

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Karin Täär

HANKIJA PÄDEVUS HEASTAMISE MEETMETE KONTROLLIMISEKS

Magistritöö

Juhendaja
Doctor iuris Mari Ann Simovart

Tartu
2017

Sisukord

Sissejuhatus.....	3
1. Heastamise instituut ja heastamise meetmete olemus.....	7
1.1. Heastamise instituut riigihangete korraldamise üldpõhimõtete valguses	12
1.2. Heastamise meetmed.....	17
1.2.1. Kahju hüvitamine	17
1.2.2. Asjaolude selgitamine ja koostöö uurimisasutustega.....	23
1.2.3. Tehnilised- ja organisatsioonilised ning töötajatega seotud meetmed	27
2. Heastamise meetmete kontrollimine	32
2.1. Hankija tegevus heastamise meetmete menetlemisel.....	32
2.1.1. Heastamise aeg.....	41
2.1.2. Rikkumise asjaolude tuvastamine ja poolte tõendamiskoormis.....	46
2.1.3. Kohaldatavate meetmete sobivus ja ulatus.....	52
Kokkuvõte.....	58
The contracting authority's ability to evaluate self-cleaning measures.....	61
Lühendid	66
Allikate loetelu.....	66
Kasutatud kirjandus	66
Kasutatud õigusaktid.....	68
Kasutatud Riigihangete vaidlustuskomisjoni ja kohtupraktika.....	69
Muud allikad	70

Sissejuhatus

2014. aastal võtsid Euroopa parlament ja nõukogu vastu uue riigihangete direktiivi 2014/24/EL¹² (edaspidi nimetatud ka direktiiv), mille eesmärgiks on vastavalt direktiivi preambuli punktile 1 suurendada avaliku sektori kulutuste tõhusust, hõlbustades eelkõige väikese ja keskmise suurusega ettevõtjate riigihangetel osalemist ning võimaldades hankijatel kasutada riigihankeid tulemuslikult ühiste ühiskondlike eesmärkide toetamiseks. Direktiivi väljatöötamine järgnes 2000. aastate lõpus Euroopa Liitu ning kogu maailma mõjutanud majanduskriisile, mistõttu rõhutas Euroopa komisjon 3. märtsi 2010. a. teatises “Euroopa 2020. aastal. Aruka, jätkusuutliku ja kaasava majanduskasvu strateegia”³ riigihangete olulist rolli jätkusuutliku ja kasvava majanduskasvu tagamisel. Võttes arvesse, et ainuüksi Eestis viidi 2015. aastal (magistritöö kirjutamise ajal puudusid kokkuvõtavad andmed 2016. aasta korraldatud riigihangete osas) läbi 10 653 riigihanget kogumaksumusega 2 448 miljonit eurot⁴, siis moodustavad avaliku sektori poolt korraldatud riigihanked olulise osa Eesti kaubaturust, mistõttu on riigihangetel osalemine oluline nii väike kui ka suurettevõttele. Eeltoodud valguses toob direktiiv riigihangete regulatsiooni kaasa olulisi muutusi, millega luuakse huvitatud isikutele paremaid võimalusi riigihangetel osalemiseks⁵ ning seeläbi konkurentsi suurendamiseks. Üheks nimetatud meetmeks on kõrvaldamise aluste regulatsiooni leevendamine heastamise⁶ instituudi näol.

Direktiivi artikli 90 lõike 1 kohaselt olid liikmesriigid kohustatud direktiivi jõustama hiljemalt 18. aprilliks 2016. a. Eestis ei ole käesoleva töö kirjutamise hetkeks direktiivile vastavat uut riigihangete seadust vastu võetud, kuid Riigikogu menetluses on uue riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (edaspidi nimetatud ka eelnõu)⁷.

¹ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014. a, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. –ELT L 94, lk 65-242.

² Lisaks Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiivile 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (ELT L 94, lk 65-242), võtsid Euroopa parlament ja nõukogu samal ajal vastu veel kaks riigihangete valdkonda käsitlevat direktiivi: Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta (ELT L 94, lk 1-64) ja Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ (ELT L 94, lk 243-374), kuid käesolevas töös peetakse direktiivi all silmas direktiivi 2014/24/EL.

³ Euroopa Komisjoni teatis KOM(2010) 2020 lõplik, Euroopa 2020. aastal. Aruka, jätkusuutliku ja kaasava majanduskasvu strateegia. - http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_ET_ACT_part1_v1.pdf (01.05.2017).

⁴ Rahandusministeerium, 2015. aasta hankemaastiku kokkuvõte, lk 4. - https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216043&folderId=518320&name=DLFE-36902.pdf (03.02.2017).

⁵ Näiteks hangete osadeks jaotamine (2014/24/EL, art 46 lg 4), maksimaalse lubatud käibenõude sätestamine (2014/24/EL, art 58 lg 3) jne.

⁶ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL (viide 1), lk 65-242, art. 57 lg. 6.

⁷ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE - <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/> (01.05.2017).

Eelnõu §-s 2 on sätestatud seaduse eesmärk, mille kohaselt on riigihanke eesmärgiks tagada hankija rahaliste vahendite läbipaistev, otstarbekas ja säästlik kasutamine, isikute võrdne kohtlemine ning olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ära kasutamine. Eeltoodust nähtuvalt on riigihanke üheks pooleks alati hankija, kelle eesmärgiks on saada parim võimalik toode, teenus või ehitustööd ning seda konkurentsivõimelise hinnaga ja teiseks pooleks on pakkuja⁸ ehk isik, kes soovib oma tooteid, teenuseid või ehitustöid hankijale pakkuda. Riigihanke kui menetluse eesmärgiks vastavalt direktiivi artikli 1 punktile 2 ongi hankija ja ettevõtja vahel rahaliste kohustustega hankelepingu sõlmimine⁹, kuid see ei tähenda, et ükskõik millise hankelepingu sõlmimine tagab riigihanke eesmärgi täitmist. Hankija rahaliste vahendite otstarbekas ja säästlik kasutamine tähendab hankija kohustust leida hankemenetluse tulemusena hinna ja kvaliteedi suhtelt hankija jaoks parim tulemus ehk tegemist ei pea ilmingimata olema võimalikult madala maksumusega hankelepinguga, vaid hankija peab menetluse tulemusena saama oma vajadustele kõige paremini vastava asja, teenuse või ehitustöö ning seda mõistliku hinnaga.¹⁰

Kui kehtiv riigihangete seaduse¹¹ (edaspidi nimetatud ka RHS) § 38 ei anna hankija kaalutusõigust pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamiseks RHS § 38 lg 1 nimetatud imperatiivsete kõrvaldamise aluste esinemise korral, siis eelnõu § 97 ja direktiivi artikkel 57 lõige 6 annavad pakkujatele võimaluse jõuda hankelepingu sõlmimiseni ka hankemenetlusest kõrvaldamise aluste esinemisel ehk heastada oma kõrvaldamise alused. Kõrval põikena on seejuures küsitav, kas definitsioon “heastamine” on parim lahendus antud instituudi nimetamiseks riigihangete õiguses. Heastamise puhul on tegemist võlaõigusseaduses sätestatud keskse mõistega¹² ning antud juhul tekib oht kahe instituudi samastamiseks. Eeltoodud probleemi oleks võimalik käesoleva magistr töö autori hinnangul vältida heastamise instituudi riigihangete õiguses ümber nimetamisega näiteks usaldusväarsuse taastamiseks, kuna vastavalt eelnõu § 97 lg 1 on heastamise tulemuseks pakkuja usaldusväarsuse taastamine. Eeltoodud probleemi lahendamine ei ole aga käesoleva magistr töö eesmärgiks, vaid üksnes soovitus selguse tagamiseks.

⁸ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 7 kohaselt on riigihankes osalejad sõltuvalt hankemenetlusest ja selle etapist kas pakkujad või taotlejad. Lugemise lihtsustamiseks on käesolevas töös, välja arvatud juhul kui ei ole viidatud teisiti, pakkujaid ja taotlejaid kajastatud pakkujadena.

⁹ D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Juura 2014, lk 19.

¹⁰ D. Minumets, P. Kulm (viide 9). lk 20.

¹¹ Riigihangete seadus (RT I 2007, 15, 76 ... RT I, 25.10.2016, 20)

¹² Võlaõigusseadus (RT I 2001, 81, 487 ... RT I, 31.12.2016, 7), § 107.

Heastamise instituudi kasutamiseks peab pakkuja esitama tõendeid selle kohta, et pakkuja on usaldusväärne sõltumata hankemenetlusest kõrvaldamise aluste olemasolust. Instituudi kasutamine eeldab pakkuja poolt esitatud spetsiifiliste tõendite põhjalikku hindamist ning vastavalt heakskiitva või tagasilükkava otsuse vastu võtmist, mis eeldab otsuse tegijalt erilisi teadmisi tõendite hindamiseks ning otsuse vastu võtmiseks. Eelnõu § 97 lg 1 kohaselt on Eestis heastamise meetmete kontrollijaks hankija, kes vastavat hankemenetlust, mille raames heastamise tõendid esitatakse, läbi viib.

Lähtuvalt eeltoodust on käesoleva magistritöö eesmärk välja selgitada, milliseid tegevusi ja teadmisi heastamise meetmete hindamine kontrollijatelt eeldab ning seeläbi hinnata, kas seadusandja on teinud heastamise meetmete kontrollija määramisel õige valiku hankija kasuks. Magistritöö hüpotees on, et hankijad ei oma piisavaid teadmisi heastamise hindamiseks. Töö eesmärgi saavutamiseks analüüsib autor, milline on heastamise meetmete eesmärk ning kuidas tuleks neid heastamise instituudi eesmärgi ja riigihangete korraldamise üldpõhimõtteid silmas pidades direktiivi ja eelnõu kohaselt rakendada ning, kas heastamise meetmete hindamine peaks olema allutatud hankijale.

Magistritöös on lisaks eelmises lõigus nimetatud eesmärgile välja toodud ka teisi heastamise regulatsiooni rakendamise kõrvalprobleeme, mis raskendavad instituudi eesmärgipärast rakendamist ning samuti on esitatud ettepanekuid regulatsiooni sõnastuse parandamiseks.

Magistritöös kasutatakse allikatena riigihankealast õiguskirjandust, seadusandlust, Euroopa Kohtu ja siseriiklikku kohtupraktikat ning Rahandusministeeriumi juures asuva riigihangete vaidlustuskomisjoni (edaspidi nimetatud ka VAKO) praktikat, mis on kogutud andmekogumismeetodil ning, mille tulemused esitatakse teksti kujul pärast andmete võrdlemist, analüüsi ja üldistamist.

Kohtupraktika heastamise regulatsiooni rakendamise osas direktiivi 2014/24/EL kohaselt autorile teadaolevatel andmetel Euroopa Kohtus ja siseriiklikes kohtutes puudub, kuid kohtupraktikat on kasutatud ulatuses, mis on asjakohane heastamise objektide ehk hankemenetlusest kõrvaldamise aluste ning hankija pädevuse uurimisel.

Käesoleva magistritöö koostamisel kasutatud valdavalt võõrkeelset kirjandust, kuna Eesti õiguskirjanduses ei ole teemat süvendatult uuritud. Eestis on antud teemat käsitletud küll kahes

magistritöös¹³, kuid nimetatud tööd on kirjutatud enne 2014. aasta direktiivide vastu võtmist ning seetõttu ei käsitle nimetatud magistritööd heastamise instituuti hankija kohustuste ja teadmiste mõistes eelnõus sätestatud regulatsiooni alusel. Töö kirjutamisel on peamiselt kasutatud S. Arrowsmith'i raamatut "EU Public Procurement Law: An Introduction"¹⁴ ja H. Pünder'i, H-J. Preiß'i ja S. Arrowsmith'i poolt toimetatud raamatut "Self-cleaning in Public Procurement Law"¹⁵. Lisaks on kasutatud õigusajakirjas Public Procurement Law Review avaldatud artikleid ning ajakirjas Juridica käsitlust leidnud Eesti autorite riigihangete teemalised artikleid.

Magistritöö on jaotatud kaheks peatükiks, millest esimeses käsitletakse heastamise instituudi kujunemist ja heastamise meetmeid, et analüüsida, milliseid tegevusi ja millisel eesmärgil peavad pakkujad oma usaldusvääruseks tegema ning millised on tegevused, mille piisavust peavad hankijad heastamise meetmete kontrollimisel hindama. Eeltoodud analüüsi käigus leiavad käsitlemist nii heastamise tekkelugu, olemus ja eesmärk kui ka heastamise meetmed ja objektid, et mõista, millise suhtes ja milliste meetmete vahendusel heastamine võimalik on.

Magistritöö teises peatükis käsitletakse heastamise meetmete kontrolli ning hankija kohustusi heastamise tõendite hindamisel. Nimetatud peatükis keskendutakse hindaja kui heastamise meetmete kontrollija kohustustele ning hinnatakse, kas õigusruum eeldab hindajal eripädevuse olemasolu või on hindamine võimalik läbi viia ilma eriteadmisteta. Magistritöö sisu osa lõpetavad ettepanekud heastamise regulatsioonile ja kokkuvõte.

Magistritööd iseloomustavad märksõnad: hanked, avalik sektor, hankemenetlus, kõrvaldamise alused.

¹³ K. Teder. Hankemenetlusest kõrvaldamise alused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses: maksude ja maksete tasumise kohustus vabatahtliku kõrvaldamise alusena. Magistritöö, Tartu Ülikool, 2012., T. Karineem. Self-cleaning kontseptsioon kui pakkuja võimalus hankelt kõrvaldamist vältida. Magistritöö, Tartu Ülikool, 2012.

¹⁴ S. Arrowsmith. EU Public Procurement Law: An Introduction. 2010. – Arvutivõrgus: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (06.03.2016).

¹⁵ H. Pünder., H-J. Preiß., S. Arrowsmith (toim). Self-cleaning in Public Procurement Law. Wolters Kluwer Deutschland GmbH, 2009.

1. Heastamise instituut ja heastamise meetmete olemus

Riigihangete õigus sai Euroopa Liidus alguse 1970. aastatel, mil loodi esimesed riigihangete regulatsioonid.¹⁶ Direktiivide kehtestamise vajadus tulenes muuhulgas asjaolust, et Euroopa Liidu asutamise lepingus (hiljem Euroopa Liidu toimimise lepingu¹⁷ artiklites 28-37) sätestatud üldpõhimõtted ei olnud piisavad riigihangete turu avamiseks.¹⁸ Nimetatud põhimõtted ei taganud lepingupartnerite valiku läbipaistvust, kuna hankijal oli võimalik oma diskretsiooni kaudu protsessi varjutada ning oluline oli anda ka pakkujatele võimalus oma õiguste kaitsmiseks hankija tegevuse eest.¹⁹ 26. juulil 1971. aastal võeti vastu Euroopa Nõukogu direktiivi 71/305/EEC hankemenetluste regulatsiooni kooskõlastamise kohta ehitustööde hankelepingute osas²⁰ ning 21. detsembril 1977. aastal Euroopa Nõukogu direktiiv 77/62/EEC hankemenetluste regulatsiooni kooskõlastamise kohta teenuste hankelepingute osas²¹, mis tõid riigihangete regulatsiooni ka pakkujate hankemenetlusest kõrvaldamise regulatsiooni.^{22,23}

Steven L. Schooner on tabavalt sõnastanud kõrvaldamise aluste regulatsiooni olemuse, öeldes, et selle kohustuslikus korras läbitava harjutuse [pakkujal kõrvaldamise aluste kontrollimise] eesmärgiks on tagada, et maksumaksja raha eest hangitakse tõepoolest vajalikke asju või teenuseid, mitte ei osteta kohtuasja.²⁴ Seega ei ole hankija kohustatud asju, teenused ja ehitustöid hankima ükskõik kellelt kõige odavama hinnaga, vaid usaldusväärsetelt pakkujatelt, kes on suutelised hiljem ka hankelepinguid täitma.

Kõrvaldamise aluste puhul on tegemist selliste rikkumistega, mille toimepanemine isiku poolt peaks välistama selle isiku osalemise riigihangetes kogu Euroopa Liidu territooriumil²⁵ ehk tegemist on selliste rikkumistega, mille toime pannud isikute riigihangetel osalemise võimalust

¹⁶ D. Minumets, P. Kulm (viide 9). lk 21.

¹⁷ Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon, ELT C 326, 26/10/2012 Lk 0001 – 0390.

¹⁸ S. Arrowsmith. EU Public Procurement Law: An Introduction. 2010, lk 52-53. – Arvutivõrgus: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (06.03.2016).

¹⁹ S. Arrowsmith (viide 18), lk 53.

²⁰ Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts, EÜT L 185, 16.08.1971, lk 5-14.

²¹ Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts, EÜT L 13, 15.1.1977, lk 1—14.

²² Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts, EÜT L 185, 16.08.1971, artikkel 23.

²³ Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts, EÜT L 13, 15.1.1977, artikkel 20.

²⁴ Steven L. Schooner. The paper tiger stirs: rethinking suspension and debarment. Public Procurement Law Review. 2004/5, lk 213., K. Teder. Hankemenetlusest kõrvaldamise alused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses: maksude ja maksete tasumise kohustus vabatahtliku kõrvaldamise alusena. Magistritöö, Tartu Ülikool, 2012. lk. 11.

²⁵ D. Minumets, P. Kulm (viide 9). lk 283.

tuleb piirata. Lisaks on kõrvaldamise aluste puhul tegemist sanktsioneeriva vahendiga, mille kaudu sunnitakse avalike vahendeid saada soovivaid isikuid ehk võimalikke pakkujaid hoiduma õigusrikkumistest, mille korda panemist liikmesriigid taunivad.²⁶

Põhjuseid, miks hankijad ei tohiks sõlmida hankelepinguid kõrvaldamise aluseid omavate pakkujatega (kriminaalkaristust omavate isikute näitel) on peamiselt kolm²⁷:

1. moraalsetel põhjustel: hankijad peaksid hankelepinguid sõlmima ainult moraalsetel usaldusväärsete pakkujatega ehk pakkujatega, kes on seaduskuulekad, et tagada hankemenetluse väärikus;
2. kuritegevuse mitte toetamiseks: juhul kui hankijad sõlmiksid hankelepinguid kõrvaldamise aluseid omavate pakkujatega, siis toetaksid hankijad kaudselt kuritegevuse toimepanemist. Samas võttes arvesse kui suurt ajalist ja finantsilist ressursi suunatakse kuritegevusega võitlemiseks ei ole mõistlik seda teiselt poolt toetada;
3. avaliku usalduse säilitamiseks: hankemenetluse korraldamisel tuleb arvestada ajaoluga, et tegemist avaliku raha ehk maksumaksjate raha kasutamisega. On kaheldav, kas maksumaksjad oleksid nõus viimaste raha maksmisega isikutele, kes on seotud kuritegevusega, mistõttu võib nimetatud isikutega hankelepingute sõlmimine viia avaliku usalduse kaotamiseni.²⁸

Eeltoodud kõrvaldamise aluste kehtestamise põhjustest nähtub, et kõrvaldamise aluste eesmärk on muuhulgas tagada, et avalike vahendite kasutamine ei toetaks õigusvastast käitumist ning, et avalikest vahenditest osa saada soovijad käituks igapäevaselt liikmesriikide suhtes õiguskaualekalt. Seda enam on märkimisväärne riigihangete õiguses 2014. aasta direktiiviga toimunud muudatus, mis võimaldab kõrvaldamise alustega pakkujal oma usaldusväärset taastada.

Heastamise instituudi kujunemise mõistmiseks on oluline märkida, et kõrvaldamise alused jagunevad kaheks – vabatahtlikeks ja kohustuslikeks. Vabatahtlike kõrvaldamise aluste rakendamine on hankija otsustada ning ei tähenda automaatselt pakkuja hankest kõrvaldamist. Kohustuslike kõrvaldamise aluseid tuleb aga igakordselt ja muid asjaolusid kaalumata

²⁶ E. Piselli. The scope for excluding providers who have committed criminal offences under the E.U. Procurement Directives. Public Procurement Law Review 2000/6, lk 267.

²⁷ E. Piselli (viide 26), lk 267.

²⁸ E. Piselli (viide 26), lk 268.

rakendada ning pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada²⁹, mistõttu puudub kohustuslike kõrvaldamise aluste juures paindlikus.

Lihtsustatult tugineb heastamine ideele, et kuigi pakkujal on täidetud direktiivist ja eelnõust tulenevad kohustuslikud kõrvaldamise alused, võib hankija jätta pakkuja kõrvaldamata, kui pakkuja suudab näidata, et on võtnud kasutusele meetmed, mis välistavad tulevikus kõrvaldamise aluste täitmise. Põhjus, miks selline mõttevool on tekkinud, seisneb asjaolus, et majanduskriisi tingimustes on riik turul üks suurimaid lepingupartnereid ning kõikides valdkondades tegutsevatel pakkujatel on huvi riigihangetel osalemise vastu. Üldprintsipiina on kõikidel pakkujatel võimalik hankemenetlusest osa võtta, kui neil just ei esine kõrvaldamise aluseid.³⁰³¹ Heastamise idee seisabki selle eest, et võimalikult suurel hulgal pakkujatel oleks võimalik osaleda hankemenetluses ning pakkuda konkurentsi, mis ühest küljest teenib majanduse elavdamise huve, kuid teisest küljest pakub hankijale suuremat võimalust valida, mida ja kellelt osta.³²

Heastamise idee rakendamisele riigihangete õiguses on olnud nii pooldajad kui ka vastaseid. Peamiseks eriarvamuse põhjustajaks on heastamise instituudi poolt loodava topeltstandardi küsimus. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ³³ oli Euroopa Liidu riigihangete ajaloos esimene direktiiv, mis kehtestas teatavad hankemenetlusest kõrvaldamise alused kohustuslikena³⁴ ning kujundas sellisena esmakordselt range miinimumstandardi, millest alla jäävad pakkujad ei ole riigihangetele teretunud.³⁵ K. Härginen ja M. A. Simovart on oma 2013. aasta artiklis näiteks asunud seisukohale, et heastamise kontseptsioon sisuliselt minetab sellise toimiva miinimumstandardi ning võimaldab kõikidel ettevõtjatel siiski nii-öelda tagaukse kaudu riigihangetele pääseda, millega tekib topeltstandard, kus range miinimumstandard ühel ajal kehtib ja ei kehti ka.³⁶ Samale seisukohale on asunud oma magistritöös ka K. Teder, kes viitab, et heastamise kontseptsiooni lisamine riigihangete õigusesse viib kõrvaldamise

²⁹ K. Teder (viide 13), lk 33.

³⁰ K. Teder (viide 13), lk 33.

³¹ N. Ohrtmann. Self-Cleaning in Public Procurement Law. – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2010/4, lk 228.

³² K. Teder (viide 13), lk 34.

³³ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihanketingute, asjade riigihanketingute ja teenuste riigihanketingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta - ELT L 134, lk 114 – 240.

³⁴ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihanketingute, asjade riigihanketingute ja teenuste riigihanketingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta - ELT L 134, lk 114 – 240, artikkel 45 lõige 1.

³⁵ K. Härginen., M. A. Simovart. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? – Juridica IX/2013, lk 629.

³⁶ K. Härginen., M. A. Simovart. (viide 35), lk 630.

aluste regulatsiooni tagasi 2004. aasta eelsesse aega, kus pakkujate kõrvaldamine hankemenetlusest on liikmesriikide ja nende hankijate diskretsiooniotsus, kuigi Euroopa Liidu tasandil on peetud oluliseks ja vajalikuks kohustuslike kõrvaldamise aluste sätestamist.³⁷

Heastamise kontseptsiooni pooldajateks on aga näiteks S. Arrowsmith, H.-J. Preiß ja P. Friton, kes on seisukohal, et heastamise võimalus oli teoreetiliselt olemas juba 2004. aastal vastu võetud riigihangete direktiivis üldise huvi erandina³⁸ ning seda proportsionaalsuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetest tulenevalt.³⁹ Eeltoodud mõõnavad, et üldine huvi on direktiivis määratlemata õigusmõiste ning erandi tõlgendamine heastamise alusena on laiem kui näiteks Euroopa komisjonis arvamuses ja Austria õiguses toodud⁴⁰, kuid sõltumata eeltoodust on liikmesriigid kohustatud ka direktiivi 2004/18/EÜ kohaldamisel lähtuma Euroopa Ühenduse asutamislepingus toodud põhimõtetest⁴¹, mis toetavad heastamise võimaldamist. Autorid selgitavad, et pakkujate hankemenetlusest kõrvaldamine on sobiv viis kõrvaldamise aluste eesmärkide⁴² saavutamiseks, kuid see ei tähenda, et pakkujate hankemenetlusest kõrvaldamine on nimetatud eesmärkide saavutamiseks alati vajalik. Juhul kui heastamise meetmed on olnud piisavad, siis ei ole S. Arrowsmith, H.-J. Preiß ja P. Fritoni hinnangul proportsionaalsuse põhimõttega kooskõlas pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamine⁴³, kuna kõrvaldamise aluste eesmärgid on heastamise meetmete kaudu saavutatud. Eeltoodust lähtuvalt ei näe S. Arrowsmith, H.-J. Preiß ja P. Friton käesoleva magistr töö autori hinnangul ka topeltstandardit kõrvaldamise aluste eesmärkide ja heastamise rakendamise vahel, vaid üksnes proportsionaalsuse ja võrdse kohtlemise põhimõtete järgmist.

S. Arrowsmithi, H.-J. Preiß'i ja P. Fritoni artikkel ja K. Tederi magistr töö kirjeldavad 2014. aasta direktiivile eelnenud aega ning mõlemas teoses on jõutud üksmeelele selles osas, et

³⁷ K. Teder (viide 13), lk 36-37.

³⁸ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta - ELT L 134, lk 114 – 240, artikkel 45 lõige 1 alalõige 2-3: Liikmesriigid täpsustavad käesoleva lõike [kohustuslike kõrvaldamise aluste] rakendustingimused kooskõlas oma siseriikliku õigusega ja ühenduse õigust arvesse võttes. Mõõdapääsmatult vajalikes üldistes huvides võivad liikmesriigid sätestada erandi esimeses lõigus [kohustuslikest kõrvaldamise alustest] osutatud nõudest.

