

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
AVALIKU ÕIGUSE OSAKOND

Johanna Rähn

HANKIJA KAALUTLUSÕIGUSE TEOSTAMISE PIIRID SOTSIAALSETE
EESMÄRKIDEGA RIIGIHANGETE LÄBIVIIMISEL

Magistritöö

Juhendaja
dr. iur. Mari Ann Simovart

Tallinn

2021

SISUKORD

SISSEJUHATUS	1
1. HANKIJA KAALUTLUSÕIGUS SOTSIAALSETE EESMÄRKIDE KOHALDAMISEL HANKEMENETLUSE ETAPPIDES JA HANKELEPINGU ERITINGIMUSTES	6
1.1. Sotsiaalsete eesmärkide kohaldamine kvalifitseerimisel	6
1.2. Sotsiaalsete eesmärkide kohaldamine pakkujate kõrvaldamisel.....	10
1.3. Sotsiaalsete põhimõtete kohaldamine tehnilises kirjelduses.....	15
1.4. Sotsiaalsete põhimõtete kohaldamine pakkumuste hindamisel	23
1.5. Sotsiaalsete põhimõtete kohaldamine hankelepingu eritingimustes.....	31
2. HANKIJA KAALUTLUSÕIGUS SOTSIAALSETE KAALUTLUSTE KOHALDAMISEL RIIGIHANGETE RESERVEERIMISEL JA SOTSIAAL- JA ERITEENUSTE HANGETES	38
2.1. Hankija kaalutlusõigus riigihangete reserveerimisel RHS § 13 alusel	38
2.1.1. Hankelepingute reserveerimise eesmärgid ja kooskõla üldpõhimõtetega.....	38
2.1.2. Hankelepingute RHS § 13 alusel reserveerimise põhimõtted.....	44
2.2. Hankija kaalutlusõigus sotsiaal- ja eriteenuste hankimisel vastavalt RHS § 126.....	48
2.2.1. Hankelepingute reserveerimise eesmärgid ja kooskõla üldpõhimõtetega	48
2.2.2. Sotsiaal- ja eriteenuste hankimise põhimõtted.....	52
KOKKUVÕTE	56
SUMMARY	61
KASUTATUD ALLIKAD	67

SISSEJUHATUS

Magistritöös käsitletakse sekundaarsete eesmärkide, täpsemalt sotsiaalsete kaalutluste kohaldamist riigihangetes. „Sotsiaalseid kaalutlusi riigihankemenetluses tuleb mõista laialt, hõlmates töötajate kaitsega seonduvat, soolise võrdõiguslikkuse edendamist, tööturul alaesindatud rahvastikurühmade tööhõive suurendamist, õiglase kaubanduse toetamist jne.“¹ Sotsiaalsete riigihangete läbiviimine võib ergutada innovatsiooni turul pakutavate toodete ja teenuste osas, muuhulgas ka sotsiaalses sfääris. Innovatsiooni julgustamine toob tulemusena kaasa võimaliku toodete ja teenuste hindade vähenemise hankijatele.²

Sotsiaalsete riigihangete korraldamisel võib näha puutepunkti põhiseadusliku sotsiaalse õigusriigi ja inimvääriskuse põhimõttega vastavalt põhiseaduse §-le 10.³ Riigikohtu praktikast lähtuvalt tuleb neid põhimõtteid tõlgendada selliselt, et need sisaldavad endast ideed abist ja hoolest nendele, kes ei ole suutelised iseseisvalt end piisavas ulatuses kindlustama.⁴ Sotsiaalsete riigihangete kohaldamine võib olla väga hea viis kulutada avalikke vahendeid viisil, mis ainult ei toeta abivajajaid, vaid suunab eraettevõtlust sotsiaalselt vastutustundlike praktikate poole, kui neid hangetes soodustatakse või julgustatakse.

Riigihankeid viidi 2019. aastal läbi kogumaksumuses ligikaudu 2 893 miljonit eurot.⁵ Seega on riigil riigihankeid läbi viies väga olulisel määral mõjutada turgu ning edendada seeläbi sotsiaalselt vastutustundlikku ja jätkusuutlikku ettevõtlust või sotsiaal- ja eriteenuste järjepidevat kättesaadavust.

Õiguskirjanduses on välja toodud, et efektiivne riigihankemenetlus võib õige kasutamise korral olla sotsiaalselt vastutustundliku ja jätkusuutliku kasvu edendaja. Seejuures on oluline märkida, et riigihankeõigus saab sellist kasvu julgustada ainult konkurentsi toetades ning

¹ Simovart, M.A. Parind, M. Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Juura. Tallinn, 2019. Lk 45

² Pirvu, D., Clipici, E. Social Enterprises and the EU's Public Market. Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations. 27(4):1611-1637. Springer Procurement. New York 2016. Lk 8

³ Eesti Vabariigi põhiseadus - RT I, 15.05.2015, 2

⁴ RKPSJVKo 3-4-1-7-03, p 14

⁵Riigihangete valdkonna 2019. aasta ülevaade. Rahandusministeerium. Lk 22. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/riigihankemaastiku-kokkuvotted>

turutekkelist innovatsiooni julgustades, mitte turgu moonutades.⁶ Strateegiliste, mh sotsiaalsete ning reserveeritud hangete puhul on esmatähtis, et konkurentsimoonus oleks võimalikult väike, samas et riigihankeid läbi viies oleks võimalik siiski edendada ka sotsiaalseid eesmärke.

Sellegipoolest ei ole sotsiaalsete hangete korraldamine praegusel ajal Eestis levinud praktika. Sotsiaalseid kriteeriume sisaldavaid hankeid korraldati 2019. aastal 7, mis moodustab 0,1% hangete arvust ning 0,1% hangete maksumusest. Ka rahandusministeeriumi koostatud valdkonna ülevaates on välja toodud, et sotsiaalsete riigihangete korraldamine on üks Euroopa Liidu üleseid prioriteete. Samuti on ka seal sedastatud, et sotsiaalsete riigihangete korraldamisel on riigil võimalik eelistada sotsiaalselt haavatavamate ühiskonnagruppide pakutavaid tooteid või teenuseid, olles seeläbi nõudluse tekitaja vastavas valdkonnas ning ergutada sotsiaalselt vastutustundlikku ettevõtlust.⁷ Sotsiaalsete hangete väikene osakaal võib tuleneda muuhulgas ka sotsiaalsete hangete korraldamise vähesest kogemusest ja soovist konkurensiolukorda mitte mõjutada. Eesti siseriiklik riigihangete üldpõhimõte on vastavalt riigihangete seadusele (edaspidi ka RHS) § 2 lg 1 ka säästlikkuse põhimõte, mis võib tunduda vastuoluline sotsiaalsete kaalutluste kaasamisega, kuivõrd eeldab tihti, et arvesse võetakse ka mittemajanduslikke tingimusi.

Kaalutusõiguse kohaldamise kaudu peab haldus langetama üksikjuhtumi suhtes otsuse, mis on kooskõlas kaalutusnormi piiride ja eesmärgiga, võrdse kohtlemise, proportsionaalsuse ja teiste õiguse üldtunnustatud põhimõtetega.⁸ Riigihangete seaduses on sätestatud volitusnormid hankijale kaalutusõiguse kohaldamiseks sotsiaalsete eesmärkide kaasamiseks riigihangetesse, samamoodi peab nähtuma vastavast primaarsest ja sekundaarsest õigusest see, millised on hankija kaalutusõiguse teostamise piirid. Magistritöö peamine uurimisküsimus on - millised on hankija kaalutusõiguse teostamise piirid sotsiaalsete eesmärkidega riigihangete läbiviimisel vastavalt riigihangete seadusele ja riigihankeõiguse üldpõhimõtetele?

Eeltoodud küsimusele vastamiseks on magistritöös püstitatud ka alaküsimused:

⁶ Sanchez-Graells, A. Truly competitive public procurement as a Europe 2020 lever: what role for the principle of competition in moderating horizontal policies? UACES 45th Annual Conference, Bilbao, Spain, 7-9 September 2015. Bristol 2015. Lk 1

⁷ Riigihangete valdkonna 2019. aasta ülevaade. Lk 30

⁸ Pikamäe, K. Kaalutusõigus ja selle kohtulik kontroll. Magistritöö. Juhendaja Madis Ernits. Tallinn 2003. Kätesaadav arvutivõrgus: Lk 5.

1. Kuidas saab hankija hankemenetluse etappides kohaldada sotsiaalseid kaalutlusi selliselt, et see piiraks kõige vähem vaba konkurentsi?
2. Kuidas on riigihangete seaduse § 13 ja § 127⁹ seotud riigihankeõiguse peamiste eesmärkidega ning kuidas on võimalik hankijal tagada, et hankelepingu reserveerimisel tagatakse efektiivne konkurents?

Magistritöö selgitab välja, kas RHS võimaldab hankijatel kohaldada hankemenetluses ja riigihangete reserveerimisel sotsiaalseid eesmärke viisil, mil seda on ette näinud vastavad EL direktiivid. Analüüsi toetub põhiliselt avaliku sektori hangete direktiivile 2014/24/EL¹⁰, kuid sisse on toodud ka mõningaid erisusi, mis tulenevad võrgustiku sektori hangete direktiivist 2014/25/EL¹¹ ja kontsessioonide direktiivist 2014/23/EL¹². Samuti selgitab töö välja, milline on hankija kaalutusõigus sotsiaalsete eesmärkide täitmisel. Magistritöös selgub, kas ja millisel moel võib RHS piirata potentsiaalsete pakujate ringi või hankija eelmainitud kaalutusõigust viisidel, mis on vastuolus vastavate direktiivide sõnastusele või üldpõhimõtetele. Läbivalt analüüsitakse magistritöös 17.03.2021 esitatud riigihangete seaduse muutmise eelnõu, lähtudes käesolevas töös käsitletud küsimustest.¹³

Euroopa Komisjoni eestvedamisel viidi 2018-2020 läbi projekt “*Buying for Social Impact*”¹⁴, et edendada sotsiaalsete kaalutluste kasutamist avalikkuses hankemenetlused 15 ELi liikmesriigis (Horvaatia, Tšehhi, Taani, Prantsusmaa, Saksamaa, Kreeka, Ungari, Itaalia, Iirimaa, Läti, Holland, Poola, Rumeenia, Slovakkia ja Rootsi). Üheks vastava projekti väljunditest oli õiguslik analüüs vastavate liikmesriikide ekspertide poolt, mis käsitleb liikmesriikide siseriiklikku õigust direktiivi 2014/24 EL ülevõtmisel just sotsiaalsete riigihangete läbiviimise koha pealt. Kuivõrd tegu on väga laiaulatusliku uurimusega, on

⁹Riigihangete seadus, RT I, 08.07.2020, 8

¹⁰Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. - Euroopa Liidu Teataja L 94, lk 65-243.

¹¹Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. - ELT L 94, lk 243- 375.

¹² Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta, Euroopa Liidu Teataja, L 94, lk 1-64.

¹³ Rahandusministeerium. Riigihangete seaduse muutmise eelnõu 2021. Kättesaadav arvutivõrgus:

<https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/oigusaktid/eelnoud>

¹⁴Caimi, V, Daniele, D., Martignetti, L.. *Buying for Social Impact. Good practice from around the EU*. Brussels 2019. Kättesaadav arvutivõrgus:

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3498035f-5137-11ea-aece-01aa75ed71a1>

käesolevas magistritöös kasutatud vastavat analüüsi ja selles toodud järeldusi, et leida võimalikke võrdlusmomente teiste liikmesriikide õigusega ja näha, kas mõni teine liikmesriik on vastava direktiivi sätte üle võtnud viisil, mis on paneb vastava liikmesriigi hankijatele lisakohustusi sotsiaalsete kaalutluste kohaldamisel või on mõnel moel paremini kooskõlas EL üleste riigihangete põhimõtetega.

Magistritöö esimeses peatükis käsitletakse sotsiaalsete eesmärkide kohaldamist riigihangete menetlusetappide kaupa ja hankelepingu sotsiaalseid eritingimusi ning sotsiaalsete kaalutluste rakendamist. Sellega antakse ülevaade erinevatest mõjudest, mida sotsiaalsete kaalutluste rakendamine võib hankemenetlusele avaldada ja seega tehakse kindlaks, kuidas tuleks sotsiaalseid eesmärke kohaldada, et seejuures tagada võimalikult palju Euroopa Liidu toimimise leping (edaspidi ka ELTL) tulenevate primaarsete eesmärkide ja ka Eesti siseriiklike primaarsete eesmärkide, eelkõige säästlikkuse põhimõtte täitmine.

