleks seda otsuses kindlasti märgitud, sest see oleks andnud otsuse tõlgendamisele kitsamad piirid ja riivanud vähem traditsioonilist eraõiguslikku lähenemist.¹⁸⁹ Asjas *komisjon vs. Saksamaa* loodi põhimõte: hankeõiguse rikkumised võivad tuua kaasa lepingu lõpetamise kohustuse. Otsuses jäeti aga edasise kohtupraktika ja sekundaarse õiguse lahendada küsimus, milliste konkreetsete rikkumiste korral tuleb lepingu lõpetamise kohustus kõne alla. Lepingu ülesütlemise vajadus peaks seega jääma hankija

¹⁸⁴ S. Treumer (viide 39), lk 375-376.

¹⁸⁵ A. Brown (viide 79), lk 166.

¹⁸⁶ S. Treumer (viide 39), lk 377.

¹⁸⁷ Stadt Halle ja RPL Lochau. Kohtuasi C-26/03, p 37.

¹⁸⁸ S. Treumer. The discretionary powers of contracting entities - towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice? – P.P.L.R. 2006, 3, p 81.

¹⁸⁹ S. Treumer (viide 39), lk 377-378; M-J. Clifton (viide 73), lk 168.

kaalutusõiguseks – olukorras, kus EL õiguse rikkumine on olnud sedavõrd oluline, et rikkumise tagajärgi ei saa leebemate vahenditega heastada ning ei eksisteeri ülekaalukat avalikku huvi lepingu kehtima jäämiseks, peaks hankija lepingu üles ütlema.

3. Hankelepingu tühisuse tuvastamise nõude seos tõhusa õiguskaitse printsiibiga

3.1. Tõhusa õiguskaitse printsiip vs. liikmesriigi menetlusautonoomia

EL õiguse täielik toime oleks näilik, kui puuduksid tõhusad õiguskaitsevahendid, mille kaudu isikud oma õigusi kaitsta saaksid. Euroopa Liidu Lepingu artikkel 19(2) alusel näevad liikmesriigid ette tulemusliku õiguskaitse tagamiseks vajaliku kaebeõiguse liidu õigusega hõlmatud valdkondades. Euroopa Liidu Põhiõiguste Harta artikli 47 alusel on igal inimesel, kelle liidu õigusega tagatud vabadusi rikutakse, õigus tõhusale õiguskaitsevahendile.

Konkreetsete õiguskaitsemeetmete väljatöötamine, et tagada liidu õiguse täielik mõju, on jäetud liikmesriikide pädevusse. See protseduuriline vabadus on institutsionaalse autonoomia põhimõtte väljendus menetluslikul tasandil, tegemist on liikmesriigi menetlusautonoomia põhimõttega.¹⁹⁰ Siseriikliku õigussüsteemi otsustada on, kuidas kaitsta isikute huve, kelle õigusi on EL õiguse rikkumisel kahjustatud.¹⁹¹ Seal, kus puuduvad konkreetsed liidu õigusnormid, ei jäägi muud üle, kui tugineda siseriiklikule õiguskorrale.¹⁹²

Menetlusautonoomia tähendab üldjuhul ka seda, et EL reeglite puudumisel ei ole liikmesriik kohustatud looma täiendavaid õiguskaitsevahendeid. P. Craig ja G. Burca nimetavad seda „*no new remedies*“ reegliks.¹⁹³ Ehkki asutamisleping on muutnud mitmel juhul võimalikuks eraisiku kaebused Euroopa Kohtusse, ei ole sellega siiski soovitud luua uusi õiguskaitsevahendeid lisaks neile, mis on juba siseriiklikus õiguses sätestatud, et tagada liidu õiguse järgimine.¹⁹⁴ Teisiti oleks see vaid juhul, kui vastava liikmesriigi õiguskorra ülesehitusest nähtub, et ei ole ühtegi õiguskaitsevahendit, mis võimaldaks kas või täiendava taotluse põhjal tagada isikutele liidu õigusest tulenevad subjektiivsed õigused. Liidu õigusnormide puudumisel tuleb liikmesriikide endi õiguskorras näha ette õiguskaitsevahendid, et tagada

¹⁹⁰ D. Pachnou (viide 47), lk 25.

¹⁹¹ P. Craig, G. de Búrca (viide 28), lk 219.

¹⁹² W. Van Gerven. Of rights, remedies, procedures. – C.M.L.R. 2000, 37, p 501.

¹⁹³ P. Craig, G. de Búrca (viide 28), lk 221.

¹⁹⁴ Weingut Dietz-Matti. Kohtuasi C-158/89, EKL 1990, lk I-02013, p 44; Unibet. Kohtuasi C-432/05, EKL 2007, lk I-02271, p 40.

õigussubjektidele liidu õigusest tulenev kaitse.¹⁹⁵ Liikmesriigi primaarne roll õiguskaitsevahendite väljatöötamisel paratamatult vähendab liidu õiguse kohaldamise tõhusust. Kohtujurist Warner on märkinud: „Võib väita, et sellisel juhul väheneb liikmesriikides ühenduse õiguse kohaldamise ühtsus. Vastus sellele väitele on /.../ et kohus ei saa luua ühenduse õigust seal, kus seda ei eksisteeri: see peab jääma ühenduse seadusandja pädevusse.“¹⁹⁶

Menetlusautonoomia põhimõttest võiks niisiis järeldada, et EL õiguse täieliku kehtivuse tagamiseks ei pea liikmesriik oma õiguskaitsemeetmete süsteemi siseriiklikul tasandil muutma ega täiendama, kui selleks puuduvad EL sekundaarsest õigusest tulenevad selgesõnalised kohustused. See pole siiski nii. Kohus täpsustas juba oma varases praktikas menetlusautonoomia piire. Kuulsas *Rewe* lahendis sedastas kohus, et menetlusnormid, mis on kehtestatud kohtuasjade läbivaatamiseks, mille eesmärk on tagada isikutele liidu õigusest tulenev kaitse, ei tohi olla ebasoodsamad kui samalaadsete siseriiklike kaebuste puhul (võrdväarsuse põhimõtte) ja need ei tohi muuta liidu õiguskorraga antud õiguste kasutamist praktiliselt võimatuks või ülemäära raskeks (tõhususe põhimõtte).¹⁹⁷ Liikmesriigi menetlusautonoomiat piirab niisiis EL õiguse tõhususe printsiip, aga ka tõhusa õiguskaitse printsiip.

Tõhusa õiguskaitse põhimõtte (*principle of effective judicial protection*) ja tõhususe põhimõtte (*principle of effectiveness*) erinevus on õigusteoorias rikkalikult käsitlust leidnud diskursus. Euroopa Kohtu praktika pinnalt on keeruline eristada, mis on kahe põhimõtte erinevus ja kumb mis juhul kohaldub. D. Pachnou on leidnud, et tõhusa õiguskaitse põhimõtet tuleks eristada üldisest tõhususe põhimõttest. Tõhus õiguskaitse on üldmõiste, mis hõlmab mitmesuguseid nõudeid, mida tõhususe põhimõtte siseriiklikule (kohtu)menetlusele esitab.¹⁹⁸ S. Perchal ja R. Widdershoven leiavad, et siseriiklike menetlusreegleid tuleks kontrollida mõlema põhimõtte valguses: tõhususe põhimõtte on mõeldud garanteerima EL materiaalse õigust, seevastu tõhusa õiguskaitse põhimõtte on tihedamalt seotud fundamentaalse vabadusega pöörduda õigusrikkumiste korral kohtu poole, seega otsesemalt seotud ideega õigusriigist (*Rechtsstaat*).¹⁹⁹ J. Engströmi hinnangul on põhimõtted samuti eristatavad, ehkki

¹⁹⁵ Unibet. Kohtuasi C-432/05, p 39, 45.

¹⁹⁶ Kohtujurist Warneri 27. septembri 1979. aasta ettepanek kohtuasjas C-265/78.

¹⁹⁷ *Rewe vs. Landwirtschaftskammer für das Saarland*. Kohtuasi 33/76, EKL 1976, lk 01989, p 5.

¹⁹⁸ D. Pachnou (viide 47), lk 26.

¹⁹⁹ S. Perchal, R. Widdershoven. Redefining the Relationship between ‘Rewe-effectiveness’ and Effective Judicial Protection. – Review of European Administrative Law, 2011, 4, p 50.

kohtupraktika analüüsi pinnalt on raske järeldada, kas põhimõtted esitavad erinevaid nõudeid siseriiklikele menetlusreeglitele. Kui küsimuse all on vaba ligipääs õigusmõistmisele, kasutab Euroopa Kohus tõhusa õiguskaitse põhimõtet, seevastu kui küsimuse all on siseriiklikud menetlusreeglid (ajapiirangud, tõendamiskoormus), siis kohaldub tõhususe põhimõte.²⁰⁰ H. Leffler leiab, et tõhususe põhimõte seondub EL õiguses kehtestatud reegli mõjus, kaitstes liidu õiguskorra toimimist, mitte niivõrd üksikisikute huve. Tõhusa õiguskaitse põhimõte kaitseb aga isikute subjektiivset õigust kohtulikule kaitsele.²⁰¹

Antud uurimuse hüpoteesi silmas pidades – kas tühisuse tuvastamise aluste mitte-ammendumine õiguskaitsemeetmete direktiivides loetletud juhtumitega võib tuleneda EL esmasest õigusest – tugineb autor tõhusa õiguskaitse põhimõttele, ehkki välistada ei saa ka tõhususe põhimõtte asjakohasust. Tõhususe põhimõte puudutab eelkõige olukordasid, kus siseriiklikud õigusnormid takistavad EL materiaalõiguse toimet, tegemist on EL õiguse kohaldamise küsimusega. Õiguskaitsemeetmete direktiivid näevad aga tühisuse alused ammendavalt ette artiklis 2d ega nõua muude rikkumiste korral tühisuse tuvastamise nõude võimaldamist.²⁰² Seetõttu puudub direktiivis õiguslik alus, mida võrrelda siseriikliku menetluskorraga, otsustamaks, kas siseriiklik regulatsioon (või selle puudumine) on kooskõlas tõhususe põhimõttega. Samas on õiguskaitsemeetmete direktiivid võetud vastu eesmärgiga läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise tagatise tugevdada. Kui hankemenetluses aset leidnud rikkumine neid tagatise riivab ja hankest huvitatud isikutel puudusid hankija tegevusest tulenevalt objektiivsed võimalused vaidlustada rikkumine enne lepingu sõlmimist, võiks tuletada hankelepingu vaidlustamisõiguse ka tõhususe põhimõttest.