³⁹ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton – Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law – Public Procurement Law Review 2009/6, lk 275.

⁴⁰ Euroopa komisjoni selgituse ja Austria õiguse kohaselt on erandi kasutamine seotud eelkõige rahva tervise, riikliku julgeoleku, riigisaladuse või kaitse valdkonna hangetega.

⁴¹ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton – (viide 39).

⁴² S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton toovad kõrvaldamise aluste eesmärkidenä välja avalike vahendite ja avalike huvide kaitse, korrupsiooni ja teiste majanduses mitte aktsepteeritavate tegevuste ennetamise, teatud väärtuste propageerimise ja võrdse võiduvõimaluse andmise pakkujatele. Täiendava karistuse määramist S. Arrowsmith, H.-J. Preiß ja P. Friton oma artiklis (viide 39) toodud argumentatsiooni alusel kõrvaldamise aluste eesmärgiks ei pea.

⁴³ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

heastamise kontseptsiooni toimimiseks riigihangete õiguses on Euroopa Liidu poolt vaja selgemat regulatsiooni⁴⁴⁴⁵.

2011. aasta jaanuaris tunnustas Euroopa Komisjon heastamise instituudi vajalikkust riigihangete õiguses, märkides, et tuleb leida tasakaal kõrvaldamise aluste rakendamise ning proportsionaalsuse ja võrdse kohtlemise põhimõtete vahel. Komisjon on seisukohal, et heastamine võimaldab hankijatel igakordselt objektiivselt hinnata pakkujate hankemenetlusest kõrvaldamise vajadust ning jätta pakkujad hankemenetlusest kõrvaldamata kui meetmete tulemusel on näha, et pakkuja ametialane ausus, maksejõulisus ja usaldusväärsus on taastatud. Komisjon mõnab, et heastamise osas puuduvad liikmesriikide üleselt ühtsed reeglid⁴⁶, kuna teatud liikmesriikides heastamise praktika puudub ning sellist võimalust siseriiklikult ette nähta (Kreeka, Prantsusmaa, Eesti), samas kui näiteks Saksamaal, Itaalias ning Austrias on tegemist tunnustatud instituudiga⁴⁷. Eeltoodud "Rohelises paberis"⁴⁸ väljendatud seisukohaga lõi Komisjon lähteotsuse heastamise selgesõnaliseks sätestamiseks 2014. aasta direktiivis.⁴⁹

Nii Euroopa Komisjoni kui ka S. Arrowsmithi, H.-J. Preiß'i ja P. Fritoni seisukohtadest nähtub, et heastamise instituudi riigihangete õiguses kujunemise põhjuseks on proportsionaalsuse ja võrdse kohtlemise põhimõtete arvustamise kohustus⁵⁰⁵¹ ka riigihangete korraldamisel Euroopa ühenduse asutamislepingust tulenevalt⁵². Eeltoodut kinnitavad ka direktiivi 2014/27/EL preambuli punktid 101 ja 102, mille kohaselt tuleb pakkujate suhtes hankemenetlusest kõrvaldamise otsuse tegemisel arvesse võtta proportsionaalsuse põhimõtet ning pakkujatel tuleks võimaldada vastavusmeetmete võtmist kuriteo või väärteo tagajärgede heastamiseks ning edasiste rikkumiste ära hoidmiseks. Juhul kui sellised meetmed on realiseeritud, siis ei tohiks kõnealust ettevõtjat enam hankemenetlusest kõrvaldada.⁵³ Nimetatud võimalikeks heastamise meetmeteks on direktiivi artikli 57 lg 6 kohaselt näiteks

⁴⁴ K. Teder (viide 13), lk 37.

⁴⁵ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

⁴⁶ EU Commission, Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy – 27.01.2011, COM (2011) 15 final, lk 52.

⁴⁷ H. Pünder., H.-J. Preiß., S. Arrowsmith (toim), (viide 15), 2009, lk 3.

⁴⁸ EU Commission, Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy – 27.01.2011, COM (2011) 15 final.

⁴⁹ E. Hjelmeng, T. Soreide, Debarment in Public Procurement: Rationales and Realization – University of Oslo Faculty of Law Legal Studies, Research Paper Series – 2014/32, lk 10. arvivõrgus: https://www.researchgate.net/publication/265550163_Debarment_in_Public_Procurement_Rationales_and_Realization (06.03.2017).

⁵⁰ EU Commission, Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy – 27.01.2011, COM (2011) 15 final.

⁵¹ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

⁵² Euroopa ühenduse asutamisleping (konsolideeritud versioon 2002) - 2002/C 325/01, artikkel 5 lõige 3.

⁵³ Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) preambuli punktid 101-102.

kahju hüvitamine või vastava kohustuse võtmine, koostöö uurimisasutustega ning tehnilised, organisatsiooni- ja töötajatega seotud meetmed, mis võimaldavad vältida edasisi kuritegusid või väärtegusid.

Direktiivi preambuli punkti 102 kohaselt ei ole liikmesriigil diskretsiooniotsust heastamise instituudi siseriiklikkuse õigusesse üle võtmise osas, kuid rakendamise täpsemad nõuded on jäetud liikmesriikide reguleerida nii heastamise meetmete menetluslike ja sisuliste tingimuste kui ka heastamise kontrollija osas.⁵⁴ Heastamise instituudi eesmärki ning meetmeid selle saavutamiseks on analüüsitud magistritöö järgmistes alapeatükkides.

1.1.Heastamise instituut riigihangete korraldamise üldpõhimõtete valguses

Heastamise instituut on sätestatud direktiivi artikli 57 lõikes 6 järgnevalt: “Iga ettevõtja, kes on mõnes lõigetes 1 ja 4 [kohustuslikud ja vabatahtlikud kõrvaldamise alused] osutatud olukorras, võib esitada tõendeid selle kohta, et tema poolt võetud meetmed on piisavad tõendamaks tema usaldusväärset, olenemata vastava kõrvaldamise aluse olemasolust. Kui selliseid tõendeid peetakse piisavateks, siis ei kõrvaldada asjaomast ettevõtjat hankemenetlusest. Selleks peab ettevõtja tõendama, et on maksnud või võtnud kohustuse maksta hüvitist kuriteo või väärteoga põhjustatud mis tahes kahju eest, selgitanud põhjalikult asjaolusid, tehes uurimisorganitega aktiivset koostööd, ning võtnud konkreetseid tehnilisi ning organisatsiooni ja töötajatega seotud meetmeid, mis võimaldavad vältida edasisi kuritegusid või väärtegusid.”

Viidatud artikli lõikes 7 on Euroopa parlament ja nõukogu täpsustanud, et kõrvaldamise aluste (sh heastamise) tingimusi käsitlevad õigusnormid kehtestavad liikmesriigid, võttes arvesse liidu õigust. Direktiivi preambuli punktid 101 ja 102 selgitavad, et kõrvaldamise põhjuseid kohaldades peaksid avaliku sektori hankijad pöörama erilist tähelepanu proportsionaalsuse põhimõttele ning asjaolule, et ettevõtjatele tuleks võimaldada vastavusmeetmete võtmist kuriteo või väärteo tagajärgede heastamiseks ning edasiste rikkumiste tõhusaks ärahoidmiseks.

Euroopa parlament ja nõukogu on heastamise instituudi sätestamisel viidanud vajadusele arvestada liidu õigusega⁵⁵, milleks on järgmised üldpõhimõtted - proportsionaalsus, võrdne kohtlemine, konkurentsi soodustamine ja läbipaistvus⁵⁶.

⁵⁴ Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) preambuli punkt 102.

⁵⁵ Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) artikli 57 lõige 7.

⁵⁶ Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) preambuli punkt 1.

Euroopa Liidu lepingu artikli 5 lg 3⁵⁷ sätestab proportsionaalsuse põhimõtte, mille kohaselt ei tohi Euroopa Liit minna meetme rakendamisega kaugemale kui see on meetme eesmärgi saavutamiseks vajalik. Euroopa Kohus on oma otsustes korduvalt rõhutanud, et liidu poolt võetud meetmed peavad olema eesmärgi saavutamiseks sobivad ning vajalikud ning juhul kui valida mitmete meetmete vahel, siis tuleb rakendada kõige vähem piiravat meetet.⁵⁸ Dr. Gerung von Hoff on oma 2009. aasta ettekandes "*Self-Cleaning: A tool to fight corruption in public procurement*" asunud seisukohale, et heastamise olemus on kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega, kuna heastamise meetmeid edukalt realiseerinud ettevõtte kõrvaldamiseks puudub vajadus (ettevõtte ei ole pärast meetmete võtmist näiteks korrumppeerunud) ning see ei ole ka sobiv, kuna kõrvaldamise aluste eesmärk ei ole täiendava karistuse seadmine.⁵⁹ Nimetatud seisukohaga on nõustunud ka S. Arrowsmith, H-J Preiß ja P. Friton märkides, et proportsionaalsuse põhimõtte rakendamise hindamisel tuleb kõrvaldamist kui sobivat meetet hinnata vastavuses kõrvaldamise aluste eesmärgiga ning kuigi kõrvaldamine on kõrvaldamise aluste eesmärgi saavutamiseks alati sobiv meede, ei tähenda see seda, et sellise meetme rakendamine on ka alati vajalik.⁶⁰ Igakordselt tuleb hinnata, kas on meetmeid, mille rakendamine ei ole nii piirav kui hankemenetlusest kõrvaldamine, kuid saavutab sama eesmärgi. Hankemenetlusest kõrvaldamise juures võib selliseks meetmeks olla heastamine, mida tuleb hinnata iga olukorra juures eraldi, võttes arvesse meetmeid, mida pakkuja on oma tegevuse parandamiseks rakendanud.⁶¹

S. Arrowsmith, H.-J. Preiß ja P. Friton toovad proportsionaalsuse põhimõtte näitena välja, et olukorras, kus üheks kõrvaldamise aluste eesmärgiks on hankelepinguste sõlmimine ainult usaldusväärsete partneritega ning juhul kui vastava rikkumise toime pannud isik on ettevõtja poolt töölt vabastatud, siis on ettevõtja oma usaldusväärsete taastanud ning seda tuleb käsitleda leebema meetmena kõrvaldamise aluste eesmärgi saavutamisele.⁶² Käesoleva magistr töö autor on eeltoodutega nõus selles osas, et heastamise meetmed võivad olla proportsionaalsed kõrvaldamise aluste eesmärkide saavutamiseks, kuid üksnes heastamise meetmete faktiline rakendamine ei saa olla hankemenetlusest kõrvaldamise aluste kohaldamata jätmiseks, vaid meetmete puhul tuleb ka sisuliselt hinnata, kas soovitud eesmärgid on nende tulemusel ka realselt saavutatud. Meetmete olemust ja sisulist piisavust on käsitletud magistr töö järgmistes

⁵⁷ Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid – 2016/C 2010/01.

⁵⁸ EKo T-170/06, *Alrosa v Commission*, p 58; EKo C-331/88, *Fedesa and Others*, p. 13.

⁵⁹ Dr. Gerung von Hoff. *Self-Cleaning: A tool to fight corruption in public procurement*. Ettekanne. Dubrovnik, 5.06.2009. Arvutivõrgus: www.hok-cba.hr/sites/.../5f533069-25ee-4ee2-aebf-08e42d5af2a4.PPT (20.03.2017).

⁶⁰ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

⁶¹ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

⁶² S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

osades. Sõltumata eeltoodust tuleb mõõnda, et heastamise meetmete rakendamisel pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamine võib olla vastuolus võrdse kohtlemise põhimõttega.

Euroopa Kohus kohtuasjas C-243/89 rõhutanud, et võrdse kohtlemise põhimõtte on riigihangete keskne põhimõtte ning seda tuleb rakendada pakkujate kohtlemisel ning, et selle rakendamine vajadus tuleneb riigihangete eesmärgist, milleks on efektiivse konkurentsi arendamine ja tagamine.⁶³ Võrdse kohtlemise põhimõtte kohaldumist riigihangetes kinnitavad ka direktiivi preambuli punkt 1 ja eelnõu § 3 punkt 2, mille kohaselt peab hankija kohtlema võrdselt kõiki isikuid, kelle elu- või asukoht on Eestis, mõnes muus Euroopa Liidu liikmesriigis, muus Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigis või Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga ühinenud riigis ning jälgima, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud. Euroopa Kohtu praktika kohaselt tähendab võrdse kohtlemise põhimõtte, et võrreldavaid olukordi tuleb käsitleda ühetaoliselt ja erinevaid olukordi tuleb kohelda erinevalt, välja arvatud juhul kui kohtlemise sarnasus või erisuses on põhjendatud.⁶⁴ Kõrvaldamise aluste ja heastamise meetmete rakendamisel tuleb eeltoodud kohtupraktikast lähtuvalt omavahel kõrvutada pakkujad, kellel on hankemenetlusest kõrvaldamise alused ning kes ei ole võtnud kasutusele meetmeid nende heastamiseks ning need pakkujad, kes on seda teinud.

S. Arrowsmith, H.-J. Preiß ja P. Friton on samuti asunud seisukohale, et võrdse kohtlemise põhimõttega on vastuolus heastamise meetmete arvesse võtmata jätmine nende pakkujate osas, kes on kõrvaldamise aluseks olnud rikkumise heastamiseks võtnud kasutusele põhjalikke ja efektiivseid meetmeid⁶⁵, kuna nad ei ole võrdväärset selliste pakkujatega, kes ei ole midagi oma kõrvaldamise aluste leevendamiseks ette võtnud. Oma seisukohta toetavad eeltoodud⁶⁶ Euroopa Kohtu lahenditega C-21/03 ja C-34/03, milles kohus on jõudnud järeldusele, et pakkujal ei tohi keelata hankemenetluses osalemist enne, kui vastavale isikule on antud võimalus tõestada, et vastava olukorras asjaolusid arvesse võttes, et kahjusta pakkuja eriline seisund konkurentsi.⁶⁷ Käesoleva magistriritöö autor nõustub eeltoodud seisukohtadega, mille kohaselt ei ole võrdse kohtlemise põhimõttega kooskõlas selliste pakkujate võrdsustamine, kes on võtnud kasutusele meetmeid on rikkumiste hüvitamiseks, pakkujatega, kes ei ole oma rikkumiste heastamiseks ja edaspidiseks vältimiseks meetmeid rakendanud ehk antud pakkujad

⁶³ EKo C-243/89, *Storebaelt*.

⁶⁴ EKo C-217/91, *Spain v Commission*, punkt 37.

⁶⁵ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

⁶⁶ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

⁶⁷ EKo C-21/03, C-34/03, *Fabricom*, punkt 36.

ei ole võrdse kohtlemise põhimõttest tulenevalt sarnased ning neid tuleb kohelda erinevalt. Küsimus, kas heastamise meetmeid rakendanud pakkujaid peaks kohtlema võrdselt pakkujatega, kes ei ole rikkumist kunagi toime pannud on, eeltoodud kohtupraktikat arvestades, käesoleva magistritöö autori hinnangul eelkõige seotud konkurentsi soodustamise põhimõtte rakendamise küsimusega.

Direktiivi preambuli punkti 1 ja eelnõu § 3 punkti 3 kohaselt peavad hankijad (järgides võrdse kohtlemise, proportsionaalsuse, mittediskrimineerimise, läbipaistvuse ja teisi nimetatud punktides toodud põhimõtteid) tagama, et riigihanked oleksid avatud konkurentsile. Konkurentsile avatuse kõrgem eesmärk on tagada kaupade ja teenuste vaba liikumine ning seeläbi tagada liikmesriikide integratsioon ühise turu suunas.⁶⁸ Riigihangete kui konkurentsi suurendamise eesmärki on kinnitanud ka Euroopa Kohus märkides, et riigihankeid käsitlevate ühenduse sätete põhieesmärk on teenuste vaba liikumine ning avatud ja aus konkurents kõikides liikmesriikides⁶⁹. Konkurentsi soodustamine ja konkurentsile avatus tähendab oma olemuselt kõikidele huvitatud isikutele võimalust osaleda hankemenetluses ilma, et neile oleks seatud põhjendamatuid piiranguid või, et hanke toimumisest teabe kätte saamist oleks tehtud liiga keeruliseks (teavet oleks varjatud)⁷⁰. Heastamise regulatsiooni on õiguskirjanduses loetud konkurentsi soosivaks. Heastamise meetmete efektiivse rakendamise tulemusena saavad hankemenetluses jätkata pakkujad, kes on oma usaldusväarsust tõestanud, mistõttu suureneb võimalikke pakkujate ring ning seeläbi ka konkurents.⁷¹ Võttes arvesse, et konkurentsile avatus tagab riigihangetel suuremat eesmärki (liikmesriikide integratsioon ja kaupade vaba liikumine) ning heastamise institutsiooni osas on Euroopa Liit rõhutanud proportsionaalsuse põhimõtte arvestamise vajadust⁷², siis tulebki võrdse kohtlemise olukorras käsitleda heastamise meetmeid läbinud pakkujaid ja ilma kõrvaldamise alusteta pakkujaid sarnaselt. Seejuures tuleb aga käesoleva magistritöö autori hinnangul arvesse võtta ka läbipaistvuse põhimõtet, mille raames peaks olema pakkujatel võimalik kontrollida heastamise meetmete piisavust, et tagada heastamise meetmete kontrollija otsuse sisuline põhjendatus nimetatud pakkujate võrdseks kohtlemiseks.

⁶⁸ G. S. Olykke – How does the Court of Justice of the European Union pursue competition concerns in a public procurement context?, *Public Procurement Law Review*, 2011/6, lk 181.

⁶⁹ EKo C-480/06, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Saksamaa Liitvabariik*.

⁷⁰ T. Ojasalu – Euroopa Ühenduse riigihankeõigus – konkurentsi tagamise põhimõte., *Juridica* 2007/8, lk. 566.

⁷¹ R. Majtan – The self-cleaning dilemma: Reconciling competing objectives of procurement processes. *The George Washington International Law Review*, 2013, volume 45/2, lk 294.

⁷² Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) preambuli punkt 101.

Läbipaistvuse põhimõtte kohaldamine riigihangetes tuleb lisaks liidu üldpõhimõtetest ka direktiivi preambuli punktist 1 ja eelnõu § 3 punktist 1. Läbipaistvuse põhimõtte on riigihangete üks kõige tähtsamaid põhimõtteid, mis teenib C. H. Bovise hinnangul kahte eesmärki: esiteks tagada liikmesriikides avalike ostude suhtes avatus, millega võtavad riigid endale suurema vastutuse (kontroll tegevuse üle suureneb) ning kaotatakse võimalus pakkujate otseseks diskrimineerimiseks ja teiseks tagada riigihangete korraldamise ning hangetel osalemise parima praktika.⁷³ Nimetatud läbipaistvus saavutatakse läbi hanketeadete avaldamise⁷⁴ ja hankija tegevuse üle kontrolli teostamise võimaluse.

Euroopa Kohus on kohtuasjas *Telaustria Verlags GmbH* ja *Telefonadress GmbH* jõudnud seisukohale, et läbipaistvuse põhimõtte peab võimaldama kontrolli teostamist hankija erapooletu tegevuse üle.⁷⁵ Tagantjäre kontrolli teostamine hankija otsuste ja tegevuse üle on võimalik üksnes siis, kui see on hankija on oma otsuseid kirjalikult põhjendanud ning nimetatud dokumentide alusel on võimalik analüüsida põhjendustes toodud väiteid ja asjaolusid.⁷⁶ Hankija tegevuse kontroll, läbi läbipaistvuse põhimõtte, omab heastamise rakendamisel olulist kaalu pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks. Asjaolu, kas hankija (või lähtuvalt liikmesriigist tsentraalne või detsentraalne asutus) on teinud heastamise meetmete osas õiguspärase otsuse peab lähtuvalt läbipaistvuse põhimõttest olema käesoleva magistritöö autori hinnangul tagantjäre kontrollitav, kuna vastasel juhul ei ole võimalik teistel hankemenetluses osalevatel pakkujatel hinnata, kas konkurentsi suurendamine läbi heastamise on olnud õiguspärane ning, kas hankija on järginud heastamise rakendamisel proportsionaalsuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid.

Eelnevalt viidatud arvamusiidrite⁷⁷ seisukohad toetuvad heastamise lubatavuse osas proportsionaalsuse põhimõttele eeldusel, et heastamise meetmed on olnud efektiivsed ja pakkuja on oma usaldusvääruse taastanud, kuid kahjuks ei ole tähelepanu pööratud sellele, kuidas vastavate meetmete piisavust ja efektiivsust sisuliselt kontrollida tuleks. Eeltoodust lähtuvalt on hankija tegevuse kontrollimine seda olulisem ning praktikas kindlasti vaidlusi tekitav, kuna ka eelnõu § 97 ei sätesta siseriiklikult tingimusi heastamise meetmete piisavuse tuvastamiseks. Hankija kaalutluste ja otsuse õiguspärasuse kontrolliks on oluline hankija otsuse põhjendus. Riigikohtu praktikast tulenevalt peavad hankija põhjendused sisalduma

⁷³ C. H. Bovis. *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016., lk 250.

⁷⁴ C. H. Bovis. (viide 73), lk 250.

⁷⁵ EKo C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, p. 61-63.

⁷⁶ M. Gorgazjan – Läbipaistvuse põhimõtte lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetes. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2012. lk 38.

⁷⁷ S. Arrowsmith-i, H.-J. Preiß-i, P. Friton-i seisukohad (viide 39).

haldusaktis endas, et oleks tagatud halduse piisav enesekontroll. Põhjenduste hilisemal esitamisel ei ole võimalik veenduda, kas haldusakti andmisel lähtuti just nendest põhjendustest.⁷⁸

Võttes arvesse, et direktiivi artikkel 57 lg 7 ja eelnõu § 97 lg 1 ei sätesta täpseid heastamise sisulisi ja menetluslikke tingimusi, siis seda olulisemad on heastamise meetmete piisavuse hindamisel eeltoodud põhimõtted, mida heastamise kontrollija peab oma otsuse tegemisel arvestama.

1.2. Heastamise meetmed

1.2.1. Kahju hüvitamine

Direktiivi artikli 57 lg 6 ning preambuli punkti 102 kohaselt peavad pakkuja poolt võetud hankemenetlusest kõrvaldamise aluste heastamise meetmed olema piisavad, et heastada rikkumise tagajärjed ning tagada edasiste rikkumiste tõhus ära hoidmine. Direktiiv täpsustab, et nimetatud meetmed võivad eelkõige olla seotud kahju hüvitamisega, uurimisasutustega koostöö tegemisega või personaliga ja organisatsiooni endaga, kuid täpsete menetluslike reeglite ja sisuliste tingimuste välja töötamise kohustus on direktiivi alusel⁷⁹ pandud liikmesriikidele. Direktiivi preambuli punkt 102 rõhutab, et lisaks täpsete menetlusreeglite välja töötamisele, peab liikmesriikidele jääma vabadus otsustada, kas liikmesriik soovib jätta heastamise meetmete hindamise mõnele tsentraliseeritud või detsentraliseeritud üksusele või konkreetsele hanget läbi viivale hankijale.

Eelnõu § 97 lg 1 heastamise meetmete koosseisu ning menetlusreegleid võrreldes direktiivis tooduga ei täpsusta, kuid heastamise hindaja osas on Eestis valiku langetanud hankijale, kes on vastavate asjaolude ilmnemisel kohustatud hindama, kas pakkuja on oma usaldusväärsuse taastanud ehk kas tema poolt rakendatud meetmed on piisavad tulevikus rikkumiste ära hoidmiseks. Selleks, et hinnata, kas meetmed on piisavad pakkuja usaldusväärsuse taastamiseks peab hankija aru saama iga meetmete eesmärgist ning sisust, kuna vastasel juhul ei ole hankijal võimalik hinnata meetmete rakendamise tulemuslikkust.

⁷⁸ Tln RK 3-09-3099 p. 17

⁷⁹ Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) preambuli punkt 102.

Direktiivi artikli 57 lg 6 ja eelnõu § 97 lg 1 kohaselt saab heastamine toimuda eelkõige järgmiste meetmete alusel:

1. asjaolude ja faktide selgitamine ning uurimisasutustega aktiivne koostöö tegemine;
2. süüteoga põhjustatud kahju hüvitamine (sh. kahju hüvitamise kohustuse võtmine);
3. tehniliste ning organisatsiooni ja töötajatega seotud meetmete rakendamine, mis võimaldab edasisi süütegusid ära hoida.⁸⁰

Eeltoodud direktiivis ja eelnõus sätestatud loetelu ei ole ammendav, kuna direktiivi preambuli punkti 102 kohaselt on heastamise sisuliste tingimuste välja töötamine liikmesriigi kohustuseks ja eelnõu § 97 lg 1 kohaselt on eelnõus sätestatud loetelu puhul tegemist üksnes näidisloeteluga. Eelnevast tulenevalt võivad pakkujad kasutusele võtta ka direktiivis ja eelnõus nimetatud meetmeid, kui need võimaldavad täita heastamise eesmärki.

Esimeseks eelnõu § 97 lg 1 toodud meetmeks, mille piisavust hankija peab hindama, on süüteoga põhjustatud kahju hüvitamine või vastava kohustuse võtmine.

Kuigi pealtnäha tundub meetme eesmärk ning ulatus selged, siis on meetme rakendamisel siiski küsitav, millises ulatuses peab kahju pakkuja poolt hüvitatud olema. Eelnõu § 97 lg 1 sõnastus ei selgita, kas antud säte katab üksnes materiaalse kahju või ka mittevaralise kahju. Samuti on küsitav, kas meetme all võib mõista lõpliku kohtuotsusega määratud rahalise trahvi tasumist või siiski rikkumisega põhjustatud kõikide võimalike muude kahjude hüvitamist⁸¹? Käesoleva magistritöö autori hinnangul ei saa kahju hüvitamise alla heastamise meetmena lugeda kohtuotsusega määratud rahatrahvi tasumist, kuna sellel on sanktsioneeriv eesmärk⁸² mitte võlaõigusseadusest (edaspidi nimetatud ka VÕS) tulenev kahjule eelnenud olukorra taastamine⁸³ ning sellel puudub vabatahtlikkuse element.