Teises peatükis keskendutakse reserveeritud hankelepingutele, analüüsides reserveerimine eesmärke ning võimalikke negatiivseid mõjusid vabale konkurentsile. Täpsemalt käsitletakse eraldi RHS § 13 tulenevat reserveerimise võimalust ettevõtjatele, kelle eesmärgiks on pakkuda töövõimalusi ebasoodsas olukorras olevatele isikutele ja kaitstud töö keskustele. Samuti käsitletakse RHS § 127 alusel riigihangete läbiviimist, kus on sätestatud tingimused sotsiaal- ja eriteenuste hankimiseks, mille abil on võimalik tagada peaaesjalikult tervishoiu- ja sotsiaalteenuste püsiv kättesaadavus.

Magistritöö keskendub avatud hankemenetlusele ja sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlusele, kuid analüüsis käsitletakse läbivalt ka teisi riigihangete menetlusi, kui vastavatest hankementlustes võib esineda olulisi erisusi sotsiaalsete eesmärkide kohaldamisel. Töös käsitletakse läbivalt avaliku sektori hankeid ning sisse on toodud võrgustiku sektori hangetest ja kontsessioonlepingutest tulenevad erisused või tähelepanuväärsed seigad sotsiaalsete kaalutluste kohaldamisel.

Varem on sarnast teemat käsitletud Hele Hannah Noormaa magistritöös pealkirjaga “Tööhõivealaste kaalutluste kasutamine riigihangetes”¹⁵, mis käsitleb samuti sotsiaalsete, täpsemalt tööhõivega seotud, eesmärkide elluviimist riigihankemenetluses. Autori hinnangul

¹⁵H.H. Noormaa. Tööhõivealaste kaalutluste kasutamine riigihangetes. Magistritöö. Juhendaja Mari Ann Simovart. Tallinn 2017.

on käesolev töö siiski suuresti erinev, kuivõrd käsitleb sotsiaalsete kaalutluste teemalt mõnevõrra laiemalt ning hankija kaalutusõigusest lähtuvalt. Samuti on oluline erinevus see, et Noormaa töö ei käsitlenud hankelepingute reserveerimist, mis käesolevas töös on üks olulistest küsimustest.

Töö peamiseks allikateks on Euroopa Liidu direktiivi ja Eesti riigihangete seadus ning selle kohta käiv kohtu- ja vaidlustuspraktika. Samuti on töö oluliseks osaks kohtupraktika analüüs, mistõttu on töö allikateks ka Riigihangete Vaidlustuskomisjoni, Eesti kohtute ja Euroopa Liidu Kohtu lahendid. Suures osas toetub töö ka Euroopa Komisjoni „*Buying for Social Impact*“ projekti tulemusena valminud 15 liikmesriigi sotsiaalsete riigihangete regulatsiooni analüüsidele ning Mari Ann Simovardi ja Mart Parindi riigihangete seaduse kommenteeritud väljaandele. Lisaks sellele on allikana kasutatud ka muid teemaga seonduvaid õigusteaduslikke artikleid.

1. HANKIJA KAALUTLUSÕIGUS SOTSIAALSETE EESMÄRKIDE KOHALDAMISEL HANKEMENETLUSE ETAPPIDES JA HANKELEPINGU ERITINGIMUSTES

1.1. Sotsiaalsete eesmärkide kohaldamine kvalifitseerimisel

Riigihangete seaduse § 98 alusel on hankijal lubatud kontrollida pakkuja või taotleja sobivust tegeleda hankelepingu täitmiseks vajaliku kutsetööga ja kehtestada kvalifitseerimise tingimused tema majanduslikule ja finantsseisundile ning tehnilisele ja kutsealasele pädevusele. Kvalifitseerimise tingimused peavad olema seotud hankelepingu esemega ja seda arvesse võttes ka proportsionaalsed. Vastavad kvalifitseerimise tingimused võivad olla ka sotsiaalseid eesmärke silmas pidavad, seega on võimalik hankijal kohaldada sotsiaalseid eesmärke riigihankemenetluse kvalifitseerimise faasis.

Direktiivi 2014/24 artikkel 58 (1) järgi on kvalifitseerimise alused sätestatud selliselt, et need ei jäta kuigi suurt diskretsiooniõigust liikmesriikidele kvalifitseerimistingimuste seadmisel. Seega ei ole võimalik Eesti õiguses laiendada kvalifitseerimisel arvesse võetavate tingimuste sisu selliselt, et sellega anda hankijatele rohkem võimalusi või suuremat kaalutlusruumi sotsiaalsete kaalutluste arvesse võtmisel kvalifitseerimise etapil. RHS-i § 98 jätab hankijatele diskretsiooniõiguse otsustada, kas kvalifitseerimistingimusi kasutada ja milliseid tingimusi esitada. Nõuded kvalifitseerimistingimustele on sõnastatud samamoodi nagu direktiivis, ehk siis tingimused peavad vastama hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemusele, kogusele ja otstarbele ning olema nendega proportsionaalsed. Nende piirangute raames on hankijal võimalik kasutada diskretsiooniõigust hanke kvalifitseerimise tingimuste määramisel sotsiaalseid kaalutlusi rakendada. Efektiivset konkurentsi on hankijal võimalik kvalifitseerimise faasis eelkõige piirata selliselt, et sätestatakse tingimused, mis on ebaproportsionaalsed või viisil, mis ei järgi piisaval määral läbipaistvuse põhimõtet, piirates seeläbi potentsiaalsete pakkujate ligipääsu hankele.

17.03.2021 esitatud riigihangete seaduse muutmise eelnõu kohaselt kavatakse täiendada RHS § 98 lg 5 selliselt, et kohustatakse hankijat pakkuja või taotleja kvalifitseerimata jätma, kui kui pakkuja või taotleja ei vasta esitatud kvalifitseerimise tingimustele.¹⁶ Vastavalt eelnõu

¹⁶ Rahandusministeerium. Riigihangete seaduse muutmise eelnõu 2021. Lk 12. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/oigusaktid/eelnoud>

seletuskirjale on vastava muudatuse põhjuseks asjaolu, et praktikas on tekkinud segadust asjaolu, et hankija kohustus pakkuja kõrvaldamiseks selge kvalifitseerimistingimuste mittevastavuse korral ei ole sõnaselge.¹⁷ Sellest tulenevalt on hankijad ekslikult asunud seisukohale, et tegu on kaalutusnormiga, mille kohaselt hankija võib otsustada pakkuja kvalifitseerimise üle. Seega, tegu ei ole hankija kaalutusõiguse teostamise piiride muutmisega iseenesest, kuid sellegipoolest kaalutusõiguse teostamise piiri selgemalt väljendamine. Vastavalt seletuskirjale on tegu levinud väärtõlgendusega, nii et RHS sätte täpsustamine võib siinkohal aidata vähendada praktikas kaalutusvigade esinemist vähendada.

Kvalifitseerimistingimuste avaldamisele on sätestatud ühene ja täpne reeglistik, et tagada võimalikult suur läbipaistvus. RHS § 98 lg 3 alusel on hankija kohustatud avaldama kvalifitseerimistingimused juba hanketeates. Euroopa Kohtu praktika kohaselt kehtestatud kvalifitseerimise tingimuste kohaldamisel peab hankija väljenduma selgelt, et kõikidel huvitatud ja mõistlikult hoolsatel pakkujatel oleks võimalik aru saada, milline on hankelepingu sisu ning selle põhjal koostada omakorda pakkumus.¹⁸ Seesama selguse ja läbipaistvuse nõue kohaldub ka hanketeates avaldatud kvalifitseerimistingimustele.¹⁹ Sellest tulenevalt jääb hankija peab hankija kaalutusõiguse teostamisel sisustades kvalifitseerimistingimused enne avaldamist ning vältima olukorda, kus hankija hakkab hiljem otsustama, kuidas täpselt sõnastatud kvalifitseerimistingimusi tõlgendada. Eesti kohtupraktikas on leitud, et olukorras, kus kvalifitseerimise tingimuse täpset sisu ei ole võimalik tuvastada, tuleb eelistada tõlgendust, mis võimaldaks menetluses osaleda rohkem pakkujaid.²⁰ Sellise tõlgendusega on võimalik kaitsta ka efektiivset konkurentsi, kuivõrd selgete kvalifitseerimistingimuste avaldamata jätmisel tõlgendatakse sätteid siiski moel, millega kaasneb võimalikult väheste pakkujate kvalifitseerimata jätmine.

Võrgustiku sektori hankija puhul on lubatud kasutusele võtta kvalifitseerimissüsteem, mis kvalifitseerib pakkuja mingi teatud hankija pakkumistele süsteemis täpsustatud kehtivusaja vältel, nagu seda sätestab RHS § 163-165 sätestatud korrale. Vastavad 2014/25/EL direktiivi artiklid 68 ja 80 lubavad võrgustikusektori hankijal kasutada kvalifitseerimissüsteemi. Direktiivis välja toodud tingimused rõhutavad tingimuste ja nende rakendamise kriteeriumite

¹⁷ Rahandusministeerium. Riigihangete seaduse muutmise eelnõu seletuskiri. Lk 21. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/oigusaktid/eelnoud>

¹⁸ Euroopa Kohtu 22. aprilli 2010. a otsus asjas nr C-423/07: Euroopa Komisjon vs. Hispaania Kuningriik, p 58

¹⁹ RKHKo 3-3-1-2-12, p 15.3

²⁰ TrtHKo 3-18-1149, p-d 20-21

objektiivsust. Samas RHS-i saab konformselt tõlgendada selliselt, et ka tingimuste rakendamisel peab olema objektiivne vastavalt RHS § 2 sätestatud võrdse kohtlemise üldpõhimõtetele. Ka selle kindlaks tegemiseks, kas ja millisel määral saaks kvalifitseerimissüsteemi puhul kohaldada sotsiaalseid kaalutlusi, tuleb arvesse võtta ennekõike üldpõhimõtteid. Eestis puudub ka sellekohane kohtu- või vaidlustuskomisjoni praktika. Määral, mil sotsiaalsete kaalutluste kohaldamisel on võimalik tagada kriteeriumite ja nende kohaldamise objektiivsus, ei ole seaduses sätestatud piiranguid vastavate kriteeriumide kohaldamiseks.

H. H. Noormaa on enda magistritöös jõudnud tulemuseni, et hankijal puudub sisuliselt võimalus kehtestada tööhõivealast kvalifitseerimise tingimust, kuivõrd sellised tingimused ei ole üldjuhul seotavad RHS § 98 sätestatud nõuetega.²¹ Siinkohal on käesoleva magistritöö autor nõus, et ilmselt on kvalifitseerimistingimuste puhul hankija võimalused tööhõivealaste kaalutluste kaasamisel on ilmselt üsna kitsad, kuid sellegipoolest on võimalik sotsiaalseid, mh tööhõivealaseid proportsionaalseid kvalifitseerimistingimusi kasutada olukorras, kus hankelepingu ese on tihedalt seotud pakkuja töötajatega.

Seega võiks mõndade hankelepingute puhul jaatada sotsiaalsete kaalutluste kasutamise võimalikkust, eriti olukorras, kus sotsiaalne tingimus on selle konkreetse hankelepingu täitmise kvaliteedi seisukohalt teenusest või asjast lahutamatu osa. Tehnilise võimekuse alusel kvalifitseerimata jätmine võib tähendada ka sotsiaalsete kaalutlustega arvestamist, kui lepingutingimused sisaldavad sotsiaalseid kaalutlusi. Sellisel juhul on võimalik pakkujaid õiguspäraselt kõrvale jätta juhul, kui on alust arvata, et pakkuja ei suuda selliseid tingimusi asjakohaselt täita.²²

Samas on eelmise näite puhul toodud rikkumiste korral võimalik ka pakkuja menetlusest kõrvaldada RHS § 95 lg 4 p 2 sätestatud vabatahtlikel hankemenetlusest kõrvaldamise alustel. Lisaks sellele pakub RHS § 95 lg 4 p 2 hankijale suurema kaalutlusruumi, kuna vabatahtlik kõrvaldamine on täielikult hankija diskretsiooniotsus ning kõrvaldamise aluseks olev süütegu ei pea olema seotud ,hankelepingu esemega.

²¹Noormaa, H.H. Lk 17.

²² McCrudden, C. Social Policy Issues In Public Procurement. Arrowsmith, A., Davies, A. Public Procurement: Global Revolution. Wolters Kluwer. Alphen aan den Rijn 1998. Lk 232-233

Järelikult jätab RHS § 98 siiski mõningase kaalutlusruumi, mis võimaldab hankijal menetlusse kaasamata jätta pakkujad, kellel ei ole tehnilist suutlikkust või kogemust pakkuda hankelpingus hangitavat teenust selliseid sotsiaalseid standardeid järgides, nagu hankija nõuab. Ilmselgelt tuleb siin eriti suurt tähelepanu pöörata tingimuste proportsionaalsusele, ka sotsiaalsete kaalutluste kaasamisel.