Tõhusa õiguskaitse põhimõte, erinevalt tõhususe põhimõttest, on Lissaboni lepinguga tõstetud EL esmase õiguse staatusesse ning sellele saab tugineda olukordades, kus siseriiklik menetluskord on isikult võtnud võimaluse oma õiguste rikkumisel kohtu poole pöörduda.²⁰³ Seetõttu on tühisuse aluste mitte-ammendavuse argumentatsiooni üles ehitamine sellele põhimõttele perspektiivikam.

²⁰⁰ J. Engström. The Principle of Effective Judicial Protection after the Lisbon Treaty. – Review of European Administrative Law, 2011, 2, p 63.

²⁰¹ H. Leffler. Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions. – P.P.L.R. 2003, 4, p 152.

²⁰² 2007/66/EÜ preambula, p 19: „Ametlike nõuete muul viisil rikkumise korral võivad liikmesriigid pidada tühisuse põhimõtet ebakohaseks.“

²⁰³ S. Perchal, R. Widdershoven (viide 199), p 34.

Euroopa Kohus on tõhusa õiguskaitse põhimõtet selgitanud lahendis *Simmenthal*, leides, et nõuetega, mis moodustavad liidu õiguse olemuse, on vastuolus igasugune siseriikliku õiguskorra säte ja seadusandlik, haldus- ja kohtupraktika, mis võiks kahjustada liidu õiguse toimet sellega, et ei anna siseriiklikule kohtule volitusi, et kõrvaldada siseriiklikud õigusaktid, mis võivad takistada liidu normide täielikku toimet.²⁰⁴ Põhimõte nõuab EL reeglite kohaldamist selliselt, et oleks tagatud liidu õiguse täielik mõju. Liidu õigus nõuab, et liikmesriigi õigusaktid ei kahjustaks õigust tõhusale kohtulikule kaitsele,²⁰⁵ kusjuures liikmesriikidel on kohustus näha ette õiguskaitsevahendite süsteem, mis võimaldab tagada hartas sätestatud tõhusa õiguskaitse järgimise.²⁰⁶ Sellest johtub, et siseriiklikud menetlusreeglid EL õiguse jõustamiseks peavad järgima teatud standardeid, mis on loodud Euroopa Kohtu jurisprudentsi kaudu. Standardid, mida siseriikliku õiguskaitse süsteemi kujundamisel arvestada tuleb, on tihti väljendatud printsiipide kaudu. Printsiipide eesmärgiks seejuures on tagada minimaalne tõhus õiguskaitse, vähendada siseriiklike menetlusreeglite haardeulatust ning täiendada, kujundada ja teatud määraneni ühendada siseriiklike menetlusreegleid. Kui menetlusautonoomia oleks absoluutne, puuduks EL institutsioonidel igasugune kontroll liidu õiguse kohaldamise üle ning juhtumid, kus liidu õigust kohaldatakse vääralt, kestaksid katkematult.²⁰⁷ Tõhusa õiguskaitse põhimõtet saab kasutada õigustamiseks jäigemal kontrollil siseriiklike menetlusreeglite üle ja mis seetõttu limiteerib liikmesriigi menetlusautonoomiat. See põhimõte võib tähendada ka vajadust uute või täiendavate õiguskaitsemeetmete järele.²⁰⁸

Kaasuses *Von Colson* oli kaebajaid diskrimineeritud soo alusel, kui nad kandideerisid vanglaametnikuks. Neile võimaldati õiguste heastamiseks üksnes usalduskahju hüvitamine. Euroopa Kohus leidis, et kuigi asjaomase direktiivi rakendamine ei eelda diskrimineerimiskeelu rikkumise korral kindlat liiki sanktsiooni, eeldab see siiski, et sanktsioon peab olema niisugune, mis tagab tegeliku ja tõhusa kohtuliku kaitse. Veel peab sellel olema tööandjale reaalselt hoiatav mõju. Kui liikmesriik otsustab näha diskrimineerimise keelu rikkumise korral sanktsiooniks ette kahjuhüvitise maksmise, peab viimane olema vastavuses kantud kahjuga. Kahjuhüvitis, selleks et olla tõhus ja hoiatav, peab vastama kahjule ja olema midagi

²⁰⁴ *Simmenthal*. Kohtuasi C-106/77, EKL 1978, lk 00629, p 22.

²⁰⁵ Verholen jt. Liidetud kohtuasi C-87/90 ja C-89/90, EKL 1991, lk I-3757, p 24.

²⁰⁶ Unión de Pequeños. Kohtuasi C-50/00, EKL 2002, lk I-6677, p 39.

²⁰⁷ D. Pachnou (viide 47), lk 26.

²⁰⁸ S. Perchal, R. Widdershoven (viide 199), lk 41.

enamat kui lihtsalt sümboolne hüvitis.²⁰⁹ Kohus seega laiendas kahjuhüvitise nõudeõiguse ulatust sisuliselt saamata jäänud tuluni olukorras, kus siseriiklik õigus võimaldas üksnes usalduskahju ning direktiiv küsimust ei reguleerinud. Kohtu hilisemad otsused kinnitasid, et nõue tagada tõhusad õiguskaitsemeetmed on üldine printsiip, ulatudes kaugemale soolisest diskrimineerimisest.²¹⁰

Euroopa Kohus on tõhusa õiguskaitse printsiibi kaudu kitsendanud „*no new remedies*“ reeglit, leides, et teatud asjaoludel peab siseriiklik õigus võimaldama konkreetse õiguskaitsevahendi. Asjas *Factortame I* vaidlustas kaebaja Inglismaa kalapüügiseaduse sätteid, mis jätsid ta ilma kalapüügiõigusest, paludes kohtumenetluse toimumise ajaks kohaldada esialgset õiguskaitset. Inglise kohtud polnud pädevad rakendama esialgset õiguskaitset seaduste kohaldamise edasilükkamiseks. Selle välistas *common law* vana reegel, mille kohaselt ei või rakendada esialgset õiguskaitset seadusandliku võimu kahjuks, koostoimes eeldusega, et seadused on kooskõlas liidu õigusega seni, kuni ei ole tehtud vastupidist kohtuotsust.²¹¹ Euroopa Kohus sedastas, et liidu õiguse täielik toime oleks nõrgendatud, kui siseriiklik õigusnorm saaks keelata liidu õigusega reguleeritavat vaidlust lahendaval kohtul rakendada esialgset õiguskaitset, mistõttu peab kohus jätma seda keelava õigusnormi kohaldamata.²¹² Siseriiklikutele kohtutele pandud kohustus tagada spetsiaalsed õiguskaitsevahendid on kohus edaspidistes lahendites veelgi laiendanud – *Courage* lahendis otsustas kohus, et isik peab saama nõuda sellise kahju hüvitamist, mis tal on tekkinud konkurentsi piirava tegevuse tagajärjel²¹³; *Manfredi* lahendis leidis kohus, et tõhususe põhimõttest tuleneb, et isikul peab olema õigus nõuda mitte ainult otsest varalist kahju, vaid ka saamata jäänud tulu ja intresse;²¹⁴ *Muñoz* lahendis sedastas kohus, et ettevõttel on võimalik esitada tsiviilhagi konkurendi vastu ja nõuda temalt EL kvaliteedistandardite järgimist.²¹⁵

Seega kui varasem Euroopa Kohtu praktika rõhutas liikmesriikide menetlusautonoomiat, siis aja jooksul on see positsioon teed andnud tugevamale vajadusele tagada isikutele tõhus õiguskaitse liidu õiguse rikkumise korral.²¹⁶ Teaduskirjanduses on väidetud, et tõhusa õigus-

²⁰⁹ Von Colson. Kohtuasi C-14/83, EKL 1984, lk 01891, p 23, 28.

²¹⁰ P. Craig, G. de Búrca (viide 28), lk 223.

²¹¹ Factortame Ltd jt. Kohtuasi C-213/89, EKL 1990, lk I-02433, p 10, 13.

²¹² Samas, p 21.

²¹³ Courage ja Crehan. Kohtuasi C-453/99, EKL 2001, lk I-06297, p 25-28.

²¹⁴ Manfredi. Liidetud kohtuasjad C-295/04 kuni C-298/04, EKL 2006, lk I-06619, p 95.

²¹⁵ Muñoz ja Superior Fruiticola. Kohtuasi C-253/00, EKL 2002, lk I-07289, p 30-31.

²¹⁶ P. Craig, G. de Búrca (viide 28), p 241.

kaitse printsiip prevaleerib menetlusautonoomia üle olukordades, kus vaidluse all on „õiguskaitsevahenditega seonduvad õigused“, nagu näiteks kahjuhüvitis, kohtulikud tõkendid, kohtusse pöördumise vabadus, samas kui menetlusautonoomiat väärtustatakse enam, kui vaidluse all on „menetluslikud õigused“, nagu näiteks intressinõue, õiglased ajalimiidid, õigusabi tagamine, tõendamisalased protseduurid.²¹⁷ Tõhusa õiguskaitse põhimõttest tulenevalt peavad liikmesriigid üha suuremal määral siseriikliku õiguskaitse süsteemi kohandama selliseks, et EL õiguse rikkumiste korral oleks kahjustatud isikutele tagatud piisavad õiguskaitsevõimalused.²¹⁸

Esmasest õigusest tulenev tõhusa õiguskaitse printsiip omab erilist tähtsust just hankeõiguse valdkonnas, kus seda põhimõtet on kohus kombineerinud õiguskaitsemeetmete direktiividega.²¹⁹ Liidu õiguse sekkumine siseriikliku õiguskaitsevahendite süsteemi on haruldane. Riigihanked on üks neist vähestest eranditest keskkonnaõiguse ja intellektuaalse omandi õiguse valdkonna kõrval, kus direktiivi tasandil kehtestatakse spetsiifilisi õiguskaitsemeetmeid.²²⁰ Olukorras, kus liidu õigus reguleerib olulises ulatuses hanke-menetlust ja nende reeglite rikkumisega kaasnevate õiguskaitsevahendite olemust, tuleb tunnustada ka tõhusa õiguskaitse põhimõtte suuremat tähtsust ja mõju.