Kahju hüvitamine heastamise meetmena sarnaneb karistusseadustiku (edaspidi nimetatud ka KarS) § 57 lg 1 p 2 toodud kahju vabatahtlikule hüvitamisele kui karistust kergendavale asjaolule. Karistusseadustiku kommenteeritud väljaandes⁸⁴ on kahju hüvitamise kui karistust

⁸⁰ S. Schoenmaekers – The EU debarment rules: legal and economic rationale – Public Procurement Law Review. 3/2016, lk 97-98.

⁸¹ Kriminaalmenetluse seadustiku (RT I 2003, 27, 166... RT I, 31.12.2016, 16) § 38¹ lg 1 kohaselt on kannatanul õigus esitada ka tsiviilhagi kahjude hüvitamiseks, mis on tekitatud süüteo tagajärjel.

⁸² Karistusseadustiku (RT I 2001, 61, 364 ... RT I, 31.12.2016, 14) § 56 lg 1 ls 2 kohaselt on karistuse eesmärgiks mõjutada süüdlast edaspidi hoiduma süütegude toime panemisest ja tagada õiguskorra kaitsmine.

⁸³ Võlaõigusseadus (RT I 2001, 81, 487... RT I, 31.12.2016, 7), § 127 lg 1: Kahju hüvitamise eesmärk on kahjustatud isiku asetamine olukorda, mis on võimalikult lähedane olukorrale, milles ta oleks olnud, kui kahju hüvitamise kohustuse aluseks olevat asjaolu ei oleks esinenud.

⁸⁴ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2009, lk 238.

kergendavad asjaolu eeldusena rõhutatud, et kahju hüvitamine (sh näiteks varastatud väärtuse hüvitamine, lõhutud asja taastamine jne) peab olema toimunud vabatahtlikult ning mõistliku aja jooksul pärast teo toime panemist või vahetult pärast seda. Eeltoodust lähtuvalt on käesoleva magistritöö autor seisukohal, et kahju hüvitamise meetme all tuleb, heastamise idee eesmärgist lähtuvalt, silmas pidada sellist käitumist, millega pakkuja võtab endale vabatahtlikult rikkumisega seotud mis tahes kahjude hüvitamise kohustuse ning seda isegi juhul kui näiteks kriminaalmenetluse raames ei ole vastavat tsiviilhagi esitatud. Antud juhul võibki tekkida küsimus, kas heastamise eesmärgiga on kooskõlas selline kahju hüvitamine, mis toimub tsiviilhagis tehtud kohtuotsuse põhjal. Eeltoodud juhul puudub nimetatud tegevuses vabatahtlikkuse element.

E. Hjelmeng ja T. Søreide nõustuvad vabatahtlikkuse kriteeriumi seisukohaga märkides, et lisaks heastamise meetmete piisavusele vastaval rikkumise suhtes (meetmed peavad olema rikkumisega võrreldes piisavalt põhjalikud) peab nende rakendamise soov pakkuja poolt olema usutav.⁸⁵ Nimetatud seisukohta toetab ka eelnõu seletuskiri, mille kohaselt peab heastamise meetmete tõendamine toimuma selliselt, mis näitab pakkuja vabatahtlikku aktiivsust ja tahet oma usaldusväärsus taastada ehk lubatud ei peaks olema olukord, kus pakkuja hakkab heastamise meetmeid rakendama üksnes pärast pakkuja suhtes hankemenetlusest kõrvaldamise otsuse tegemist (üksnes hankel osalemise võimaluse tagamise eesmärgil).⁸⁶

Nimetatud seisukohtade pinnalt ei saa heastamise eesmärgi ning võrdse kohtlemise põhimõttega olla kooskõlas kahjude hüvitamine vastavasisulise kohtuotsuse alusel ainuüksi kohtuotsuse täitmiseks. S. Schoemaekers-i hinnangul saab heastamine olla kooskõlas proportsionaalsuse ja võrdse kohtlemise põhimõttega üksnes juhul kui pakkujad on oma usaldusväärseuse taastanud enda initsiatiivil mitte hankemenetluses osalemise võimaluse taastamiseks.⁸⁷ Nimetatud seisukohta toetab analoogia ka Riigikohtu kohtuotsus asjas 3-1-1-14-07, kus kohus on märkinud, et kahju hüvitamist ei arvestata karistust kergendava üksnes siis, kui kohus põhjendatult tuvastab, et esitatud andmed kahju vabatahtliku hüvitamise kohta ei vasta tegelikkusele.⁸⁸ Eeltoodust tulenevalt peab kahju hüvitamine olema pakkuja selline tegevus, mida pakkuja teeb vabatahtlikult lisaks talle määratud kohtulikule karistusele ning hankija peab magistritöö autori hinnangul heastamise eesmärgi tagamiseks hindama pakkuja

⁸⁵ E. Hjelmeng, T. Søreide (viide 49), lk 4.

⁸⁶ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE seletuskiri, lk 98. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/> (01.05.2017).

⁸⁷ S. Schoenmaekers (viide 80), lk 98.

⁸⁸ RKKK 3-1-1-14-07, p 6.

motivatsiooni kahju hüvitamiseks või vastava kohustuse võtmiseks. Pakkuja kahju hüvitamise motivatsiooni olulist kinnitab ka Saksamaa heastamise praktika, mille kohaselt näitab ainult kahju vabatahtlik tunnistamine ja hüvitamine või hüvitamise kohustuse võtmine pakkuja kahetsust.⁸⁹ Seejuures on tähelepanuväärne, et Saksa õiguses on kahju hüvitamisel käsitletud ka meetmeid, mis ei ole suunatud ainult varalise kahju hüvitamisele. H.J. Preiß, H. Pünder ja R. Stein on välja toonud, et kuigi üldjuhul peetakse kahju hüvitamise all silmas varalise kahju hüvitamist, siis antud meetme mõistes ei ole see piiratud ning näiteks erandlikel juhtudel kui pakkuja poolt toime pandud teo tulemusena on kahjustatud kellegi mainet, siis võib üheks meetme rakendamise viisiks olla ka avalik vabandus maine kahjustamise eest.⁹⁰

Eeltoodust lähtuvalt peab heastamise meetmete hindaja olema võimeline hindama nii pakkuja motivatsiooni meetme rakendamisel, kui ka tekitatud kahju ulatust ning liiki ja selle piisavust pakkuja usaldusvääruse taastamiseks vastavalt eelnõu § 97 lg 1.

Direktiivi artikli 57 lg 6 sõnastus, mille kohaselt kuulub hüvitamise mis tahes kahju, toetab eelviidatud H.J. Preiß, H. Pünder ja R. Stein'i seisukohta. Sätte ülesehitusest lähtuvalt on seejuures aga arusaamatu, kas selle all on seadusandja silmas pidanud ka kahju hüvitamise ulatust või üksnes kahju liiki ehk kas heastamise meetme kohaldamiseks peab olema hüvitatud rikkumisega seotud kahju terves ulatuses või võib seda olla tehtud ka osaliselt. Antud olukorda ei täpsusta ka eelnõu § 97 sõnastus või eelnõu seletuskiri. KarS § 57 lg 1 p 2 [kahju hüvitamine kui karistust kergendav asjaolu] rakendamise osas on Riigikohus asunud seisukohale, et kahju vabatahtlik hüvitamine, ka siis kui see on toimunud osaliselt, on seaduses ette nähtud karistust kergendav asjaolu.⁹¹

Eeltoodud Riigikohtu seisukoha rakendamise heastamise instituudi juures on käesoleva magistritöö autori hinnangul vastuolus heastamise eesmärgi ja võrdse kohtlemise põhimõttega. Heastamise eesmärgiks on pakkuja usaldusvääruse taastamine, läbi pakkuja poolt toime pandud rikkumise tagajärgede vabatahtliku likvideerimise ja edasiste rikkumiste ära hoidmise. Nimetatud tegevuse tagajärjel peaks heastamise meetmed läbinud pakkuja olema sama usaldusväärne kui ilma kõrvaldamise alusteta pakkuja. Olukorras, kus pakkuja on süüteoga tekitatud kahju hüvitanud ainult osaliselt, võib pakkuja olla asunud oma usaldusvääruse taastamise teele, kuid ei saa öelda, et ta oleks oma usaldusvääruse taastanud, kuna tema poolt

⁸⁹ H. Pünder., H-J. Preiß., S. Arrowsmith (toim), (viide 15), lk 77.

⁹⁰ H. Pünder., H-J. Preiß., S. Arrowsmith (toim), (viide 15), lk 77.

⁹¹ RKKK 3-1-1-14-07, p 6.

reaalselt tekitatud kahju ületab võetud heastamise meetmete ulatust. Eeltoodud juhul ei saa pakkuja olla võrdne nende pakkujatega, kes ei ole kunagi oma rikkumisega kahju tekitanud. Kahju osalise hüvitamise lubamine heastamise meetmena tekitaks magistritöö autori hinnangul olukorra, kus süüteoga kahju tekitanud isik on eelistatud seisus võrreldes pakkujaga, kes ei ole kunagi kahju tekitanud, kuna pakkuja poolt rikkumisega saavutatud eesmärk võib olla pakkuja jaoks kasulikum kui õiguspärane käitumine.

Eelnõu § 97 lg 1 ja direktiivi artikli 57 lg 6 kohaselt ei pea pakkuja heastamise meetmete tuginemiseks olema kahju hüvitatud, vaid piisab ka kahju hüvitamise kohustuse võtmisest. Direktiiv ja eelnõu ei selgita, mida kohustuse võtmise all täpsemalt silmas on peetud, kuid potentsiaalselt võimaldab nimetatud säte heastamise meetmete kasutamist ka selliste pakkujate poolt, kellel puuduvad võimalused kahjude koheseks hüvitamiseks, kuigi nad sooviksid seda teha. Kahju hüvitamise kohustuse võtmine toetab magistritöö autori hinnangul ka kahju osalise hüvitamise lubamatust, kuna nimetatud säte võimaldab heastamise meetmete võtmist ka selliste pakkujate poolt, kes soovivad rikkumisega tekitatud kahju vabatahtlikult hüvitada, kuid näiteks majanduslik olukord ei võimalda seda ühes osas ja tervikuna teha.

Kahju hüvitamise kohustuse võtmist võib võrrelda maksuvõlgade ajatamisega mehhanismiga maksukorralduse seaduses (edaspidi nimetatud ka MKS)⁹². Seejuures tuleb silmas pidada, et maksuvõlg ei ole oma olemuselt kahju, vaid rahaline kohustus, mille täitmisega on maksukohuslane hilineanud⁹³. MKS § 14 lg 5 alusel on maksukohustuslasel [riigihangete mõistes pakkujal] õigus taotleda maksuhaldurilt tõendit maksuvõlgade puudumise kohta ja maksuhaldur on kohustatud maksuvõlgade puudumise tõendi väljastama ka juhul, kui maksuvõla tasumine on ajatatud ehk maksuhalduriga kokku lepitud maksuvõla tasumine osade kaupa pikema ajaperioodi vältel. MKS § 111 jj tuleneb, et ajatamise puhul on tegemist maksuhalduri ja maksukohuslase kokkuleppega, mis sõlmitakse pankrotimenetluses kompromissi tulemusena või maksukohuslase taotluse alusel. Ajatamise puhul on oluline märkida, et nimetatud juhul tunnistab maksukohuslane oma võlga ning kohustust seda tasuda, kuna ajatamine ei toimu maksuhalduri initsiatiivil vaid siiski ainult maksukohuslase soovil.

MKS § 111 jj sätestatud ajatamise mehhanism täidab heastamise kriteeriume oma vabatahtlikkuse ja täielikkuse osas, kuna ajatamine eeldab maksukohuslase soovi ning ajatamine ei tähenda maksuvõla vähendamist. Samuti järgib ajatamine võrdse kohtlemise

⁹² Maksukorralduse seadus (RT I 2002, 26, 150 ... RT I, 10.11.2016, 11).

⁹³ Võlaõigusseadus (RT I 2001, 81, 487... RT I, 31.12.2016, 7), § 92 ja § 101 lg 1 p 6.

põhimõtteid ehk ajatamise puhul ei anna riik üldjuhul maksukohuslasele tasuta laenu, vaid ajatamise eest tuleb tasuda intressi⁹⁴ ning maksuhalduril on õigus nõuda maksukohuslaselt ka tagatist või tasumise tagamiseks⁹⁵.

Magistritöö autor on seisukohal, et kui kahju hüvitamise kohustuse võtmise puhul on täidetud vabatahtlikkuse, täielikkuse ning maksmise tagamise ja viivise kriteeriumid (rahalise kohustuse tasumisega hilinemise eest), siis järgib meede heastamise eesmärki ning riigihangete korraldamise üldpõhimõtteid (läbipaistvus, võrdne kohtlemine, proportsionaalsus). Oluline on seejuures asjaolu, et kahju hüvitamise kohustuse võtmine ei saa olla ainult deklaratiivne, vaid heastamise meetmete efektiivsuse ja usaldusväarsuse taastamise mõistes on oluline, et pakkuja tegevusest nähtuks ka reaalne soov ja võimekus kahju kokkuleppe alusel hüvitada (näiteks läbi tagatise andmise), kuna vastasel juhul tagatakse kõrvaldamise alustega pakkujale võimalus hankemenetluses jätkamiseks ilma oma usaldusväarsust taastamata.

Maksuvõla ajatamise mehhanismi piisavust kõrvaldamise aluste puudumiseks kinnitavad eelnõu § 95 lg 1 p 4 ja MKS § 14 lg 5, mille kohaselt kõrvaldatakse pakkuja hankemenetlusest maksuvõlgade esinemise üksnes juhul kui tema poolt täitmata maksukohustused ületavad 10 eurot või juhul kui maksuvõlg ei ole ajatatud. Nimetatud sätetest tuleneb, et maksuvõla ajatamist on seadusandja lugenud piisavaks, et tunnistada pakkuja hankemenetluses osalemise kõlbulikuks. Samale seisukohale on jõutud ka eelnõu § 95 lg 6, mille kohaselt isegi juhul kui pakkujal esineb MKS § 14 lg 5 mõistes maksuvõlg, siis hankija annab pakkujale võimaluse maksuvõlg ajatada ning seeläbi jätkata hankemenetluses osalemist. Tulenevalt eelnevast on käesoleva magistritöö autor seisukohal, et MKS § 111 jj toodud ajatamise mehhanismi on seadusandja hinnangul piisav, et lugeda kõrvaldamise alus (maksuvõlgade näol) heastatuks ning seetõttu on põhjendatud ajatamise kriteeriumite rakendamine ka kahju hüvitamise kohustuse võtmise kui heastamise meetme korral.

Kahju hüvitamise meetme olemust kokku võttes tuleb märkida, et tegemist on olulise meetmega pakkuja usaldusväarsuse taastamiseks, kuna see aitab saavutada heastamise eesmärki, kuid tegemist on hankija jaoks keerulise kontrolli objektiga. Direktiivi artikli 57 lg 6 ja eelnõu § 97 lg 1 ei anna hankijale sisulisi juhiseid kahju hüvitamise või hüvitamise kohustuse võtmise kui heastamise meetme kontrollimiseks, kuid lähtuvalt õiguskirjanduses toodust peab hankija

⁹⁴ Rahandusministri 30.04.2002 määrus nr 60 "Riiklike maksude maksuvõla tasumise ajatamise kord" (RTL 2002, 55, 805 ... RT I, 25.05.2012, 29) § 4.

⁹⁵ Maksukorralduse seadus (RT I 2002, 26, 150 ... RT I, 10.11.2016, 11), § 120 lg 1 p 1.

meetme hindamisel arvesse võtma pakkuja motivatsiooni meetme rakendamiseks, tekitatud kahju tüüpi ning pakkuja poolt kahju hüvitamise ulatust. Seejuures on märkimisväärne, et eelnõu seletuskiri ei täpsusta samuti meetme sisu ning selle ulatust, mistõttu on tõenäoline, et erinevate hankijate osas tekib erinev kahju heastamise praktika. Hankija kohustusi ja hankija võimekust heastamise meetmete hindamiseks on täiendavalt analüüsitud magistritöö teises peatükis.

1.2.2. Asjaolude selgitamine ja koostöö uurimisasutustega

Direktiivi artikkel 57 lg 6 ja eelnõu § 97 lg 1 loetlevad (lisaks kahju hüvitamisele) ühe võimaliku heastamise meetmena aktiivse koostöö tegemise uurimisasutusega ja asjaolude põhjaliku selgitamise. Direktiivi preambuli ja eelnõu seletuskiri antud meetme sisu ei täpsusta, kuid antud meetme puhul on magistritöö autori hinnangul tegemist heastamise instituudi keskse meetmega, mis peaks asjaolude selgitamise kohustuse osas olema imperatiivne kõikide heastamise juhtumite puhul. Ilma asjaolusid teadmata ei ole võimalik hankijal heastamise meetmete piisavust sisuliselt hinnata. Eeltoodud seisukohta toetavad ka H.J. Preiß, H. Pünder ja R. Stein märkides, et asjaolude selgitamine on heastamise rakendamise eelduseks, kuna hankijad ja kohtud peavad arvesse võtma kõiki heastamise juhtumi asjaolusid.⁹⁶ Millises ulatuses ja kuidas asjaolude selgitamine teostatud peab olema on aga ebaselge.⁹⁷

Asjaolude selgitamine ning koostöö tegemine uurimisasutustega on magistritöö autori hinnangul analoogiline KarS § 57 lg 1 p 3 toodud karistust kergendava asjaoluga, mille kohaselt on kohus kohustatud arvesse võtma süü ülestunnistamisele ilmumist, puhtsüdamlikku kahetsust või süüteo avastamisele aktiivset kaasa aitamist. Heastamise meetmete kui ka KarS § 57 lg 1 nimetatud karistust kergendavate asjaolude puhul on oluline vabatahtlikkuse ja kahetsuse mõõde ehk süüdlase kui pakkuja usutav soov⁹⁸ oma rikkumise tagajärge leevendada ja tagada nende ära hoidmine tulevikus⁹⁹. Karistusseadustiku kommenteeritud väljaandes on J. Sootak karistust kergendavate asjaolude juures viidanud Riigikohtu lahendile kohtuasjas 3-1-1-23-96¹⁰⁰, kus Riigikohus on selgitanud, et karistust kergendav asjaolu on süüdlase selline käitumine, mis annab alust järeldada, et süüdlane on oma teo ohtlikkusest ja tagajärje kahjulikkusest aru saanud ning püüab tagajärje leevendada.¹⁰¹

⁹⁶ H. Pünder., H-J. Preiß., S. Arrowsmith (toim), (viide 15), lk 76.

⁹⁷ H. Pünder., H-J. Preiß., S. Arrowsmith (toim), (viide 15), lk 76.

⁹⁸ E. Hjelmeng, T. Soreide (viide 49), lk 4.

⁹⁹ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, artikkel 57 lg 6.

¹⁰⁰ RKKK 3-1-1-23-96.

¹⁰¹ J. Sootak, P. Pikamäe. (viide 84), lk 237.

Aktiivne koostöö uurimisasutustega saab karistust kergendavate asjaolude analoogial seisneda näiteks süü ülestunnistamises ja süüteo avastamisele aktiivses kaasa aitamises ehk tegevuses, mis viib süüteo lahendamiseni. Süüteo avastamisele kaasa aitamise osas ei piisa asjaolude väljaselgitamise mittetakistamisest, vaid kaasaaitamine peab olema aktiivne ehk isik peab andma sisulist informatsiooni süüteo kohta ning KarS § 57 lg 1 p 3 ei eelda, et karistust kergendab ainult enda poolt toime pandud süüteo avastamisele kaasaaitamine.¹⁰² Võttes arvesse, et eelnõu § 95 lg 1 ja § 97 lg 1 kohaselt on heastamise objektiks ka süüteod, mis on toime pandud pakkuja haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liikme või muu seadusliku või asjaomase riigihankega seotud lepingulist esindaja poolt, siis võib pakkuja sattuda olukorda, kus tal on valik oma töötaja süüteo varjamise (maha vaikimise) või selle avastamisele kaasa aitamise ees. Oma usaldusväarsuse taastamiseks on pakkujal sellisel olukorras oluline näidata, et ta on ettevõtte sisestest kontrollimeetmete puudustest aru saanud ning ei ole soovinud nimetatud süüteoga seotud olla ning seetõttu aitab uurimisasutusel nimetatud isiku poolt toime pandud süütegu lahendada.

Kui üks osa aktiivsest koostööst uurimisasutustega on süüteo avastamisele kaasa aitamine (sõltumata sellest, kas tegemist on pakkuja enda või kellegi teise poolt toime pandud süüteoga), siis teine osa karistust kergendavate asjaolude analoogia alusel oleks süü ülesse tunnistamine ehk süüteo toime pannud isiku vabatahtlik avaldus, millega ta võtab süüteo omaks ning selgitab kõiki talle teadaolevaid süüteo asjaolusid, mis hõlbustavad süüteo avastamist.¹⁰³ Süü ülestunnistamisele ilmumine on sageli seotud ka puhtsüdamliku kahetsuse kui karistust kergendava asjaoluga KarS § 57 lg 1 p 3 alt 2 mõistes. Puhtsüdamlik kahetsus peab olema kontrollitav ning seda ei saa esineda juhul kui süüdistatav ei ole talle ette heidetavat tegu omaks võtnud ning on vaidlustanud süüteo toime panemise ja taotleb enda õigeks mõistmist.¹⁰⁴ Eeltoodud sätete selgitus kinnitab, et nimetatud karistust kergendavad asjaolud on suunatud reaalsele kahetsuse väljendamisele ja tagajärgede leevendamisele, mis ühtib heastamise meetmete võtmise eesmärgiga.

Siiski tuleb antud meetme juures eelkõige tähelepanu pöörata direktiivi artikli 57 lg 6, mille kohaselt peab heastamise meetmete kontrollija ehk eelnõu § 97 kohaselt hankija meetmete piisavuse hindamisel arvesse võtma kuriteo või väärteo raskust ning nende konkreetseid

¹⁰² J. Sootak, P. Pikamäe. (viide 84), lk 239.

¹⁰³ J. Sootak, P. Pikamäe. (viide 84), lk 238.

¹⁰⁴ J. Sootak, P. Pikamäe. (viide 84), lk 239.

asjaolusid, mistõttu on möödapääsmatu eelnevalt nimetatud süüteo asjaolude selgitamine kui heastamise instituudi rakendamise eeldus. Võttes arvesse heastamise meetmete vabatahtlikkuse mõõdet, tuleb nimetatud meetme all silmas pidada pakkuja tegevust süüteo asjaolude põhjalikuks selgitamiseks otse hankijale¹⁰⁵ või läbi kolmanda isiku, näiteks audiitori¹⁰⁶. Audiitori poolt tuvastatud asjaolude piisavust antud meetme raames on kinnitanud Düsseldorfis apellatsioonikohus 2003. aasta kohtuasjas nr 66/02, kus kohus kinnitas, et juhul kui pakkuja on rikkumise asjaolude analüüsimiseks tellinud põhjaliku auditi ning esitanud selle hankijale asjaolude selgitamiseks, siis see saab olla heastamise meetmete hindamise aluseks.¹⁰⁷ Nimetatud kohtuasjas oli süütegu toime pandud pakkuja töötaja poolt ning pakkuja tellis auditi asjaolude üldiseks välja selgitamiseks ehk pakkujal endal puudusid selged teadmised rikkumise kohta ning pakkuja soovis asjaoludest aru saada kohe pärast vastavale töötajale süüdistuse esitamist.¹⁰⁸ Eeltoodust nähtub, et tingimused, millises ulatuses ja kuidas pakkuja asjaolusid selgitama peab, on ebaselged ning sõltuvad konkreetse juhtumi asjaoludest. Hankijaga aktiivse koostöö tegemise tulemusena peab hankija saama põhjaliku faktide põhise ülevaate kogu süüteost (sh. süüteoga seotud isikutest) ning seda võimalikult kiiresti.¹⁰⁹ Kiiruse aspekt on käesoleva magistr töö autori hinnangul oluline nii pakkuja tahte väljendamiseks (pakkuja usutav soov oma rikkumiste heastamiseks) kui ka hankemenetluse efektiivse läbiviimise tagamiseks (hankijal on võimalik oma otsused teha ajaraamistikus, mis võimaldab sõlmida hankelepingu hanketeates sätestatud tähtajaks). S. Arrowsmith, H.-J. Preiß ja P. Friton on antud meetme juures rõhutanud ka selle mõju heastamise otsuse kvaliteedile märkides, et ilma põhjalike pakkuja selgitusteta ei ole võimalik heastamise otsust teha faktilistel alustel, mille tagajärjel ei ole otsus enamikel juhtudel usaldusväärne ning ei taga heastamise meetmete piisavust.¹¹⁰

Vastavalt eelnõu § 97 lg 2 ja direktiivi artikli 57 lg 6 peavad heastamise meetmed olema piisavad pakkuja usaldusvääruse taastamiseks arvestades vastava rikkumise raskust, mistõttu peab hankija heastamise meetmete piisavust hindama iga rikkumise suhtes eraldi. Eeltoodust tulenevalt võib rikkumise heastamine olla võimalik ainult ühe meetme kaudu, kuid raskemate

¹⁰⁵ S. Van Garsse, S. De Mars - Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive. Newcastle University, 2016, lk 133. Arvutivõrgus: <https://uhdspace.uhasselt.be/dspace/bitstream/1942/23331/1/32BCBD6F-9C30-431D-8099-01BE29CA6BE0.pdf> (24.03.2017)

¹⁰⁶ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

¹⁰⁷ H. Pünder., H.-J. Preiß., S. Arrowsmith (toim), (viide 15), lk 88-89.

¹⁰⁸ H. Pünder., H.-J. Preiß., S. Arrowsmith (toim) (viide 15), lk 88-89.

¹⁰⁹ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

¹¹⁰ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

rikkumiste puhul võib olla vajalik erinevate meetmete kombineerimine.¹¹¹ Eeltoodust tulenevalt ei saa magistritöö autori hinnangul lugeda pakkuja poolt võetud meetmeid ebapiisavaks üksnes seetõttu, et pakkuja ei ole ilmunud süü ülestunnistamisele või teinud uurimisasutusega koostööd süüteo avastamiseks ja lahendamiseks. Praktikast võib pakkuja rikkumisest (näiteks pakkuja töötaja poolt toime pandud süüteo, mis mõjutab ka pakkujat vastavalt eelnõu § 95 lg 1) teada saada ka alles uurimisasutuse kaudu, mistõttu võibki pakkujal antud meetme raames olla võimalik üksnes vajaliku koostöö tegemine hankijaga pärast süüdimõistva kohtuotsuse tegemist.