Üldjuhul on siiski keerulisem jätta pakkuja kvalifitseerimata seetõttu, et hankija leiab enda kaalutlusõiguse teostamisel, et on vähetõenäoline, et pakkuja suudaks täita sotsiaalseid eesmärke, mis on hankelepingu osaks.²³ RHS ei määra ära, milliseid dokumente võib hankija pakkujalt küsida, et kindlaks teha vastavus mis tahes kvalifitseerimistingimustega, seega peab siingi lähtuma üldpõhimõtetest. Kohtupraktikas on ka välja toodud, et kvalifitseerimistingimustega vastavuse tõendamise lävend ei tohi ebamõistlikult kõrge või spetsiifiline ei tõendite hulga ega liigi suhtes.²⁴ Järelikult, juhul kui hankija sätestab sotsiaalsed kvalifitseerimistingimused, võiks olla mõistlik nende täitmise tõendamise nõudmisel ja hilisemal tõendite vastuvõtmisel lähtuda pigem tõlgendustest, mis lubavad kvalifitseerida võimalikult suure arvu pakkujaid.

Kvalifitseerimata jätmisel on võimalik eelkõige hankemenetluses osalemist piirata pakkujate puhul, kellel on selge suutmatuse hankelepingut täita – olgu see siis tehniliste või finantsiliste vahendite puudumise tõttu. Sellegipoolest on ka sellel teel võimalik soosida sotsiaalselt vastutustundlikke ettevõtjaid, kellel ei ole sotsiaalsete kohustuste, näiteks tööhõivenormidega, seotud rikkumisi. Samuti saab siinkohal välja tuua, et sellisel moel saab vähesel määral soosida sotsiaalseid kaalutlusi viisil, mis on avalikku ressursi võimalikult vähem koormav, kuivõrd pakkujad saab jätta koheselt kvalifitseerimata.

Samas võib välja tuua, et olukorras, kus lepingu sisu ise ei ole seotud sotsiaalsete eesmärkide täitmise suhtes soosiv, ei ole võimalik kvalifitseerimistingimusi kasutada sedavõrd laiendavalt, et julgustada sotsiaalset vastutustundlikku ettevõtlust, vaid pigem seadusekuulekat ettevõtlust. Sotsiaalselt vastutustundlik ettevõtlus puudutab ennekõike tegevusi, mis on rohkem, kui lihtsalt

²³ M. A. Simovart. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. Lk 150-151

²⁴ TlnHK 3-17-1197 p 11, 13, 15

seadusega seatud kohustused ühiskonna suhtes. Mõned regulatiivsed meetmed loovad keskkonna, mis soodustab enam ettevõtjate sotsiaalselt vastutustundlikku tegevusi.²⁵

Sotsiaalseid kvalifitseerimistingimusi saab kasutada ainult aspektide kohta, mis on rangelt lepingu esemega ja pakkujate raskete kutsealaste rikkumistega seotud, mistõttu hankijal ei ole sotsiaalsete eesmärkide korrektse ning õiguspärase kasutamisel kvalifitseerimistingimustes kuigi ulatuslikku kaalutusruumi. Seega võib vaid kvalifitseerimistingimusi kasutades olla võrreldes teistes käesolevas magistritöös käsitletavate võimalustega olla keerulisem kohaldada sotsiaalseid eesmärke ning jõuda pakkujate ringini, kus on tõepoolest vaid sotsiaalse ettevõtlusega tegelevad pakkujad. Hankija kaalutusruum sotsiaalsete kvalifitseerimistingimuste kaasamisel seisneb eelkõige kvalifitseerimistingimuste sisustamisel. Tingimuste avaldamiseks ja kohaldamiseks sätestatud nõuded panevad eelkõige rõhku läbipaistvuse tagamisele.

Sotsiaalsete kaalutluste arvesse võtmisel kvalifitseerimistingimuste sätestamisel on mõneti keerulisem, kuivõrd kvalifitseerimistingimused on eelkõige miinimumnõuded, mis on seotud hankija tehnilise ja majandusliku suutlikkusega, mis ei pruugi soosida sotsiaalsete nn lisatingimuste kaasamist.²⁶ Sellegipoolest oleks asjakohane kvalifitseerimistingimusi kasutada sotsiaalsete miinimumnõuete täitmise tagamiseks, näiteks tööõiguse nõuete täitmise tagamiseks. Sellisel moel saab hankija sellegipoolest mõjutada ettevõtluskultuuri ja soodustada ettevõtjaid, kes hoiduvad ettevõtlusriski maandamisest sotsiaalsete tingimuste arvelt.

1.2. Sotsiaalsete eesmärkide kohaldamine pakkujate kõrvaldamisel

Kõrvaldamistingimused täidavad nii distsiplinaarset kui ka mainet hoidvat eesmärki. Distsiplineeriv mõju seisneb selles, et need määravad üsna olulise sanktsiooni pakkujatele, kes on varasemalt süüd raskeid rikkumisi toime pannud. Teiseks aitab see kaitsta hankija mainet, tehes kindlaks, et hankija ei ole seotud ebaseadusliku tegevusega.²⁷ Lisaks eeltoodule on

²⁵Ankersmit, L. The contribution of EU public procurement law to corporate social responsibility. 2020 European Law Journal published by John Wiley & Sons Ltd. Eur Law J. 2020;1–18. Hoboken 2020. Lk 4

²⁶McCrudden. Lk 227

²⁷Barnard, C. To boldly go: social clauses in public procurement. Industrial Law Journal. I.L.J. 2017, 46(2), 208-244. London 2017. Lk 222

kõrvaldamistingimuste eesmärgiks ka mitte avalike vahenditega toetada pakkujate õigusvastaseid praktikaid konkurentsieelise saamise eesmärgil.²⁸

Kohustuslikest kõrvaldamistingimustest on sotsiaalse eesmärgiga eelkõige RHS § 95 lg 1 p 3, mille alusel tuleb kõrvaldada pakkuja, keda või kelle haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liiget või muud seaduslikku või asjaomase riigihankega seotud lepingulist esindajat on karistatud laste tööjõu ebaseadusliku kasutamise või inimkaubandusega seotud teo eest. Selle tingimuse puhul ei ole hankijal diskretsiooniõigust tingimuse kohaldamisel või sisustamisel.

RHS § 95 lg 4 p 2 kohaselt võib hankija kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja, kes on mh rikkunud õigusaktidest või kollektiivlepingust tulenevaid tööõiguse valdkonnas kohaldatavaid kohustusi. Tegemist ei ole pakkuja kohustusliku kõrvaldamise alusega, vaid norm kohustab hankijat oma otsust kaaluma. Seejuures tuleb hankijal enda otsust põhjendada ja esitada selles kaalutlused.²⁹ Seega on hankijal võimalik menetlusest kõrvaldamisel kohaldada sotsiaalseid eesmärke, kõrvaldades sotsiaal- või tööõiguslikke rikkumisi toime pannud pakkujaid. Tegu võib olla konkurentsi piirava meetmega, kuivõrd pakkujate ring väheneb ning see võib kaasa tuua vähem efektiivse konkurentsi ja vahest seeläbi hanke majanduslikku tõhusust vähendades. Samas ei saa vastavaid eeltoodud norme rikkunud pakkujate võimalikku konkurentsieelist pidada õiguspäraseks või kooskõlaliseks riigihangete üldpõhimõtetega. Seega ei kaalutlusõiguse teostamisel tehtud proportsionaalse otsuse alusel kõrvaldamist pidada tarbetuks pakkujate ringi vähendamiseks ja seega õigusvastaseks RHS § 3 p 3 mõistes.

Eesti kohtupraktikas on välja toodud, et hankija ei saa hankemenetlusest kõrvaldamise õiguslikke aluseid tõlgendada laiendavalt.³⁰ Seega peab hankija tegema kaalutlusotsuse RHS § 95 lg 4 p 2 alusel, võttes seejuures arvesse ka enda kohustust tagada efektiivne konkurents vastavalt RHS § 3 p 3 sätestatule. Vastavalt sellele ei tohiks kõrvaldada rikkumiste tõttu, mis on väga vähetähtsad ja ei ole mitmekordsed. Vastava kaalutlusotsuse tegemisel tuleb arvesse võtta, et hankijale on siiski jäetud võimalus kõrvaldada hankemenetlusest ebausaldusväärne pakkuja, võttes arvesse hankija sotsiaalsete kohustuste täitmist, muuhulgas näiteks puuetega inimeste juurdepääsu tagamise kohustuse täitmist.³¹ Nende kahe seisukoha juures võib märgata

²⁸ Simovart, M. A., Parind, M. Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Lk 571

²⁹ TlnRnKo 3-19-1373; p 29

³⁰ TlnHKO 3-17-1015/21 p 39, 42, 47, 50

³¹ 2014/24 põhjendused 101

teatavat vastuolu, mistõttu on kõrvaldamistingimuste kohaldamisel eriti oluline hankijapoolne põhjendatud ja proportsionaalse kaalutusõiguse tegemine.

Direktiiv 2014/24 artiklis 57 (4) on välja toodud olukorrad, kus avaliku sektori hankija võib jätta ettevõtja hankemenetluses osalemisest kõrvale või liikmesriigid võivad temalt nõuda ettevõtja hankemenetluses osalemisest kõrvalejätmist. Sama sätte punktis a) on välja toodud artikli 18 sätestatud üldpõhimõtete rikkumine, mille hulka kuulub ka sotsiaal- ja tööõiguse valdkonnas kohaldatavaid kohustusi, mis on kehtestatud liidu või siseriiklike õigusaktidega, kollektiivlepingutega. Seega on selle sätte puhul jäetud suurem diskretsiooniõigus liikmesriigile, kellel on võimalik sätestada sotsiaal- või tööõiguse norme, millest pakkujad peavad riigihankes osalemisel kinni pidama.

Lisaks sellele on direktiivi artikkel 57 (4) esimese lause alusel võimalik liikmesriigil ka muuta vabatahtlikud kõrvaldamise alused kohustuslikeks kõrvaldamise alusteks, sätestades seega rangemad nõuded sekundaarseid eesmärke silmas pidavate kõrvaldamistingimuste loomiseks. Liikmesriikide kaalutusõiguse piirid jäävad direktiivi 2014/24 artikkel 57 (4) alusel selliseks, et direktiivist tulenevad kõrvaldamise alused on kõik selles sättes välja toodud ammendavas loetelus. Sellele muid tingimusi lisada ei ole liikmesriigil võimalik, isegi kui tegu on mõnevõrra seotud alustega.³² Järelikult on liikmesriikidel võimalus tagada seeläbi rangem sotsiaal- ja tööõiguse normide järgimine pakkujate seas, jättes selliste sotsiaalsete kaalutluste rakendamise väljapoole hankija diskretsiooniõigust.

RHS § 95 lg 4 p 2 ei ole eelmainitud võimalust kasutatud, kuivõrd sotsiaal- ja tööõiguse normide järgimine on jäetud vabatahtlike kõrvaldamistingimuste alla. Seega on siinkohal jäetud rohkem kaalutusruumi hankijale, kes peab kontrollima pakkuja tegevuse kooskõllalisust sotsiaal- ja tööõiguse normidega, ent kelle diskretsiooniõiguses on otsustada, kas sellel õiguslikul alusel pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada või mitte.

Simovart on samuti välja toonud, et: „Suurem vabadus on liikmesriikidel nende hanke lepingute puhul, mis jäävad alla direktiividega kehtestatud kohustuslikku piirmäära, kuigi ka selliste lepingute suhtes kehtivad kõik riigihanke üldpõhimõtted. Riigisisese pädevuse teostamisel ongi üheks võtmeküsimuseks peaaegu kõigi õigus süsteemide jaoks sekundaarsete

³² Lätt, P; Fels, E. Keskmise palga nõuetest riigihankemenetluses. Advokaadibüroo Glimstedt, Rahandusministeerium. Tallinn 2016. Lk 12

eesmärkide reguleerimine. Kuna liikmesriikidel on vabadus otsustada, millistel juhtudel hankijad võivad hangetega sekundaarseid eesmärke taotleda ja millistel juhtudel nad seda tegema peavad, on sellesisulised riigisisised regulatsioonid vägagi erinevad.³³ Eeltoodust ja ka ülalpool väljatoodust järeldeb, et pakkujate kõrvaldamistingimuste puhul, mille abil oleks võimalik edendada sotsiaalseid eesmärke, on hankijale jäetud direktiivi mõistes suurem kaalutusõigus. Teatav kaalutusotsus, mille oleks ehk liikmesriik pidanud tegema õigusloome käigus, on Eesti õiguse järgi jäänud täies ulatuses hankijale.