3.2. Kahju hüvitamise nõue vs. hankelepingu tühisuse tuvastamine: kumb on tõhusam?

Lepingujärgseks õiguskaitsevahendiks on kahjunõue või hankelepingu tühisuse tuvastamise nõue.²²¹ Liikmesriigil on kohustus kahjuhüvitisnõude instituut tagada.²²² Liikmesriik võib väita, et menetlusautonoomiast tulenevalt on tal õigus lepingu sõlmimisjärgsete õiguskaitsevahendite süsteem ise kujundada: rikkumiste korral, mis õiguskaitsemeetmete direktiivide kohaselt tühisuse tuvastamise nõudeõigust ette ei näe, on konkreetsetes liikmesriigis

²¹⁷ J. Engström, „The Europeanization of Remedies and Procedures through Judge-Made Law“ (PhD, EUI, 2009), viidatud P. Craig, G. de Búrca (viide 28) kaudu, lk 231.

²¹⁸ H. Schebesta (viide 90), lk 54.

²¹⁹ S. Perchal, R. Widdershoven (viide 199), lk 35.

²²⁰ P. Craig, G. de Búrca (viide 28), lk 218.

²²¹ Lisaks on kohtul võimalik lühendada hankelepingu kestvust (vt 2007/66/EÜ artikkel 2e). Kuna tegemist ei ole õiguskaitsevahendiga, vaid kohtu volitusega olukorras, kus leping jäeti avalikust huvist tulenevatel põhjustel kehtima, ei käsitle autor seda lepingu sõlmimisjärgse õiguskaitsevahendina. Samuti ei oma antud uurimuse hüpoteesi silmas pidades tähtsust hankija tegevust puudutavad haldusõiguslikud järelevõtmemeetmed ega karistusõiguslikud sanktsioonid.

²²² Vt direktiivide 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ art 2(1)c.

võimaldatud kahjunõue. Täiendavaid tühisuse aluseid ei oleks tõepoolest vaja uurida, kui kahjunõue tagaks samaväärse õiguskaitse. Autori hinnangul see siiski alati nii ei ole.

Ettevõtja õigusi, kellel jäi rikkumise tõttu hankeleping sõlmimata, saaks reaalselt kaitsta kahjunõue, mis küündiks ka saamata jäänud tuluni.²²³ Olukorras, kus õiguskaitsemeetmete direktiivid kahjunõude osas mingeid tingimusi liidu tasemel ei sätesta, on saamata jäänud tulu nõudeõigus liikmesriikides siiani problemaatiline.²²⁴ Siiski on paljudes liikmesriikides saamata jäänud tulu võimalik teatud tingimustel nõuda: kohtupraktikas on seda võimaldatud näiteks Prantsusmaal, Taanis, Norras, Rootsis ja Islandil.²²⁵ Pole mingit põhjust järeldada, nagu EL õiguses ja kohtupraktikas põhjalikult käsitletud üldine liikmesriigi vastutus ei oleks kohaldatav ka riigihankeõiguse valdkonnas.²²⁶ Liikmesriigi vastutust puudutavas kohtupraktikas on saamata jäänud tulu nõudeõigust jaatud,²²⁷ mistõttu võtab autor eelduseks, et kahjuhüvitisnõue võib hõlmata ka saamata jäänud tulu.

Paraku ei ole saamata jäänud tulu nõue praktikas tihti kasutamiskõlblik tulenevalt rangest tõendamiskoormusest. Kahjunõude esitaja peab suutma tõendada, et rikkumise tagajärjel jäi temaga hankeleping sõlmimata.²²⁸ Tõendamiskoormust võib tihti olla keeruline täita. Mida varem menetlusreegli rikkumine aset leidis, seda keerukam on põhjuslikku seost tuvastada. Pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse tühistamine on ilmselt kõige lihtsam juhtum, kus tühistamise fakti iseenesest võib pidada kausaalsuse tõendiks – hanke oleks pidanud võitma sel juhul teiseks jäänud pakkuja. Kõige keerulisemad juhtumid on seotud hanketeate avaldamise nõuete rikkumisega või majanduslikult soodsaima pakkumuse valimisel tehtud hindamisvigadega, millisel juhul on võimalik hinnata üksnes hankest huvitatud isiku lepingu

²²³ S. Treumer. Damages for breach of the EC public procurement rules – changes in European regulation and practice. – P.P.L.R. 2006, 4, p 170.

²²⁴ Nii on see näiteks Eestis. Autorile teadaolevalt ei ole Eesti kohtupraktikas riigihankevaldustes saamata jäänud tulu välja mõistetud. Riigikohus on haldusasjas 3-3-1-66-09 leidnud: „Menetluslikke õigusi sätestavad normid saavad üldjuhul olla suunatud üksnes nn usalduskahju ärahoidmisele. See tähendab, et menetlusõiguste rikkumise korral saab nõuda eelkõige menetluses osalemise tõttu kasutuks muutunud kulutuste hüvitamist.“

²²⁵ S. Treumer (viide 223), lk 159.

²²⁶ D. Fairgrieve, F. Lichere (viide 111), lk 173.

²²⁷ Manfredi. Liidetud kohtuasjad C-295/04 kuni C-298/04, p 94-95; Metallgesellschaft jt. Liidetud kohtuasjad C-397/98 ja C-410/98, p 94.

²²⁸ Vaata näiteid erinevate liikmesriikides kehtiva tõendamiskoormuse kohta H. Schebesta (viide 90), lk 116 (Holland), lk 130 (Saksamaa), lk 153 (Prantsusmaa), lk 180 (Inglismaa). Vaata protseduuriliste raskuste kohta kahju hüvitamisnõuetega seonduvalt ka X. Zhang. Supplier review as a mechanism for securing compliance with government public procurement rules: a critical perspective. – P.P.L.R. 2007, 5, p 333-334.

võitmise tõenäosust.²²⁹ Pakkumuse edukaks osutumise tõendamise on sisuliselt võimatu olukorras, kus ebaedukas pakkuja ei pääsenud rikkumise tõttu pakkumuse hindamise faasi ja hankes osales palju pakkujaid, ei esitanud üleüldse oma pakkumust või kui rikkumise tagajärjel pole pakkumused tegelikult võrreldavad (näiteks on usutav, et rikkumise puudumisel oleksid pakkujad teinud teistsuguse pakkumuse).

Kuna kahjuhüvitise seotud detailid on jäänud täielikult liikmesriikide kujundada, võib esineda siseriiklikke „nüansse“, mis saamata jäänud tulu nõudeõigust oluliselt piiravad. Saksamaal on kohus kasutusele võtnud privaatautonomia klausli: saamata jäänud tulu nõudmisel peab leping, mida rikkumise tõttu ei sõlmitud, olema „majanduslikult identses vormis“ lepinguga, mis sõlmiti. Nimelt ei ole hankija kohustatud hankelepingut sõlmima, vaid võib menetluse lõpetada. Sellisele oletusele on ebaedukal pakkujal raske vastata, hankijal on kerge sõlmida näiliselt erinev leping ja samas pääseda kaugeleulatuvatest kahjunõuetest.²³⁰

Hankelepingu tühisuse tuvastamisel ei pea hankest huvitatud isik nii rasket tõendamiskoormust kandma. Tühisuse tuvastamise puhul tuleb hinnata hankenormide rikkumise olulisust. Näiteks õigusvastase otselepingu sõlmimisel tingib rikkumise raskus iseenesest hankelepingu tühisuse tuvastamise võimaluse. Ooteaja nõude rikkumise korral ei tule tõendada, et pakkumuse edukaks osutumine oli ilma rikkumiseta sisuliselt vältimatu, vaid et rikkumine mõjutas ebaeduka pakkuja väljavaateid lepingu sõlmimisele.²³¹

Lisaks tuleb osutada, et kahjunõue ei lahenda tegelikku probleemi, milleks on õigusvastaselt sõlmitud hankelepingu kehtimajäämine, s.t kestev rikkumine. Kahju hüvitamine ei taasta teenuste või kaupade vaba liikumist. Turumoonutus vältab kogu lepingu täitmise perioodi, hanke võitja saab jätkuvalt lepingu täitmisest nii majanduslikku tulu kui ka mittemateriaalset kasu (teenuse täitmisega võidetav tuntus, reputatsioon, kogemused).²³² Seevastu kahjuhüvitist nõudnud pakkuja võib nõuet esitades rikkuda oma suhted hankijaga või selle kartuses jätta nõude üldse esitamata. Erinevalt kahjunõudest võimaldab ebaseaduslikult sõlmitud lepingu tühisuse tuvastamine taastada konkurentsi turul ja luua uued äri võimalused ettevõtjale, kellelt

²²⁹ D. Fairgrieve, F. Lichere (viide 111), lk 176-177.

²³⁰ H. Schebesta (viide 90), lk 140.

²³¹ 2007/66/EÜ, art 2d(b).

²³² P. McGovern. Rejection of use of the Cyanamid guidelines, including the adequacy of damages condition and undertaking indamages requirement: the case of OCS One Complete Solution Ltd v Dublin Airport Authority Plc. – P.P.L.R. 2014, 5, p 143.

võeti võimalus hankemenetluses osaleda.²³³ Hankelepingu lõpetamine ja uue riigihanke välja kuulutamine võib osutada riigihankealaste õigusnormide võimalikult tõhusat täitmist silmas pidades tihti parimaks võimaluseks, et võtta arvesse selliste pakkujate individuaalset huvi, kelle pakkumust ei tunnistanud edukaks.²³⁴

Kahjunõude asemel lepingu tühisuse tuvastamisnõude võimaldamine ühildub ka avalike vahendite efektiivse kasutamisega. Hankijad rahastavad riigihankelepinguid tavaliselt avalikest vahenditest, mistõttu on hankedirektiivide ülesandeks muuhulgas tagada hankija ressursside efektiivne kasutamine.²³⁵ Hankemenetlusele kehtestatud reeglid teenivad ka maksumaksjate huve, tagades, et maksudest kogutava raha kasutamine toimub otstarbekalt.²³⁶ Kahju hüvitamine õiguskaitsevahendina on olemuslikult vastuolus hankija ressursside säästliku kasutamisega. Kahjuhüvitis mõistetakse välja hankijalt. See tähendab, et hüvitis maksab kaudselt kinni maksumaksja.²³⁷ Selle asemel, et hankija küündimatusest või paha tahtlikkusest tekitatud vigade eest ebaedukale pakkujale kompensatsiooni maksta, oleks liikmesriigile kokkuvõttes soodsam võimaldada ebaedukal pakkujal esitada hankelepingu tühisuse tuvastamise nõue. Tõsi, sellisel juhul võib üles kerkida küsimus, kas tühise lepingu teisel poolel võiks omakorda esineda kahjunõue hankija vastu. Õiguskirjanduses on aga leitud, et kahjunõude ulatus peaks sellisel juhul piirduma usalduskahjuga ja välistatud peaks olema saamata jäänud tulu nõue. Kui aga pakkuja oli teadlik hankemenetluses toimunud rikkumisest, peaks kahjunõude õigus olema tervikuna välistatud.²³⁸ Seega on hankelepingu tühisuse tuvastamisel kahjunõude ees mitmeid praktilisi kui ka õigusteoreetilisi eeliseid.