Käesoleva magistritöö autori hinnangul tuleb antud meetme puhul näha imperatiivset rolli üksnes hankijale asjaolude selgitamise ulatuses (mis on vajalikud heastamise meetmete piisavuse hindamiseks), kuid juhul kui pakkuja või tema töötajad ei ole teinud enne süüdimõistvat kohtuotsust koostööd uurimisasutustega, siis ainuüksi nimetatud fakt ei saa olla heastamise instituudi rakendamata jätmiseks. Heastamise instituudi rakendamisel tuleb arvestada põhiõigustega, sealhulgas põhiseaduse § 22 sätestatud süütuse presumptsiooniga. Võttes arvesse, et teatud hankemenetlustest kõrvaldamise alused kehtivad ainult süüdimõistva kohtuotsuse alusel¹¹² ning heastamine peab olema võimalik ka nimetatud aluste suhtes, siis ei saa heastamise eelduseks lugeda tegevusi, mille teostamine peab olema tehtud enne heastamise objekti realiseerumist, mis ei oleks kooskõlas ka süütuse presumptsiooniga. Enne süüdimõistva kohtuotsuse jõustumist tehtud tegevusi saab hankija arvesse võtta heastamise meetmena lähtuvalt eeltoodud karistuste kergendavate asjaolude analoogiast (nimetatud asjaolud kajastuvad sellisel juhul ka vastavas kohtuotsuses), kuid need ei ole pakkujale kohustuslikud.

Asjaolude selgitamine ja koostöö uurimisasutustega on kokkuvõttes kindlasti heastamise instituudi keskne meede, kuna asjaolude selgitamine on heastamise rakendamise eelduseks¹¹³, kuid muus osas peab hankija igakordselt eraldi hindama, kas meetmete rakendamine on olnud piisav pakkuja usaldusväarsuse tõendamiseks või mitte. Seejuures on käesoleva magistritöö autor seisukohal, et asjaolude selgitamata jätmine¹¹⁴ saab olla hankija keelduva otsuse aluseks, kuid pakkuja heastamise võimalus ei tohiks piirata enne kohtuotsuse jõustumist toimunud tegevuste osas.

¹¹¹ S. Schoenmaekers (viide 80), lk 98.

¹¹² Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 57 lg 1.

¹¹³ H. Pünder., H.-J. Preiß., S. Arrowsmith (toim), (viide 15), lk 76.

¹¹⁴ Sealhulgas hankija poolt määratud audiitoriga koostöö tegemata jätmine, mida hankija peab vajalikuks asjaolude selgitamiseks.

1.2.3. Tehnilised- ja organisatsioonilised ning töötajatega seotud meetmed

Eelnõu § 97 lg 1 sätestab heastamise meetmena tehnilised, organisatsiooni ja töötajatega seotud meetmed, mis võimaldavad edasisi süütegusid ära hoida. Direktiivi preambuli punkt 102 selgitab, et nimetatud meetme sisuks võib olla näiteks igasuguse suhte lõpetamine väärtelos osalenud isikute või organisatsioonidega, personali ümberkorraldamine, aruandlus- ja kontrollisüsteemide rakendamine, sisekontrolli üksuse loomine nõuetele vastavuse jälgimiseks ning organisatsioonisiseste vastutus- ja hüvitamiseeskirjade vastu võtmine. Samuti rõhutab direktiiv, et ettevõtja poolt võetud meetmed peavad olema piisavad süüteo tagajärgede heastamiseks ning edasiste rikkumiste ära hoidmiseks.

Nimetatud meetmete koosseis pärineb Saksamaalt, Siemens AG korruptsioonikaasusest, mida on peetud ka üheks heastamise institutsiooni riigihangete direktiivides sätestamise ajendiks¹¹⁵. Siemens teostas antud juhtumi tulemusena ettevõttes põhjalikud muudatused, mis tõstasid küsimuse, kes riigihangetel osalemise keeld on pärast põhjalike ja kulukate meetmete võtmist proportsionaalne.¹¹⁶

2011. aastal esitas United States Securities and Exchange Commission¹¹⁷ New Yorgi osariigi kohtule kaebuse seitsme Siemens AG ja Siemens S.A. (Siemens Argentiina) juhtivtöötaja peale korruptsioonikuritegude toime panemise tõttu. Vastavalt süüdistusele andsid nimetatud töötajad perioodil 1997-2007 erinevatel juhtudel altkäemaksu ligikaudu 100 miljoni dollari ulatuses, et kindlustada Siemensi korporatsioonile 1 miljardi dollari väärtusega hankeleping isikut tõendavate dokumentide tarnimiseks.¹¹⁸ Antud kaebus rahuldati osaliselt 3. veebruaril 2014. aastal.¹¹⁹ Nimetatud korruptsioonijuhtum tõi Siemens-i korporatsioonis (lisaks trahvide maksmisele) kaasa ulatuslikud muudatused, mille käigus asendati 80% tippjuhtidest, 70%

¹¹⁵ N. Lord - Regulating transnational corporate bribery in the UK and Germany. Doktoritöö. Cardiff University School of Social Sciences, 2011, lk. 204-205. Arvutivõrgus:

https://orca.cf.ac.uk/26844/1/Nicholas%20Lord_PhD%20Thesis_May%202012%20-%20NEW.pdf (25.03.2017).

¹¹⁶ N. Lord (viide 115), lk 205.

¹¹⁷ United States Securities and Exchange Commission on ametiasutus, mille eesmärgiks on kaitsta investoreid ning tagada aus, õiguspärane ja efektiivne turgude toimine. Arvutivõrgus: <https://www.sec.gov/about.shtml> (25.03.2017).

¹¹⁸ United States District Court, Southern District of New York, kaebus nr 11-CIV-9073, 19.12.2011, punktid 1-3. Arvutivõrgus: http://www.ethic-intelligence.com/wp-content/uploads/2014_february_siemens_executives.pdf (25.03.2017).

¹¹⁹ Final Judgement of the United States District Court, Southern District of New York, 11-CIV-9073. Arvutivõrgus: http://www.ethic-intelligence.com/wp-content/uploads/2014_03_02_scheidlin_judgement.pdf (25.03.2017).

keskastme juhtidest ning 40% madalama astme juhtidest, korrigeeriti otsuste tegemise protsessi ning muudeti teisi tööpõhimõtteid, et tagada tegevuse kontrollitavus ja läbipaistvus.¹²⁰

Lisaks eelnevalt viidatud Siemens AG juhtivtöötajatega seotud kohtulahendile, mis käsitles korruptsioonijuhtumit Argentinas, esines Siemens AG-l ning tema tütarettevõtetel korruptsioonijuhtumeid ka mujal maailmas, näiteks Venemaal ja Venezuelas, mis lahenesid kokkuleppega.¹²¹ Venemaa tütarettevõttega seotud juhtumi puhul sõlmis Siemens AG 2009. aastal Maailma Pangaga kokkuleppe, mille kohaselt võttis Siemens AG kohustuse toetada korruptsiooni ennetamist 100 miljoni USA dollariga 15 aasta jooksul ning Siemens AG ja tema Venemaa tütarettevõtte võimalust osaleda hangetel piirati 24 kuuks.¹²²

Siemensi kaasus on Saksamaa heastamise õiguspraktikas üks tunnustatumaid kaasusi¹²³, mis kinnitas Siemensi poolt võetud meetmeid kui peamisi heastamise meetmeid, mis on sätestatud heastamise meetmetena ka eelnõus ja direktiivis.

Eelnõu § 97 lg 1, direktiivi artikli 57 lg 6 ja direktiivi preambuli punkti 102 kohaselt jaguneb käesolev heastamise meede kolmeks:

1. töötajatega seotud meetmed;
2. organisatsiooniga seotud meetmed;
3. tehnilised meetmed.

Teaduskirjanduses esineb ka teisi heastamise meetmete jaotusi, mille kohaselt tehnilised- ja organisatsiooniga seotud meetmed on eraldi heastamise meetmeks, kuna nimetatud meetmed on eelkõige tulevikku suunatud ehk nende eesmärk on tagada, et pakkuja poolt rohkem samasuguseid rikkumisi toime ei panda.¹²⁴ Võttes arvesse, et nimetatud meetmed on suunatud töötajate õiguspärase käitumise tagamisele, siis on nimetatud meetmeid käesolevas magistritöös käsitletud koos töötajatega seotud meetmetega.

¹²⁰ P. Löscher. The CEO of Siemens on Using a Scandal to Drive Change, Harvard Business Review, November 2012. Arvutivõrgus: <https://hbr.org/2012/11/the-ceo-of-siemens-on-using-a-scandal-to-drive-change> (25.03.2017).

¹²¹ G. J. Terwilliger. Siemens AG and several subsidiaries ("Siemens") agree to combined criminal and civil fines of US\$800 million for alleged violations of the US Foreign Corrupt Practices Act ("FCPA"), Lexology, 16.12.2009. Arvutivõrgus: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6858f771-a28d-43f4-a31d-bc37b2696070> (29.04.2017).

¹²² D. Thesis. Siemens to pay \$100m to fight corruption as part of World Bank Group settlement, World Bank press release, 2009. Arvutivõrgus: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:22234573~menuPK:51062075~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html> (29.04.2017).

¹²³ N. Lord (viide 115), lk 205.

¹²⁴ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

Nagu Siemens-i kaasusest nähtub, siis võib heastamiseks vajalik olla süüteoga seotud töötajate töölt vabastamine. Eeltoodud seisukohta on toetanud ka S. Arrowsmith, H-J. Preiß ja P. Friton, kes on asunud seisukohale, et töötajatega seotud meetmed on heastamise jaoks fundamentaalsed ning see tähendab, et heastamist sooviv ettevõtte on kohustatud vastavad rikkumisega seotud isikud koheselt ja lõplikult töölt vabastama.¹²⁵ Eeltoodud viitavad Düsseldorfis apellatsioonikohtu otsusele, kus on muuhulgas rõhutatud, et juhul kui rikkuja puhul on tegemist ettevõtja aktsionäri või osanikuga, siis tuleb muuhulgas tagada, et vastaval isikul ei oleks enam mõjuvõimu ettevõtte otsuste üle ning seda nii praeguste kui ka tulevikus ettevõtet juhtivate isikute üle.¹²⁶ Töötajate usaldusväarsuse olulisust kinnitavad siseriiklikus õiguses ka töölepingu seaduse¹²⁷ § 88 lg 1 sätestatud töölepingu erakorralise ülesse ütleamise alused usalduse kaotamise või tööandja suhtes usaldamatuse põhjustamise näol.

S. Arrowsmith, H-J. Preiß ja P. Friton ei ole oma seisukohas käsitlenud küsimust, kas töötajate töölt vabastamisele võib esineda ka alternatiiv olukorras, kus tegemist ei ole raske rikkumisega ehk, kas töötajatega seotud meetmete rakendamisel tuleks arvesse võtta ka vastava kaasuse asjaolusid. Käesoleva magistr töö autor on seisukohal, et ükski heastamise meede¹²⁸ ei ole direktiivi ja eelnõu sõnastusest tulenevalt kohustuslik (meetmed on eelnõus ja direktiivis kajastatud näidislooteluna) ehk iga rikkumine ei pea tähendama automaatselt töötajate töölt vabastamist, vaid igal üksikul juhul tuleb kõigepealt analüüsida süüteo asjaolusid. Nimetatud seisukohta toetab direktiivi artikli 57 lg 6 sõnastus, mille kohaselt võetakse ettevõtja poolt võetud meetmete hindamisel arvesse kuriteo või väärteo raskust ja konkreetseid asjaolusid. Süüteo asjaoludega arvestamist on toetanud ka S. Schoenmaekers märkides, et heastamise meetmete hindamine peab sõltuma rikkumise tõsidusest ning, et kergemate rikkumiste korral võib piisav olla töötajate koolitamine ning organisatoorse meetmete võtmine, kuid raskemate rikkumiste korral võib olla vajalik terve juhatuse asendamine.¹²⁹

Töötajatega seotud heastamise meetmed on tihedalt seotud organisatsiooniliste- ja tehniliste meetmetega, kuna ainuüksi töötajate töölt vabastamine või näiteks koolituste korraldamine rikkumisega seotud töötajatele ei taga, et nimetatud rikkumist ei panda toime ka tulevikus. Direktiivi artikli 57 lg 6 ja eelnõu § 97 lg 1 kohaselt peavad aga antud meetmed võimaldama

¹²⁵ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39), Düsseldorfis apellatsioonikohtu 28. juuli 2005 otsus 42/05.

¹²⁶ Düsseldorfis apellatsioonikohtu 28. juuli 2005 otsus 42/05.

¹²⁷ Töölepingu seadus (RT I 2009, 5, 35 ... RT I, 07.12.2016, 12).

¹²⁸ Magistr töö autori hinnangul peaks rikkumise asjaolude selgitamine olema kohustuslik meede, kuna tegemist on heastamise instituudi rakendamise eeldusega.

¹²⁹ S. Schoenmaekers (viide 80), lk 98.

vältida edasisi kuritegusid või väärtegusid ehk pakkuja peab suutma tõestada, et ta on oma tegevust korrigeerinud viisil, mis ei võimalda või takistab oluliselt samalaadsete rikkumiste toime panemise.

Nimetatud organisatsioonilisteks ja tehnilisteks meetmeteks võivad näiteks olla eetika ja käitumisreeglite rakendamine¹³⁰, korrapärase koolituste korraldamine töötajatele võimalike süütegude kohta (näiteks täiendava teadmise loomine korruptsioonikuritegude kohta, mis võimaldab töötajal oma tegevust paremini hinnata), erinevate juhendite ja kordade rakendamine, täiendavate kontrollisüsteemide loomine jne¹³¹. Direktiivi preambuli punkt 102 toob kontrollisüsteemidena välja ka näiteks sisekontrolliüksuse loomise või eriauditite rakendamine kolmandate isikute (ettevõtete) poolt.

S. Arrowsmith, H.-J. Preiß ja P. Friton toovad organisatsioonilise meetmena välja ka kuluka ning tööandja eriteadmisi mõjutava meetme, milleks on töötajate rotatsioon. Nimetatud meetme rakendamine on eelkõige mõeldud sellistele ametikohtadele, millel on kõige suurem oht rikkumiste toime panemiseks.¹³² Käesoleva magistritöö autori hinnangul võivad selliseks ametikohtadeks olla näiteks hangete korraldamisega seotud ametikohad, mis suudavad mõjutada tellitavate toodete või teenuste koosseisu ning otsust, kellega hankeleping sõlmitakse. Sõltumata eeltoodust on antud meetme puhul tegemist pigem erandliku meetmega, mille rakendamine võib põhjendatud olla näiteks korduvrikkumiste korral, kus on näha, et teised ennatlikud meetmed ei ole suutnud vajalikku eesmärki saavutada.

Võttes arvesse eelnõu § 95 sätestatud erinevate heastamise objektide ulatust ja tagajärgi, siis tuleb igal rikkumise korral eraldi hinnata, kas vastavat süütegu on üldse võimalik heastada¹³³ ning juhul kui on, kas siis pakkuja poolt võetud meetmed on piisavad, et taastada oma usaldusväärsus. Kuigi eelnõu § 97 lg 1 ja direktiivi artikkel 57 annavad ette võimalike heastamise meetmete loetelu, siis formaalne meetmete täitmine ei tähenda veel pakkuja rikkumiste edukat heastamist.

Esimest peatükki kokku võttes tuleb tõdeda, et heastamise instituut oma olemuselt toetab riigihangete korraldamise üldpõhimõtete täitmist (sealhulgas konkurentsi suurendamist), kuid

¹³⁰ S. Schoenmaekers (viide 80), lk 98.

¹³¹ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

¹³² S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

¹³³ Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) artikli 57 lg 6 kohaselt ei ole pakkujal võimalik heastamise meetmetele tugineda, kuid pakkuja suhtes on tehtud kehtiv lõplik otsus hankemenetlusest kõrvaldamise kohta.

täpsed tingimused, kuidas pakkuja oma usaldusväärust tõestama peab, on ebaselged. Vastavalt direktiivi preambuli punktile 102 on vastavate menetluslike ja sisuliste tingimuste kindlaks määramine liikmesriigi kohustus. Eelnõu § 97 lg 1 on direktiivi artikli 57 lg 6 näitel sätestatud võimalike heastamise meetmete näidisloetelu (rikkumise asjaolude selgitamine ning uurimisasutustega koostöö tegemine, kahju hüvitamine või vastava kohustuse võtmine ja töötajate, organisatsiooni ning tehniliste lahendustega seotud meetmed), kuid eelnõu sõnastus ja seletuskiri ei selgita, mis on nimetatud meetmete sisu ja ulatus. Meetmete piisavust peab eelnõu § 97 kohaselt hindama hankija ning seda iga konkreetse juhtumi asjaoludest lähtuvalt, kuna meetmed peavad sobima vastava rikkumise heastamiseks. Kuivõrd eelnõus ei ole heastamise meetmete menetluslike ja sisulisi tingimusi kindlaks määratud tuleb meetmete sisu ja ulatust sisustada karistusõigusliku analoogia ja teiste liikmesriikide praktika põhised, mille tagajärjeks võib olla erinev heastamise praktika erinevate siseriiklike hankijate ja liikmesriikide vahel. Võttes arvesse, et heastamise instituudi eesmärgi saavutamise sõltub Eestis suures osas hankijate tegevusest, siis on oluline tuvastada, millised on hankija kohustused täpsemalt heastamise meetmete hindamisel ning kas hankijad üldse saavad heastamise institutsiooni antud eelnõu sõnastuse kohaselt efektiivselt rakendada.

2. Heastamise meetmete kontrollimine

2.1. Hankija tegevus heastamise meetmete menetlemisel

Millist või milliseid meetmeid tuleb hankemenetlusest kõrvaldamise aluste efektiivseks heastamiseks rakendada, sõltub rikkumisest, mis on pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamise tinginud, rikkumise raskusest, sealhulgas näiteks rikkumise ajalisest kestvusest ja korduvusest ning majanduslikest mõjudest¹³⁴. Eeltoodust lähtuvalt ei ole heastamise meetmete piisavust võimalik hinnata üksnes heastamise meetmete rakendamist kontrollides, vaid käesoleva magistritöö autori hinnangul peab kontrollija esmalt sisuliselt vaatama rikkumist ennast ning selle asjaolusid ja alles pärast seda alustama heastamise meetmete piisavuse kontrolli vastava rikkumise suhtes. Rikkumise sisulise hindamise vajadust on rõhutatud ka direktiivi artikli 57 lg 7, kus on märgitud, et ettevõtja poolt võetud meetmete hindamisel võetakse arvesse kuriteo või väärteo raskust ning konkreetseid asjaolusid ning juhul kui meetmeid peetakse ebapiisavaks, siis kõrvaldatakse pakkuja vastava otsusega hankemenetlusest.

Direktiivi preambuli punkt 102 ja artikli 57 lg 7 rõhutavad, et heastamise täpsed menetluslikud ja sisulised tingimused on liikmesriigi kindlaks määrata ning liikmesriigi kohustuseks on ka otsustada, kes on heastamise meetmete kontrollija. Nimetatud kontrollijaks võib direktiivi kohaselt olla, kas konkreetset hanget läbi viiv avaliku sektori hankija või mõni teine ametiasutus tsentraalsel või detsentraalsel tasandil.¹³⁵

Eelnõu § 97 lg 1 ei täpsusta võrreldes direktiiviga, millised on heastamise menetluslikud ja sisulised tingimused, kuid heastamise meetmete kontrollijaks on Eestis määratud hankija. Hankija määratlus on sätestatud eelnõu § 5, mille kohaselt on hankijaks kvalifitseerumine eelkõige seotud isiku poolt kasutatavate vahendite ning omandi- või kontrollisuhetega. Peamisteks hankijateks eelnõu § 5 alusel on riik ja riigiasutused (näiteks ministriumid), kohaliku omavalitsuse üksused, asutused või üksuste ühendused, muud avalik-õiguslikud juriidilised asutused, riigi poolt asutatud või riigi kontrolli all olevad sihtasutused, riigi poolt rahastavad eraõiguslikud juriidilised isikud jne. Samas võib eelnõu § 6 lg 2 kohaselt hankijaks sattuda ka näiteks iga isik, kes tellib ehitustöid hankijale üle andmise eesmärgil ning seda sõltumata eelnõu § 5 toodud hankija määratlusest. Eeltoodust lähtuvalt võivad hankijaks olla nii suured ministriumid, kui ka väiksed mittetulundusühingud või üldse eraõiguslikud

¹³⁴ S. Schoenmaekers (viide 80), lk 98.

¹³⁵ Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) preambuli punkt 102.

juriidilised isikud, kes peavad täitma hankija kohustusi kindla hanke objekti põhiseelt. Asjaolu, et hankijad ning nende kogemused hankemenetluste läbi viimisel võivad olla väga erinevaid, tähendab magistritöö autori hinnangul ka seda, et hankijate võimekus ja teadmised hankemenetluste korraldamisest on varieeruvad. Seejuures on oluline märkida, et vastavale eelnõu § 5 ei ole hankijale pandud ühtegi hankijaks kvalifitseerumise eeldust või kohustust, mis oleksid seotud eriteadmiste nõudega ehk hankija või tema töötajad ei pea oma tegevuseks omama teadmisi näiteks karistusõigusest, haldusõigusest või konkurentsioigusest ning ei pea olema omandanud eriharidust või läbinud ühtegi koolitust hankemenetluste korraldamiseks või nende raames otsuste vastu võtmiseks.

Eelnõu seletuskirjas on § 97 rakendamise kohta märgitud, et kuivõrd heastamise puhul on tegemist Eesti jaoks täiesti uue ja esmakordse instrumendiga, siis heastamise hindamiseks keskset ametiasutust esialgu määrama ei hakata. Aasta pärast uue seaduse jõustumist hindab Rahandusministeerium, kui palju on heastamise meetmete kaalumist soovitud, milline on olnud hankijate töökoormus ja esinenud probleemid ning seejärel otsustakse, kas heastamise funktsioon on vaja viia eraldi üksusse või jäetakse heastamise hindamise kohustus hankijale.¹³⁶

Käesoleva magistritöö autori hinnangul on eeltoodud seisukoht lühinägelik ning võib tekitada olulist kahju ära jäänud projektide ja välisrahastuste perioodist välja jäämise tõttu, rääkimata seejuures võimalikest vaidlustega seotud kuludest ning ajalisest ressursist. Magistritöö autor mõonab, et heastamise juhtumite arvu ei ole võimalik ette ennustada, kuna Eestis ei ole varem heastamist proportsionaalsuse põhimõtte alusel võimaldatud ning tegemist on Eesti jaoks täiesti uue õigusliku instrumendiga, kuid enne vastava kontrolli ja hindamise kohustuse panemist hankijale oleks tulnud analüüsida, kas hankija omab piisavat pädevust nimetatud instrumendi realiseerimiseks. Alljärgnevalt on analüüsitud, milliseid tegevusi peab hankija heastamise meetmete piisavuse kontrolli raames tegema, millist informatsiooni ja mille alusel hindama ning, kas selline hindamine ja kontroll on hetkel eelnõus toodud regulatsiooni alusel hankijale jõukohane.

Eelnõu § 97 lg 1 sätestab heastamise meetmete kontrolli järgnevalt: “Pakkuja või taotleja, kelle suhtes esineb käesoleva seaduse § 95 lõikes 1 või 4 nimetatud alus [hankemenetlusest kõrvaldamise alus], võib riigihankes, mille eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise riigihanke piirmääraga või ületab seda, esitada koos taotluse või pakkumusega või väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetluse raames tõendid selle kohta, et ta on

¹³⁶ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE seletuskiri (viide 86), lk 97.

võtnud meetmeid oma usaldusväärsuse taastamiseks. /.../?. Nimetatud sätte lõige 2 täpsustab, et hankija hindab lõikes 1 esitatud tõendeid ja kui ta leiab, et nimetatud tõendid on piisavad pakkuja või taotleja usaldusväärsuse tõendamiseks, ei kõrvalda hankija pakkujat või taotlejat sellekohase põhjendatud kirjaliku otsusega hankemenetlusest ja võib sõlmida hankelepingu pakkuja või taotlejaga, vaatamata kõrvaldamise aluste olemasolust.

Vastavalt eelnõu sõnastusele on hankijal kohustus heastamise meetmete tuginemist võimaldada ja pakkujal õigus nimetatud meetmete tugineda üksnes selliste hankemenetluste korral, mille eeldatav maksumus on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda.

2017. aastal on nimetatud rahvusvaheliseks piirmääraks (sõltuvalt hankija tüübist) asjade ja teenuste hankelepingute puhul 135 000 eurot kuni 418 000 eurot ilma käibemaksuta ning ehitustööde puhul 5 225 000 eurot ilma käibemaksuta.¹³⁷¹³⁸ Ühest küljest on eeltoodud rahaliste piirangute seadmine heastamise lubatavusele mõistetav, kuna sellega vähendatakse hankijate halduskoormust (piirangu kohaselt ei ole hankija kohustatud heastamist võimaldama siseriikliku avaldamisnõudega hangete puhul, mis moodustavad ligikaudu poole kõikidest kalendriaasta jooksul Eestis korraldatud hangetest¹³⁹), kuid teisest küljest on küsitav, kas sellise piirangu kohaldamine on põhjendatud. Nimetatud piiranguga tagatakse ligipääs suuremahulistele hangetele pakkujatel, kellel esinevad hankemenetlusest kõrvaldamise alused ning, kus hankelepingu täitmata jäämise riskid on hankijate jaoks majanduslikult oluliselt suuremad. Olukorras, kus direktiivi üks eesmärke on tagada riigihangetele parem juurdepääs ka väikese- ja keskmise suurusega ettevõtetele¹⁴⁰, on arusaamatu, miks ei ole heastamise meetmeid võimaldatud hangetele, mille majanduslik mõju hankija tegevusele ja riigihangete turule on iga hanke arvestuses väiksem. Võib väita, et eelnõus toodud eeldatava maksumuse nõue piirab konkurentsi ja suurema väärtusega hankemenetlustel osalevatele pakkujatele luuakse eelised riigihankes osalemiseks.