Direktiivi suunised sotsiaalsete põhimõtete arvestamiseks on sõnastatud pigem avaralt, jäädes seega lootma pigem liikmesriikide seadusandlusele (direktiiv 2014/24 artikkel 18 (2)), et tagada sotsiaalsete kaalutluste efektiivne rakendamine. Säte jätab reguleerimise ruumi liikmesriikidele, sätestades, et liikmesriigid peavad kasutusele võtma asjakohased meetmed. Seetõttu võivad rakendusmeetmed liikmesriigiti väga erineda.³⁴

Sellest tulenevalt võiks eeldada, et RHS-s sätetest tuleneks juhtnööre hankijale kaalutusotsuse tegemisel, kui tegu on sotsiaal- ja tööõiguse alaste normidega rikkumisega. Hankijal on kohustus kaaluda sotsiaalseid kaalutlusi ja samas kohustust mitte ebamõistlikult ja otstarbetult vähendada pakkujate ringi. Samas ei ole riigihangete seaduses sätestatud üldpõhimõtetes välja toodud, et riigihangete üldpõhimõtete osa oleks sotsiaalsete või muude horisontaalsete kaalutlustega arvestamine, küll aga on sellisena välja toodud efektiivse konkurentsi tagamise kohustus vastavalt RHS § 3 p-le 3 ja säästlikkuse põhimõtte vastavalt RHS § 3 p-le 5. Samas on riigihangete seaduse § 2 lg 2 sätestatud eesmärkide all välja toodud, et riigihangete planeerimisel ja korraldamisel arvestatakse sotsiaalsete kaalutlustega vastavalt RHS § 2 lg 2-le. Hankija kohustuse ulatus vaba konkurentsi kaitsmisel oleneb sellises olukorras ilmselt enim rikkumise iseloomust ja sagedusest.

Kõrvaldamise vabatahtlike aluste puhul on näiteks Saksa õiguses ette nähtud heastamise kord. Kui pakkuja on tõendanud, et ta on heastanud rikkumise tagajärjel tekkinud kahju, olulisel määral uurimisorganite ja hankijaga koostööd teinud ning on võtnud kasutusele konkreetseid tehnilisi, organisatsioonilisi ja töötajatega seonduvaid meetmeid, et täiendavaid rikkumisi

³³Simovart. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. Lk 150-151

³⁴Wiesbrock, A. Socially Responsible public procurement. Sjøfjell, B., Wiesbrock, A. (Koostajad), Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder (pp. 75-98). Cambridge University Press. Cambridge 2015. Lk 80

vältida. Kaalutusotsus nn heastamise hindamisel on hankijal, kes peab hindama iga konkreetse rikkumise asjaolusid ja olulisust.³⁵ Ka Eesti õiguses on ette nähtud heastamise kord vastavalt RHS §-le 97, kuid see kitsendab kohaldamist selliselt, et kõrvaldamise aluste kohaldamata jätmine on võimalik ainult hankemenetlustes, mis ületavad rahvusvahelist piirmäära. Seega on siin hankijate kaalutusõigust piiratud ning jäetud konkurentsi suurendamise meede kasutusele võtmata. Rahandusministeeriumi poolt 17.03.2021 esitatud riigihangete seaduse muutmise eelnõus on vastav säte ümber sõnastatud selliselt, et hankija võib kohaldada heastamist ka riigihangetes, mille eeldatav maksumus on väiksem kui rahvusvaheline piirmäär, sätestades sellise võimaluse riigihanke alusdokumentides.³⁶ Vastavalt eelnõu seletuskirjale jäeti heastamise võimalus alla rahvusvahelise piirmäära jäävate riigihangete puhul välja põhjusel, et kardeti suure haldus-ja töökoormuse kasvu ning riigihangete läbiviimise aja olulist pikenemist. Samuti on välja toodud, et selline erinevus heastamise vahel on ebaoproportsionaalne, kuivõrd lubab heastamist kasutada suuremate hangete puhul, kuid jätab väiksematel hangetel ehk alla rahvusvahelist piirmäära jäävatel hangetel sellise võimaluse välja.³⁷ Seega, hankija kaalutusruumi suurendati selle võrra, et hankijal on võimalik heastamist kasutusele võtta ka alla rahvusvahelist piirmäära jäävates hangetes. Vastavalt eelnõu seletuskirjale täiendatakse RHS § 77 lg 4 selliselt, et hankijal tuleb juba alusdokumentides alusdokumentides esitada teave selle kohta, et § 97 lg-s 1 sätestatud tõendid ettevõtja poolt võetud heastamismeetmete kohta tuleb esitada koos pakkumuse või taotlusega.³⁸

Sellegipoolest järeldub, et on võimalik hankemenetlusest kõrvaldamise tingimustes kasutada sotsiaalseid tingimusi, nimelt sotsiaal- ja tööõiguslaste normide rikkumise korral hankemenetlusest eemaldamist. Selle meetme suhe efektiivse konkurentsi tagamise kohustusega on üsna märkimisväärne, kuivõrd kõrvaldamine vähendab pakkujate arvu ja on seega kooskõlas RHS § 3 p 3 kohustusega, kui kõrvaldamist saab pidada otstarbekaks ja proportsionaalseks kõrvaldamise põhjustega. See peab olema hankija igakordne kaalutusotsus, võttes arvesse rikkumise raskust. Sellegipoolest on tegu üsna märkimisväärse võimalusega kõrvaldada menetlusest pakkujad, kes on enda võimaliku konkurentsieelise saanud sotsiaalseid või tööõiguslikke norme rikkudes, st õigusvastaste meetmetega. Siinkohal on töö autori arvates

³⁵ Mussgnug, F. Promoting Social Considerations into Public Procurement Procedures for Social Economy Enterprises Matrix explaining how social considerations have been embedded in the German law transposing Directive 24/2014/EU. Brussels 2019. Lk 20-22

³⁶ Riigihangete seaduse muutmise eelnõu 2021.Lk 12

³⁷ Riigihangete seaduse muutmise eelnõu seletuskiri 2021. Lk 20-21

³⁸ Riigihangete seaduse muutmise eelnõu seletuskiri 2021. Lk 13

direktiivi ülevõtmisel tasakaalustatud mõistlikult efektiivse konkurentsi tagamist ja sotsiaalsete eesmärkide täitmist. Kuigi sotsiaalsete eesmärkide tagamine oleks ilmselt paremini tagatud olukorras, kus vastavate normide rikkumine toob kaasa automaatse kõrvaldamise, vähendatakse sellisel juhul pakkujate ringi kohati ebamõistlikult palju. Hankija kaalutusõiguse kasutamisel on seevastu võimalik igakordselt hinnata rikkumise mõju sotsiaalsetele eesmärkidele ja ka kõrvaldamise mõju hanke efektiivsele toimimisele ning majanduslikule tõhususele.

1.3. Sotsiaalsete põhimõtete kohaldamine tehnilises kirjelduses

RHS § 87 lg 1 alusel on tehniline kirjeldus on hankelepingu eseme kirjeldamiseks asjade või teenuste hankelepingu esemeks olevate asjade või teenuste omaduste ja neile esitatavate nõuete loetelu või ehitustööde hankelepingu esemeks olevate ehitustööde omaduste ja neile esitatavate tehniliste nõuete kogum. Sotsiaalsete eesmärkide saavutamise seisukohalt on oluliselt RHS § 87 lg 2 p 2 ja p 8, mille alusel saab vastavalt hõlmata mh puuetega inimeste poolt kasutatavuse võimalikkust ning nõudeid asja või teenuse tootmisprotsessile- ja tehnoloogiale.

RHS § 87 võtavad üle direktiivi 2014/24 artikleid 43 ja 44, mis on sõnastuselt imperatiivsed, nendest ei tulene liikmesriigile kaalutusruumi tehnilise kirjeldusega seotud nõuete ülevõtmisel. Sarnaselt sätestab ka direktiivi 2014/25 artikkel 60, et tehniline kirjeldus peab võimaldama kõigile ettevõtjatele võrdse juurdepääsu hankemenetlusele ega tohi tekitada põhjendamatu takistusi riigihangete avamisel konkurentsile. Sellest tulenevalt võiks eeldada, et hankija kaalutusruumi teostamise piirid sotsiaalsete põhimõtete kohaldamisel võiksid olla pigem kitsad.

Hankija kaalutusõigus seisneb tehnilise kirjelduse puhul eelkõige õiguses ise määratleda, millist kaupa või teenust hankija soovib. Kohtupraktikast nähtub, et hankija ei pea ilmingimata välja selgitama absoluutseid miinimumparameetreid, mis tal hankelepingu eesmärgi saavutamiseks tarvis on, kuid sellegipoolest tuleb kinni pidada piirangust, et ei tohi tekitada konkurentsile põhjendamatu takistusi.³⁹ Siinkohal on hankijal võimalik hankelepingu eseme tehniliste omaduste või seotud tootmisprotsesside puhul kohaldada ka sotsiaalseid tingimusi, kui need on proportsionaalsed ja hankelepinguga seotud. Asjaolu, et hankija lähtub tehnilise kirjelduse koostamisel enda vajadustest, ei saa käsitleda põhjendamatu takistusena riigihanke

³⁹ TlnHK 3-16-1094 p 15-17

avamisel konkurentsile isegi juhul, kui see vähendab konkurentsi. Hankija ei pea määratlema hankelepingu eset viisil, et pakkumuse saaks esitada võimalikult suur hulk ettevõtjaid. RHS ei kohusta hankijat arvestama kõikide pakkumuse esitamisest huvitatud isikute võimaluste ja huvidega ning sel viisil ise täiendavat konkurentsi looma.

Euroopa Kohtu praktikas on sedastatud seisukohta, et hankijal on laiaulatuslik kaalutusõigus tehnilise kirjelduse koostamisel. See kaalutusõigus on põhjendatud asjaoluga, et just hankijad teavad paremini, milliseid seadmeid on neil vaja ning just nemad saavad kõige paremini kindlaks määrata nõuded, mis tuleb soovitud tulemuse saavutamiseks täita. Kuigi artikli 42 lõige 3 näeb ette, et tehniline kirjeldus tuleb koostada kas kirjeldades piisavalt täpselt kasutusomadusi või funktsionaalseid nõudeid või viidates tehnilistele kirjeldustele või erinevatele standarditele, ei välista see säte mingil moel seda, et hanke dokumentides täpsustatakse hangitavate seadmete ja vahendite funktsioneerimise ja kasutusega seotud omadusi. Lisaks tuleb märkida ühelt poolt, et direktiivi 2014/24 artikli 42 lõike 3 sõnastus ei loo tehnilise kirjelduse koostamise meetodite vahel hierarhiat ega eelista ühtegi neist meetodit.⁴⁰ Sellest tulenevalt on hankijal võimalik kaasata mõningal määral tehnilisse kirjelduse, kusjuures sotsiaalsete kaalutluste eesmärk ning iseloom peab kindlasti sõltuma konkreetse hankelepingu esemest.

Hankija peab kaalutusõiguse teostamisel silmas pidama, et sotsiaalsete eesmärgede täitmisel tehnilise kirjelduse abil ei piirataks kunstlikult vaba konkurentsi. Direktiivi 2014/25 põhjenduste kohaselt tuleb tehnilised kirjeldused koostada nii, et need ei vähendaks kunstlikult konkurentsi teatavat ettevõtjat soosivate nõuetega, kirjeldades vastava ettevõtja poolt tavapäraselt pakutavate asjade, teenuste või ehitustööde põhiomadusi. Kõige paremini aitab seda eesmärki saavutada see, kui tehnilise kirjelduse koostamisel lähtutakse funktsionaalsetest nõuetest ja kasutusomadustest.⁴¹

Samas tuleneb Eesti kohtupraktikast, et asjaolu, et ainult vähesed ettevõtjad suudavad hankelepingu sõlmimise tingimusi täita, ei ole iseenesest üldpõhimõtetega vastuoluline. Kuna hankelepingu eseme määratlemine on hankija vabadus, ei ole pakkujatel õigust vaidlustada tehnilises kirjelduses esitatud lahenduse otstarbekust. Hankija on kohustatud vältima

⁴⁰ EKo C-413/17, *Roche Lietuva UAB*, p 27-30

⁴¹ 2014/25 põhjendus 83

põhjendamatu piiranguid konkurentsile, mis ei ole tema tegelikest põhjendatud vajadustest lähtuvalt vajalikud.⁴²

Pakkujal ei ole subjektiivset õigust nõuda tehnilise kirjelduse kirjeldamist mingil talle sobival viisil olukorras, kus hankija arvates sobivam, selgem ja ilmselt otstarbekam tehnilise kirjelduse tingimus on proportsionaalne RHS § 88 lg 7 tähenduses. Oluline on, et kõne all olev tingimus oleks põhjendatud ning tagaks hankijale vajaliku ja soovitud tulemuse hankija enda arvates.⁴³

Tehnilise kirjelduse ja efektiivse konkurentsi tagamise nõude juures mängib eelkõige rolli see, kas esitatavad nõuded on otstarbekad ja proportsionaalsed. VAKO on leidnud, et efektiivse konkurentsi olukorra rikkumiseks saab pidada ka seda, kui tehnilises kirjelduses esitatud nõuded on põhjendamatult kõrged hankija objektiivseid vajadusi arvesse võttes. Hankijal ei ole tegeliku vajaduseta õigust nõuda nii spetsiifiliste omadustega tooteid, et see põhjendamatult piiraks hankes osalevate potentsiaalsete pakkujate arvu.⁴⁴

Tehnilises kirjelduses esitatud nõudeid tuleb hankijal põhjendada, kui põhjendatuse või objektiivsuse üle käib vaidlus, siis tehnilise kirjelduse kooskõla üldpõhimõtetega on hankija tõendamiskoormis.⁴⁵ Hankija kohustus on sätestada tehnilises kirjelduses sedastatavad nõuded selliselt, et need vastaksid hankija vajadustele ning oleksid seejuures objektiivsed ja proportsionaalsed.