Tuleb arvestada, et hankemenetluses on tõhusa õiguskaitse võimaldamise kõrvaleesmärgiks – s.t lisaks isikute individuaalsete õiguste taastamisele – EL õiguse kohaldamise tõhususe tagamine. Õiguskaitsemeetmete kasutamine siseriiklikul tasandil on peamine viis, kuidas EL õiguse detsentraliseeritud jõustamine praktikas toimub.²³⁹ Valdavas osas teostub EL õigus liikmesriigi tasandil, mitte komisjoni poolt Euroopa Kohtu ette toodud rikkumis-

²³³ Kohtujurist Y. Bot'i 10. aprillil 2014. a ettepanek kohtuasjas C-19/13, p 95-96.

²³⁴ Kohtujurist Trstenjak'i 28. märtsi 2007. a ettepanek kohtuasjas C-503/04, p 80-82.

²³⁵ Kohtujurist Jacobs'i 10. mai 2001. a ettepanek kohtuasjas C-19/00, p 33.

²³⁶ Kohtujurist Leger'i 7. detsembri 2000. a ettepanek kohtuasjas C-399/98, p 75.

²³⁷ X. Zhang. Supplier review as a mechanism for securing compliance with government public procurement rules: a critical perspective. – P.P.L.R. 2007, 5, p 339.

²³⁸ M.A. Simovart (viide 8), lk 117-121.

²³⁹ D. Pachnou (viide 34), lk 55. X. Zhang (viide 237), lk 327.

menetlustes.²⁴⁰ 2004. aasta alguseks oli riigihankealaseid rikkumismenetlusi alustatud üksnes 69 juhul, millest enamik lahenesid enne kohtuotsust.²⁴¹ Komisjoni käsutuses olevad ressursid on piiratud, võimaldades läbi viia üksnes valikulist kontrolli.²⁴² Tõhus kontroll EL hankeõiguse järgimise üle on saavutatav üksnes kontrolliõiguse delegeerimisel liikmesriikidele ja seal tegutsevatele kohtutele.²⁴³ Seetõttu ei kaitse tõhusa õiguskaitse printsiip üksnes hankest huvitatud ettevõtjate individuaalseid huve, vaid on oluline ka liidu õiguse detsentraliseeritud jõustamise tagamisel. Seda eesmärki – ühelt poolt EL õigust rikkuva hankelepingu õigusjõu lõppemise saavutamisel ja teisalt heidutava meetmena õigusvastasest praktikast hoidumiseks – tagab lepingujärgsetest õiguskaitsevahenditest tühisuse tuvastamise nõue kahjunõudest tõhusamalt.

3.3. Tõhusa õiguskaitse põhimõttest tulenevad nõuded liikmesriigi hankeõigusele

Käesolevas alapeatükis argumenteerib autor, et tõhusa õiguskaitse põhimõttest on tuletatav hankelepingu tühisuse tuvastamise aluste mitte-ammendumine olukorras, kus vastasel juhul jääksid hankest huvitatud isikud ilma kõigist õiguskaitsevahenditest. Euroopa Kohus on juba ühtsete hankeregulatsioonide algusaegadel sedastanud, et EL õiguse tõhusus on eriti oluline riigihankeõiguses, kuivõrd õiguskaitsemeetmed ja hankedirektiivid on vajalikud, et tagada EL põhivabaduste tegelik kehtivus.²⁴⁴ Hankemenetluse reeglite harmoneerimise eesmärgiks on edendada EL põhivabadusi, elimineerides liikmesriikide vahelised tõkked kaupade ja teenuste osutamise vabaduse teostamiseks ja kaitsta seeläbi ettevõtjate huve.²⁴⁵ Euroopa Kohus on tõhusa õiguskaitse huvides teinud mitmeid otsuseid, mis on hälbinud hankedirektiivide grammatilisest tõlgendamisest ning Euroopa hankeõigust seeläbi edasi arendanud. Tuginedes

²⁴⁰ Euroopa Kohus tegi 2011. a 62 otsust ELTL artikli 258 alusel. Liikmesriigid võtavad tavaliselt vajalikud meetmed tarvitusele kohtu poolt ette nähtud ajaperioodi jooksul, 77 juhtumi puhul pidi Komisjon rikkumismenetlusega ELTL artikkel 260 (2) alusel jätkama, kuna liikmesriik ei täitnud kohtu otsust. Enamik juhtumeid puudutas Kreekat, Hispaaniat ja Itaaliat, valdav osa vaidlustest kuulus keskkonnanõuete valdkonda, vt Report from the Commission. 29th Annual Report on monitoring the application of EU law. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/docs/annual_report_29/sg_annual_report_monitoring_eu_law_121130.pdf (03.05.2015).

²⁴¹ M. Niestedt (viide 18), lk 165-166.

²⁴² D. Pachnou (viide 47), lk 12; H. Schebesta (viide 90), lk 39.

²⁴³ D. Pachnou (viide 47), lk 4.

²⁴⁴ Vaata näiteks: komisjon vs Itaalia. Kohtuasi C-199/85, EKL 1987, lk 01039, p 7; SA Transporoute et Travaux v Minister of Public Works. Kohtuasi C-76/81, EKL 1982, lk 00417, p 7, University of Cambridge. Kohtuasi C-380/98, EKL 2000, I-08035, p 16; SIAC Construction. Kohtuasi C-19/00, EKL 2001, I-07725, p 32.

²⁴⁵ Vt 2014/24/EÜ preambula, p 1.

EL aluslepingutele ja nendes sisalduvate põhivabaduste kaitse vajadusele, on kohus loonud täiendavaid, s.t õiguskaitsemeetmete direktiivides sätestamata meetmeid, et hankest huvitatud isikul oleks võimalik rikkumiste korral läbivaatamisasutuse poole pöörduda. Seetõttu on Euroopa Kohus nimetatud ka õiguse loojaks, kellel on EL õiguse integratsiooni arendamisel oluline roll ning kelle tegevus täiendab tavalist õigusloome protsessi.²⁴⁶

Asjas *Alcatel* leidis kohus, et siseriiklik õiguskaitseüsteem, mis ei võimalda nõuda lepingu sõlmimise otsuse vaidlustamist enne lepingu sõlmimist, on vastuolus õiguskaitsemeetmete direktiiviga.²⁴⁷ Liikmesriik peab võimaldama kas hankelepingu tühisuse tuvastamise nõude või tagama, et pakkumuse edukaks tunnistamine ja hankelepingu sõlmimine ei toimuks ühe ja sama otsusega.²⁴⁸ Asjas *komisjon vs. Austria* täpsustas kohus, et täielik õiguskaitse eeldab pakkujate teavitamist eduka pakkumuse väljavalimise otsusest. Lünkadeta õiguskaitse eeldab ka, et ebaedukal pakkujal oleks võimalik piisava aja jooksul uurida hankija otsuse õiguspärasust, mistõttu peab jääma mõistlik periood pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kätte toimetamise ja hankelepingu sõlmimise vahele.²⁴⁹ Õiguskaitsemeetmete direktiivid ei näinud ette lepingu sõlmimise otsuse vaidlustamist, kuigi see oli tõlgendamise teel kergesti tuletatav. Kindlasti aga ei nõudnud õiguskaitsemeetmete direktiivid toonases sõnastuses kohustusliku ooteaja kehtestamist ega hankija poolt informatsiooni andmise kohustust. Need nõuded löi Euroopa Kohus tõhusa õiguskaitse põhimõttele tuginedes, viidates põhiliselt õiguskaitsemeetmete direktiivi preambulale, mille kohaselt tuleb riigihankeid käsitleva liidu õiguse või seda rakendavate siseriiklike õigusnormide rikkumise puhuks sätestada tõhusad ja kiired abinõud.²⁵⁰

Veel otsesem näide aluspõhimõtete kaudu n-õ uue õiguse loomisest on *Telaustria*.²⁵¹ Selles lahendis otsustas kohus, et kuigi avalike teenuste kontsessioonilepingutele ei kohaldu teenuste direktiiv, peab hankija kontsessioonide andmisel sellest hoolimata lähtuma aluslepingu põhimõtetest, eriti läbipaistvuskohustusest. Läbipaistvuskohustus eeldab kontsessioonist huvitatud isikute piisavas ulatuses teavitamist, et tagada konkurents ja menetluse

²⁴⁶ S. Treumer (viide 188), lk 71.

²⁴⁷ *Alcatel Austria* jt. Kohtuasi C-81/98, p 43.

²⁴⁸ S. Arrowsmith (viide 14), p 21.33.

²⁴⁹ *Komisjon vs. Austria*. Kohtuasi C-212/02, p 21, 23.

²⁵⁰ Ka direktiivi 2007/66/EÜ kehtestamise peamiseks kaalutluseks oli õiguskaitsemeetmete tõhustamine. Vt direktiivi preambula, p-d 4, 6, 8, 9, 13, 14, 18, 26.