Eelnõu seletuskirjast ei tulene muuhulgas, et heastamise lubatavuse piiramisel oleks analüüsitud piirangu kooskõla eelnõu § 3 toodud riigihangete korraldamise üldpõhimõtetega, sealhulgas proportsionaalsuse põhimõttega. Olukorras, kus direktiivis on selgelt kinnitatud

¹³⁷ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 14 lg 3-4.

¹³⁸ Riigihanke piirmäärad. E-riigihangete keskkonna teabeportaal. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/riigihanke-piirmaarad-ja-tahtajad> (26.03.2017).

¹³⁹ Lihthanked moodustasid 2015. aastal 53% kõikidest teostatud riigihangetest. Rahandusministeerium, 2015. aasta hankemaastiku kokkuvõtte (viide 4), lk 35.

¹⁴⁰ Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) preambuli punkt 2.

heastamise meetmete kui proportsionaalsuse põhimõtte rakendamise vajadust¹⁴¹ ning eelnõu § 3 sätestatud riigihangete korraldamise üldpõhimõtted kohalduvad kõikide eelnõu alusel korraldatavate riigihangete suhtes, siis võib praktikas tekkida hankijal kohustus antud piirangu kohustust ise põhistada või heastamise meetmeid lubada ning seda näiteks olukorras, kus hankija on läbi viimas eelnõu § 125 sätestatud lihthankemenetlust.

Vastavalt eelnõu § 125 lg 7 on hankija kohustatud lihthankemenetluse puhul kontrollima pakkujal enne hankelepingu sõlmimist hankemenetlusest kohustuslike kõrvaldamise aluste puudumist ehk sisuliselt peavad lihthankemenetluses osalevad pakkujad vastama samadele usaldusväarsuse tingimustele, millele rahvusvahelist piirmäära ületavates hankemenetlusteski osalevad pakkujad. Riigihangete vaidlustuskomisjon on oma 17. augusti 2011. aasta otsuses vaidlustusajlas nr 157-11 märkinud, et RHS-is sätestatud hankemenetluse üldalused kohaldatavad lihtmenetluses ka siis, kui hankija pole nende kohaldamist sõnaselgelt pakkujatele väljastatud menetlust puudutavates dokumentides ette näinud ning, et nimetatud nõuete järgimine võimaldab hankijal parimal võimalikul viisil läbi viia menetlust kooskõlas RHS §-s 1 sätestatud riigihanke eesmärgi ja RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetega.¹⁴² Eeltoodud kaasuses rakendas hankija pakkuja suhtes hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid ning vaidlustuskomisjon leidis, et nimetatud aluste kohaldamine on õiguspärane lähtuvalt riigihangete korraldamise üldpõhimõtetest. Tulenevalt eelnevast on käesoleva magistritöö autor seisukohal, et hankijal tekib heastamise meetmete lubamise kohustus ka alla rahvusvahelist piirmäära jäävate hankemenetluste puhul läbi riigihangete korraldamise üldpõhimõtete ehk samadel põhjustel, mida on Saksamaa ja mõned teised Euroopa Liidu liikmesriigid on kõrvaldamise aluste heastamist lubanud juba 2004. aasta riigihangete direktiivide alusel.¹⁴³

Eelnõu § 97 lg 1 ja direktiivi artikli 57 lg 6 kohaselt peab pakkuja esitama hankijale tõendid heastamise meetmete hindamiseks ehk hankija on kohustatud heastamise meetmeid hindama pakkuja poolt esitatud informatsiooni põhjal. Pakkuja on oma heastamise meetmete valikul vaba, mistõttu ei ole võimalik pakkujale ette kirjutada, millised tõendeid pakkuja oma usaldusväarsuse tõestamiseks esitama peab, kuid on ilmne, et tegemist ei saa olla lihtsalt

¹⁴¹ Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) preambuli punktid 101-102.

¹⁴² Riigihangete vaidlustuskomisjoni otsus nr 157-11, 17.08.2011, punktid 7-8.

¹⁴³ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

heastamise väite või tõendamata seisukohaga¹⁴⁴, kuna nende alusel ei ole võimalik heastamise meetmete piisavust sisuliselt kontrollida.

Võttes arvesse eelnõu § 97 sätestatud heastamise meetmete näidisloendit ning asjaolu, et pakkuja poolt esitatud tõendite alusel peab hankijal olema võimalik tuvastada süüteo asjaolud, pakkuja poolt võetud meetmed vastava rikkumise tagajärgede leevendamiseks ja pakkuja poolt võetud meetmed edasiste rikkumise ära hoidmiseks, siis võivad pakkuja poolt tõendid olla väga mahukad. H.-J. Preiss on välja toonud, et heastamise tõendid peaksid muuhulgas sisaldama tõendeid ja kinnitusi, mida on käsitletud direktiivi artiklis 60.¹⁴⁵ Käesoleva magistritöö autori hinnangul omavad nimetatud tõendid ja kinnitused veelgi suuremat tähtsust välispakkujate osas, kuna nendega seotud andmeid ei ole hankijal üldjuhul võimalik kontrollida siseriiklike andmebaaside alusel (näiteks karistusregistrist karistuse andmed, Riigi Teataja võrguväljaandest vastavas asjas vastu võetud kohtuotsused jne).

Eelnõu ja eelnõu seletuskirja alusel ei ole võimalik tuvastada, millised on hankija kohustused heastamise meetmete tõendite kvaliteedi osas ehk kas hankija on kohustatud heastamist hindama üksnes pakkuja poolt esitatud tõendite alusel või on hankijal ka endal täiendav uurimiskohustus ja hoolsuskohtus. Eelnõu § 96 sätestab kõrvaldamise aluste kontrollimise põhimõtted, mille alusel kohaldatakse kõrvaldamise aluste kontrollimisele eelnõu § 104 sätestatud korda, mis muuhulgas vastab direktiivi artiklis 60 toodule.

Eelnõu § 104 lg 7 kohaselt on hankijal õigus nõuda pakkujalt hankepassis esitatud kinnitustele vastavate dokumentide esitamist või esitatud dokumentide sisu selgitamist või selgitamist võimaldavate andmete või dokumentide esitamist või täiendamist. Käesoleva magistritöö autori hinnangul kuulub heastamise instituut hankemenetlusest kõrvaldamise etapi juurde, mistõttu tuleb ka heastamise tõendite osas lähtuda selgituste ja täpsustuste nõudmise regulatsioonist, mis kohaldub kõrvaldamise aluste etapi kohta üldiselt. Asjaolu, et kõrvaldamine on hankemenetluse mõistes eraldi etapp kinnitab eelnõu ülesehitus, mille kohaselt on kvalifitseerimine ja vastavaks tunnistamine etapid eelnõus eraldi jaotises ning, et iga etapi kohta on hankija kohustatud tegema eraldi otsuse ning eelnõu § 96 lg 5 kohaselt ei osale näiteks hankemenetlusest kõrvaldatud pakkuja edasises hankemenetluses. Heastamise osas peab hankija tegema otsuse samuti enne

¹⁴⁴ H. - J. Preiss – The rules on exclusion and self-cleaning Under the 2014 Public Procurement Directive. Public Procurement Law Review, 2014/3, lk 122.

¹⁴⁵ H.- J. Preiss (viide 144), lk 122.

kvalifitseerimise etappi liikumist, kuna ka heastamise läbinud pakkuja peab vastavama etapiviisilisuse loogikast tulenevalt vastama kvalifitseerimise tingimustele.

Eelnõus § 104 lg 7 ja § 46 lg 4 toodud dokumentide või andmete selgitamise põhimõtted ei ole võrreldes seni kehtinud RHS-i § 56 lg 3 sisuliselt muutunud ehk ka direktiivi¹⁴⁶ ja eelnõu kohaselt on lubatud üksnes esitatud andmete selgitamine või täpsustamine, mitte esitatud andmete muutmise või uute andmete esitamine. Riigikohus on 2013. aasta kohtuotsuses rõhutanud, et pakkuja kvalifitseerimata jätmise iga pisivea puhul ei ole proportsionaalne, eriti kui tegemist on inimliku eksimusega, kuid riigihankes osaleda soovivatelt ettevõtetelt on kohane nõuda kõrgendatud hoolsust.¹⁴⁷ Euroopa Kohus on samuti selgitanud, et pakkujatele ei tule võimalda täiendavate dokumentide esitamist, kui vastavate dokumentide puudumine ei ole pelgalt vormiline puudus ning direktiivis sätestatud võimalust küsida pakkujalt dokumentide ja tõendite kohta täpsustusi või selgitusi ei tuleks tõlgendada nii, et see võimaldab lubada pakkujal kõrvaldada mis tahes puudusi, mis peaksid kaasa tooma tema kõrvaldamise hankemenetlusest.¹⁴⁸ Samas on Euroopa Kohus 2013. aasta eelotsuses selgitanud, et võrdse kohtlemise põhimõttega ei saa vastuolus olevaks lugeda olukorda, kui hankija nõuab pärast hankemenetluses osalemise taotluste esitamise tähtaja möödumist mõnelt taotlejalt tema seisundit kirjeldavaid dokumente, mille puhul saab objektiivselt kontrollida, et need on varasemad kui taotluste esitamise tähtaeg, eeldusel et hankedokumendid ei näe dokumentide või andmete esitamise osas sõnaselgelt ette tingimust, et nende puudumise korral taotleja kõrvaldatakse hankemenetlusest. Sellise nõudega ei tohi nõude saanud taotlejat või taotlejaid alusetult kohelda teistest soodsamalt või ebasoodsamalt.¹⁴⁹ Eelotsuse resolutsioon ei muuda eelnevalt viidatud praktikat, kuna ka antud juhul olid taotlejad andnud tegelikult koos taotlusega veebilehe aadressid andmete kontrollimiseks, kuid mitte hankija poolt nõutud majandusaasta aruandeid ennast. Eelotsusega täpsustati, et vastavad andmed peavad ajaliselt eelnema taotluste esitamise tähtajale.

Käesoleva magistritöö autor on seisukohal, et heastamise instituudile toetumise korral on pakkujal kõrgendatud hoolsuskohustus ning pakkuja poolt esitatud tõendid peavad olema piisavad heastamise tõendamiseks ehk tõendamiseks ei piisa üksnes vastavast väitest või

¹⁴⁶ Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) artikkel 56 lg 3: Kui ettevõtja esitatav teave või dokumendid on või tunduvad olevat mittetäielikud või vigased või kui konkreetsed dokumendid on puudu, võib avaliku sektori hankija, kui käesoleva direktiivi rakendamiseks siseriiklikus õiguses ei ole sätestatud teisiti, nõuda asjaomaselt ettevõtjalt vastava teave või dokumentide esitamist, lisamist, selgitamist või täiendamist sobiva tähtaja jooksul, tingimusel et selline nõue esitatakse täielikus kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega.

¹⁴⁷ RKHK 3-3-1-24-13 punkt 15.

¹⁴⁸ EKo C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA v CEM Ambiente SpA*, p. 45-46.

¹⁴⁹ EKo C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser v Manova A/S*, p. 42.

kinnitusest ning hankijal ei ole kohustust iseseisvalt heastamise tõendeid koguda. Hankija hoolsuskohtus piirdub kõrvaldamise aluste kontrollimise analoogia alusel üksnes täpsustuste ja selgituste küsimisega juba esitatud dokumentide kohta või dokumentide kohta.

Hankijale täiendava uurimis- ja hoolsuskohtuse panemine tõendite tuvastamise osas ei oleks kooskõlas ka eelnõu § 3 toodud võrdse kohtlemise põhimõttega, kuna sellisel juhul tekitataks heastamise instituudile toetuvale pakkujale erisus üldisest selgituste küsimise loogikast ning täiendav uurimis- ja hoolsuskohtus pikendaks hankemenetluse läbi viimise aega, mis suurendaks hankija kulusid seoses hanke läbiviimisega.

Heastamise kontrollimise kohustuse osas on oluline tähelepanu pöörata ka asjaolule, et kõikide hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puhul ei ole heastamise suure tõenäosusega eelnõu § 97 alusel üldse võimalik, mistõttu ei saa hankijal olla ka kohustust hinnata nimetatud heastamise meetmete kohaldamist sisuliselt.

Eelnõu § 97 lg 1 ei sõnasta küll ühegi hankemenetlusest kõrvaldamise aluse osas heastamise lubatavuse erandit, kuid käesoleva magistritöö autori hinnangul ei ole olemuslikult võimalik kõiki hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid heastamise regulatsioonile allutada, näiteks pankrotis olemist. Eelnõu § 95 lg 4 p 3 kohaselt võib hankija hankemenetlusest kõrvaldada pakkuja, kes on pankrotis või likvideerimisel või kelle suhtes on algatatud pankroti- või likvideerimismenetlus. Nimetatud kõrvaldamise aluse puhul on tegemist olukorraga, kus pakkujal sisuliselt puudub võimalus tagada hankelepingu tulemuslikku täitmist, mistõttu ei ole võimalik seda tagada ka heastamise meetmete kaudu. S. Arrowsmith, H.-J. Preiß ja P. Friton toetavad nimetatud seisukohta märkides, et need kõrvaldamise alused, mis kirjeldavad pakkuja hetke olukorda, mitte möödunud olukorda, ei saa olla heastatavad¹⁵⁰ ehk sisuliselt peab olema kõrvaldamise aluseks olnud asjaolu möödunud, et pakkuja saaks võtta kasutusele meetmeid selle tagajärgede leevendamiseks ja korduvuse ära hoidmiseks. Pankroti olukord on aga pakkuja hetkeolukord, mida ei ole võimalik ajalisest olukorrast tulenevalt heastada, mistõttu ei ole hankijal võimalik nimetatud aluste suhtes heastamist sisuliselt kontrollida.

H.-J. Preiss on lisaks täiendavalt tähelepanu juhtinud ka nendele hankemenetlusest kõrvaldamise alustele, mis on selgelt seotud konkreetse hankemenetlusega¹⁵¹, näiteks eelnõu § 95 lg 3 p 6 toodud huvide konflikti olukord, mida ei ole võimalik muude vahenditega vältida

¹⁵⁰ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

¹⁵¹ H.-J. Preiss (viide 144), lk 122.

ning eelnõu § 95 lg 3 p 7 sätestatud pakkuja osalemine hankedokumentide koostamisel, mis annab pakkujale eelise, millest tingitud konkurentsi moonutamist ei ole võimalik muude vahenditega vältida. Preiss rõhutab, et nimetatud kõrvaldamise aluste puhul ei ole heastamine meetmete rakendamine võimalik, kuna nimetatud alused on seotud ainult konkreetse Hankemenetlusega ning need ei mõjuta järgmistel hanketel osalemist ehk eeltoodu toetab seisukohta, et heastamine on võimalik möödunud asjaolude suhtes, mitte nende asjaolude suhtes, mis vastavad pakkuja hetkeolukorrale. Heastamise meetmete rakendamise võimatust toetab ka nimetatud kõrvaldamise aluste sõnastus, mille kohaselt kuuluvad need rakendamisele juhul kui puuduvad alternatiivsed vahendid nendest tingitud tulemuste vältimiseks ehk juhul kui nende mõjusid on võimalik vältida muude vahenditega, siis ei kuulu pakkuja eeltoodud sätete alusel Hankemenetlusest kõrvaldamisele ning puudub vajadus ka heastamise institutsiooni rakendamiseks.

Lisaks eeltoodud erisustele heastamise meetmete hindamises tuleb tähelepanu pöörata ka eelnõu § 95 lg 1 p 4 ja § 95 lg 4 p 1 sätestatud maksuvõlgade esinemisele kui Hankemenetlusest kõrvaldamise alustele. Eelnõu § 97 lg 1 kohaselt on ka maksuvõlgade esinemine olukord, mida pakkuja saab heastada ning mida Hankijal on kohustus kontrollida, kuid samas on eelnõu § 95 lg 6 sätestatud maksuvõlgade tasumise eriregulatsioon järgnevalt: “Kui Hankija tuvastab mis tahes ajal Hankemenetluse käigus, et pakkujal või taotlejal esineb käesoleva paragrahvi lõike 1 punktis 4 või lõike 4 punktis 1 sätestatud alus, annab ta pakkujale või taotlejale vähemalt kolm tööpäeva maksuvõla tasumiseks või ajatamiseks. Hankija võib mõjuvatel põhjustel pakkujale või taotlejale antud tähtaega pikendada. Kui pakkuja või taotleja on Hankija antud tähtpäevaks maksuvõla tasunud või ajatanud, ei kõrvalda Hankija pakkujat või taotlejat Hankemenetlusest.” Eelnõu § 95 lg 1 p 6 ja § 97 lg 1 tulenevalt on pakkujal grammatilise tõlgenduse alusel sisuliselt kaks võimalust, kas likvideerida või ajatada oma maksuvõlg kui Hankemenetlusest kõrvaldamise alus eelnõu § 95 lg 6 alusel Hankija poolt antud tähtaja jooksul või võtta kasutusele heastamise meetodid eelnõu § 97 kohaselt.

Käesoleva magistritöö autor on seisukohal, et eelnõu § 95 lg 1 p 6 on sätestatud maksuvõlgade heastamise kohta eriregulatsioon, mis on oma olemuselt analoogiline kahju hüvitamisele või kahju hüvitamise kohustuse võtmisele kui heastamise meetmele eelnõu § 97 lg 1 tähenduses. Eelnõu § 95 lg 1 p 6 toodud regulatsioon toetub direktiivi artikli 57 lg 2, mille kohaselt ei kohaldata maksuvõlga kui Hankemenetlusest kõrvaldamise alust juhul kui pakkuja vastavad kohustused tasub või sõlmib siduva kokkuleppe maksude tasumiseks koos intresside ja viivistega ehk tegemist on kahju hüvitamise või hüvitamise kohustuse võtmisele analoogse

mehhanismiga. Samuti toetab maksuvõlgade osas heastamise eriregulatsiooni kehtestamist eelmises lõikes käsitletud seisukoht, mille kohaselt ei saa heastamine olemuslikult olla võimalik selliste kõrvaldamise aluste osas, mis kirjeldavad pakkuja hetke olukorda ehk olukord, kus rikkumine ei ole lõppenud (pakkuja ei saa leevendada rikkumise tagajärgi, mis ei ole lõppenud)¹⁵². Asjaolu, et maksuvõlgade osas ei peaks heastamine olema võimalik direktiivi artikli 57 lg 6 sätestatud regulatsiooni vaid artikli 57 lg 2 toodud eriregulatsiooni alusel, toetavad ka näiteks Ungari riigihangete seaduse artikli 64 lg 1, mille osas on seadusandja selgelt väljendanud, et heastamise instituut ei kohaldu maksuvõlgadest tingitud hankemenetlusest kõrvaldamise alusele¹⁵³ ja Euroopa nõukogu ettepanek riigihangete direktiivi välja töötamisel, kus nõukogu ei ole lugenud heastatavate objektide alla maksude tasumise kohustuse mittekohast täitmist¹⁵⁴.

Maksuvõlgade heastamise eriregulatsioon ei eelda hankijalt heastamise institutsioonile omase menetluse läbimist ehk hankija järgib nimetatud erimenetluse alusel sisuliselt kuni 2014. aasta direktiivini kehtinud korda¹⁵⁵ maksuvõlgade kui hankemenetlusest kõrvaldamise aluste kontrollimiseks. Eelnõu § 95 lg 6 toodud erimenetluse puhul on hankija kohustatud kontrollima maksuvõlgade tasumist või ajatamist maksuhalduri tõendi alusel, mitte teostama heastamise meetmete hindamist.¹⁵⁶

Eeltoodust nähtub, et hankija kohustuste ulatus eelnõus toodud heastamise regulatsiooni osas on ebaselge ning tekitab hankijale halduskoormust osades, mida seadusandja peaks lahendama heastamise menetluslike tingimuste seadmisega. Direktiivi artiklis 57 ja preambuli punktis 102 toodud sõnastus toetab liikmesriikide poolt täpsustatud menetluslike ja tehniliste tingimuste välja töötamist, mis annab nii pakkujale kui ka hankijale selgemad juhised heastamise institutsiooni kasutamiseks. Nimetatud juhisteks võivad olla näiteks heastamisele kuuluvate hankemenetlusest kõrvaldamise aluste koosseisu täpsustamine, heastamise rakendamise ulatuse täpsustamine eeldatava maksumuse põhiseelt ning tõendite esitamise ulatuse ja aja täpsustamine.

¹⁵² S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

¹⁵³ Act CXLIII of 2015 on Public Procurement, arvutivõrgus: http://kozbeszerzes.hu/data/documents/2017/02/22/PPA_01_02_2017_EN_final.pdf (28.03.2017).

¹⁵⁴ The Council of European Union - Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (16190/12), arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16190-2012-INIT/en/pdf> (01.04.2017).

¹⁵⁵ Riigihangete seadus (RT I 2007, 15, 76 ... RT I, 25.10.2016, 20) § 38 lg 1 p 4 kohaselt ei loeta kõrvaldamise aluseks maksuvõlga, mis on ajatatud kuni kuue pikkuseks perioodiks või juhul kui maksuvõla ajatamine on tagatud. Nimetatud asjaolusid kontrollitakse § 38 lg 3 p 2 kohaselt maksuhalduri tõendi alusel.

¹⁵⁶ Riigihangete seaduse eelnõu 240 SE (viide 7), § 96 lg 2 p 2 kohaselt võib hankija nõuda pakkujalt tema asukohariigi pädeva ametiasutuse tõendit maksuvõlgadega seotud kõrvaldamise aluste puudumise kohta.

2.1.1. Heastamise aeg

Heastamise instituut on ülesse ehitatud ideele, et pakkuja, kes on oma rikkumisest aru saanud, leevendanud rikkumise tagajärgi ning võtnud kasutusele meetmed edasiste rikkumiste ära hoidmiseks, on oma usaldusväarsuse taastanud¹⁵⁷. Pakkuja reaalne kahetsus peaks tagama pakkujal võimaluse osaleda hankemenetlustes sõltumata varasematest rikkumistest, mistõttu peab hankija heastamise meetmete hindamisel lisaks heastamise meetmete piisavusele (meetmed peavad olema rikkumisega võrreldes piisavalt põhjalikud) tuvastama ka pakkuja heastamise soovi usutavuse¹⁵⁸.

Pakkuja reaalse kahetsuse eeldust heastamiseks toetab ka eelnõu seletuskiri märkides, et heastamise meetmete tõendamine peab toimuma selliselt, mis näitab pakkuja vabatahtlikku aktiivsust ja tahet oma usaldusväarsus taastada ehk lubatud ei peaks olema olukord, kus pakkuja hakkab heastamise meetmeid rakendama üksnes pärast pakkuja suhtes hankemenetlusest kõrvaldamise otsuse tegemist.¹⁵⁹ Pakkuja heastamise soovi usutavuse ja reaalse tahte tuvastamiseks on magistr töö autori hinnangul määrava tähtsusega heastamise meetmete realiseerimise ja hankijale heastamise tõendite esitamise aeg ehk kas pakkuja võtab heastamise meetmeid kasutusele konkreetsest hankemenetlusest sõltumata või üksnes hankemenetluses osalemise eesmärgil.

Eelnõu § 97 lg 1 kohaselt peab pakkuja koos taotluse või pakkumusega või väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse raames esitama tõendid selle kohta, et ta on võtnud meetmeid oma usaldusväarsuse taastamiseks. Eelnõu sõnastus on ebamäärane heastamise meetmete rakendamise ja tõendite esitamise aja osas, kuna selgelt ei ole reguleeritud, kas heastamise meetmed peavad olema eelnõus viidatud hetkeks realiseeritud (heastamise meetmete rakendamine on lõpule viidud) või piisab üksnes heastamise alustamisest. Eelnõu seletuskirja kohaselt peab heastamine olema toimunud või meetmete võtmine peab olema alanud enne pakkumuste või taotluste esitamist ehk heastamine ei pea olema lõpuni viidud. Samas ütleb eelnõu seletuskirja järgmine lause, et välistada tuleb võimalus, kus pakkuja alustab meetmete võtmisega pärast pakkumuste või taotluste esitamise tähtaega, argumenteerides, et tal on õigus selliseid tõendeid ka hankemenetluse jooksul esitada ning siiski hankemenetluses edasi osaleda

¹⁵⁷ Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) artikli 57 lg 6.

¹⁵⁸ E. Hjelmeng, T. Soreide (viide 49), lk 4.

¹⁵⁹ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE seletuskiri (viide 86), lk 98.

vaatamata kõrvaldamise aluste olemasolule, mille tagajärjel võib hankemenetlus venida.¹⁶⁰ Eelnõu seletuskirja sõnastuse järgselt soovib seadusandja ühest küljest võimaldada heastamise meetmete laiemat rakendamist, mille kohaselt ei pea heastamine olema lõpuni viidud, kuid teisest küljest ei soovi seadusandja heastamise tagajärjel lubada hankemenetluste venimist.

Heastamise meetmete rakendamise aja küsimust ei lahenda selgelt ka direktiivi artikli 57 lg 6 sõnastus, mis sätestab, et heastamiseks protseduuri kasutamiseks esitab pakkuja tõendid selle kohta, et tema poolt vastu võetud meetmed on piisavad tõendamaks tema usaldusväärset ning tõendite piisavuse korral ei ole kõrvaldata pakkujat hankemenetlusest.¹⁶¹ S. de Mars on asunud seisukohale, et kuna direktiiv võimaldab heastamise meetmena kasutada kahju hüvitamise kohustuse võtmist (mitte lõplikku tasumist), siis järjekult ei pea meetmete võtmine olema lõppenud, vaid tegemist võib olla pooleli oleva protsessiga.¹⁶² Magistritöö autor toetab aga magistritöö eelmises alapeatükis esitletud S. Arrowsmith, H.-J. Preiß ja P. Friton seisukohta, et heastamine saab toimuda üksnes möödunud asjaolude kohta¹⁶³ ning magistritöö autori hinnangul ei ole omavahel vastuolus heastamise meetmete rakendamise täielikkuse nõue ja kahju hüvitamise kohustuse võtmise meetme olemus. Sarnaselt maksuvõlgade ajatamisele, on võimalik ka heastamist hinnata võetud kohustuse alusel, kuna edasiste rikkumiste ära hoidmiseks toimub heastamine üldjuhul erinevate meetmete kombinatsioonis.