Riigihangete seaduse § 88 lg 8 tuleneb nõude, mille kohaselt tuleb hanke tehnilise kirjelduse koostamisel arvesse võtta puuetega inimeste võimalikke kasutusvajadusi või koostada tehniline kirjeldus nii, et kõigil oleks võimalik hankelepingu eset kasutada, kui see on tehniliselt võimalik ja asjakohane. Seega on tegu sotsiaalse kriteeriumiga, mis on RHS-s sätestatud kohustusliku sotsiaalse kaalutlusena, kuigi see ei tulene selgesõnaliselt vastava sätte tekstist. Riigihangete direktiivide vastavad sätted ei näe ette sellist kohustust või võimalust, kui arvesse võttes sätete (artiklid 42 direktiivist 2014/24 ja artikkel 60 direktiivist 2014/25) sõnastust, on siin jäetud liikmesriikidele vastav kaalutlusruum, mida Eesti seadusandja on ka kasutanud. Lisaks on mõlema puhul direktiivi põhjendustes välja toodud, et direktiivi rakendamisel tuleks arvestada ÜRO puuetega inimeste õiguste konventsiooni.⁴⁶ Hankija kaalutlusõigusele on

⁴² TrtRnKo 3-20-718, p 20-21

⁴³ TrtRnKo 3-20-718, p 23

⁴⁴ VAKO 228-10/120741, p 5

⁴⁵ TrtRnKo 3-11-1300, p 11

⁴⁶ Direktiivi 2014/24 põhjendus 3 ja direktiivi 2014/25 põhjendus 5

sätetatud selge piir seoses sellega, kas ja millal arvestada puuetega inimeste kasutusvajadustega.

Näiteks Läti õiguses on puuetega inimeste ligipääsu küsimus lahendatud mõnevõrra erinevalt Eesti õigusest. Läti õiguse kohaselt hanked, mille esemed on mõeldud kasutamiseks füüsilistele isikutele, peavad arvesse võtma puuetega inimesi ja vastavaid ligipääsu nõudeid. Seda tingimust on tehnilisse kirjeldusse kaasamata jätta ainult juhul, kui see on mõistlikult põhjendatud. Läti õiguskirjanduses on välja toodud, et kuivõrd seaduse kontekstis on piiritlemata mõiste “mõistlikult põhjendatud”, võib see siiski tekitada raskusi vastava sätte sisustamisel.⁴⁷ Seega, sisuliselt on Eesti ja Läti õiguses sarnaselt kohustuslik puuetega inimeste ligipääsu tagamine hankelepingu esemele, kuid grammatiliselt tõlgendades võib asuda seisukohale, et Eesti õiguse kohaselt on hankija kaaltulusõiguse piirid kitsamad ning seega on autori arvates puuetega inimeste ligipääsu tagamise kohustus selge. Läti õiguses on juurde lisatud mõistliku põhjendatavuse nõue.

Tehnilise kirjeldusega on hankijal võimalik kindlaks määrata ka sotsiaalseid kriteeriume, mis ei mõjuta otseselt toote omadusi, vaid näiteks tootmisprotsesse. Näiteks vormiriietuse tootmisel ei mängi toote omaduste määramisel rolli asjaolu, kas tootmiseks on kasutatud lapstööjõudu või mitte, kuid sellegipoolest on võimalik selliseid nõuded tehnilises kirjelduses esitada. Vastupidist seisukohta võiks pidada direktiivi artikli 42 (1) liiga kitsaks tõlgenduseks.⁴⁸ Seega on võimalik kaasata sotsiaalseid kaalutlusi ka viisidel, mis ei mõjuta tegelikkuses toote või teenuse omadusi. Kohtupraktikast nähtub, et tehnilisi tingimusi peab hankija sätestama eriti hoolikalt ja täpselt, et nende osas ei tekiks mitmetimõistetavusi.⁴⁹

Euroopa Kohus on leidnud, et toodetele ei või sätestada nõudeid, mis piiravad põhjendamatult teistest riikidest pärinevate toodete konkureerimist siseriiklikul turul. Impordipiirang, mis ei ole asjakohaselt põhjendatud ja pärsib põhjendamatult toodete vaba liikumist, ei ole kooskõlas Euroopa Liidu vaba konkurentsi põhimõtetega.⁵⁰

⁴⁷Gaigule-Šāvēja, K. Promoting Social Considerations into Public Procurement Procedures for Social Economy Enterprises. Matrix explaining how social considerations have been embedded in the Latvian law transposing Directive 24/2014/EU. Brussels 2019. Lk 10

⁴⁸ Barnard. Lk 220

⁴⁹ TlnHK 3-19-1523; p-d 19, 21-23, 31, 34, 36-37

⁵⁰ EK C-120/78, Rewe-Zentral AG ja Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, p 11-15

RHS § 89 lg 1 alusel on võimalik tehnilises kirjelduses nõuda pakkujalt märgise esitamist tõendamaks, et hankeobjekt vastaks esitatud nõuetele. Märgised on enamjaolt sertifikaadid, mis tõendavad hanke eseme või sellega seotud tootmisprotsesside vastavavust teatud nõuetele. Riigihangete seaduse kommenteeritud väljaande kohaselt on: „Sätte eesmärgiks on tekitada olukord, kus hankija saab nõuda pakkujatelt hankelepingu esemeks olevatele asjadele, teenustele või ehitustöödele esitatud sotsiaalsete või muudele erinõuetele vastavuse tõendamiseks konkreetsete märgiste esitamist ning sätestada tingimused, millistele nõuetele peavad sellised märgised vastama, et nende olemasolu nõudes ei mindaks vastuolu riigihanke korraldamise üldpõhimõtetega.“⁵¹ Kui ettevõtjal pole olnud võimalust märgist hankida, tuleb arvesse võtta ka muid tõendeid vastavate asjaolude tõendamisel.⁵² Märgise nõuded peavad põhinema objektiivselt tõendavatel asjaoludel ja mittediskrimineerivatel kriteeriumitel.⁵³

Selliselt täidab märgis eelkõige tõenduslikku funktsiooni, võimaldades hankijal tugineda märgise aluseks olevate nõuete täitmise osas märgisele endale, ilma et märgise aluseks olevate nõuete täitmist tuleks eraldi sisuliselt kontrollida. Samas tuleb arvestada, et kuigi RHS lubab nõuda konkreetse märgise olemasolu, on RHS 114 lg 5 kohaselt pakkujatel võimalik tõendada pakutavate asjade, teenuste või ehitustööde vastavust riigihanke alusdokumentides sätestatud nõuetele lisaks konkreetsele märgisele ka samaväärse märgisega. Samuti kohustab RHS hankijat aktsepteerima asjakohaseid tõendeid, millest nähtub pakutavate asjade, teenuste või ehitustööde vastavus nõutava märgise aluseks olevatele nõuetele, kui pakkujal ei ole objektiivsetel asjaoludel võimalik hankija nõutud märgist või samaväärset märgist etteantud tähtaja jooksul saada. Eelnimetatud erand ei kehti aga märgiste puhul, mis on seaduse alusel eelduseks asja, teenuse või ehitustöö pakkumiseks turul.⁵⁴

Euroopa Kohtu praktikast tuleneb, et horisontaalsete eesmärkide täitmist võib kasutada pakkumuse kriteeriumina, kui tegu on ettevõtte üldise poliitikaga, ja sellisel juhul võib pakkuja tõendada vastavust enda valitud viisil, mh ka sertifikaadi esitamisega. Sertifikaadi asemel võis kohtu hinnangul esitada ka muid asjakohaseid tõendeid, mis näitavad pakkuja ettevõtte

⁵¹Simovart, M. A., Parind, M. . Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Lk 524

⁵²De Koninck, C., Ronse, T., Timmermans, W. European Public Procurement Law: The Public Sector Procurement Directive 2014/24/EU Explained through 30 Years of Case Law by the Court of Justice of the European Union 2nd Edition. Wolters Kluwer Law & Business. Alphen aan den Rijn 2015. Lk 11-12

⁵³ De Koninck, C., Ronse, T., Timmermans, W. Lk 11-12

⁵⁴Simovart, M. A., Parind, M. Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Lk 524-525

tegelikke praktikaid, kuid sertifikaadi tõenduslik väärtus võib olla selles osas mõnevõrra kõrgem.⁵⁵

Seega võib hankija tehnilise kirjelduse abil korraldada hanke, millega ostab kaupu või teenuseid, mis panustavad jätkusuutlikku arengusse, pidades silmas jätkusuutlikke või vastutustundlikke tootmis- või turustamisprotsesse. Sellisel juhul võib ostja asjassepuutuvat hanke kirjeldustes arvesse võtta, kuid ei saa nõuda, et tooted kannaks spetsiifilist eetilise kaubanduse märgistust/sertifikaati, sest see piiraks juurdepääsu nende toodete lepingutele, mis ei ole sertifitseeritud, kuid vastavad sarnastele jätkusuutliku kaubanduse standarditele. See on üldpõhimõte, mis kohaldub mitte ainult eetilise kaubanduse märgistele, vaid kõikidele märgistele, mis nõuavad majandustegevuses osalejate või nende toodete eelnevat sertifitseerimist. Samuti ei saa ostja, kes soovib osta biotooteid, nõuda spetsiifilisi ökomärgiseid, kuid saab pakkumisdokumentides nõuda vastavust spetsiifilistele bioloogilise põllumajanduse kriteeriumitele.⁵⁶

Seega tuleks tehnilised kirjeldused koostada nii, et need ei vähendaks kunstlikult konkurentsi teatavat ettevõtjat soosivate nõuetega, kirjeldades vastava ettevõtja poolt tavapäraselt pakutavate asjade, teenuste või ehitustööde põhiomadusi. „Kui viidatakse Euroopa standardile või selle puudumisel oma riigi standardile, peaksid avaliku sektori hankijad kaaluma ka teistel samaväärsetel süsteemidel põhinevaid pakkumusi. Nõutava märgisega samaväärsuse tõendamine peaks olema ettevõtja kohustus. Samaväärsuse tõendamiseks võib pakkujatelt nõuda kolmandate isikute poolt kontrollitud tõendusmaterjali. Samas tuleks siiski aktsepteerida ka muid sobivaid tõendeid, nagu tootja tehniline toimik, kui asjaomasel ettevõtjal puudub juurdepääs sellistele tõenditele või katsearuannetele või tal ei ole võimalik neid asjaomase tähtaja jooksul hankida, tingimusel et asjaomane ettevõtja seeläbi tõendab, et ehitustööd, asjad või teenused vastavad tehnilises kirjelduses, pakkumuste hindamise kriteeriumites või lepingu täitmise tingimustes sätestatud nõuetele või kriteeriumitele“.⁵⁷

Eesti praktikas näiteks on mittetulundusühing Lääne-Eesti Turism korraldanud hankeid, mille eesmärk on Lääne-Eesti loodusturismiobjektide ligipääsetavuse parandamine erivajadustega inimestele ning sellega seotud ehitustööd, muud kaasnevad tööd, toimingud ning tarned.