²⁵¹ *Telaustria* ja *Telefonadress*. Kohtuasi C-324/98, EKL 2000, lk I-10745. Vt ka *Coname*. Kohtuasi C-231/03, EKL 2005, lk I-07287.

erapooletus.²⁵² Läbipaistvuse nõue ei sea tingimata hankemenetluse korraldamise kohustust, vaid kohustust tagada, et ettevõtjad saaksid kontsessiooni puudutava asjakohase teabe enne kontsessiooni andmist selliselt, et soovi korral teatada oma huvist kontsessiooni suhtes.²⁵³

On väidetud, et *Telaustria* lahend on loonud hankijale uusi kohustusi ebaselgel õiguslikul alusel.²⁵⁴ Kohtule on ette heidetud, et liidu sekundaarset õigust kasutatakse argumendina esmase õiguse edasiarendamisel. Sedastades, et esmasest õigusest tuleneb hankijatele kohustusi, kasutab kohus lähedalasuvat sekundaarset õigust – konkreetse asjas toimus aluslepingus sätestatud mitte-diskrimineerimise põhimõttest johtuva läbipaistvuskohustuse edasiarendus hankedirektiivide alusel.²⁵⁵ Pinged esmase ja teisese õiguse vahel on osaliselt paratamatud: teisese õiguse normidega kujundatakse põhiõigusi puudutavad sätted konkreetseteks õigusteks ja kohustusteks, esmase õiguse normid on aga palju üldisemad ja neid võib põhimõtteliselt järgida mitmel eri viisil. Selline normide detailsusastme erinevus põhjustab pingeid esmase õiguse ja teisese õiguse vahel.²⁵⁶ Kontsessioonidele ja alla piirmäära jäävate hangetele kohalduv esmane õigus on ähmasem kui detailsed reeglid hanke-direktiivides, kuid kohtupraktikast nähtuvalt võib märgata kahe õiguse teatavat „üheks sulandumist“.²⁵⁷ *Telaustria* on näide kohtu rollist uue õiguse loojana, arendades EL õiguse integratsiooni seal, kus EL seadusandja seda teinud ei ole.²⁵⁸

Eeltoodud näited tõestavad, et Euroopa Kohus on hankeõigust edasi arendanud ja laiendanud ka õiguskaitsemeetmete kättesaadavust. Õiguskaitsemeetmete direktiivides on sätestatud ainult minimaalsed nõuded, millele vaidlustusmenetlus peab vastama.²⁵⁹ See on kooskõlas liikmesriigi menetlusautonoomiaga ja muudab täiendavad tühisuse tuvastamise alused sõltuvusse liikmesriigi seadusandja tahtest. Nagu alapeatükist 1.4 selgus, ei ole liikmesriigi seadusandja üldiselt aldis kehtestama täiendavaid tühisuse aluseid. Õiguskaitsemeetmete direktiivides reguleerimata juhtudel tuleb hankelepingu täiendavaid tühisuse aluste võimalikkust uurida esmase õiguse valguses. Seepärast uurib autor, kas tõhusa õiguskaitse

²⁵² *Telaustria*. Kohtuasi C-324/98, p 62.

²⁵³ *Coname*. Kohtuasi C-231/03, p 21.

²⁵⁴ S. Treumer (viide 188), lk 83.

²⁵⁵ *Samas*, lk 84.

²⁵⁶ Kohtujurist V. Trstenjak'i 11. veebruari 2010. a ettepanek kohtuasjas C-160/08, p 108.

²⁵⁷ A. Brown. EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives. – P.P.L.R. 2010, 5, p 181.

²⁵⁸ S. Treumer (viide 188), lk 84.

²⁵⁹ *Strabag jt*. Kohtuasi C-314/09, EKL 2010, lk I-08769, p 33.

põhimõtte võiks anda kolmandatele isikutele õiguse vaidlustada hankelepingu kehtivus juhtudel, mis ei ole õiguskaitsemeetmete direktiivides tühisuse alustena sätestatud. Autor hinnangul võib tõhusa õiguskaitse printsiibile tuginedes teatud olukordades nõuda hankelepingu tühistamist ka muu raske EL õiguse rikkumise korral kui õiguskaitsemeetmete direktiivides sätestatud juhud.

Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei lõpe EL esmase õiguse rikkumine hankelepingu sõlmimisega, vaid kestab edasi ka lepingu kehtivuse perioodil.²⁶⁰ Riigihankes kehtivad aluspõhimõtted kohalduvad seetõttu ka pärast hankelepingu sõlmimist. Kohus on korduvalt toonitanud läbipaistvuse tagamise kohustust igas hankemenetluse etapis,²⁶¹ mis tähendab ka hankelepingu täitmise faasi. Rikkumiseks on loetud näiteks seda, kui riigihanke võitnud ettevõtjaga sõlmiti hiljem leping täiendavateks töödeks, mida hanketeates ei mainitud.²⁶² Sõlmida ei tohiks liiga pika kestvusega lepinguid, mis ei võimalda teistel ettevõtjatel tellimusele konkureerida.²⁶³ Hankemenetluses ei tohiks olla võimalik pidada järelläbirääkimisi.²⁶⁴

Kuivõrd kehtivad EL esmasest õigusest tulenevad aluspõhimõtted ka hankelepingu täitmise faasis, peavad lünkadeta õiguskaitse tagamiseks eksisteerima ka tõhusad lepingu sõlmimisjärgsed õiguskaitsevahendid. Lepingu sõlmimisele järgnevad õiguskaitsevahendid on vajalikud eelkõige olukorras, kus hankereeglite rikkumine võttis hankest huvitatud isikutelt võimaluse kasutada lepingueelseid õiguskaitsevahendeid. Siseriiklikus õiguses tõhusate lepingujärgsete õiguskaitsevahendite võimaldamata jätmine tähendaks, et tagatud ei oleks EL õiguse „täielik jõud ja toime“. Liidu õigusega on aga vastuolus seadusandlik, haldus- ja kohtupraktika, mis võiks kahjustada liidu õiguse toimet sellega, et ei anna siseriiklikule kohtule volitusi, et kõrvaldada siseriiklikud õigusaktid, mis võivad takistada liidu normide täielikku toimet.²⁶⁵ Direktiiviga 2007/66/EÜ sätestati tühisuse alused juhtumiteks, kui hankeõiguse rikkumine muutis lepingueelsete õiguskaitsevahendite kasutamise võimatuks.

²⁶⁰ Vaata näiteks: komisjon vs. Austria. Kohtuasi C-328/96, EKL 1999, lk I-07479, p 43-45; komisjon vs. Saksamaa. Liidetud kohtuasjad C-20/01 ja C-28/01, p 36; komisjon vs. Saksamaa. Kohtuasi C-503/04, p 29; Chambre de commerce ja d'industrie de l'Indre. Kohtuasi C-465/10, EKL 2011, I-14081, p 56.

²⁶¹ Universale-Bau jt. Kohtuasi C-470/99, EKL 2002, lk I-11617, p 93; komisjon vs. Belgia. Kohtuasi C-87/94, EKL 1996, lk I-02043, p 54.

²⁶² Komisjon vs. Prantsusmaa. Kohtuasi C-340/02, EKL 2004, lk I-09845, p 30-36.

²⁶³ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja Ph.D. Aare Reenumägi. Tartu Ülikool, 2007, lk 85.

²⁶⁴ Kohtujurist Stix-Hackl'i 1. juuli 2004. a ettepanek kohtuasjas C-247/02, p 37.

²⁶⁵ Winner Wetten. Kohtuasi C-409/06, EKL 2010, lk I-08015, p 55.

Olukorras, kus mõnel muul EL õiguse rikkumisel on samasugune toime – s.t rikkumine võttis hankest huvitatud isikul objektiivselt võimaluse lepingueelsete õiguskaitsemeetmete kasutamiseks –, oleks tõhusa õiguskaitse põhimõttega kooskõlas, kui hankest huvitatud isikutel võimaldataks nõuda hankelepingu tühisuse tuvastamist. Vastasel korral jäävad isikud üldse õiguskaitsest ilma, vaatamata, et tõhusa kohtuliku kaitse põhimõtte kuulub liidu õiguse üldpõhimõtete hulka.²⁶⁶

Asjaolu, et õiguskaitsemeetmete direktiivides on tühisuse alused sätestatud ammendavalt ning preambula järgi muude rikkumiste korral võivad liikmesriigid tühisuse põhimõtet ebakohaseks pidada, ei ole iseenesest kaalukas vastuargument. Õigusvastane hankeleping rikub EL esmast õigust ning sekundaarne õigus ei saa piirata asutamislepingus sätestatud põhivabadusi. Samasugust argumentatsiooni kasutas Euroopa Kohus ka liidetud kohtuasjas *C-20/01 ja C-28/01* ja kohtuasjas *komisjon vs. Saksamaa*. Kohus leidis, et ehkki direktiivi säte võimaldab liikmesriikidel säilitada nende lepingute kehtivus, mis on sõlmitud riigihanke-menetlust reguleerivaid direktiive rikkudes, ja kaitseb seeläbi lepingupartnerite õiguspärasust, ei saa – ilma et vähendataks asutamislepingu nende sätete ulatust, millega loodi siseturg – selle tagajärjel pidada hankija tegevust kolmandate isikute suhtes pärast selliste lepingute sõlmimist liidu õigusega kooskõlas olevaks. Euroopa Kohus jaatas asjas *komisjon vs. Saksamaa* EL õiguse rikkumise korral hankelepingute lõpetamise kohustust, jättes täpsustamata rikkumised, mille tagajärjel see kohustus materialiseerub. Küsimusele, kas tõhusa õiguskaitse põhimõttest võib tuleneda hankelepingu tühisuse aluseid, pole Euroopa Kohus vastust andnud. Samas on kohus *Wall AG* kaasuses²⁶⁷ leidnud, et esmase õiguse rikkumine ei too alati kaasa kohustust leping lõpetada, andes mõista, et siiski võivad esineda asjaolud, kus selline meede on kohane.

Seda, et üldine tõhususe põhimõtte võib nõuda erandit hankelepingute kaitseklauslist, on kaalunud ka professor S. Arrowsmith juba 2005. aastal.²⁶⁸ Arrowsmith püstitas hüpoteesi, kas aluslepingutest tulenevate kohustuste täitmise üldine klausel (praegune ELTL artikkel 260) võib liikmesriigile tuua kaasa kohustuse liidu õigust rikkuv leping tühistada. ELTL artikkel 260 kohaselt nõutakse riigilt Euroopa Kohtu otsuse täitmiseks vajalike meetmete võtmist, kui kohus leiab, et liikmesriik ei ole täitnud aluslepingutest tulenevat kohustust. Kui liikmesriik ei

²⁶⁶ Unibet. Kohtuasi C-432/05, p 37 ja seal viidatud kohtupraktika.

²⁶⁷ Wall AG. Kohtuasi C-91/08, p 65.

²⁶⁸ S. Arrowsmith (viide 14), p 21.69.

suuda liidu õigusega vastuolus oleva lepingut tühistada ega selle mõjusid lõpetada, võib tegemist olla liidu õiguse rikkumisega, hoolimata siseriikliku õiguse positsioonist. Arrowsmith'i hinnangul ei olnud siiski liikmesriigil artikkel 260 alusel lepingu lõpetamise kohustust, sest „õiguskindluse põhimõte seab piirid sellele, mida liidu õiguse rikkumise korral liikmesriikidelt nõuda saab.“²⁶⁹ Käesolevaks ajaks on aga EL õigus ja kohtupraktika arenenud suunas, mis on hankelepingu kehtivust kaitsvad eraõiguslikud argumendid jätnud tagaplaanile.