Heastamise tõendite esitamise hetke ja heastamise meetmete rakendamise aja määratlemine on käesoleva töö autori hinnangul oluline kolmel (omavahel seotud) põhjusel:

1. pakkuja heastamise soovi usutavuse tagamiseks;
2. hankemenetluse etapiviisilisuse tagamiseks;
3. hankemenetluse eesmärgi tagamiseks (hankemenetluse tähtaegseks realiseerimiseks).

Direktiivis ja eelnõus toodud heastamise meetmed on käesoleva magistritöö autori hinnangul analoogsed karistusõiguses karistuse määramisel kasutatavate karistust kergendavate asjaoludega, mida on analüüsitud magistritöö esimeses peatükis heastamise meetmete kirjelduse osana. Karistust kergendavate asjaolude rakendamise osas on Riigikohus rõhutanud, et karistust kergendavate asjaolude all on silmas peetud süüdlase sellist käitumist, mis annab

¹⁶⁰ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE seletuskiri (viide 86), lk 98.

¹⁶¹ Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) preambuli punkti 102 kohaselt on täpsete menetluslike reeglite välja töötamise kohustus liikmesriigil.

¹⁶² S. de Mars – Exclusion and self-cleaning in Article 57: discretion at the expense of clarity and trade?. Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules, Edward Edgar Publishing Limited, 2016, lk. 259.

¹⁶³ S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

alust järeldada, et ta on oma teo või tegevusetuse ohtlikkusest ja ühiskonnastastest tagajärgedest aru saanud ning püüab realselt tagajärgi leevendada¹⁶⁴ ehk karistuse kergendamise aluseks ei saa olla süüdlase selline tegevus, mida süüdlane teeb üksnes oma karistuse vähendamiseks ilma oma tegevust realselt kahetsemata. Eeltoodud seisukoht toetab heastamise meetmete usutavuse küsimust ehk heastamise institutsiooni eesmärgiga ei ole kooskõlas olukord, kus pakkuja võtab meetmed kasutusele üksnes selleks, et tagada konkreetsel hankel osalemise võimalus.

Pakkuja tegevuse usutavust on kõige selgemalt võimalik tagada heastamise meetmete rakendamise aja reguleerimisega ehk juhul kui heastamine peab olema alanud enne hankemenetluse algust ning see peab olema lõpule viidud pakkumuste või taotluste esitamise tähtajaks, siis ei saa heastamise meetmete võtmine olla olemuslikult seotud konkreetsel hankel osalemise sooviga, vaid pakkuja on ise oma tegevuse korrigeerimise vajadust näinud hankemenetlusest sõltumata.

Olukorras, kus hankija peab heastamise meetmete hindamisel arvesse võtma ka pakkuja taht, on hankijal väga keeruline ilma heastamise meetmete rakendamise aja selge regulatsioonita tuvastada pakkuja tahte usutavust ning seda viisil, mis võimaldab tagada hankemenetluse etapiviisilise ja tähtaegse realiseerimise.

Hankemenetlused on oma olemuselt etapiviisilised menetlused, mis jagunevad järgmisteks üksteisele järgnevateks etappideks: hankemenetlusest kõrvaldamine, kvalifitseerimine, pakkumuse vastavaks tunnistamine ja pakkumuse edukaks tunnistamine¹⁶⁵. Heastamine kuulub hankemenetlusest kõrvaldamise etappi¹⁶⁶ ehk hankijal ei ole võimalik enne heastamise meetmete hindamist teha hankemenetluses etapiliselt järgmist otsust enne kõrvaldamise aluste kontrollimist (ajaline erinevus esineb pöördmenetluse puhul, kuid ka nimetatud juhul tuleb hankijal teostada kõrvaldamise aluste kontroll¹⁶⁷).

Eelnõu § 97 lg 1 sõnastuse kohaselt peab pakkuja heastamise tõendid esitama koos taotluse või pakkumusega või väljakuulutamisetähtaegse läbirääkimistega hankemenetluse puhul hankemenetluse

¹⁶⁴ RKKKo 3-1-1-23-96.

¹⁶⁵ A. Teelahk – Riigihangete vaidlustamine vaidlustuskomisjonis: menetlus ja praktika (2008-2011), Tartu Ülikool, Magistritöö, lk 32.

¹⁶⁶ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 97 sätestatud heastamise regulatsioon kuulub eelnõus pakkuja ja taotleja kõrvaldamise jaotisesse ning vastavalt eelnõu § 96 lg 5 kohaselt ei osale hankemenetlusest kõrvaldatud pakkuja edasises hankemenetluses.

¹⁶⁷ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 52 lg 3 kohaselt peab hankija tagama, et hankelepingut ei sõlmita isikuga, kes oleks tulnud hankemenetlusest kõrvaldada eelnõu § 95 lg 1 alusel.

jooksul. Eeltoodu alusel jääb arusaamatuks, miks on väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse osas on sätestatud erand. Erandi rakendamise vajadust ei selgita ka eelnõu seletuskiri.

Olukorras, kus heastamise tõendid võib esitada terve hankemenetluse perioodi jooksul, ei saa hankija jaoks hankemenetlusest kõrvaldamise etapp läbi olla enne kui edukaks tunnistatud pakkujaga on sõlmitud hankeleping ehk hankemenetlus on lõppenud. Ka väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse puhul ei või hankija sõlmida hankelepingut pakkujaga, kellel esinevad hankemenetlusest kõrvaldamise alused, mistõttu on arusaamatu, miks pannakse hankija eelnõuga olukorda, kus menetluslikult võib hankija jõuda menetluse lõppu ja siis teavitab pakkuja hankijat enda hankemenetlusest kõrvaldamise alustest ja heastamise soovist. Isegi juhul kui pakkuja on esialgu kõrvaldamise etapis hankemenetlusest kõrvaldatud, kuna tal ei ole olnud võimalik esitada heastamise tõendeid koos pakkumuse või taotlusega heastamise tõendeid, kuid tal on võimalik seda teha mõnes hilisemas hankemenetluse etapis, siis peaks hankija minema vastavate tõendite hindamisel tagasi kõrvaldamise etappi, et vajadusel muuta eeltoodud etapis vastu võetud otsuseid. Eeltoodud lahendus on hankijale väga koormav, kuna hankija peab oma otsuseid tegema korduvalt ehk hankijal ei ole võimalik järgida menetluse etapiviisilisust ning see mõjutab oluliselt hankemenetluse läbi viimise aega.

Heastamise regulatsiooni rakendamise osas on oluline ka pakkujate poolt heastamise meetmete rakendamise aja määratlus ehk milliseks hetkeks peavad heastamise meetmed olema pakkuja poolt rakendatud. Kas meetmete rakendamine peab olema hankemenetluse alguseks lõppenud või võib rakendamine toimuda ka veel hankemenetluse jooksul? On ilmne, et heastamise meetmed peavad olema kontrollitavad, kuid direktiivi sõnastusest ei ole võimalik üheselt tuvastada, kas meetmed peavad olema täies ulatuses rakendatud, mille kohta esitatud tõendid kajastavad meetmete rakendamise tulemusi või piisab üksnes meetmete rakendamise alustamise faktist. Eelnõu seletuskirja kohaselt piisab ka heastamise meetmete võtmisega alustamisest. Käesoleva magistritöö autori hinnangul ei saa direktiivis toodud kõrvaldamise aluste ja heastamise eesmärgiga olla kooskõlas olukord, kus pakkuja esitab kinnituse kõrvaldamise aluste heastamise plaani kohta, kuid usaldusväärse taastamise sisulist kontrolli teostada ei ole võimalik. Direktiivi artikli 57 lg 6 ja eelnõu § 97 lg 2 kohaselt peavad meetmed ja tõendid olema piisavad usaldusväärse tõendamiseks ehk hankijal peab olema võimalik esitatud tõendite ja nendes kajastatud meetmete alusel olema võimalik tuvastada pakkuja usaldusväärsus, mis on aga keeruline juhul, kui meetmete võtmine võib olla ka alanud, kuid ei pea olema lõpetatud.

Võttes arvesse, et direktiivi artikli 57 lg 6 sõnastuse kohaselt peab hankija arvesse võtma süüteo raskust ja konkreetseid asjaolusid ning hindama pakkuja poolt võetud meetmete piisavust pakkuja usaldusväarsuse taastamiseks (sealhulgas edasiste kuritegude ära hoidmiseks), siis ei saa magistritöö autori hinnangul meetmeid sisuliselt hinnata enne, kui nende meetmete võtmine on lõpetatud ning on võimalik hinnata nende tulemuslikkust. Ainuüksi meetmete rakendamise faktiline kontroll ei saa tagada pakkuja usaldusväarsuse tõestamist, kuna sellisel juhul ei võeta arvesse süüteo asjaolusid ning ei hinnata, kas näiteks kasutusele võetud sisekontrolli süsteemid tagavad vastava rikkumise edaspidise kordumatuse.

Juhul kui meetmete võtmine ei pea pakkuja poolt olema heastamise tõendite esitamise hetkeks lõpule viidud (võib olla üksnes alustanud meetmete võtmist), siis tekib hankijal kohustus oodata hankemenetlusega seni, kuni pakkuja on meetmed realiseerinud. Vastasel juhul ei ole hankijal võimalik meetmete piisavust ja vastavust rikkumisele hinnata. Hankemenetluse peatamine ettenägematuks ajaperioodiks ei saa aga olla kooskõlas riigihangete korraldamise üldpõhimõtetega. Ühe pakkuja poolt heastamise lõpetamiseks hankemenetluse peatamine ei ole, käesoleva magistritöö autori hinnangul, proportsionaalne hanke eesmärgi mitte saavutamise või näiteks rahastamise kaotamise suhtes. Heastamise institutsioon ja proportsionaalsuse põhimõte on küll omavahel tihedalt seotud, kuid see ei tähenda, et heastamise võimalus peaks olema ülimuslik hankemenetluse eesmärgi saavutamise osas. Nimetatud probleemi on oma magistritöös tõstatanud ka K. Teder, kes märgib, et kõrvaldamise aluste eesmärgi saavutamine läbi heastamise protsessi ei tohi minna vastuollu riigihangete korraldamise üldpõhimõtetega, nagu näiteks hankija vahendite otstarbekas ja säästlik kasutamine. Eeltoodud põhimõtete järgimine võib olla ohus olukorras, kus hankijad kaotavad heastamise protsessi venimise tõttu hankelepingu realiseerimiseks ette nähtud rahastuse või juhul kui hankija peab hankemenetlust kordama kui pakkujad ei ole nõus pakkumuste jõusoleku tähtaegu pikendama.¹⁶⁸

Hankemenetluse efektiivseks ja tulemuslikuks läbi viimiseks tuleks käesoleva magistritöö autori hinnangul heastamise regulatsiooni täpsustada ajaliste määratlustega, mille kohaselt tuleb heastamise meetmete võtmise tõendid esitada koos taotluse või pakkumusega ning meetmete võtmine peab olema vastavaks hetkeks lõpule viidud. Ainult eeltoodud lahenduse alusel on võimalik hankijal efektiivselt täita oma kohustusi pakkuja tahte usutavuse ning heastamise meetmete piisavuse hindamise osas, tagades seejuures hankemenetluse

¹⁶⁸ K. Teder (viide 13), lk 38.

etapiviisilisuse ja tähtaegse menetluse. Nimetatud lahenduse on valinud ka näiteks Ungari seadusandja sätestades, et heastamise meetmed peavad olema võetud enne pakkumuste või taotluste esitamist.¹⁶⁹

2.1.2. Rikkumise asjaolude tuvastamine ja poolte tõendamiskoormis

Direktiivi artikli 57 lg 6 ja eelnõu § 97 lg 2 kohaselt peab hankija hindama heastamise meetmete piisavust rikkumisega kaotatud pakkuja usaldusväarsuse taastamiseks ehk hankijale peavad heastamise meetmete piisavuse hindamiseks teatavaks saama rikkumisega seotud asjaolud, mille vastu meetmete piisavust hinnata.

Direktiivi artikli 57 lg 6 täpsustab, et heastamise meetmete hindamisel tuleb arvesse võtta süüteo raskust ning süüteo konkreetseid asjaolusid ning heastamise otsuse kohta saadetakse pakkujale sellekohane põhjendus. Direktiivi nimetatud säte ja eelnõu § 97 lg 2 ei võimalda hankija poolt heastamise hindamist üksnes faktiliselt, vaid hindamise põhjal peab kujunema hankija diskretsiooniotsus¹⁷⁰. Diskretsiooniotsuses peab hankija ära põhjendama, kas pakkuja poolt võetud meetmed vastavad rikkumisele ja selle raskusele ning kas võetud meetmed on hankija hinnangul olnud piisavad usaldusväarsuse taastamiseks. Seejuures tuleb silmas pidada, et direktiiv ja eelnõu ei sätesta ja ei saagi sätestada, millised meetmed on piisavad rikkumise heastamiseks, vaid seda tuleb hinnata juhtumi põhiselt¹⁷¹, mistõttu on hankijal rikkumisega seotud informatsiooni olemasolu ning selle koosseis määrava tähtsusega.

Nimetatud informatsiooniks on käesoleva magistritöö autori hinnangul eelkõige rikkumise koosseis ehk hankemenetlusest kõrvaldamise alus, rikkumise asjaolud (kergendavad ja raskendavad), rikkumise toime pannud isiku/isikute koosseis (kõrvaldamise alused kohalduvad ka pakkuja teatud töötajate kohta¹⁷²) ja rikkumise toimepanemise või aluse esinemise aeg või kohtuotsuse jõustumise aeg (kõrvaldamine on lubatud ainult teatud aja jooksul rikkumise toimepanemisest või vastava kohtuotsuse jõustumisest¹⁷³).

¹⁶⁹ Act CXLIII of 2015 on Public Procurement, artikli 64 lg 1. Arvutivõrgus: http://kozbeszerzes.hu/data/documents/2017/02/22/PPA_01_02_2017_EN_final.pdf (28.03.2017).

¹⁷⁰ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 97 lg 2 kohaselt teeb hankija heastamise kohta põhjendatud kirjaliku otsuse.

¹⁷¹ S. Smith. Byte Size Procurement Updates – The Selection Questionnaire ("SQ") Byte 7 – Self-cleaning. Arvutivõrgus: <https://www.bevanbrittan.com/insights/articles/2017/byte-size-procurement-updates-the-selection-questionnaire-sq-byte-7-self-cleaning/> (08.04.2017)

¹⁷² Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 95 lg 1 ja lg 4 sätestavad teatud rikkumise puhul kõrvaldamise aluse ka juhul kui rikkumise on toime pannud pakkuja haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liige või muu seaduslik esindaja.

¹⁷³ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 95 lg 2 kohaselt on kohustuslike kõrvaldamise aluste maksimaalne kehtivusaeg 5 aastat ning § 95 lg 5 kohaselt vabatahtlike kõrvaldamise aluste puhul 3 aastat.

Hankija uurimiskohustus rikkumise ajaolude tuvastamisel seisneb esitatud tõendite kontrollimises, esitatud tõendite kohta selgituste ja täpsustuste küsimises ja asjaolude kontrollimises avalike andmebaaside alusel¹⁷⁴, kuid hankijal puudub iseseisev uurimiskohustus pakkuja poolt esitamata jäetud asjaolude tuvastamiseks ulatuses, mis väljub eelnõu § 104 lg 7 piiridest. Riigikohus on kohtuasjas 3-3-1-24-13 märkinud, et kuigi riigihankemenetlus sisaldab ka formaalseid elemente, siis ei tähenda see, et dokumendi esitamata jätmise tooks kaasa automaatse kvalifitseerimata¹⁷⁵ jätmise, kuid sellegi poolest ei tohi hankemenetluse läbiviimine, sh pakkuja kvalifikatsiooni kontrollimine andmete ja tõendite kogumise tõttu, muutuda võimatuks või ebamõistlikult keeruliseks. Hankija kaalutusõigus täiendavate dokumentide, andmete või selgituste nõudmisel ei tähenda õigust otsustada täiendavate dokumentide esitamise nõude üle meelevaldselt, hankijal peab selleks olema kaalukas põhjus. Sõltumata eeltoodust ei pea hankija pakkujale andma võimalust dokumentide esitamiseks siis kui pakkuja on need esitamata jätnud teadlikult. Riigikohus on rõhutanud, et hankija ei pea oletama, kas pakkujal on lisaks esitatud dokumentidele veel dokumente ja andmeid, vaid täiendavate dokumentide esitamise võimalus tuleb anda siis kui need on ebaselged või ebapiisavad või kui on ilmne, et pakkuja on teinud dokumentide vormistamisel inimliku vea.¹⁷⁶ Tulenevalt eelnevast piirduvad hankija kohustused rikkumise asjaolude tuvastamisel eelkõige pakkuja poolt esitatud andmete kontrolliga (pakkuja poolt asjaolude selgitamise meetme rakendamisega) ning seejärel nende kõrvutamise ja pakkuja poolt võetud meetmetega. Hankija ei pea otsuse tegemiseks asuma ise andmeid otsima.

Heastamise tõendite koosseisu ei ole eelnõus ja direktiivis reguleeritud, mistõttu on pakkujad oma tõendite koosseisu valikul vabad. Heastamise edukaks ja ajaliselt efektiivsemaks realiseerimiseks tuleks käesoleva magistritöö autori hinnangul lähtuda heastamise objektide olemusest ja nende kohta eelnevate menetluste käigus tekkinud ametlikest materjalidest. Rikkumiste ehk heastamise objektide puhul on tegemist hankemenetlusest kõrvaldamise alustega, mille osas on jõustunud kohtuotsus ehk nad vastavad kindlale süüte koosseisule¹⁷⁷ või need on tuvastatud hankija poolt teiste dokumentide või andmete alusel¹⁷⁸. Kohustuslike hankemenetlusest kõrvaldamise aluste rakendamise eelduseks on üldjuhul jõustunud

¹⁷⁴ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 104 lg 7 ja lg 11.

¹⁷⁵ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 104 lg 7 ja lg 11 on oma hankija kohustuste osas samaväärsed RHS (viide 11) § 39 lg 4.

¹⁷⁶ RKHK 3-3-1-24-13, p 19-22.

¹⁷⁷ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 95 lg 1 nimetatud rikkumised vastavad kindlale süüte koosseisule.

¹⁷⁸ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 95 lg 4 nimetatud vabatahtlikud kõrvaldamise alused.

kohtuotsus¹⁷⁹, mis sisaldab rikkumise faktilisi asjaolusid, rikkumisega seotud isikute andmeid, rikkumise toime panemise aega, kohtu kaalutlusi karistuse määramiseks (kergendavaid ja raskendavaid asjaolusid) ehk kontrollitud informatsiooni, mida hankija vajab heastamise meetmete piisavuse hindamiseks. Magistritöö autori hinnangul on kohtuotsuses sisalduvad andmed usaldatavad ehk otsuses toodud andmete osas ei saa hankijal tekkida esitatud tõendite kvaliteedi küsimust heastamise regulatsiooni rakendamiseks. Eeltoodud andmete esitamine on pakkujale lihtne ning saab olla üheks osaks asjaolude selgitamise meetmest.

Problemaatilisemad on aga need hankemenetlusest kõrvaldamise alused kui heastamise objektid, mille eelduseks ei ole jõustunud kohtuotsus (näiteks ametialaste käitumisreeglite rikkumine¹⁸⁰, hankelepingute varasem rikkumine jne¹⁸¹). Nimetatud rikkumiste asjaolude tuvastamine saab toimuda pakkuja poolt esitatud informatsiooni alusel, mistõttu on antud asjaolude õigsus ja täielikkus küsitav. Vältimaks tõendite ebapiisavust, küsitavat väärtust ja suurt ajakulu asjaolude selgitamiseks, peab pakkuja tegema hankijaga koostööd asjaolude selgitamiseks. S. Arrowsmith, H.-J. Preiß ja P. Friton on rikkumisega seotud asjaolude tuvastamise sidunud eelmises peatükis käsitletud “koostöö uurimisasutustega ja asjaolude põhjalik selgitamine” heastamise meetmega. Eeltoodud märgivad, et heastamise realiseerimiseks on pakkuja kohustatud hankijat assisteerima faktiliste asjaolude tuvastamisel, sealhulgas kõikide seotud isikute tuvastamisel ning seda põhjalikult ja võimalikult kiiresti. Nimetatud kohustuste mittetäitmine kirjeldab pakkuja usaldusvärsust ning pakkuja, kes ei püüa reaalset faktilisi asjaolusid hankijale selgitada ei saa oma usaldusvärsust taastada.¹⁸² Käesoleva magistritöö autor on seisukohal, et nimetatud koostöö hankijaga on asjaolude selgitamiseks vajalik, kuid selline lahendus ei peaks toimuma üksnes pärast tõendite esitamist, vaid pakkuja, kes on oma kõrvaldamise alustest ja heastamise soovist teadlik peaks tegema vastavat koostööd hankijaga esimesel võimalusel. Pakkuja võib hankijalt näiteks küsida täpsustavat informatsiooni, millises formaadis või milliseid andmeid hankija rikkumise asjaolude kohta teada soovib saada. Samuti tuleks kaaluda rikkumise asjaolude selgitamisse kannatanu (juhul kui kannatanu eksisteerib) kaasamist, et tagada pakkuja poolt esitatud andmete suurem usaldusvärsus.

Kuigi rikkumise faktiliste asjaolude tõendamise koormus on eelnõu § 97 lg 1 ja direktiivi artikli 57 lg 6 alusel pandud pakkujale, on siiski hankija kohustuseks hinnata, kas vastavad tõendid on

¹⁷⁹ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 95 lg 1 p 1-3.

¹⁸⁰ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 95 lg 4 p 4.

¹⁸¹ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 95 lg 4 p 8.

¹⁸² S. Arrowsmith, H.-J. Preiß, P. Friton (viide 39).

hankija otsuse tegemiseks piisavad ning kas pakkuja peab esitatud tõendeid selgitama või täpsustama. Kuivõrd heastamise puhul ei ole esitatavate tõendite nimekiri hankija poolt ette antud, siis seda olulisem on hankija ja pakkuja koostöö asjaolude selgitamiseks (jäädes seejuures lubatud täpsustuste piiridesse). Eeltoodud koostöö seisukohta toetab magistritöö autori hinnangul ka Riigikohtu lahend kohtuasjas 3-3-1-24-13, mille kohaselt peab hankija andma pakkujale võimaluse täiendavate dokumentide, andmete ja selgituste esitamiseks leides samal ajal tasakaalu võrdse kohtlemise ja hankemenetluse efektiivsuse vahel (hankemenetluse raames ei saa kõrvaldamise etapp muutuda täiendavate järelepäringute tulemusena ebamõistlikult keeruliseks)¹⁸³.

Praktikas omab heastamise tõendite koosseis olulist rolli hankija kohustuste täitmiseks, kuna vastavalt eelnõu § 97 läheb pärast pakkuja poolt tõendite esitamist tõendamiskoormis üle hankijale ehk juhul kui hankija teeb pakkuja suhtes hankemenetlusest kõrvaldamise otsuse (tunnistab heastamise meetmed ebapiisavaks), siis on hankija kohustatud tõendama, et tema poolt tehtud otsus on õige¹⁸⁴. Olukorras, kus hankija esimeseks huviks on hankemenetluse tulemusena jõuda hankelepinguni, mitte pidada vaidlusi, võid paratamatult tekkida olukord, kus hankijal on lihtsam teha heastamise otsus formaalsetel alusel ehk üksnes kontrollides heastamise meetmete võtmist, mitte nende sisulist vastavust rikkumisele, mis on aga vastuolus eelnõu § 97 lg 2 ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttega. Kõrvaldamise alustega pakkujal peaks olema hankemenetluses osalemise võimalus üksnes juhul kui tema poolt võetud meetmed on tulemuslikud.

Heastamise instituudi rakendamiseks on rikkumise asjaolude tuvastamine kohustuslik kõikide heastamise juhtumite puhul, mistõttu on käesoleva magistritöö autori hinnangul otstarbekas määratleda seaduse tasemel dokumendid ja asjaolud, mida pakkuja rikkumise kohta esitama peab ning see võib olla seotud asjaolude selgitamise kui kohustusliku heastamise meetmega. Eeltoodud lähenemine vähendaks hankijate töökoormust ning vaidlusi vajalike dokumentide koosseisu osas. Nimetatud dokumentideks võiksid magistritöö autori hinnangul olla näiteks rikkumise kohta jõustunud kohtuotsus¹⁸⁵, ametiasutuse või kohtuvälise menetleja otsus või määrus ja pakkuja seletuskiri rikkumise toime panemise kohta koos rikkumise toime panemise aja ja koha, seotud isikute nimekirja, kannatanute nimekirja ja andmed tekitatud kahju kohta. Dokumentide täpsustatud nimekirja sätestamise võimalust on näiteks kasutanud Taanis, kus on

¹⁸³ RKHK 3-3-1-24-13, p. 19.

¹⁸⁴ RKHK 3-3-1-24-13, p. 27.

¹⁸⁵ Kohtuotsuse esitamise nõue on kehtestatud ka Ungari riigihangete seaduse artikli 64 lg 2, arvutivõrgus: http://kozbeszerzes.hu/data/documents/2017/02/22/PPA_01_02_2017_EN_final.pdf (28.03.2017).

riigihangete seaduse § 138 lg 3 sätestatud andmed, mida pakkuja poolt esitatud dokumendid sisaldama peavad¹⁸⁶ (näiteks andmed rikkumise omaks võtmise ja kahju kohta). Käesoleva magistritöö autor mõnab, et nimetatud andmed on Taani regulatsioonis lähedalt seotud heastamise meetmete endaga, kuid tegemist ei ole meetmete näidisloeteluga, mille osas pakkujal oleks andmete esitamise valiku võimalus.

Selleks, et hankija saaks hakata hindama pakkuja poolt võetud meetmete piisavust rikkumise tagajärjel kaotatud usaldusväarsuse taastamiseks, peab hankija aru saama toime pandud rikkumise koosseisust ning sellega seotud asjaoludest, kuna vastasel juhul ei ole hankijal võimalik täita direktiivi artikli 57 lg 6 toodud nõuet süüteo raskuse ja konkreetsete asjaolude arvesse võtmiseks heastamise meetmete hindamisel ning hankijal ei ole objektiivselt võimalik hinnata meetmete vastavust rikkumise olemusele.