⁵⁵ EK T-331/06, *Evropaïki Dynamiki v European Environment Agency (EEA)*, p 74-77

⁵⁶ Euroopa Komisjon. Sotsiaalne ostmine. Juhend sotsiaalsete kaalutluste arvestamiseks riigihankes. Luxembourg: Euroopa Liidu Väljaannete Talitus, 2011. Lk 31. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.digar.ee/arhiiv/et/raamatud/21916>

⁵⁷ Direktiiv 2014/24 põhjendus 74

Hankes välja toodud hindamise alused on objektide puhul olnud peasjalikult madalaim hind, mitte majanduslikult soodsaim pakkumine, kuid sotsiaalsete eesmärkide, st. puuetega inimeste ligipääsetavuse parandamine, saavutati tehnilise kirjelduse abil.⁵⁸

Riigihangete vaidlustuskomisjon lahendas vaidlustuse, kus Riigi Kaitseressursside Keskus oli teinud hanke tee, kohvi ja kakao ostmiseks. Tehnilises kirjelduses oli hankija välja toonud, et tooted peavad olema õiglase kaubanduse või UTZ sertifikaadiga või mõne võrdväärse sertifikaadiga. Pakkuja oli esitanud Geo Chem sertifikaadi, mille alusel oli hankija pakkuja mitte vastavuse tõttu hankest kõrvaldanud. Hankija tõi välja, et pakkuja esitatud sertifikaat iseloomustab toodete kvaliteeti, mitte kaubanduse/tarnimise praktikaid. Seega leidis hankija, et tegu pole võrdväärse sertifikaadiga. Komisjon oli seisukohal, et hankija oli vastavustingimustes toonud sertifikaatide nõude ära selliselt, et oli mõistlikult aru saada, et tooted peavad vastama õiglase kaubanduse või UTZ andmise eelduseks olevatele tingimustele. Selline tingimus vastas sisuliselt RHS § 89 lg-s 3 sätestatud võimalusele, mille kohaselt hankija võib nõuda, et pakutavad asjad vastaksid kõikidele märgise nõuetele.⁵⁹ Käesolevas kaasuses ei olnud vaidlustaja vaidlustanud hanke alusdokumentides toodud märgise saamise tingimusi, mistõttu ei analüüsinud komisjon neid sellest lähtuvalt, kuid autori arvates ei saa sellist tehnilist kirjeldust pidada tingimata õiguspäraseks, kuivõrd ei olnud välja toodud sertifikaadi aluseks olevaid nõudeid.

Ka Euroopa Kohtu lahendist tuleneb, et tehnilises kirjelduses ettenähtud tingimuste täitmise tõendamisel tuleb pakkujale anda teatavat vabadust. See, kui hankija nõuab teatud märgist ja ei luba märgisele vastavaid omadusi tõendada muul moel, ei ole kooskõlas direktiivi nõuetega. Teatud tingimustel võib need siiski lisada lepingu täitmise punktidesse, kui need on lepingu esemega seotud, ent annavad pakkujatele võimaluse tõendada enda toote või teenuse sobivust tehnilises kirjelduses ettenähtud tingimustele.⁶⁰ Järelikult ei ole hankijal võimalik tehnilise kirjelduse nõuetele vastamise tõendamist pakkujale üheselt ette kirjutama. Siinkohal on peab tegema hankija kaalutusotsuse, kas pakkuja esitatud tõendit saab pidada mõistlikult piisavaks mingi kindla tehnilise kirjelduse nõudele vastavuse tõendamiseks.

⁵⁸ Mittetulundusühingu Lääne-Eesti Turism hange Lääne-Eesti loodusturismiobjektide ligipääsetavuse parandamine, I ja II etapp.(Hangete viitenumbrid vastavalt 211111 ja 219539) Kättesaadav arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1587992/general-info> ja <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1646768/general-info> (mõlemad vaadatud 07.03.2020)

⁵⁹ Riigihangete vaidlustuskomisjoni 21.12.2018. a otsus asjas nr 253-18/200050. p 14, 17

⁶⁰ EKo C-368/10, Euroopa Komisjon versus Madalmaade Kuningriik, p 89 ja 97

Eeltoodud seisukohaga kooskõlaline on ka Euroopa Komisjoni juhend, kust nähtub, et „hankijad, kes kavatsevad osta eetilise kaubanduse kaupu, ei tohiks kõiki eetilise kaubanduse märgistuse/sertifikaadi tehnilisi kirjeldusi lihtsalt kopeerida ostude tehniliste kirjelduste alla, veel vähem tohib määratleda konkreetset eetilise kaubanduse märgistust või sertifikaati. Selle asemel tuleb vaadata kõiki eetilise kaubanduse märgistuse või sertifikaadi alamkriteeriume ja kasutada ainult neid, mis on seotud ostu objektiga. Ostjad võivad kindlaks määrata, millised eetilise kaubanduse märgistused/sertifikaadid vastavad nende kriteeriumite täitmisele, kuid nad peavad alati arvesse võtma ka teisi tõendamisviise. Pakkujatel peab olema võimalus tõestada vastavust määratletud nõuetele, kasutades sobivaid eetilise kaubanduse märgistusi/sertifikaate või teisi meetmeid.“⁶¹

Märgiseid saab kasutada olukorras, kus neid on võimalik kasutada objektiivselt kontrollitavate kriteeriumite alusel, kasutades menetlust, milles saavad osaleda sellised sidusrühmad nagu valitsusasutused, tarbijad, tootjad, turustajad ja keskkonnaorganisatsioonid, ning et märgise nõuded on kõigile huvitatud osapooltele kättesaadavad.⁶²

RHS § 89 lg 2 toob välja märgiste kasutamise tehnilise kirjelduse loomisel. Samas reguleerib 2014/24 direktiiv ka märgiste kasutamist nii hankelepingu tingimustes kui ka vastava hanke hindamiskriteeriumides. RHS kommenteeritud väljaandes on asutud seisukohale, et kuigi RHS ei sätesta sellist võimalust, siis kooskõlalise tõlgendamise kohaselt peaks olema võimalik saab § 89 lg 2 tõlgendada selliselt, et see hõlmaks endas ka hankelepingu tingimusi ja hindamiskriteeriume, võttes arvesse vastavaid üldpõhimõtteid.. Lähtuvalt kooskõllalisest tõlgendamisest tõlgendamise põhimõttest kohalduvad ka RHS § 89 ka hindamise kriteeriumide ning lepingutingimuste sätestamisele.⁶³

Tehnilistes kirjeldustes ei saa arvesse võtta nõudeid, mis on seotud soetatavate tarnete tootmisprotsessis osalevate töötajate töötingimustega, sest need ei ole hankedirektiivi mõistes tehnilised kirjeldused. Seetõttu võib tehnilisse kirjeldusse sisse tuua sotsiaalseid või muid horisontaalseid kaalutlusi, kui need on lepingu esemega seotud. Pakkujaid saab tehnilisele kirjeldusele mitte vastates kohe eemaldada, samas kui lepinguliste eritingimuste puhul peab pakkuja vaid hankelepingu tingimused vastu võtma. Lepingu eritingimustes sätestatud nõuetele ei pea pakkuja vastama pakkumuse esitamise hetkel, vastupidiselt tehnilisele kirjeldusele,

⁶¹ Sotsiaalne ostmine. Juhend sotsiaalsete kaalutluste arvestamiseks riigihankes. Lk 32

⁶² Direktiiv 2014/24 põhjendus 75

⁶³ Simovart, M. A., Parind, M. Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Lk 525

kvalifitseerimistingimustele ja pakkumuste hindamise kriteeriumidele. Sellega kaasnevad ka võimalikud tõendamisprobleemid, kuivõrd vastavust tehnilises kirjelduses sätestatud nõuetele saab nõuda riigihankemenetluse ajal, samas kui lepingu eritingimustes sätestatud sotsiaalsetele tingimustele vastavuse tõendamist ei ole võimalik riigihankemenetluse ajal nõuda.⁶⁴ Eeltoodust tulenevalt võiks asuda seisukohale, et tehnilisest kirjeldusest efektiivsemalt ja konkurentsivähem piiraval moel on võimalik kaasata sotsiaalseid tingimusi hankesse hankelepingu tingimuste sätestamisel.

Lepingu esemega seotuse nõue keskendub vaid hangitavatele kaupadele või teenustele, jätmata seejuures võimalust hankijale arvesse võtta ettevõtte laiemat mõju sotsiaalsetele eesmärkidele.⁶⁵ Samas on selline piirang vaba konkurentsiga tagamise koha pealt oluline, kuivõrd hankeeseme liiga spetsiifiline tehniline kirjeldus võib olla põhjendamatu piirang efektiivsele konkurentsile.

Sellest johtuvalt võib ka järeldada, et tehnilises kirjelduses sotsiaalsete eesmärkide elluviimise puhul seisneb hankija kaalutusotsus eelkõige selles, mida hankida. Hankija poolt kindlaks määratud hankelepingu ese määrab kindlaks ka hankija kaalutusõiguse teostamise piirid sotsiaalsete kaalutluste kaasamisel. Sotsiaalsete kaalutluste kaasamise võimalused rohkem piiratud, kuivõrd nõuded, mida pakkujatele esitada, peavad olema rangelt seotud hankelepingu esemega. Hankija kohustus on tagada, et tehnilises kirjelduses esitatavad nõuded on objektiivsed ja proportsionaalsed ning vaidluse korral on vastava asjaolu tõendamine hankija tõendamiskoormis.

1.4. Sotsiaalsete põhimõtete kohaldamine pakkumuste hindamisel

RHS § 85 lg 1 sätestab üldised nõuded pakkumuste hindamise kriteeriumide seadmiseks, kusjuures tingimused peavad sätte kohaselt olema hankelepingu esemega seotud ja reaalselt konkurentsiga tagavad pakkumuste hindamise kriteeriumid. Sotsiaalsete eesmärkide elluviimiseks on hankijal võimalik sätestada hindamiskriteeriumid, mis lähtuvad majanduslikult soodsaima pakkumuse leidmisest ja seeläbi kaasata hindamiskriteeriumide hulka ka tingimusi, mis aitavad edendada ka sotsiaalseid eesmärke.⁶⁶ Lisaks sellele on RHS §

⁶⁴Ankersmit, L. Lk 7-8

⁶⁵Ankersmit, L. Lk 17

⁶⁶Simovart, M. A., Parind, M. Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Lk 475-476

85 lg 7 alusel võimalik kindlaks määrata ka hanke hind ja hinnata pakkumusi üksnes kvalitatiivsete või sotsiaalsete kriteeriumide alusel.

Direktiiv 2014/24 artikkel 67 lõige 2 jätab liikmesriikidele ka võimaluse mitte võimaldada hankijatel kasutada hindamismeetodina madalaima hinna tingimust, pannes seeläbi rohkem rõhku hankelepingu eseme kvaliteedile ja muudele omadustele, mh potentsiaalselt ka sotsiaalsetele tingimustele. RHS seda võimalust ei kasuta, sätestades siiski hindamismeetodina ka madalaima hinna kriteeriumi, olgugi, et seda võib vastavalt RHS § 85 lg 4 teha üksnes juhul, kui hankija jaoks sõltub pakkumuse majanduslik soodsus ainult pakkumuse hinnast või kulust ja kõik muud tulevase hankelepingu tingimused on hanke alusdokumentides ammendavalt kindlaks määratud. Sarnaselt sätestab ka direktiivi 2014/25 artikkel 82 lõige 2, mille kohaselt liikmesriigid võivad ette näha, et võrgustiku sektori hankija ei või kasutada ainult hinda või ainult kulu pakkumuste hindamise ainsa kriteeriumina või piirata nende kasutamist teatavatele võrgustiku sektori hankijate kategooriatele või teatavat liiki hankelepingutele.

Tegemist on Euroopa Komisjoni juhendi järgi enim kasutatud hindamismeetodiga, andes hankijale seeläbi võimaluse kaaluda lisaks ka hankedokumentides avaldatud hindamiskriteeriume ja nende suhtelist osakaalu võrreldes hinnaga.⁶⁷ Samas Eestis on enim kasutatud meetodina siiski levinud madalaima hinna järgi arvestamine. Eestis 2019. aastal alustatud hangetest on 87% lähtunud hindamisel üksnes madalaimast hinnast, seejuures riigihangete rahalisest mahust on madalaima hinna alusel hinnatud 67% hangetest.⁶⁸ Sotsiaalseid kriteeriume sisaldavaid hankeid korraldati 2019. aastal 7, mis moodustab 0,1% hangete arvust ning maksumusest.⁶⁹

RHS § 85 lg 8 p-st 1 nähtub, et kvalitatiivsed või sotsiaalsed kriteeriumid võivad olla eelkõige kvaliteet, sealhulgas tehniline väärtus, esteetilised, funktsionaalsed, keskkondlikud, sotsiaalsed ja innovaatilised omadused, ligipääsetavus ning turustamise tingimused. Soovituslikult võiks hankija kindlaks teha, et subjektiivsete omaduste hindamise puhul oleks tagatud kontrollitavus

⁶⁷ Euroopa Komisjon. Spetsialistidele mõeldud riigihankemenetluse suunised. *Sine loco* 2018. Lk 95.