Kokkuvõttes, hankelepingu tühisuse tuvastamise nõue peaks olema võimalik lisaks õiguskaitsemeetmete direktiivides sätestatud juhtudele ka rikkumiste puhul, mis vastavad järgmistele kriteeriumidele:

- 1) tegemist peab olema raske rikkumisega, mis mõjutas või suure tõenäosusega mõjutas hankemenetluse lõpptulemust (ptk 1.1);
- 2) rikkumine on jätnud isiku ilma võimalusest kasutada lepingueelseid õiguskaitsevahendeid (ptk 1.2);
- 3) kahju hüvitamise nõue ei taga kaebajale tõhusat kaitset (ptk 3.2);
- 4) ei esine ühtki menetluslikku piirangut tühisuse tuvastamise kohaldamisele, näiteks nõudeõiguse aegumine (ptk 1.3).

²⁶⁹ Samas, lk 1458-1462.

Kokkuvõte

Magistritööga uuris autor, kas õiguskaitsemeetmete direktiivis sätestatud tühisuse tuvastamise alused on ammendavad või saab möönda veel rikkumisi, mille puhul hankest huvitatud isikutel on õigus tühisuse tuvastamise nõue esitada. Autor leidis, et tühisuse tuvastamise alused ei ammendu õiguskaitsemeetmete direktiivis sätestatud juhtudega. Täiendavate tühisuse aluste võimaldamist õigustab EL esmasest õigusest tulenev tõhusa õiguskaitse põhimõte. Kuivõrd EL esmasest õigusest tulenevad aluspõhimõtted kehtivad ka hankelepingu täitmise faasis, peavad tõhusa ja lünkadeta õiguskaitse tagamiseks selles faasis eksisteerima ka adekvaatsed lepingujärgsed õiguskaitsevahendid.

Uurides liikmesriikide praktikat, kus hankelepingu tühisuse tuvastamine on olnud võimalik juba enne direktiivi 2007/66/EÜ ülevõtmist, selgus, et nende liikmesriikide seadusandja pole koostanud raskete rikkumiste kataloogi, mille korral lepingu tühisuse tuvastamine kõne alla võiks tulla. Selle asemel on kohtuvõimule n-ö üldvolitusena antud hankelepingu tühisuse tuvastamise pädevus (Iirimaa näide) või on kohus sellise volituse ise endale läbi tõlgendamise tuletanud (Prantsusmaa näide). Rikkumiste kataloogi koostamine, mis alati peaks kaasa tooma hankelepingu tühisuse tuvastamise võimaluse, ei ole praktiline. Küsimus, millal lisaks õiguskaitsemeetmete direktiivide artiklis 2d loetletud juhtudele on hankelepingu tühisuse tuvastamine adekvaatne, on õigem jätta kohtu otsustada. Ainult kohus saab arvesse võtta kõiki konkreetse juhtumi asjaolusid ja kaaluda rikkumise raskust. Küll aga saab välja töötada kriteeriumid, millele konkreetne rikkumine vastama peaks.

Eraõiguslike argumentide roll hankelepingu tühisuse tuvastamise nõuetes on teisejärguline. Ehkki õiguskindlus ja *pacta sunt servanda* põhimõtted on tunnustatud liidu ning liikmesriikide siseriikliku õigusega, on liidu huvi hankenormide järgimise vastu primaarne. Vaieldes õigusrikkumisega võidetud hankelepingute kehtivuse üle, tuleb lepingupoolte huvide asemel tähtsustada avalikku huvi – s.t mitte pooltele osaks langevat ebamugavust või raskusi, vaid lepingu täitmise katkemisest tuleneda võivaid negatiivseid mõjusid avalikule huvile. Õiguskindluse põhimõte omab täiendavate tühisuse aluste väljaselgitamisel siiski tähtsust, selle põhimõtte kohaselt on tühisuse tuvastamine õiguskaitsevahendina võimalik ainult kõige raskemate rikkumiste korral. Piisavalt oluline on rikkumine juhul, kui see mõjutas või suure tõenäosusega mõjutas hankemenetluse lõpptulemust.

Euroopa Liidu seadusandja tahe tühisuse tuvastamise kontseptsiooni väljatöötamisel on olnud suunatud eesmärgile tõhustada lepingueelseid õiguskaitsemeetmeid ja heidutada hankijaid rikkumiste toimepanemisest. Sellest johtuvalt kehtib lepingueelsete õiguskaitsemeetmete prioriteetsuse reegel – tühisuse tuvastamine on lubatav vaid olukorras, mil rikkumine ei võimaldanud hankest huvitatud isikul kasutada lepingueelseid õiguskaitsevahendeid. Lepingueelsete õiguskaitsevahendite ammendumine peab olema tingitud objektiivsetest põhjustest, mitte hankest huvitatud isiku subjektiivsest olukorrast. Hankest huvitatud isik ei saa nõuda lepingu tühisuse tuvastamist, kui oli võimalik vaidlustada hankija tegevus hanke-menetluse kestel. Lepingueelsete õiguskaitsevahendite kasutamine on ammendunud, kui menetluses toimunud rikkumistest teadmist ei saa hankest huvitatud isikutelt eeldada (näiteks korruptiivsel teel suunatud hanked, valeandmete esitamine pakkumuses, pakkuja õigusvastane kõrvaldamata jätmine, hankelepingu õigusvastane muutmine).

Täiendavaid tühisuse aluseid ei oleks vaja uurida, kui kahjunõue tagaks hankest huvitatud isikutele samaväärse õiguskaitse. Autor argumenteeris, et praktikas ei pruugi see alati nii olla. Ettevõtja õigusi, kellel jäi rikkumise tõttu hankeleping sõlmimata, saaks reaalselt kaitsta kahjunõue, mis küündiks saamata jäänud tuluni. Saamata jäänud tulu nõudeõigust on liikmesriikides aga oluliselt piiratud kausaalsusnõudega: nõude esitaja peab tõendama, et ilma rikkumiseta oleks tema pakkumus osutunud edukaks. Pakkumuse edukaks osutumise tõendamine on paljudel juhtudel võimatu. Tühisuse tuvastamise nõude puhul ei tule seevastu tõendada, et pakkumuse edukaks osutumine oli ilma rikkumiseta sisuliselt vältimatu, vaid et rikkumine mõjutas ebaeduka pakkuja väljavaateid lepingu sõlmimisele. Ebaseaduslikult sõlmitud lepingu tühisuse tuvastamine võimaldab ka taastada konkurentsi ning on kooskõlas hankija ressursside säästliku kasutamise põhimõttega.

Hankedirektiivid ja õiguskaitsemeetmete direktiivid seavad ühtlasi lepingu tühisuse tuvastamisele ka mitmeid menetluslikke piiranguid, nt õigusrahu tagamiseks peaks hankelepingu tühisuse tuvastamise nõue olema võimaldatud maksimaalselt 6 kuu jooksul rikkumise toimepanemisest. Kõik tühisuse tuvastamise nõudeõiguse piirangud on asjakohased ka täiendavate tühisuse aluste puhul.

Autori püstitatud hüpotees leidis kinnitust. Hankelepingu tühisuse tuvastamise alused ei ole õiguskaitsemeetmete direktiiviga ammendunud. Magistritöö autor töötas välja kriteeriumid, mille esinemisel tühisuse tuvastamise nõuet jaatada. Tühisuse tuvastamise nõue peaks täiendavalt olema võimalik rikkumiste puhul, mis vastavad järgmistele kriteeriumidele: (1) rikkumine mõjutas või suure tõenäosusega mõjutas hankemenetluse lõpptulemust, (2) rikkumine on jätnud isiku ilma võimalusest kasutada lepingueelseid õiguskaitsevahendeid, (3) kahju hüvitamise nõue ei taga kaebajale samaväärset kaitset, (4) ei esine ühtki menetluslikku piirangut tühisuse tuvastamise kohaldamisele.

CONTRACT VALIDITY IN THE CASE OF INFRINGEMENT OF EUROPEAN UNION PUBLIC PROCUREMENT RULES

Resumé

The purpose of the thesis was to answer the question whether the grounds of ineffectiveness are listed exhaustively in remedies directives, or might there be other breaches in procurement procedures that allow injured parties to seek the remedy of ineffectiveness. To say it simpler way: does availability of ineffectiveness extend farther than three possible situations set out in remedies directive? Therefore, author sought whether ineffectiveness as a remedial right could derive from the EU primary law.

Author concluded that grounds of ineffectiveness are not exhausted by those enacted in remedies directives, other possible grounds can derive from the principle of effective judicial protection. EU primary law requirements are applied throughout the entire performance of the contracts, hence complete legal protection presupposes that beside pre-contractual remedies national legislators have to provide adequate post-contractual remedies as well. If national legal system fails to provide effective post-contractual remedies for breach of EU substantive procurement directives it would weaken the effectiveness of the enforcement of EU law in general and hinders EU law to gain its full force and effect.

Author analyzed the practice of those Member States where the remedy of set aside in respect of a concluded contract was available already before the adoption of directive 2007/66/EC. Study showed that in those Member States legislators have not composed exhaustive catalogue for breaches that should *per se* render contract null and void. Legislator rather has granted general authorisation to a court to decide which specific measures are appropriate to remedy a breach (e.g. Ireland) or the court has developed its competence itself through a teleological approach (e.g. France). In both scenarios, consequences of a breach are rather left for a national court to decide. It seems to be the right direction; only judicial review allows to take into account all the particularities of the concrete case and to assess the gravity of the breach. Nevertheless, it is still possible to envisage criteria that should be taken into account when determining whether ineffectiveness could be proportional legal sanction for a breach of EU procurement law.

Author's aim was to set forth general criteria that can be used to assess whether a breach was such that it could be remedied only through declaring the contract ineffective. Author concluded that principles of legal certainty and the protection of legitimate expectation with regard to concluded contracts are of secondary importance, even though these principles are safeguarded by the EU legislation. It can be argued that the principle of effectiveness of Community law has triumphed over legal certainty. Therefore, while deciding whether to impose the sanction of ineffectiveness review body should not take into consideration arguments such as legal certainty or *pacta sunt servanda* (but should instead consider if general interest require that the effects of the contract should be maintained). There is still one rationale that derives from the principle of legal certainty that is important when extending the grounds of ineffectiveness. Breaches that may render contract void, should be sufficiently serious. A breach should be considered sufficiently serious where it influenced or very likely influenced the outcome of the competition for the public contract.