Rikkumise asjaolude hindamisel on eelnõu ja direktiivi sõnastuste kohaselt ebaselge, millise riigi õiguse kohaselt hankija rikkumise asjaolusid arvestama peab ehk kas näiteks kergendavate ja raskendavate asjaolude arvestamisel võib Eesti hankija lähtuda karistusseadustikus¹⁸⁷ toodust või tuleb rikkumise asjaolusid hinnata rikkumise toime panemise asukohamaa põhiselt. Seejuures tuleb arvesse võtta, et rikkumised ei ole piiratud Euroopa Liiduga, vaid hankemenetlusest kõrvaldamise aluseks saab olla ka rikkumine, mis on toime pandud väljaspool Euroopa Liitu. Näiteks eelmises peatükis viidatud Siemensi kaasuse puhul oli Saksamaa Liitvabariigis registreeritud ettevõtja juhtivtöötajad andnud altkäemaksu Argentiina ametisikutele, kelle suhtes on jõustunud kohtuotsuse teinud USA kohus¹⁸⁸. Asja lahendamine on kuulunud USA kohtu jurisdiktsiooni alla, kuna altkäemaksu andmise koht oli USA. Kui nimetatud kehtiva kohtuotsusega pakkuja soovib osaleda Eesti hankija poolt korraldatud riigihankel ning selle raames tõendada oma usaldusväarsust läbi heastamise, siis on küsitav, millise riigi õigusega peab hankija rikkumise osas arvestama.

Käesoleva magistritöö autori hinnangul ei ole hankijal võimalik hakata pakkuja rikkumist hindama siseriikliku õiguse alusel, kuna see tähendaks sisuliselt uue kohtuprotsessi läbi viimist,

¹⁸⁶ Danish Public Procurement Act No. 1564 (15.12.2015), arvutivõrgus: <https://www.kfst.dk/~media/KFST/Offentlig%20konkurrence/The%20Public%20Procurement%20Act/The%20Public%20Procurement%20Act.pdf> (06.04.2017).

¹⁸⁷ Karistusseadustik (RT I 2001, 61, 364 ... RT I, 31.12.2016, 14).

¹⁸⁸ United States District Court, Southern District of New York, kaebus nr 11-CIV-9073, 19.12.2011, punktid 1-3. Arvutivõrgus: http://www.ethic-intelligence.com/wp-content/uploads/2014_february_siemens_executives.pdf (25.03.2017). Final Judgement of the United States District Court, Southern District of New York, 11-CIV-9073. Arvutivõrgus: http://www.ethic-intelligence.com/wp-content/uploads/2014_03_02_scheidlin_judgement.pdf (25.03.2017).

et hinnata rikkumise vastavust näiteks Eesti karistusõiguslikule kvalifikatsioonile ning rikkumisega seotud kergendavaid ja raskendavaid asjaolusid. Kvalifikatsioon ja karistused, mis erinevate riikide õiguste alusel vastavate süütegude eest määratakse ei ole alati samaväärsed. Kui KarS § 298 lg 1 kohaselt on altkäemaksu andmine ametiisikule vara või soodustuse lubamine vastutasuna tema ametiseisundi kasutamise eest, siis USA seadusandluse kohaselt on altkäemaksu andmine oluliselt täpsemalt reguleeritud, tuues näiteks välja ka asjaolu, et ametniku tavapärase töö kiirendamise eest tasu maksmine ei ole käsitletav altkäemaksuna¹⁸⁹. Erinevused esinevad ka võimalike karistuste osas. Eestis on maksimaalne karistus altkäemaksu andmise eest kuni viieaastane vangitus (korduva teo eest kuni kümneaastane vangistus)¹⁹⁰, USA õiguse kohaselt võib maksimaalseks karistuseks olla kuni kahekümne aasta pikkune vangistus¹⁹¹. Olukorras, kus Eesti hankija hindaks näiteks altkäemaksu andmises USA-s süüdi mõistetud pakkuja heastamise meetmeid ning pakkuja oleks muuhulgas maksnud ametnikule tasu tema ametikohustuste raames teostatavate tegevuste kiirendamise eest, siis oleks oht, et Eesti hankija nõuaks ka nimetatud episoodide raames heastamise meetmete rakendamist, kuigi USA praktika kohaselt ei oleks nimetatud episoodid üldse heastamise objektid. Seetõttu on oluline, et heastamise instituut ei muudaks pakkujale kohtu poolt määratud karistust, vaid hindaks üksnes heastamise meetmete vastavust pakkuja rikkumisele.

Asjaolu, et hankija peab lähtuma rikkumise asjaolude tuvastamisel kohtuotsuse teinud riigi õigusest kinnitab eelnõu § 95 lg 2, mille kohaselt on pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamine võimalik üksnes ajani kuni karistus on isiku elu- või asukohariigi õigusaktide alusel kehtiv, kuid mitte pärast viie aasta möödumist süüdimõistva kohtuotsuse jõustumisest. Nimetatud sätte sõnastusest tulenevalt peab hankija hindama pakkuja rikkumise toime panemise aega ning kehtivat karistust pakkuja elu- või asukohariigi õigusaktide alusel, mitte hankija asukoha põhiselt. Eeltoodud tingimusega tagatakse, et hankija ei pikendaks karistuse kehtivuse aga juhul kui näiteks kohus ei ole nii pika karistuse rakendamist vajalikuks pidanud.

Direktiivis ja eelnõus sätestatud regulatsioonist tulenevalt peab hankija kui heastamise meetmete hindaja magistritöö autori hinnangul võrdlema heastamise meetmeid pakkuja poolt toime pandud rikkumise vastu ning võtma seejuures rikkumise asjaolude tuvastamisel ja hindamisel arvesse rikkumise toime panemise riigi või vastavat asja lahendanud kohtu

¹⁸⁹ U.S Code Titel 15, Chapter 2B, § 78dd (b). Arvutivõrgus: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78dd%E2%80%9331> (07.04.2017).

¹⁹⁰ Karistusseadustik (RT I 2001, 61, 364 ... RT I, 31.12.2016, 14), § 298.

¹⁹¹ U.S Code Titel 15, Chapter 2B, § 78ff. Arvutivõrgus: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78dd%E2%80%9331> (07.04.2017).

asukohamaa õigust. Hankija siseriikliku õiguse alusel rikkumise hindamine ei oleks kooskõlas heastamise instituudi eesmärgiga, kuna rikkumise kvalifikatsiooni või karistuse kestvuse uuesti hindamine hankija siseriikliku õiguse kohaselt, viib pakkuja suhtes uue karistuse määramiseni. Samuti võib rikkumisele vastavate heastamise meetmete hindamisel siseriikliku õiguse arvestamine viia hankija mitte õiguspärase otsuseni heastamise meetmete piisavuse osas.

Magistritöö autori hinnangul peab hankija kooskõlas direktiivi artikli 57 lg 6 ja eelnõu § 97 arvesse võtma rikkumise asjaolusid ning rikkumise olemusest sisuliselt aru saama, kuid hankemenetluse efektiivse läbi viimise tagamiseks on see võimalik ainult juhul, kui pakkujad täidavad nendele pandud hoolsuskohustust tõendite esitamisel ning asjaolude selgitamisel. Ainult tõendite (sealhulgas rikkumise asjaolude selgitamise) täielikkuse korral on võimalik hankijal asuda hindama pakkuja poolt võetud heastamise meetmete piisavust.

2.1.3. Kohaldatavate meetmete sobivus ja ulatus

Eelnõu § 97 lg 2 kohaselt hindab hankija pakkuja poolt esitatud tõendeid ning kui ta leiab, et esitatud tõendid on piisavad pakkuja usaldusväarsuse taastamiseks, siis ei kõrvalda hankija pakkujat hankemenetlusest ning võib sõlmida pakkujaga hankelepingu sõltumata kõrvaldamise aluste olemasolust. Direktiivi preambuli punkt 102 täpsustab, et vastavusmeetmed peavad heastama pakkuja poolt toime pandud rikkumise tagajärjed ning võimaldama edasiste rikkumiste tõhusa ärahoidmise.

Heastamise meetmete piisavuse hindamisel on ilmne, et heastamise meetmete valik peab olema vastavuses pakkuja poolt toime pandud rikkumise ning selle tagajärgedega, mistõttu ei ole kõikide rikkumiste tagajärgede heastamine ühetaoliselt ning samade meetmetega võimalik. Kuigi direktiivi artikli 57 lg 6 ja eelnõu § 97 lg 1 toodud heastamise meetmete loetelu on näitlik, on nimetatud meetmeid üldjuhul peetud efektiivseteks vahenditeks rikkumiste tagajärgede ja edasiste rikkumiste ära hoidmiseks¹⁹². Direktiivis ja eelnõus sätestatud näidismetmeid on analüüsitud käesoleva magistritöö esimeses peatükis.

Kas ja millised meetmed on piisavad vastava rikkumise heastamiseks, peab hankija hindama iga rikkumise suhtes eraldi¹⁹³. Heastamise meetmete hindamisel on hankija kohustatud

¹⁹² H.- J. Preiss (viide 144), lk 121.

¹⁹³ S. Smith. Byte Size Procurement Updates – The Selection Questionnaire ("SQ") Byte 7 – Self-cleaning. Arvutivõrgus: <https://www.bevanbrittan.com/insights/articles/2017/byte-size-procurement-updates-the-selection-questionnaire-sq-byte-7-self-cleaning/> (08.04.2017)

arvestama kahe aspektiga – meetmed peavad olema piisavad rikkumise tagajärgede heastamiseks (leevendamiseks) ja meetmed peavad efektiivselt tagama edasiste rikkumiste ära hoidmise.¹⁹⁴ Mida raskem on olnud pakkuja poolt toime pandud rikkumine (nii oma olemuse, kestvuse, korduvuse kui ka majanduslike mõjude osas), seda ulatuslikumad ja põhjalikumad peavad olema pakkuja poolt kasutusele võetud heastamise meetmed.¹⁹⁵

Võttes arvesse rikkumise tagajärgede leevendamise aspekti heastamise meetmete piisavuse mõõdikuna, peab hankija meetmete hindamisel tuvastama, millised on rikkumise tagajärjed (eelmisel alapeatükis analüüsitud rikkumise asjaoludena) ja kas ning milliseid tegevusi on pakkuja rakendanud oma rikkumise tagajärgede heastamiseks. Üheks tagajärgede leevendamise meetmeks on näidisloetus sätestatud kahju hüvitamine või vastava kohustuse võtmine.

Olukorras, kus kahju on välja mõistetud kohtumenetluse tulemusena, jääb hankijale meetmete piisavuse hindamisel üksnes kahju hüvitise tasumise või kohustuse võtmise kontrolli kohustus. Oluliselt keerulisem on hankija kohustuste osas olukord, kus kohus ei ole kahju välja mõistnud (näiteks kriminaalmenetluses ei ole esitatud tsiviilhagi kahju hüvitise saamiseks), kuid kahju (sealhulgas mittevaraline kahju) on tekkinud. Mittevaraline kahju on hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puhul võimalik näiteks terrorismikuritegude¹⁹⁶ puhul. Seejuures on küsitav, kas nimetatud juhul piirdub hankija kohustus käesoleva meetme osas üksnes kahju hüvitamise või kahju hüvitamise kohustuse võtmise kontrolliga või peab hankija sisuliselt hindama ka kahju suurust ning hüvitise või selle tasumise kohustuse vastavust realselt tekitatud kahju suurusele. Juhul kui hankija kohustuseks on üksnes kahju hüvitamise meetme rakendamise fakti kontrollimine, siis ei saa hankija võtta seisukohta meetme piisavuse osas, mis ei ole kooskõlas eelnõu § 97 lg 2 toodud hankija otsuse põhjendamise kohustusega.

Hankija otsuse põhjendamise kohustust on oma praktikas kinnitanud nii Riigikohus kui ka vaidlustuskomisjon ning seda sõltumata asjaolust, et riigihankemenetlus ei ole haldusmenetlus haldusmenetluse seaduse mõttes.¹⁹⁷ Riigikohus ja vaidlustuskomisjon on rõhutanud, et otsuse põhjendamise kohustus on üldine nõue, mis peab tagama Põhiseaduse §-s 15 sätestatud kaabeõiguse reaalse teostamise võimaluse. Kui otsuse adressaat ei tea, millised olid otsuse andmise põhjused selle andmise hetkel, siis ei ole tal võimalik efektiivselt ja argumenteeritult

¹⁹⁴ Direktiivi 2014/24/EL (viide 1) preambuli punkt 102.

¹⁹⁵ S. Schoenmaekers (viide 80), lk 98.

¹⁹⁶ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 95 lg 1 p 1.

¹⁹⁷ Riigihangete Ameti juures asuva vaidlustuskomisjoni otsus nr 56-10/116448, p 10.

vaidlustada akti andmise asjaolusid. Kirjaliku põhjendamise eesmärk ei ole ainult otsuse tagantjärele kontrollimine, vaid ka haldusorgani enesekontrolli tagamine. Haldusorgani enesekontrolli kaudu peab haldusorgan jõudma selgusele otsuse õigsuses. Põhjenduste hilisem esitamine ei muuda otsust tagantjärele tõhusalt kontrollitavaks ning samuti pole võimalik tõendada, kas kohtumenetluse jooksul esitatud põhjendused on samad, millest tegelikult lähtuti (Riigikohtu halduskolleegiumi otsused 3-3-1-54-03, 3-3-1-57-07 ja 3-3-1-7-08).¹⁹⁸

Võttes arvesse, et hankija poolt tehtud heastamise otsus ei ole vaidlustatav mitte üksnes pakkuja enda poolt, vaid ka teiste hankemenetluses osalenud pakkujate poolt¹⁹⁹, siis peab hankija otsus heastamise kohta olema põhjendatud nii heastamise võimaldamise kui ka pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamise korral ehk lisaks heastamist soovinud pakkujale, peab hankija otsuse kontrollimise võimalus olema ka teistel hankemenetluses osalevatel pakkujatel, kelle õigusi hankija otsus võib riivata. Eeltoodust tulenevalt on hankija kohustatud võtma seisukoha kahju hüvitise suuruse ning selle piisavuse osas, et hankija otsuse õiguspärasus oleks kontrollitav.

Kahju suuruse hindamine olukorras, kus kahju tekitaja ja kannatanu ei ole kokku leppinud kahju suuruses, on kohustus, mis väljub hankija seniste kohustuste raamidest. Hankija, kellel puudub igasugune kvalifikatsiooni nõue ning teadmised võlaõigusest, ei saa tagada tekkinud kahju suuruse õiguspärasust hindamist. Lisaks eeltoodule jääb hankija magistritöö autori hinnangul kahju hüvitamise ja selle piisavuse hindamise raames suuresti pakkuja meelevalda, kuna kahju suuruse ja piisavuse määramine toimub üldjuhul pakkuja poolt esitatud andmete alusel ehk tegemist ei pruugi olla erapooletute andmetega. Juhul kui seadusandja soovib heastamise meetmete piisavuse kontrolli kohustust panna hankijale, siis tuleb nimetatud kohustuste täitmiseks ette näha selge regulatsioon, mis võimaldab hankijal vastava kohustuse täitmist sõltumata hankijal kvalifikatsiooni nõude puudumisest. Nimetatud regulatsiooni osaks võib olla näiteks kannatanu kinnitus kahju piisavuse kohta või erapooletu audiitori hinnang kahju suuruse kohta. Audiitori kasutamise võimalust toetab nii eelnõus kui ka direktiivis käsitletud asjaolude põhjaliku selgitamise meede, mille üheks võimalikuks osaks on audiitorite kaasamine²⁰⁰. Ilma hankijale täiendavate juhiste andmiseta pannakse hankija olukorda, kus hankija ei suuda oma otsuse õiguspärasust tagada ning tekib risk, et hankemenetluse eesmärk jääb saavutamata.

¹⁹⁸ Riigihangete Ameti juures asuva vaidlustuskomisjoni otsus nr 56-10/116448, p 10.

¹⁹⁹ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7) § 185 lg 1 ja § 185 lg 2 p 3.

²⁰⁰ S. Schoenmaekers (viide 80), lk 98.

Teise heastamise meetmete piisavuse aspektina on hankija kohustatud veenduma, et pakkuja poolt võetud meetmed tagavad tulevikus uute rikkumiste ära hoidmise. Eeltoodu tagamist on eelkõige seostatud magistritöö esimeses peatükis analüüsitud tehniliste ja organisatsiooni ning töötajatega seotud meetmetega. Millises ulatuses pakkuja vastavaid meetmeid peab olema rakendanud sõltub rikkumise olemusest ja ulatuses ning isikutest, kes vastava rikkumisega seotud on olnud.

Väärtegude (kergemate süütegude) puhul on õiguskirjanduses peetud piisavaks ettevõtte siseste käitumisreeglite kehtestamist, nõuetele vastavuse süsteemide rakendamist ja ettevõtte töötajate koolitamist.²⁰¹ Mida raskem on aga olnud pakkuja poolt toime pandud rikkumine ja, mida suurem on olnud rikkumisega saadud kasu, seda põhjalikumad peavad olema pakkuja poolt kasutusele võetud meetmed edasiste rikkumiste ära hoidmiseks.

Raskemate rikkumiste puhul muutuvad olulisemaks audiitorite ja töötajatega seotud meetmed. Juhtumite puhul, mille korral pakkuja on saanud rikkumisest arvestavat kasu, ei piisa enam üksnes pakkuja siseregulatsioonide loomisest või muutmisest, vaid rakendada tuleb täiendavaid kontrolli meetmeid näiteks siseaudiitorite või väliste audiitorite näol²⁰², kes hindavad pakkuja vastavate tegevuste piisavust õiguspärase käitumise tagamiseks. Samuti tuleb tagada, et isikud, kes on vastava rikkumise toime pannud või olnud rikkumisega seotud, ei oleks enam pakkuja töötajad või esindajad muudel alustel. Kui üldjuhul piisab vastavate rikkumistega seotud isikutega töö- või muude samalaadsete suhete lõpetamisest, siis raskeimate rikkumiste puhul on peetud lisaks teiste meetmete rakendamisele vajalikuks terve juhtkonna välja vahetamist, et tagada pakkuja usaldusväärse taastamist.²⁰³²⁰⁴

Hankijale pandud kohustuste täitmiseks, meetmete piisavuse hindamisel, peab hankija aru saama, milline on rikkumine olnud ning milliseid aspekte pakkuja poolt võetud meetmed tulevikus vältima peavad. Juhul kui tegemist on näiteks korruptsioonijuhtumiga, kus pakkuja töötaja annab ametnikule kingituse, mis oma olemuselt kvalifitseerub altkäemaksu andmiseks, kuid mis on toimunud üksnes osapoolte teadamatusest (kummalgi poolel ei ole olnud vastava rikkumise kvalifikatsiooni täitmise soovi), siis võib olla piisav pakkuja töötajatele korruptsioonialase koolituse korraldamine. Samasugune lahendus ei omaks tulemust aga

²⁰¹ S. Schoenmaekers (viide 80), lk 98.

²⁰² E. Hjelmeng, T. Soreide (viide 49), lk 9.

²⁰³ E. Hjelmeng, T. Soreide (viide 49), lk 9.

²⁰⁴ S. Schoenmaekers (viide 80), lk 98.

korduva altkäemaksu andmise puhul, kus tuleb küsida, kas süsteemset rikkumist on võimalik vältida vastava töötajaga töölepingu lõpetamisel või on tegemist juhatuse poolt soovitud tegevusega, mis eeldab ka meetmete rakendamist juhatuse suhtes. Juhul kui hankija ei saa aru rikkumise olemusest, siis ei ole hankijal võimalik täita ka oma kohustusi meetmete hindamisel, kuna hankija ei suuda täita eelnevalt viidatud põhjendamiskohustust.

Magistritöö autori hinnangul on ilmne, et seaduse tasemel ei ole võimalik üheselt reguleerida kõiki võimalikke meetmeid ning nende rakendamise tingimusi, et tõestada pakkuja usaldusväärust, kuna rikkumiste koosseisud, kaasatud isikud ning teised asjaolud on väga erinevad. Seejuures aga ei saa eeldada meetmete hindamise võimekust hankijalt, kellel puudub igasugune kvalifikatsioon vastavate meetmete hindamiseks.

Teist peatükki kokku võttes tuleb tõdeda, et eelnõu § 97 sätestatud heastamise regulatsiooni sõnastus on ebaselge ning ei sätesta menetluslike ja sisulisi tingimusi heastamise meetmete tulemuslikuks hindamiseks vastavalt direktiivi preambuli punktis 102 nõutule. Võttes arvesse, et hankijale kui heastamise meetmete piisavuse kontrollijale ei ole eelnõu § 5 kohaselt kehtestatud nõudeid eriteadmiste osas ning hankijateks võivad olla väga erinevate kogemuste ja teadmistega isikud, siis on ilma täpsema regulatsioonita oht varieeruva heastamise praktika tekkimiseks. Nõrgema taustaga hankijatel on oht piirduda üksnes meetmete võtmise faktilise kontrollimisega (seadusega hankijale pandud kontrollikohustuse täitmise eesmärgil) samas kui professionaalsed hankijad suudavad suurema tõenäosusega meetmete piisavust hinnata ka sisuliselt.

Heastamise institutsiooni rakendamisel on hankija kohustuste efektiivseks täitmiseks olulisel kohal heastamise aeg ja heastamise tõendite koosseis. Eelnõu § 97 regulatsioon ei sätesta selgelt, millisel hankemenetluse hetkel on pakkujal võimalik heastamisele toetuda ning, kas selleks ajaks peavad heastamise meetmed olema rakendatud või mitte. Täpse ajalise määratluse puudumine paneb hankijad olukorda, kus hankijal ei ole võimalik ette planeerida hangete läbi viimise aega. Hankemenetluste efektiivsuse tagamiseks tuleks magistr töö autori hinnangul seaduse tasemel selgelt reguleerida heastamise instituudile toetumise aeg (taotluse või pakkumuse esitamisega) ning asjaolu, et nimetatud hetkeks peavad meetmed olema rakendatud. Põhjendamatu on olukord, kus hankija peab hankemenetluse peatama selleks, et heastamise instituudile toetuda sooviv pakkuja saaks valitud meetmed lõpuni viia, kuna see ohustab hankemenetluse eesmärgi saavutamist. Võttes arvesse, et heastamise meetmed peavad olema piisavad pakkuja rikkumise heastamiseks, siis peab hankija meetmete piisavuse hindamisel

arvesse võtma konkreetse rikkumise asjaolusid. Eelnõu ei sätesta, mida vastavad tõendid sisaldama peavad, kuid magistritöö autori hinnangul on otstarbekas rikkumise kirjelduse selgitamine seostada asjaolude selgitamise kui eelnõu § 97 lg 1 sätestatud heastamise näidismeetmega ning vastava meetme sisuliste tingimustega. Eeltoodud lahendus aitaks vähendada võimalikke vaidlusi rikkumise asjaolude kohta käiva informatsiooni ja tõendamiskoormuse osas.

Heastamise regulatsiooni rakendamise kõige suurem kitsaskoht on hankijate jaoks paratamatult meetmete piisavuse sisuline hindamine (näiteks kahju hüvitise piisavuse, töötajate ning organisatsiooniliste ümberkorralduste tulemuslikkuse hindamine rikkumise suhtes). Eelnõu ning direktiiv ei sätesta ning ei saagi täielikult sätestada, millised meetmed on piisavad pakkuja usaldusväärse taastamiseks, kuid võttes arvesse asjaolu, et heastamise instituut on tihedalt seotud proportsionaalsuse põhimõttega, siis peaks eelnõus sätestatud heastamise regulatsioon aitama tagada nimetatud põhimõtte täitmist. Nimetatud põhimõtte täitmise tagamisele aitaks magistritöö autori hinnangul kaasa kvalifitseeritud üksuse kaasamine, kes omab õiguslaseid teadmisi ning suudab analüüsida heastamise instituudi analoogiat teiste õiguslike instituutide ja õiguspraktika alusel. Eelnõu § 97 seletuskirja kohaselt on heastamise meetmete hindamise kohustus ajutiselt pandud hankijatele ning Rahandusministeerium plaanib aasta pärast uue seaduse jõustumist analüüsida, milline on sellisel juhul olnud hankija töökoormus ning ilmnunud probleemid ning seejärel hinnata, kas funktsioon oleks vaja viia eraldi üksusesse.²⁰⁵ Probleemse praktika tekkimise vältimiseks ning hankemenetluste nurjumise ohu vähendamiseks oleks magistritöö autori hinnangul otstarbekas suunata vastava funktsiooni täitmine kvalifitseeritud asutusele (näiteks Rahandusministeeriumile või mõnele tema allasutusele) ning pärast vajaliku praktika tekkimist võib kaaluda funktsiooni allutamist hankijale.

²⁰⁵ Riigihangete seaduse eelnõu 240 SE seletuskiri (viide 86), lk. 97.

Kokkuvõte

Käesoleva magistritöö eesmärgiks oli välja selgitada, milliseid tegevusi heastamise meetmete hindamine kontrollijatelt ehk hankijatelt eeldab ning seeläbi hinnata, kas heastamise meetmete hindamine peaks olema hankija pädevuses. Magistritöö hüpotees oli, et hankijad ei oma piisavat pädevust heastamise hindamiseks. Töö eesmärgi saavutamiseks analüüsis autor heastamise instituudi ja meetmete olemust, heastamise piisavuse tõendamise tingimusi ja asjaolu, kas heastamise meetmete hindamist tuleks allutada hankijale.

Eestis on vastavaks heastamise meetmete kontrollijaks valitud hankija, viitega, et hankija sobivus vastavate kohustuste täitmiseks vaadatakse üle aasta jooksul pärast eelnõus jõustumist.