Kättesaadav arvutivõrgus:

https://ec.europa.eu/regional_policy/et/information/publications/guidelines/2018/public-procurement-guidance-for-practitioners-2018

⁶⁸ Riigihangete valdkonna 2019. aasta ülevaade. Lk 32

⁶⁹ Riigihangete valdkonna 2019. aasta ülevaade. Lk 30

ja läbipaistvus, kaasates selle jaoks näiteks sõltumatuid eksperte või tagada pakkujate anonüümsus hindamise käigus.⁷⁰

RHS § 85 jätab hankijale suhteliselt suure kaalutusõiguse vastavalt enda vajadustele otsustada, milliseid hindamiskriteeriume ja millises ulatuses kasutada. Kriteeriumide seadmisel ja rakendamisel tuleb silmas pidada riigihangete üldpõhimõtteid. Direktiivis on välja toodud, et pakkumuste hindamise kriteeriumitega ei anta avaliku sektori hankijatele piiramatut valikuvabadust. Need peavad tagama toimiva konkurentsi võimaldamise ja nendega peavad kaasnema tehnilised kirjeldused, mis võimaldavad pakkujate esitatud teavet tõhusalt kontrollida, et hinnata, kui hästi vastavad pakkumused pakkumuste hindamise kriteeriumitele.⁷¹

Uue riigihangete seaduse eelnõu kohaselt täiendatakse RHS § 85 selliselt, pakkumuste hindamiskriteeriumide sõnastamisel võib ka pakkumuse hindamise kriteeriumide osakaalusid väljendada asjakohase mõistliku vahemikuna või tähtsuse vähenemise järjekorras.⁷² Selline sõnastus laiendab kindlasti hankija kaalutusõiguse piire ning võib ka lihtsustada sotsiaalsete kriteeriumide kaasamist hangetesse, kuivõrd võimaldab suuremat paindlikust kriteeriumide sisustamisel.

Hindamiskriteeriumite abil sotsiaalsete eesmärkide edendamise puhul ei vähendata kuidagi pakkujate ringi, seega ei ole sellel moel tegu vaba konkurentsi piiramisega RHS § 3 p 3 mõistes. Küll aga on efektiivse konkurentsi eesmärk on tagada hanke majanduslik tõhusus, mida ei ole võimalik saavutada, kui hindamiskriteeriumid on sätestatud või rakendatud vääralt. Euroopa Kohus on leidnud, et vaba konkurentsi tagamiseks peab hankija tagama võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse igas hankemenetluse etapis. Näiteks ei ole õigusega kooskõlas, kui hanketeated avaldatakse siseriiklikul tasandil täielikult ja rahvusvahelisel tasandil ainult osaliselt, kuivõrd sellisel juhul ei ole teiste liikmesriikide pakkujatel võimalik pakkumusi esitada samadel alustel kui siseriiklikud pakkujad. Diskrimineerimise keeldu tuleb silmas pidada nii pakkujate kui ka potentsiaalsete pakkujate osas.⁷³ Pakkujad peavad olema võimalikult võrdsetel positsioonidel nii siis, kui nad enda pakkumust kokku panevad kui ka siis, kui pakkumusi hinnatakse. Hindamistingimus, mis annab pakkujale täieliku vabaduse otsustamaks, milline pakkuja

⁷⁰Simovart, M. A., Parind, M. Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Lk 480

⁷¹ Direktiiv 2014/24 art 67 lg 4

⁷² Rahandusministeerium. Riigihangete eelnõu 2021. Lk 9

⁷³ EK C-16/98 Commission of the European Communities v French Republic, p 101, 107

otsutub edukaks, ei ole õiguspärane. Kuigi pakkuja kaupade varustatus võib mängida rolli majanduslikult sobivama pakkuja valimisel, peab selline kriteerium olema välja toodud ka hankedokumentides või hanketeates selliselt, et mõistlik ja hoolikas pakkuja saaks sellest kohaselt aru. Samuti eeldab see, et hankija kohaldab tingimust terve menetluse ajal ühetaoliselt. Lisaks sellele on hankija kohustus tagada, et tingimust kohaldatakse kõikidele pakkujatele ühetaoliselt. Võrdse kohtlemise põhimõte eeldab, et järgitakse ka läbipaistvuse põhimõtet.⁷⁴

Pakkumuste hindamise kriteeriumid peavad olema enne pakkumuste esitamist teatavaks tehtud täies mahus. Kui pakkumuste hindamise faasis antakse lisapunkte selle eest, kui pakkujal on võimalik lepingut täita kasutades tööjõudu, kellest mingi osa on pikaajalised töötud, peab see olema võimalikele pakkujatele juba algusest peale teatavaks tehtud. Selliselt tagatakse läbipaistvuse põhimõtte järgimine.⁷⁵ Läbipaistvuse tagamisel sellisel moel on võimalik hankijal järgida ka konkurentsi efektiivsuse kohustust, kuivõrd sellisel juhul on võimalik pakkujatel luua adekvaatne ettekujutus sellest, millistel alustel sotsiaalsete tingimuste täitmist hinnatakse ja vähendab ohtu konkurentsi tarbetu või põhjendamatu mõjutamise osas hankemenetluse käigus.

Seega, iga hinna-kvaliteedi suhtega arvestava riigihanke puhul peab juba hankedokumentides selgelt välja tooma, milliseid kvaliteeditingimusi, näiteks sotsiaalseid kaalutlusi pakkumuste hindamisel arvestatakse ning komisjoni soovitude kohaselt nendele andma ka protsentuaalse osakaalu näitamaks, millises mahus hinnatakse pakkumuste hinda ja kui tähtsad on mingi konkreetse hanke puhul muud väärtused, näiteks sotsiaalsed kaalutlused. Selline juhis on sätestatud selguse ja läbipaistvuse tagamiseks riigihangete läbiviimisel, andes pakkujatele võimalikult täpsed juhised pakkumuste esitamiseks, samuti piirates seejuures võimalikult palju hankija omavoli nn pehmete väärtuste rakendamisel pakkumuste hindamise protsessis. Sellises moel on võimalik tagada ka ELTL põhimõtete, eelkõige läbipaistvuse tagamine riigihankemenetluse käigus.⁷⁶

Hankija peab kaalutusõiguse teostamisel jälgima, et eri piirkondade pakkujatel oleks võimalikult võrdne ligipääs riigihankele, seda ka mõne kindla piirkonna sotsiaalsesse arengusse panustamisel riigihangete läbiviimise abil. Konkurentsi piiramise koha pealt on

⁷⁴ EK C-19/00 SIAC Construction ECR I-7725, p 34-44

⁷⁵ C. McCrudden.. Lk 223

⁷⁶ Euroopa Komisjon. Spetsialistidele mõeldud riigihankemenetluse suunised. Lk 96.

Euroopa Kohus leidnud, et mittediskrimineerimise põhimõtte järgimine aitab kaitsta efektiivset konkurentsi, kuivõrd ei jäta alusetult konkurentsist välja pakkujaid, kes võiksid olla hankes edukad. Hindamiskriteeriumide sisustamisel tuleb järgida mittediskrimineerimise põhimõtet. Hankija määras kindlaks, et pakkujatel peab olema teenuse osutamiseks kindlas provintsis büroo, et tagada hapniku tarnimise ja varustuse teeuse püsiv osutamine ja seega kaitsta patsientide elu ja tervist. Kohus leidis, et selliseid tingimusi ei saanud pidada proportsionaalseks kaalutluse osas, kuivõrd piiras põhjendamatult teiste piirkondade pakkujate võimalusi hankes edukalt osaleda ja seega piiras ka õigustamatult konkurentsi. Kuigi varustamisega kindlustatuse kriteerium võib kuuluda majanduslikult kõige soodsama pakkumise väljaselgitamisel kasutatavate kriteeriumide hulka sellise teenuse osutamise korral nagu käesolevas põhikohtuasjas, mille puhul peetakse silmas inimeste elu ja tervise kaitsmist, nähakse ette ettevõtjale kuuluva mitmekülgse tootmisettevõtte olemasolu, mis asub tarbimiskoha lähedal tuleb märkida, et käesolevas asjas ei tundu need kriteeriumid mitmel põhjusel olevat taotletava eesmärgiga kooskõlas.⁷⁷

Hea näide sotsiaalsest kriteeriumist, mida sisse tuua riigihanke alusdokumentides ning seejärel rakendada pakkumuste hindamise staadiumis, on hankelepingu täitmisega seotud töötajate töötasu nõue. Siinkohal on oluline välja tuua, et selliseid tingimusi ei ole võimalik kehtestada riigihanke tehnilises kirjelduses, kuivõrd seda ei saa pidada lepingu esemega seotud olevaks aspektiks. E. Fels ja P. Lätt on enda analüüsis kirjutanud, et keskmise palga nõude saab kehtestada olukordades, kus hanke esemeks oleva toote, teenuse vm. pakkumisel on töötingimused tavalisest suurema tähtsusega, saades selliselt potentsiaalselt mõjutada hankelepingu täitmist. Analüüsis on välja toodud, et sellisteks põhjusteks võiks näiteks olla see, et „vältida streikide või pideva kaadri vahetuse tõttu tekkivaid häireid teenuse pakkumisel.“ Samuti on asunud seisukohale, et töötasu nõuded võivad olla enim õigustatud sektorites, kus tööjõu kvaliteet mängib teenuse osutamise juures kesksel rollil, nagu nt ehitus, IT, ühistransport, koristus-, sotsiaal-, tervishoiu- või turvateenused. Samuti on märgitud, et keskmise palga nõude võib kehtestada vaid isikutele, kes on otseselt seotud hankelepingu täitmisega, mitte kogu pakkuja ettevõtlusele. „Ehkki keskmise palga nõue riivab kaupade ja teenuste osutamise vabadust, on riive õigustatud eesmärgiga kaitsta töötajate õigusi ja vähendada riigihanketurul sotsiaalset dumpingu. Euroopa Liidu tegevus hõlmab mitte üksnes siseturgu, vaid ka sotsiaalpoliitilisi eesmärgi. Seetõttu tuleks aktsepteerida liikmesriikide võimalust töötajate

⁷⁷ EK C-234/03 Contse p 49-53, 61

töötingimuste kaitseks tõhusamate sammude astumist ka riigihangete kaudu, sh keskmise palga nõude kehtestamise kaudu.⁷⁸

Sama on välja toodud ka mujal õiguskirjanduses, et sotsiaalse hindamiskriteeriumi kaasamisel peab seos lepingu esemega olema selge. Võib sätestada sotsiaalseid tingimusi, kui selle tingimuse täitmine aitab kaasa lepingu täitmise koha pealt, tagades usaldusväärse või efektiivse täitmise.⁷⁹ Samasisuline piirang on välja toodud ka direktiivi põhjenduses, kus on sedastatud, et „pakkumuste hindamise kriteerium ei ole seotud hankelepingu esemega, kui sellega esitatakse nõudeid pakkuja kogu ettevõtlustegevusele. Samuti ei saa hankija nõuda pakkujatel, et neil kehtiks teatav sotsiaalne vastutust reguleeriv ideoloogia“. Tingimus ei tohi seotud olla ka ettevõtja üldiste sotsiaalsete praktikatega, näiteks ostupoliitikat, kui need ei ole otseselt seotud hankelepingu esemega.⁸⁰

Tööõigusealaseid kriteeriume kasutusele võttes tuleb tähelepanu pöörata üldpõhimõtetest kinnipidamisele. Näiteks on Euroopa kohtupraktikas leitud, et kriteerium, mis puudutab pikaajaste töötajate tööle võtmist, on direktiiviga kooskõlas, kui sellega ei kaasne diskrimineerivat mõju teistest liikmesriikidest pärit pakkujatele.⁸¹

Tööõiguse alaste kaalutluste osas tuleb pakkumuste hindamise kriteeriumide puhul silmas pidada ka konkreetse hankelepingu eseme iseloomu ja vastava sotsiaalse tingimuse võimalikku mõju hanke täitmisele. Näiteks Eesti kohtupraktikas on leitud, et bussiliiniveo hanke korral võib pakkuja kehtiv kollektiivleping olla näitaja osutatava teenuse kvaliteedi kohta, kuivõrd see tagab suuremal määral töörahu ja vähendab efektiivse toimimise korral töövaidlusi, mis mõjutaksid hankelepingu täitmist pakkuja töötajate poolt. Kohus toob vastavas lahendis välja, et kollektiivleping võib oluliselt vähendada streigi või töösulu toimumise tõenäosust, mistõttu võis selles konkreetses olukorras teenust üleüldiselt pidada ka usaldusväärsemaks ja sellest tulenevalt ka kvaliteetsemaks.⁸² Samas on kollektiivleping üldjuhul töötajate õiguste parema garanteerimise ning töötingimuste parandamise huvides positiivne ja seega aitab edendada ka RHS § 2 lg 2 sätestatud sotsiaalseid kaalutlusi.

⁷⁸ E. Fels, P. Lätt. Keskmise palga nõue riigihangetes.