EU legislator's aim by amending remedies directives was to improve the effectiveness of pre-contractual remedies and to deter awarding authorities from breaching general principles of Community law. Due to these goals the concept of ineffectiveness was envisaged as a last resort remedying a breach that cannot be amended by no other means. EU legal system has set priority to the pre-contractual remedies: ineffectiveness can be sought only when infringement has deprived the tenderer applying for review of the possibility to pursue pre-contractual remedies. This is very important rule that restricts the additional grounds of ineffectiveness. Deprivation of pre-contractual remedies must be based on objective situation. For instance, pre-contractual remedies are exhausted if injured party did not know or cannot be expected to know about the breach during the procurement process (e.g. cases of corruption, false data in competitor's bid, cases of not following mandatory exclusion rules by awarding authority due to intention or the lack of knowledge, cases of contract changes leading to a duty to retender).

Member State can argue that procedural autonomy generally leaves the choice of procedures used to enforce EU rules to the Member State competence and instead of extending the concept of ineffectiveness Member State has made available the remedy of damages. Indeed, if damages protected injured party's rights in a same efficient way that would be fair enough. However, often that is not the case. Damages would be adequate remedy only if unsuccessful

bidder had a chance to claim lost profit. In order to claim lost profit unsuccessful bidder have to prove the existence of a causal link between the loss and a violation of the public procurement rules, i.e. the claimant would have been awarded the contract under the regular course of a procurement procedure. This particular obligation might often be impossible to fulfill. On the other hand, remedy of ineffectiveness does not require such burden of proof. It also restores competition and coincides with a rational that public funds must be spent efficiently.

Finally, substantive procurement directives and remedies directives set forth procedural limitations to the application of ineffectiveness, e.g. in order to safeguard legal certainty ineffectiveness claim should be available for limited period of time. All procedural limitations should apply in the cases of possible grounds of ineffectiveness that may derive from the principle of effective judicial protection.

To conclude it can be stated that the availability of ineffectiveness as a remedy extends farther than those grounds set out in remedies directives. Criteria that should be taken into account when determining whether ineffectiveness could be proportional legal sanction for a breach of EU procurement law are as follows: (1) infringement influenced or very likely has influenced the outcome of the competition, (2) infringement deprived the tenderer of the possibility to pursue pre-contractual remedies, (3) claiming damages do not offer adequate legal protection, (4) there are no procedural limitations that preclude the application of ineffectiveness.

Allikad

Kasutatud kirjandus

1. Allikmets, S. Tuntud või tundmatu hea halduse põhimõte. – *Juridica* III/2014.
2. Arnould, J. Damages for performing an illegal contract: the other side of the mirror - comments on the three recent judgments of the French Council of State. – *P.P.L.R.* 2008, 6, 274-281.
3. Arrowsmith, S. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Sweet & Maxwell, 2005, 2nd ed. 2008.
4. Bovis, C. *EU Public Procurement Law: 2nd Ed.* Elgar European Law, 2012.
5. Brisson, J-F. Recent changes in administrative litigation concerning contracts: on third-party remedies against administrative contracts. *Montesquieu Law Review*, 2015, 1, 7-14.
6. Brodec, J. Janecek, V. How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime? – *P.P.L.R.* 2015, 3, 90-105.
7. Brown, A. Changing a sub-contractor under a public services concession: *Wall AG v Stadt Frankfurt am Main (C-91/08)*. – *P.P.L.R.* 2010, 5, 160-166.
8. Brown, A. EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives. – *P.P.L.R.* 2010, 5, 169-181.
9. Brown, A. When will publication of voluntary ex ante transparency notice provide protection against the remedy of ineffectiveness? – *P.P.L.R.* 2015, 1, 10-16.
10. Caranta, R. The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works. – *C. M. L. R.*, 2015, 52, 391-460.
11. Clifton, M-J. Ineffectiveness - the new deterrent: will the new Remedies Directive ensure greater compliance with the substantive procurement rules in the classical sectors? – *P.P.L.R.* 2009, 4, 165-183.

12. Craig, P., de Búrca, G. EU Law: Text, Cases and Materials. 5th Ed. New York: Oxford University Press, 2011.
13. Donnelly, C. Remedies in public procurement law in Ireland. – P.P.L.R. 2009, 1, 18-41.
14. Engström, J. The Principle of Effective Judicial Protection after the Lisbon Treaty. – Review of European Administrative Law, 2011, 2, 53-68.
15. Fairgrieve, D. Lichere, F (ed). Public Procurement Law. Damages as Effective Remedy. Hart Publishing, 2011.
16. Golding, J. Henty, P. The new Remedies Directive of the EC: standstill and ineffectiveness. – P.P.L.R. 2008, 3, 146-154.
17. H. Schebesta. Towards an EU Law of Damages. Thesis submitted for assessment with a view to obtaining the degree of Doctor of Laws of the European University Institute. June, 2013.
18. Kotsonis, T. The 2014 Utilities Directive of the EU: codification, flexibilisation and other misdemeanours. – P.P.L.R. 2014, 4, 169-187.
19. Leffler, H. Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions. – P.P.L.R. 2003, 4, 151-174.
20. Maurer, H. Haldusõigus. Üldosa. Kirjastus Juura, 2004.
21. McGovern, P. Rejection of use of the Cyanamid guidelines, including the adequacy of damages condition and undertaking indamages requirement: the case of OCS One Complete Solution Ltd v Dublin Airport Authority Plc. – P.P.L.R. 2014, 5, 138-144.
22. Merusk, K. Pilving, I (koost). Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura, 2013.
23. Motyka-Mojkowski, M. Economic reasons as a justification for extreme urgency in construction projects for sports events. – P.P.L.R. 2013, 2, 35-41.
24. Niestedt, M. Penalties despite compliance? A note on case C-503/04, Commission v Germany. – P.P.L.R. 2005, 6, 164-170.

25. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja Ph.D. Aare Reenumägi. Tartu Ülikool, 2007.
26. Osler, D. Russell, K. Overturning an illegal award of contract: a note on DR Plumbing & Heating Services Limited v Aberdeen City Council. – P.P.L.R. 2010, 1, 31-37.
27. Pachnou, D. Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness. – P.P.L.R. 2000, 2, 55-74.
28. Pachnou, D. The Effectiveness of Bidder Remedies for Enforcing the EC Public Procurement Rules. Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, March 2003.
29. Perchal, S. Widdershoven, R. Redefining the Relationship between ‘Rewe-effectiveness’ and Effective Judicial Protection. – Review of European Administrative Law, 2011, 4, 31-50.
30. Priess, H-J. The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive. – P.P.L.R. 2014, 3, 112-123.
31. Rayment, B. The remedy of ineffectiveness in the English courts: ALSTOM Transport v Eurostar International Ltd. – P.P.L.R. 2011, 6, 262-267.
32. Simovart, M. A. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. – Juridica II/2011.
33. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad PhD Carri Ginter ja prof. Irene Kull. Tartu Ülikool, 2010.
34. Simovart, M. A. Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules. – Upphandlingsrättslig Tidskrift, 2015 no 1. Arvutivõrgus: <http://www.urt.cc/?q=node/90> (03.05.2015).
35. Zhang, X. Supplier review as a mechanism for securing compliance with government public procurement rules: a critical perspective. – P.P.L.R. 2007, 5, 325-351.

36. Treumer, S. Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules – the end of the status of concluded public contracts as sacred cows. – P.P.L.R. 2007, 6, 371-386.
37. Treumer, S. Damages for breach of the EC public procurement rules – changes in European regulation and practice. – P.P.L.R. 2006, 4, 159-170.
38. Treumer, S. The discretionary powers of contracting entities - towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice? – P.P.L.R. 2006, 3, 71-85.
39. Truchet, D. Basic Principles of the Public Procurement Procedure in France and the Influence of the EU Law, 2012, 12, 1103-1116. Arvutivõrgus: http://en.iju.hr/ccpa/ccpa/downloads_files/05%20Truchet.pdf (03.05.2015).
40. Tucker, A. UNETO v De Vliert (Unreported - Netherlands). – P.P.L.R. 1997, 5, 112-114.
41. Van Gerven, W. Of rights, remedies, procedures. – C.M.L.R. 2000, 37, 501-536.
42. Varul, P. Kull, I. Kõve, V. Käerdi, M (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura, 2010.
43. Williams, R. Anti-corruption measures in the EU as they affect public procurement. – P.P.L.R. 2014, 95-99.
44. Williams, R. Remedying a breach of Community law: the judgment in joined cases C-20/01 and C-28/01, Commission v Germany. – P.P.L.R. 2003, 5, 109-115.

Kasutatud normatiivmaterjal

EL õigusaktid

45. Euroopa nõukogu direktiiv 89/665/EMÜ, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 395, 30.12.1989, lk 33–35.
46. Euroopa nõukogu direktiiv 92/13/EMÜ, 25. veebruar 1992, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi

- käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 076, 23.03.1992, lk 14–20.
47. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas. – ELT L 335, 20.12.2007, lk 31–46.
48. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, 28.03.2014, lk 1–64.
49. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 65–242.
50. 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. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 243–374.
51. Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 326, 26.10.2012, lk 47-390.

EL liikmesriikide normatiivmaterjal

52. Code de justice administrative. Partie législative. Prantsuse keeles arvutivõrgus: <http://www.legislationline.org/topics/country/30/topic/83>. Inglise keeles arvutivõrgus: http://www.conseil-etat.fr/content/download/37782/327923/version/1/file/ENG_CJA%20partie%20legislative_MAJ_20141017.pdf (03.05.2015).
53. European Communities (Public Authorities' Contracts) (Review Procedures) Regulations 2010. S.I. No. 130/2010. Arvutivõrgus: <http://www.irishstatutebook.ie/2010/en/si/0130.html> (03.05.2015).
54. Riigihangete seadus. 24.01.2007. – RT I 2007, 15, 76; RT I, 23.03.2015
55. Riigihangete seadus v.r. 19.10.2000. – RT I 2000, 84, 534; RT I 2005, 18, 105.
56. Karistusseadustik. 06.06.2001. – RT I 2001, 61, 364; RT I, 12.03.2015, 7.