Magistritöö analüüsi tulemusena tuvastas autor, et heastamise meetmete hindamise puhul ei ole tegemist meetmete rakendamise faktilise kontrolliga, vaid meetmete hindamise tulemusena peab kujunema hankija diskretsioonioskus, kus hankija põhjendab heastamise meetme piisavust nii tagajärgede leevendamiseks kui ka tulevaste rikkumiste ära hoidmiseks. Heastamise meetmete piisavuse hindamisel peab hankija arvesse võtma pakkuja tegevuse usutavust ja pakkuja vabatahtlikku käitumist heastamise meetmete võtmisel. Analüüsi kohaselt ei ole heastamise ideega kooskõlas pakkuja selline tegevus, mida pakkuja rakendab üksnes vastavas hankemenetluses osalemise eesmärgil.

Heastamise meetmete usutavaks ja vabatahtlikuks rakendamiseks pakkuja poolt on määrava tähtsusega heastamise aeg, mis koosneb heastamise meetmete realiseerimise ajast kui ka heastamise tõendite esitamise ajast. Magistritöös esitatud analüüs näitab, et heastamise meetmete usutavuse ja vabatahtlikkuse tagamiseks peaksid heastamise meetmed olema hankijale tõendite esitamise ajaks lõpule viidud ning vastavate tõendite esitamine peaks toimuma hankemenetluses koos taotluse või pakkumusega. Riigikogu menetluses oleva riigihangete seaduse eelnõu²⁰⁶ ja eelnõu seletuskirja sõnastus võimaldab heastamise meetmete rakendamise lõpetamist ka hankemenetluse ajal ning vastavate tõendite esitamist väljakuulutamisetähtaajaga hankemenetluse puhul terve hankemenetluse jooksul, mis ei võimalda tagada meetmete usutavust ja vabatahtlikkust ning mis seab ohtu hankemenetluse eesmärgi saavutamisele. Heastamise meetmete ajaline määratlus on lisaks usutavuse ja

²⁰⁶ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE (viide 7), § 97.

vabatahtlikkuse tagamiseks oluline ka hankemenetluste etapiviisilisuse säilitamiseks ja hankemenetluse planeerimise võimaldamiseks.

Eelnõu § 97 ja direktiivi artikli 57 lg 6 kohaselt on võimalikeks rikkumise heastamise meetmeteks:

1. asjaolude ja faktide selgitamine ning uurimisasutustega aktiivne koostöö tegemine;
2. süüteoga põhjustatud kahju hüvitamine (sh. kahju hüvitamise kohustuse võtmine);
3. tehniliste ning organisatsiooni ja töötajatega seotud meetmete rakendamine, mis võimaldab edasisi süütegusid ära hoida.²⁰⁷

Nimetatud heastamise meetmete loetelu ei ole ammendav ning direktiivi preambuli punkti 102 kohaselt on heastamise tehniliste ja sisuliste tingimuste sätestamine liikmesriigi kohustuseks. Riigihangete seaduse eelnõu sõnastuse kohaselt ei ole meetmete koosseisu aga täpsustatud või täiendatud, mistõttu on võimalik pakkujatel lähtuda eelnõus toodud näidisloetelust või rakendada teisi, vastava rikkumises suhtes sobivad meetmeid, mida eelnõu ja direktiiv ette ei näe.

Heastamise meetmete sisu analüüsimisel tuvastas autor, et heastamise meetmeid ei ole reaalsuses võimalik rakendada kõikide hankemenetlusest kõrvaldamise aluste suhtes. Direktiivi artikli 57 sõnastusest lähtuvalt ei saa heastamise objektiks direktiivi artikli 57 lg 6 ja eelnõu § 97 lg 1 mõttes olla näiteks maksuvõlad kui hankemenetlusest kõrvaldamise alused, kuna maksuvõlgade osas on direktiivis ja eelnõus ette nähtud maksuvõlgade eriregulatsioon, mille kohaselt on hankija kohustatud andma pakkujale täiendava tähtaja maksuvõla tasumiseks või ajatamiseks.

Lisaks maksuvõlale on heastamine võimatu ka selliste hankemenetlusest kõrvaldamise aluste suhtes, mis kirjeldavad pakkuja hetke olukorda, mitte pakkuja poolt varem toimunud rikkumist. Sellisteks alusteks on näiteks pakkuja pankrot või pakkuja huvide konflikt vastava hanke läbi viimisel. Seejuures on aga tähelepanuväärne, et vastavaid erandeid ei ole eelnõus sätestatud, mis aga paneb hankija olukorda, kus hankija peab formaalselt tegema heastamise otsuse, kuigi heastamine ei ole lähtuvalt tagajärgede leevendamise aspektist võimalik. Magistritöö autori hinnangul on eelnõu regulatsioon heastamise erandite osas puudulik ning vajab täiendamist võimalike erandite osas, kuna vastasel juhul on hankija poolt diskretsiooniotsuse tegemine rakendatud ning hankija ei saa täita talle pandud kohustusi.

²⁰⁷ S. Schoenmaekers (viide 80), lk 97-98.

Hankija kohustuste koosseis heastamise meetmete piisavuse hindamisel on lai ning raskendatud regulatsiooni puudulikkuse ja praktika puudumise tõttu. Eelnõu § 97 sätestatud regulatsiooni rakendamiseks on hankija kohustatud koostöös pakkujaga tuvastama rikkumise asjaolud, sealhulgas rikkumist raskendavad ja kergendavad asjaolud, rikkumisega seotud isikute koosseisu, rikkumise toimepanemise või kohtuotsuse jõustumise aja ning hindama vastavaid asjaolusid vastava asukohamaa õiguse põhisel. Töös esitatud analüüsi kohaselt ei saa hankija sisuliselt asuda heastamise otsuse tegemisele, kui hankija ei ole aru saanud rikkumisest endast, mida pakkuja kasutusele võetud meetmetega heastada soovib. Kõrvaldamise alused heastamise objektidena puutuvad aga kokku karistusõigusega, haldusõigusega, maksuõigusega, rahvusvahelise õigusega ja võlaõigusega, mis eeldab hankijalt orienteerumist nimetatud valdkondades olukorras, kus hankija kvalifikatsiooni suhtes puuduvad igasugused õigusliku tasusta nõuded. Hankijal, kes ei tee sisulist vahet kelmusel või korruptsioonil, ei ole võimalik hinnata, kas meetmed, mida pakkuja on rakendanud omavad üldse vastava rikkumise suhtes mõju või mitte. Hankijal vajaliku kvalifikatsiooni puudumine ning selge regulatsiooni või juhiste puudulikkus ei võimalda hankijal täita eelnõus nõutud põhjendamiskohustust, mistõttu tekib hankija otsuste subjektiivsuse oht.

Magistritöö autor on seisukohal, et heastamise meetmete hindamise kohustuse panemine hankijale on lühinägelik ning seab ohtu hankemenetluste eesmärgi saavutamise. Hankijate suhtes puuduvad igasugused kvalifikatsiooni nõuded, mistõttu ei pea hankija oma koosseisus omama isikuid, kes omavad teadmisi erinevatest õiguse valdkondadest. Kui suured ministriumid hankijatena omavad erineva kvalifikatsiooniga isikuid ning nende poolt võib otsuse tegemine olla võimalik, siis väiksed mittetulundusühingud hankijatena ei oma samalaadset võimekust, mistõttu on alusetu eeldada hankijatel vajalike teadmiste olemasolu heastamise aluseks olevate rikkumiste mõistmisel ja meetmete piisavuse hindamisel.

Kokkuvõttes võib järeldada, et eelnõu § 97 sõnastuses toodud regulatsiooni rakendamiseks ei oma hankija piisavat pädevust ning magistritöö autori hinnangul peaks asja lahendamise olema antud tsentraalsele- või detsentraalsele ametiasutusele, kes omab õiguslaseid teadmisi rikkumise sisuliseks hindamiseks ning kes on sõltumatu hankemenetluse poolte huvidest. Hankijale on vastavate kohustuste panemine äärmisel juhul võimalik siis kui järgitakse direktiivi preambuli punktis 102 nimetatud täpsete menetluslike ja tehniliste tingimuste kindlaks määramise tingimust, mida eelnõu §-s 97 sätestamisel kahjuks tehtud ei ole.

The contracting authority's ability to evaluate self-cleaning measures

Abstract

In 2014 the European Parliament and Council adopted new public procurement directives 2014/24/EU (classical directive)²⁰⁸ and 2014/25/EU (utilities directive) with the aim (among others) to efficiently open the public procurements up to competition. To reach the named purpose the European Parliament and Council have stated measures to help small and medium sized economic operators to participate in public procurements and based on the principle of proportionality, enabled the possibility to use self-cleaning institute as a way to participate in public procurements even when the economic operator has fulfilled exclusion criteria.

The aim of exclusion criteria is to exclude economic operators, who are not reliable, from the procurement process. The possible offences for exclusion are for example corruption, terrorism, money laundering, human trafficking etc. These are offences are considered to be so grave that they are not expectable by the European Union and therefor economic operators who have been convicted of the named offences are deemed unreliable to be partners in public procurement contracts (and to have access to public funds). Nevertheless, in cases where the economic operator has taken sufficient measures to remedy the consequences of the offence, it may not be proportional to exclude the tenderer from public procurement process.

Self-cleaning as a legal institute in Public Procurement Law was recognized by several member states (for example Austria, Germany and Italy), based on the principle of proportionality, even before the new directives were adopted.²⁰⁹ At the same time other member states have not recognized the possibility remedy exclusion criteria, for example Estonia, where mandatory exclusion criteria could not be remedied and it resulted as a clear exclusion from the procurement process.

In accordance with recitals 101 and 102 of the 2014/24/EU directive when applying facultative grounds for exclusion, contracting authorities should pay particular attention to the principle of proportionality. Minor irregularities should only in exceptional circumstances lead to the exclusion of an economic operator. However repeated cases of minor irregularities can give

²⁰⁸ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC. OJ L 94, 28.3.2014, p. 65–242.

²⁰⁹ H. Pünder., H-J. Preiß., S. Arrowsmith (editors). Self-cleaning in Public Procurement Law. Wolters Kluwer Deutschland GmbH, 2009, lk 3.

rise to doubts about the reliability of an economic operator which might justify its exclusion. Recital 102 clarifies that it should be left to member states to determine the exact procedural and substantive conditions applicable in such cases. Member states should, in particular, be free to decide whether to allow the individual contracting authorities to carry out the relevant assessments or to entrust other authorities on a central or decentralised level with that task. In Estonia the sufficiency assessment of the self-cleaning measures shall be borne by the individual contracting authority.

Article 57 paragraph 6 of the directive 2014/24/EU states that any economic operator that is in one of the exclusion situations referred to in paragraphs 1 and 4 of article 57, may provide evidence to the effect that measures taken by the economic operator are sufficient to demonstrate its reliability despite the existence of a relevant ground for exclusion. If such evidence is considered as sufficient, the economic operator concerned shall not be excluded from the procurement procedure. For this purpose, the economic operator shall prove that it has paid or undertaken to pay compensation in respect of any damage caused by the criminal offence or misconduct, clarified the facts and circumstances in a comprehensive manner by actively collaborating with the investigating authorities and taken concrete technical, organisational and personnel measures that are appropriate to prevent further criminal offences or misconduct. The paragraph also clarifies that the gravity and particular circumstances of the criminal offence or misconduct must be taken into account when evaluating the sufficiency of the measures taken by the economic operator.

The Estonian Public Procurement Act draft 204 SE²¹⁰ does not specify the exact procedural and substantive conditions applicable in self-cleaning cases as required by recital 102 of the 2014/24/EU directive, but article 97 of the draft does follow the general conditions of article 57 paragraph 6 of the directive.

Based on article 97 of the draft Public Procurement Act the conditions for self-cleaning institute in Estonia are as follows:

1. the economic operator has the right to request self-cleaning if the estimated value of the procurement contract is equal or exceeds than the international threshold;

²¹⁰ Estonian Public Procurement Act draft 204 SE. Online: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/> (01.05.2017).

2. the evidence for self-cleaning measures must be presented together with the request to participate in the procurement procedure, together with the tender or during the public procurement process when the contracting authority is conducting a negotiated procedure without the prior contract notice;
3. the possible self-cleaning measures are for example compensation for damage caused by the offence, clarification of facts and circumstances of the offence or misconduct and active collaboration with the investigative authorities and technical, organisational and personnel measures that are appropriate to prevent further criminal offences or misconduct;
4. the measures have to be sufficient enough to ensure the reliability of the economic operator.

The previously listed self-cleaning conditions in Estonian Public Procurement Act draft hold several problematic aspects when they are being applied and therefore it is questionable whether the contracting authority has the knowledge and ability to make justified self-cleaning assessment decisions.

In accordance with article 5 and 6 of the Estonian Public Procurement Act draft there are no qualification criteria based on special knowledge to be a contracting authority. The status of contracting authority will arise from the ownership/leadership and budgeting conditions of the contracting entity. Therefore the contracting authorities can be ministries with qualified staff, but at the same time non-profit undertakings with minimal staff and which could qualify as contracting authorities for one project only. Based on the previous, no real qualification and legal knowledge can be expected from the contracting authorities.

One of the requirements behind the self-cleaning institute is that the economic operator has to voluntarily want remedy the effects of the offence or misconduct that should result in exclusion from the procurement procedure. Therefore the intention of the economic operator is important. To ensure that the economic operator is using the self-cleaning measures to remedy the effects of the offence, not for the aim to preserve the possibility to take part on public procurement procedures, the time for presenting the self-cleaning evidence is crucial. If the economic operator has the right to start or conclude remedying the effects of the offence after the tender or request to participate deadline the real intention of the economic operator cannot be determined. Based on article 97 paragraph 1 of the Estonian Public Procurement Act draft and its explanatory memorandum it is not clear when exactly the self-cleaning measures must be

taken and whether they should be concluded or not. The previous puts the contracting authority into a situation where the authority should possibly wait for the economic operator to conclude the measures and stop the procurement for the named time. This cannot be the aim of the institute and therefore clear time requirements should be stated by the member states.

The draft of the Estonian Public Procurement Act or its explanatory memorandum do not clarify what are the requirements for the example self-cleaning measures. One of the example measures is compensation for damages, but it is not clear whether the aim is to compensate only the damages which have been foreseen by the court judgement or any damage that might be caused by the offence (for example non-patrimonial damage). Based on the fact the directive states that any damage should be compensated non-patrimonial damages should also be included, but it is questionable whether the contracting authority has the capacity to evaluate the fair amount of the compensation. To ensure efficient public procurement process specific conditions for the compensation for damages should be stated. Without additional guidelines the contracting authority will be faced with failed procedures and possible damages for the contracting authorities (revoked financial aid etc.).

In accordance with article 57 paragraph 6 of the 2014/24/EU directive the entities assessing the efficiency of the self-cleaning measures (in Estonia the contracting authority) should take into account the gravity and particular circumstances of the criminal offence or misconduct, which is being remedied. Therefore the entity assessing the efficiency of the measures must know the particular circumstances of the offence. One of the example measures of self-cleaning is clarifying the facts and circumstances in a comprehensive manner, which is aimed to ensure that the contracting authority or other entity has the knowledge of the offence. As knowledge of the offence is a prerequisite of the self-cleaning institute the named measure should be mandatory measure not an example and to ensure that the information is valid, a court judgement, assessments of outside auditors etc. should be presented as evidence for the clarifications.

The measures taken by the economic operator must be sufficient enough to ensure the reliability of the named operator and it is the obligation of the contracting authority or other centralized or decentralized entity to assess the measures. The self-cleaning decision taken by the authority or named entities has to be motivated, but without exact procedural and substantive conditions applicable to self-cleaning there is a risk to variable self-cleaning practices between contracting authorities. Without sufficient and clear legal basis to assess the sufficiency of the self-cleaning

measures there is a risk, that the contracting authorities as the entities assessing the self-cleaning measures in Estonia, will make a self-cleaning decision just based on the fact that measures have been taken without substantially viewing the substance of the measures.

To ensure the fulfilment of the aim of the self-cleaning institute exact procedural and substantive conditions need to be developed within the member states. Without the named conditions the contracting authorities may not have sufficient legal knowledge to makes motivated self-cleaning decisions and therefor violate the general principles of public procurement.

Lühendid

EKo – Euroopa Kohtu otsus

KarS - Karistusseadustik

MKS - Maksukorralduse seadus

PS – Eesti Vabariigi Põhiseadus

RHS – Riigihangete seadus

RKHK – Riigikohtu halduskolleegium

RKKK – Riigikohtu kriminaalkolleegium

Tln RK – Tallinna ringkonnakohus

TLS – Töölepingu seadus

VAKO – Riigihangete vaidlustuskomisjon

VÕS - Võlaõigusseadus

Allikate loetelu

Kasutatud kirjandus

1. D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Juura 2014.
2. K. Teder. Hankemenetlusest kõrvaldamise alused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses: maksude ja maksete tasumise kohustus vabatahtliku kõrvaldamise alusena. Magistritöö, Tartu Ülikool, 2012.
3. T. Karineem. Self-cleaning kontseptsioon kui pakkuja võimalus hankelt kõrvaldamist vältida. Magistritöö, Tartu Ülikool, 2012.
4. S. Arrowsmith. EU Public Procurement Law: An Introduction. 2010. – Arvutivõrgus: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (06.03.2016).
5. H. Pünder., H-J. Preiß., S. Arrowsmith (toim). Self-cleaning in Public Procurement Law. Wolters Kluwer Deutschland GmbH, 2009.
6. Steven L. Schooner. The paper tiger stirs: rethinking suspension and debarment. Public Procurement Law Review. 2004/5.
7. N. Ohrtmann. Self-Cleaning in Public Procurement Law. – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2010/4.
8. K. Härginen., M. A. Simovart. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? – Juridica IX/2013.

9. E. Piselli. The scope for excluding providers who have committed criminal offences under the E.U. Procurement Directives. *Public Procurement Law Review* 2000/6.
10. S. Arrowsmith, H.-J. Preiß P. Friton – Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law – *Public Procurement Law Review* 2009/6.
11. E. Hjelmeng, T. Soreide. Debarment in Public Procurement: Rationales and Realization – University of Oslo Faculty of Law Legal Studies, Research Paper Series – 2014/32. Arvutivõrgus:
https://www.researchgate.net/publication/265550163_Debarment_in_Public_Procurement_Rationales_and_Realization (06.03.2017).
12. Dr. Gerung von Hoff. Self-Cleaning: A tool to fight corruption in public procurement. Ettekanne. Dubrovnik, 5.06.2009. Arvutivõrgus: www.hok-cba.hr/sites/.../5f533069-25ee-4ee2-aebf-08e42d5af2a4.PPT (20.03.2017).
13. G. S. Olykke. How does the Court of Justice of the European Union pursue competition concerns in a public procurement context?, *Public Procurement Law Review*, 2011/6.
14. T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus – konkurentsi tagamise põhimõte., *Juridica* 2007/8.
15. R. Majtan. The self-cleaning dilemma: Reconciling competing objectives of procurement processes. *The George Washington International Law Review*, 2013, volume 45/2.
16. C. H. Bovis. *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016.
17. M. Gorgazjan. Läbipaistvuse põhimõte lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetes. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2012.
18. S. Schoenmaekers. The EU debarment rules: legal and economic rationale – *Public Procurement Law Review*. 3/2016.
19. S. Van Garsse, S. De Mars. Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive. Newcastle University, 2016. Arvutivõrgus:
<https://uhdspace.uhasselt.be/dspace/bitstream/1942/23331/1/32BCBD6F-9C30-431D-8099-01BE29CA6BE0.pdf> (24.03.2017)
20. N. Lord. Regulating transnational corporate bribery in the UK and Germany. Doktoritöö. Cardiff University School of Social Sciences, 2011. Arvutivõrgus:
https://orca.cf.ac.uk/26844/1/Nicholas%20Lord_PhD%20Thesis_May%202012%20-%20NEW.pdf (25.03.2017).

21. P. Löscher. The CEO of Siemens on Using a Scandal to Drive Change, Harvard Business Review, November 2012. Arvutivõrgus: <https://hbr.org/2012/11/the-ceo-of-siemens-on-using-a-scandal-to-drive-change> (25.03.2017).
22. S. de Mars. Exclusion and self-cleaning in Article 57: discretion at the expense of clarity and trade?. Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules, Edward Edgar Publishing Limited, 2016.
23. A. Teelakk. Riigihangete vaidlustamine vaidlustuskomisjonis: menetlus ja praktika (2008-2011), Tartu Ülikool, Magistritöö.
24. J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2009.

Kasutatud õigusaktid

25. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014. a, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. –ELT L 94, lk 65-242.
26. Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon, ELT C 326 , 26/10/2012 Lk 0001 – 0390.
27. Euroopa ühenduse asutamisleping (konsolideeritud versioon 2002) - 2002/C 325/01.
28. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid – 2016/C 2010/01.
29. Act CXLIII of 2015 on Public Procurement. Arvutivõrgus: http://kozbeszerzes.hu/data/documents/2017/02/22/PPA_01_02_2017_EN_final.pdf (28.03.2017).
30. Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts, EÜT L 185, 16.08.1971, lk 5-14.
31. Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts, EÜT L 13, 15.1.1977, lk 1—14.
32. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta - ELT L 134, lk 114 – 240.
33. Danish Public Procurement Act No. 1564 (15.12.2015), arvutivõrgus: <https://www.kfst.dk/~media/KFST/Offentlig%20konkurrence/The%20Public%20Procurement%20Act/The%20Public%20Procurement%20Act.pdf> (06.04.2017).
34. U.S Code Titel 15, Chapter 2B, § 78dd (b). Arvutivõrgus: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78dd%E2%80%93931> (07.04.2017).
35. U.S Code Titel 15, Chapter 2B, § 78ff. Arvutivõrgus: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78dd%E2%80%93931> (07.04.2017).

36. Riigihangete seadus (RT I 2007, 15, 76 ... RT I, 25.10.2016, 20).
37. Karistusseadustik (RT I 2001, 61, 364 ... RT I, 31.12.2016, 14).
38. Töölepingu seadus (RT I 2009, 5, 35 ... RT I, 07.12.2016, 12).
39. Kriminaalmenetluse seadustik (RT I 2003, 27, 166... RT I, 31.12.2016, 16).
40. Võlaõigusseadus (RT I 2001, 81, 487... RT I, 31.12.2016, 7).
41. Maksukorralduse seadus (RT I 2002, 26, 150 ... RT I, 10.11.2016, 11).
42. Rahandusministri 30.04.2002 määrus nr 60 "Riiklike maksude maksuvõla tasumise ajatamise kord" (RTL 2002, 55, 805 ... RT I, 25.05.2012, 29).
43. Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/> (01.05.2017).

Kasutatud Riigihangete vaidlustuskomisjoni ja kohtupraktika

44. Riigikohtu kriminaalkolleegium 20.02.1996, nr 3-1-1-23-96.
45. Riigikohtu halduskolleegium 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13.
46. Riigikohtu kriminaalkolleegium 16.05.2007, nr 3-1-1-14-07.
47. Tallinna Ringkonnakohus 07.10.2010, nr 3-09-3099.
48. Euroopa Kohus 06.11.2014, nr C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA v CEM Ambiente SpA*.
49. Euroopa Kohus 10.10.2013, nr C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser v Manova A/S*.
50. Euroopa Kohus 09.06.2009 ,nr C-480/06, *Euroopa Ühenduste Komisjon v Saksamaa Liitvabariik*.
51. Euroopa Kohus 07.12.2000, nr C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*.
52. Euroopa Kohus 22.06.1993, nr C-243/89, *Storebaelt*.
53. Euroopa Kohus 07.07.1993, nr C-217/91, *Spain v Commission*.
54. Euroopa Kohus 05.03.2005, nr C-21/03, C-34/03, *Fabricom*.
55. Euroopa Kodus 11.07.2007, nr T-170/06, *Alrosa v Commission*.
56. Euroopa Kohus 13.11.1990, nr C-331/88, *Fedesa and Others*.
57. Düsseldorfis apellatsioonikohtus 28.07.2005, otsus nr 42/05.
58. Riigihangete Ameti juures asuva vaidlustuskomisjoni otsus nr 56-10/116448.
59. Final Judgment of the Unites States District Court, Southern District of New York, 11-CIV-9073. Arvutivõrgus: http://www.ethic-intelligence.com/wp-content/uploads/2014_03_02_scheidlin_judgement.pdf (25.03.2017).

Muud allikad

60. Euroopa Komisjoni teatis KOM(2010) 2020 lõplik, Euroopa 2020. aastal. Aruka, jätkusuutliku ja kaasava majanduskasvu strateegia. - http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_ET_ACT_part1_v1.pdf (01.05.2017).
61. Rahandusministeerium, 2015. aasta hankemaastiku kokkuvõte, lk 4. - https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216043&folderId=518320&name=DLFE-36902.pdf (03.02.2017).
62. Riigihanke piirmäärad. E-riigihangete keskkonna teabeportaal. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/riigihanke-piirmaarad-ja-tahtajad> (26.03.2017).
63. The Council of European Union - Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (16190/12), arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16190-2012-INIT/en/pdf> (01.04.2017).
64. United States District Court, Southern District of New York, kaebus nr 11-CIV-9073, 19.12.2011, punktid 1-3. Arvutivõrgus: http://www.ethic-intelligence.com/wp-content/uploads/2014_february_siemens_executives.pdf (25.03.2017).
65. EU Commission, Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy – 27.01.2011, COM (2011) 15 final, lk 52.
66. G. J. Terwilliger. Siemens AG and several subsidiaries ("Siemens") agree to combined criminal and civil fines of US\$800 million for alleged violations of the US Foreign Corrupt Practices Act ("FCPA"), Lexology, 16.12.2009. Arvutivõrgus: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6858f771-a28d-43f4-a31d-bc37b2696070> (29.04.2017).
67. D. Thesis. Siemens to pay \$100m to fight corruption as part of World Bank Group settlement, World Bank press release, 2009. Arvutivõrgus: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:22234573~menuPK:51062075~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html> (29.04.2017).
68. S. Smith. Byte Size Procurement Updates – The Selection Questionnaire ("SQ") Byte 7 – Self-cleaning. Arvutivõrgus: <https://www.bevanbrittan.com/insights/articles/2017/byte-size-procurement-updates-the-selection-questionnaire-sq-byte-7-self-cleaning/> (08.04.2017)

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina **Karin Täär**

(sünnikuupäev: 13.09.1986)

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

Hankija pädevus heastamise meetmete kontrollimiseks,

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.

Tartus, 2. mail 2017. a.