57. Haldusmenetluse seadus. 06.06.2001. – RT I 2001, 58, 354; RT I, 23.02.2011, 3.
58. Halduskohtumenetluse seadustik. 27.01.2011. – RT I, 23.02.2011, 3; RT I, 19.03.2015, 1.
59. Avaliku teenistuse seadus. 13.06.2012. – RT I, 06.07.2012, 1; RT I, 29.06.2014, 109.
60. Korruptsioonivastane seadus. 06.06.2012. – RT I, 29.06.2012, 1; RT I, 12.07.2014, 1.
61. Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse 665 SE III eelnõu ja seletuskiri. Arvutivõrgus:
<http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/c09c3849-049e-79eb-4988-bcc00e1a2fe7/Riigihangete-seaduse-ja-sellega-seonduvate-seaduste-muutmise-seadus/>
(03.05.2015).
62. Riigihangete seaduse ja halduskohtumenetluse seadustiku muutmise seaduse 474 SE eelnõu. Märkuste ja ettepanekute tabel. Kättesaadav internetist:
<http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ea657bca-5869-4072-8199-c0065299a7bb/Riigihangete-seaduse-ja-halduskohtumenetluse-seadustiku--muutmise-seadus/>
(03.05.2015).

Kasutatud kohtupraktika

Euroopa Kohtu lahendid

63. A. Verholen ja teised vs. Sociale Verzekeringsbank Amsterdam. Liidetud kohtuasjad C-87/90 ja C-89/90, EKL 1991, lk I-3757.
64. Alcatel Austria AG jt, Siemens AG Österreich ja Sag-Schrack Anlagentechnik AG vs. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr. Kohtuasi C-81/98, EKL 1999, lk I-07671.
65. Amministrazione delle Finanze dello Stato vs. Simmenthal SpA. Kohtuasi C-106/77, EKL 1978, lk 00629.
66. Antonio Muñoz y Cia SA ja Superior Fruiticola SA vs. Frumar Ltd ja Redbridge Produce Marketing Ltd. Muñoz ja Superior Fruiticola. Kohtuasi C-253/00, EKL 2002, lk I-07289.

67. Brasserie de Pêcheur jt. Liidetud kohtuasjad C-46/93 ja C-48/93. EKL 1996, lk I-01029.
68. Chambre de commerce ja d'industrie de l'Indre. Kohtuasi C-465/10, EKL 2011, I-14081
69. Consorzio Aziende Metano (Coname) versus Comune di Cingia de' Botti. Kohtuasi C-231/03, EKL 2005, lk I-07287.
70. Consorzio Aziende Metano (Coname) vs. Comune di Cingia de' Botti. Kohtuasi C-231/03, EKL 2005, lk I-07287.
71. Courage Ltd versus Bernard Crehan ja Bernard Crehan versus Courage Ltd ja teised. Kohtuasi C-453/99, EKL 2001, lk I-06297.
72. Distilleria F. Palma SpA vs. komisjon. Kohtuasi T-154/01, EKL 2004, lk II-01493.
73. Komisjon vs. Austria. Kohtuasi C-212/02, avaldamata.
74. Komisjon vs. Austria. Kohtuasi C-328/96, EKL 1999, lk I-07479.
75. Komisjon vs. Belgia. Kohtuasi C-87/94, EKL 1996, lk I-02043.
76. Euroopa Kohtu määrus. Kohtuasi C-87/94R, EKL 1994, lk I-01395
77. Komisjon vs. CAS Succhi di Frutta. Kohtuasi C-496/99, EKL 2004, I-03801.
78. Komisjon vs. Prantsusmaa. Kohtuasi C-263/03, avaldamata.
79. Komisjon vs. Prantsusmaa. Kohtuasi C-340/02, EKL 2004, lk I-09845.
80. Komisjon vs. Saksamaa. Kohtuasi C-17/09. EKL 2010, lk I-00004.
81. Komisjon vs. Saksamaa. Kohtuasi C-503/04. EKL 2007, lk I-06153.
82. Komisjon vs. Saksamaa. Liidetud kohtuasjad C-20/01 ja C-28/01, EKL 2003, lk I-03609.
83. Metallgesellschaft Ltd ja teised vs. Commissioners of Inland Revenue ja HM Attorney General. Liidetud kohtuasjad C-397/98 ja C-410/98, EKL 2001, lk I-01727.
84. Ministero dell'Interno vs. Fastweb SpA. Kohtuasi C-19/13, avaldamata.
85. Ordine degli Architetti vs. Comune di Milano. Kohtuasi C-399/98. EKL 2001, lk I-05409.

86. Presstext Nachrichtenagentur GmbH vs. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Kohtuasi C-454/06, EKL 2008, lk I-04401.
87. Racke vs. Hauptzollamt Mainz. Kohtuasi C-162/96, EKL 1998, lk I-03655.
88. Rewe vs. Landwirtschaftskammer für das Saarland. Kohtuasi 33/76, EKL 1976, lk 01989
89. Sabine von Colson ja Elisabeth Kamann vs. Land Nordrhein-Westfalen. Kohtuasi C-14/83, EKL 1984, lk 01891.
90. SECAP SpA ja Santorso Soc. coop. arl vs. Comune di Torino. Liidetud kohtuasjad C-147/06 ja C-148/06, EKL 2008, lk I-03565.
91. Stadt Graz vs. Strabag AG ja teised. Kohtuasi C-314/09, EKL 2010, lk I-08769.
92. Stadt Halle ja RPL Recyclingpark Lochau GmbH vs. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall. Kohtuasi C-26/03. EKL 2005, lk I-00001.
93. Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH vs. Telekom Austria AG. Kohtuasi C-324/98, EKL 2000, lk I-10745.
94. The Queen vs. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd jt. Kohtuasi C-213/89, EKL 1990, lk I-02433.
95. Unibet (London) Ltd ja Unibet (International) Ltd vs. Justitiekanslern. Kohtuasi C-432/05, EKL 2007, lk I-02271.
96. Unión de Pequeños Agricultores vs. Euroopa Liidu Nõukogu. Kohtuasi C-50/00, EKL 2002, lk I-6677.
97. Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH vs. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH. Kohtuasi C-470/99, EKL 2002, lk I-11617.
98. Wall AG vs. La ville de Francfort-sur-le-Main ja Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH. Kohtuasi C-91/08, EKL 2010, lk I-02815.
99. Vincenzo Manfredi vs. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA. Liidetud kohtuasjad C-295/04 kuni C-298/04, EKL 2006, lk I-06619.

100. Winner Wetten GmbH versus Bürgermeisterin der Stadt Bergheim. Kohtuasi C-409/06, EKL 2010, lk I-08015.

Kohtujuristi ettepanekud

101. Kohtujurist Trstenjak'i 28. märtsi 2007. a ettepanek kohtuasjas C-503/04.
102. Kohtujurist Alberi 16. juuli 1998. a ettepanek kohtuasjas C-328/96.
103. Kohtujurist Stix-Hackl'i 14. septembri 2006. a ettepanek kohtuasjas C-532/03.
104. Kohtujurist Warneri 27. septembri 1979. aasta ettepanek kohtuasjas C-265/78.
105. Kohtujurist Y. Bot'i 10. aprillil 2014. a ettepanek kohtuasjas C-19/13.
106. Kohtujurist Jacobs'i 10. mai 2001. a ettepanek kohtuasjas C-19/00.
107. Kohtujurist Leger'i 7. detsembri 2000. a ettepanek kohtuasjas C-399/98.
108. Kohtujurist V. Trstenjak'i 11. veebruari 2010. a ettepanek kohtuasjas C-160/08.
109. Kohtujurist Stix-Hackl'i 1. juuli 2004. a ettepanek kohtuasjas C-247/02.

EL liikmesriikide kohtulahendid

110. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 13.veebruari 2008. a otsus asjas nr 3-2-1-140-07.
111. Riigikohtu üldkogu 28. aprilli 2004. a määrus asjas nr 3-3-1-69-03.
112. Riigikohtu halduskolleegiumi 10. mai 2007. a otsus nr 3-3-1-100-06.
113. Riigikohtu halduskolleegiumi 27. oktoobri 2010. a otsus nr 3-3-1-66-10.
114. Riigikohtu halduskolleegiumi 5. novembri 2012. a otsus nr 3-3-1-39-12.
115. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 2. märtsi 2005. a otsus nr 3-2-1-4-05.
116. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 4. aprilli 2005 otsus nr 3-2-1-24-05.
117. Riigikohtu halduskolleegiumi 22. oktoobri 2009. a otsus nr 3-3-1-66-09.
118. Conseil d'Etat, 4. augusti 1905. a otsus nr 14220 (Martin),. Arvutivõrgus:
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007634199&dateTexte> (03.05.2015).

119. Conseil d'État, 21. veebruari 2011. a otsus nr 337349 (Société Ophrys). Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000023632399&fastReqId=44371893&fastPos=1> (03.05.2015).
120. Conseil d'État, 16. juuli 2007. aasta otsus nr 291545 (Societe Tropic Travaux Signalisation). Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000018744539&fastReqId=80760831&fastPos=1> (03.05.2015).
121. Conseil d'État, 4. aprilli 2014. a otsus nr 358994 (Département Tarn et Garonne). Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028823786&fastReqId=414600917&fastPos=1> (03.05.2015).
122. Supreme Court of Ireland. Advanced Totes Ltd v Bord na gCon [2006] IESC 17; [2006] 3 I.R. 77; 2006. Arvutivõrgus: <http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2006/S17.html> (03.05.2015).

Muud kasutatud allikad

123. EU Anti-Corruption Report. Report from the Commission to the Council and the European Parliament. 03.02.2014 (COM) 38 final. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf (03.05.2015).
124. Public Procurement Indicators 2012. Economic Analysis and e-Procurement. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/20141105-indicators-2012_en.pdf (03.05.2015).
125. Commission Staff Working Paper. Annex to the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC. COM (2006) 195. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2006/sec_2006_0557_en.pdf (04.05.2015).
126. Komisjoni tõlgendav teatis, milles käsitletakse ühenduse õigust lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega

- (2006/C 179/02), 01.08.2006. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0801%2801%29&from=EN>
(03.05.2015).
127. E-riigihangete keskkond. Kaasamine uue riigihangete seaduse loomiseks. Kaasamine I, 11.02.2014. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/kaasamine>
(03.05.2015).
128. Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market. COM(2011) 15 final. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/2011_0127_COM_en.pdf (03.05.2015).
129. Report from the Commission. 29th Annual Report on monitoring the application of EU law. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/docs/annual_report_29/sg_annual_report_monitoring_eu_law_121130.pdf
(03.05.2015).

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, ERKI FELLS (sünnikuupäev: 10.03.1989)

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

„EUROOPA LIIDU RIIGIHANKEÕIGUSE NORMIDE RIKKUMISE MÕJU HANKELEPINGU KEHTIVUSELE“

mille juhendaja on 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, 04.05.2015