⁷⁹ R. Karro. Majanduslikult soodsaim pakkumus ja pakkumuste hindamise kriteeriumid. *Juridica* X/2011. Tallinn 2011. Lk 753-754

⁸⁰ M. A. Simovart, M. Parind. Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Lk 477

⁸¹ EK C-31/87 Beentjes, p 2

⁸² TrtRnKo 3-12-351, p. 11

Eesti praktikast võib tuua näite, kus sotsiaalsete kaalutluste osakaal oli küll pakkumuste hindamises esindatud, kuid pigem väikesekaaluline. Riigi Kaitseinvesteeringute Keskus viis 2018. aastal läbi hanke, mille objektiks olid suuremad ja väiksemad elektroonika osakomponendid, lisaks vajalikud tööriistad ja tarvikud. Pakkumuse hindamiskriteeriumides oli välja toodud hinnatava näitajana ka riskirühma tööhõive, mille osakaal hanke tulemuste hindamisel oli 5%.⁸³ Sellise näite puhul ei ole autori ilmtingimata põhjendatud tööhõivealaste kaalutluste kasutamine, kuivõrd hanke ese ei ole samaväärselt seotud tööjõuga seotud kaalutlustega.

Pakkumuste hindamise kriteeriumides võib ka sätestada tehnilisi omadusi, mis aitavad ellu viia sotsiaalseid eesmärgi. Üheks selliseks kriteeriumiks on näiteks ligipääsetavus, mis tagab hankijale või avalikkusele hankelepingu eseme hõlpsama kasutamise, näiteks ligipääs lapsevankriga või ratastooliga, helisüsteemiga valgusfoorid vaegnägijatele, subtiitrid või viipekeele tõlk vaegkuuljatele. Selliseid tingimusi võib kindlaks määrata ka tehnilises kirjelduses või pakkumuse vastavuse tingimustes, samas võib neid kasutada ka n.ö. lisapunktide saamiseks.⁸⁴

Euroopa Kohtu praktikast nähtub, et kriteeriumid peavad olema täpsed ja objektiivselt mõõdetavad. Euroopa Kohus otsustas *Concordia Busi* asjas tohi lepingu sõlmimise kriteeriumitega kunagi kaasneda piiramatut valikuvabadust ostjale. Valikuvabadust tuleb piirata, määrates konkreetsed tootega seotud ja mõõdetavad kriteeriumid või Euroopa Kohtu väljenduse kohaselt adekvaatselt täpsed ja objektiivselt mõõdetavad kriteeriumid. kus kohus leidis, et hankija võib arvesse võtta keskkonnakaitsega seotud kriteeriume, nagu liinibusside lämmastikoksiidi heitkoguseid või mürataseta, tingimusel et need kriteeriumid on hankelepingu esemega seotud, ei anna hankijale piiramatut valikuvabadust, on hankedokumentides või hanketeates sõnaselgelt nimetatud ja järgivad kõiki liidu õiguse aluspõhimõtteid, eelkõige diskrimineerimise keelu põhimõtet.⁸⁵ Käesolevaid järeldusi võiks kohaldada analoogia korras ka sotsiaalsetele kaalutlustele.

Eesti kohtupraktikas on ka rõhutatud, et pakkumust objektiivselt hindava kirjeldava tingimuse hindamisel hindamiskriteeriumi “Soodne hind” järgi ei ole kehtestatud hindepunktide andmise

⁸³ Riigi Kaitseinvesteeringute Keskuse riigihange Elektroonikakomponendid (Hanke viitenumber 70009764) <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/721813/evaluation> (

⁸⁴ M. A. Simovart, M. Parind. Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Lk 492

⁸⁵ EK C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy A vs Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne*

korda, vaid vastustaja selgitusel otsustavad hindamiskomisjoni liikmed andmete alusel subjektiivselt, millised punktid pakkumusele anda. See seisukoht on vastuolus RHS § 85 lg-ga 7, mille järgi hankija võib hinnata pakkumusi üksnes kvalitatiivsete või sotsiaalsete kriteeriumide alusel juhul, kui ta on hankelepingu hinna või kulu suuruse riigihanke alusdokumentides kindlaks määranud.⁸⁶

Riigihangete registri andmetel ei ole Eestis kasutatud võimalust määrata ära hanke hind ning hinnata hanget üksnes sotsiaalsete tingimuste alusel vastavalt RHS § 85 lg-le 7. Et erandi kasutamise korral oleks negatiivset mõju konkurentsile, kui võrd sellise meetme kasutamise korral ja mõistliku hinna määramisel ei ole põhjust arvata, et pakkujate ring oleks väiksem, kui hinnakriteeriumi lisamise puhul. Pigem võib siinkohal olla positiivne asjaolu, et pakkujatel ei ole võimalik konkurentsieelist saada näiteks sotsiaal- ja tööõiguse normide rikkumisel. Riigihangete seaduse kommenteeritud väljaandes on välja toodud, et hinna fikseerimine võib olla kasulik olukorras, kus hankija ei ole teadlik, kui palju sätestatud sotsiaalsete kriteeriumide pakkumine maksab, seega on võimalik riske maandada sellega, kui hind kohe ära fikseerida. Samuti nenditi, et see võib olla ka mõneti ebaefektiivne, kui hankija määrab ekslikult hankehinna kõrgemale, kui oleks hankeeseme turuhind.⁸⁷

See on põhimõtteliselt vastuoluline säästlikkuse põhimõttega vastavalt RHS § 3 lg 5-le, kui võrd hinnasurve võib maksumuse allapoole tuua ja seeläbi olla hankijale majanduslikult tõhusam. Süsteemse tõlgendamise abil võiks asuda seisukohale, et hankija kasutab enda kaalutusõigust menetlusõiguse valimisel ja hankehinna määramisel õigesti, kui hankija on kohustatud lisaks võimalikele sotsiaalsetele teguritele asjakohaselt arvestama ka säästlikkuse põhimõtte ja efektiivse konkurentsi põhimõttega. See võib tähendada, et enne määratud hinnaga sotsiaalse hanke kuulutamist viib hankija läbi turu-uuringu vastavalt RHS § 10 lg-le 1, kui hankija ei ole piisavalt hästi kursis vastava turu olukorraga. Sellisel juhul saaks hankija teha adekvaatselt informeeritud kaalutusotsuse ka selle kohta, kas määratud hinnaga hange aitab garanteerida efektiivset konkurentsi ja millisel tasemel peaks olema määratud hind, et tagada võimalikult suur hanke majanduslik tõhusus. Autor on seisukohal, et hankija peaks olema suuteline asjakohaselt põhjendada nii menetlusliigi valikut kui ka valitud hinda. Kahjuks ei ole selle variandi kohta Eestis ka asjakohast VAKO- või kohtupraktikat, seega ei ole ka teada,

⁸⁶ TrtRnKo 3-19-733, p 33

⁸⁷ Simovart, M. A., Parind, M. Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Lk 488

kuidas kohus tasakaalustab hankija kohustusi efektiivse konkurentsi ärakasutamise ja sotsiaalsete kriteeriumide vahel.

Õiguskirjanduses on leitud, et pakkumuste hindamine pakub hankijale enim sotsiaalsete kaalutluste arvestamise võimalusi, kuigi need ei piira hankes osalejate arvu samal moel, kui tehnilises kirjelduses sätestavad nõuded, kuna hindamise kriteeriumites esitatud tingimusi mitte järgides ei eemaldata pakkumust automaatselt.⁸⁸ Käesoleva töö autor on selle seisukohaga teataval määral nõus, kuivõrd sotsiaalsete lisatingimuste täitmine võib hindamiskriteeriumide puhul olla nn boonuseks pakkujale, samas andes siiski võimaluse ka teistele pakkujatele. Eeltoodu oleneb sellest, millised hindepunktide osakaalud on hankija määranud sotsiaalsete kriteeriumide täitmisele. Seega on hindamiskriteeriumides sotsiaalsete põhimõtete kasutamisel hankijal mõneti laiem kaalutusõigus, kuivõrd hankija saab kindlaks määrata, kui palju sotsiaalse kriteeriumi kaasamine vastava hanke pakkumuste konkurentsi mõjutab.

Eeltoodust võib järeldada, et pakkumuste hindamise käigus sotsiaalsete kaalutluste rakendamine on hea meede konkurentsi tagamiseks, kuivõrd see meede võimaldab korrektse rakendamise korral võimalikel pakkujatel täpselt ja selgelt mõista, mille alusel ja millises ulatuses nende pakkumusi hinnatakse. Samas ei ole hankijal võimalik sätestada hindamiskriteeriume, mis ei ole lepingu tingimustega tugevas seoses, mistõttu ei ole see hankija jaoks kõige suurema vabadusega ning kaalutusruumiga meede sotsiaalsete eesmärkide edendamiseks.

1.5. Sotsiaalsete põhimõtete kohaldamine hankelepingu eritingimustes

RHS § 77 lg 4 p 4 alusel peavad riigihanke alusdokumentides sisalduma kõik tulevase hankelepingu tingimused, mis võivad hõlmata majanduslikke, innovatsiooniga seotud, keskkonnaalaseid, sotsiaalseid või tööhõivealaseid kaalutlusi ehk nn eritingimusi. Direktiivi 2014/24 artikkel 70 määrab, et võib sätestada eritingimused, mis on hanketeates või hankedokumentides esitatud ja on seotud lepingu esemega. Siinkohal ei ole jäetud liikmesriikidele kaalutusruumi tingimuste teistsuguseks ülevõtmiseks. Näiteks ei ole liikmesriigi seadusandjal võimalik direktiiviga kooskõlas sätestada kohustust kaasata

⁸⁸ Ankersmit. Lk 6-7

sotsiaalseid kaalutlusi just hankelepingu eritingimustena, kuivõrd vastava otsuse tegemine peab direktiivi sätte kohaselt jääma avaliku sektori hankija kaalutusõiguseks.

Avaliku sektori hangete direktiiviga sama sõnastusega on sätestatud ka võrgustiku sektori hangete direktiivi 2014/25 artiklis 87. Samas kontsessioonide direktiivis ei ole vastavat võimalust eraldi sätestatud, välja arvatud direktiivi põhjendustes, kus on eraldi selgitatud, et sotsiaalsete kaalutluste parema kaasamise eesmärgil peaks olema võimalik kontsessiooni andmisel ja kontsessiooni täitmisel kohaldada eritingimusi, mis puudutavad kontsessiooni mis tahes aspekti või elutsükli osa.⁸⁹ RHS § 138 alusel kohaldatakse ka kontsessioonilepingute puhul RHS §-s 77 sätestatud tingimusi, ehk siis on võimalik eritingimusi kaasata samal moel, kui teiste hankelepingute puhul. Eeltoodust võib järeldada, et nii võrgustiku sektori hangete kui ka kontsessioonilepingute korral ei esine erisusi sotsiaalsete kaalutluste kaasamisel lepingu eritingimuste kujul.

RHS § 77 lg 4 p 4 ja 5 koosmõjus sätestavad, et eritingimustes on võimalik jätta sätestamata asjaolud, mille osas hankija ootab võistlevaid pakkumisi. Eeltoodud sõnastus kaldub kõrvale direktiivi vastavast sättest, kuivõrd annab hankijale võimaluse jätta mõned olulised eritingimused, põrkudes sellega läbipaistvuse ja kontrollitavuse põhimõttega ulatuses, mis ei ole direktiiviga ette nähtud. Tegu on võistleva dialoogi hankemenetluseks ette nähtud sättega, mille maksumus peab jääma RHS § 48 lg 3 p 1 alusel allapoole rahvusvahelist piirmäära, seega ei kohaldu vastavale sättele direktiivi nõuded. Kui hankija jätab hankelepingu sotsiaalse eritingimuse riigihanke alusdokumentidesse välja toomata seetõttu, et ta ootab vastava sotsiaalse tingimuse osas võistlevaid pakkumusi, ei saa seda töö autori hinnangul lugeda läbipaistvuse ja kontrollitavuse põhimõtetega vastuoluliseks määral, mis oleks sotsiaalset eesmärki arvesse võttes liigselt piirav. Siit võib järeldada, et rahvusvahelist piirmäära mitte ületavate riigihangete puhul on hankija kaalutusõigus sotsiaalsete kaalutluste kaasamisel mõnevõrra laiem, kuivõrd hankijal on lisaks sotsiaalsete eritingimuste sisustamisele võimalik oma kaalutusruumi raames jätta ka sotsiaalsed eritingimused jätta riigihanke alusdokumentidesse sätestamata ja oodata selle asjaolu kohta võistlevaid pakkumusi.

⁸⁹ Direktiiv 2014/23/EL, põhjendus 64

Ka rahvusvahelist piirmäära ületavate hangete puhul on hankijal on üsna suur kaalutlusruum sotsiaalsete hankelepingu eritingimuste sisustamisel. Seejuures tuleb siiski silmas pidada riigihangete üldpõhimõtteid, eelkõige läbipaistvust ja efektiivse konkurentsi tagamist.

Direktiivi 2014/24 artikkel 70 kohaselt võib lepingutingimustesse sotsiaalseid tingimusi lisada eeldusel, et:

- a) need on seotud lepingu täitmisega,
- b) need on avaldatud hanketeates,

Vastavalt Euroopa Komisjoni juhendis lisatakse ka kolmas eeldus:

- c) need on vastavuses EL-i õigusega, mh ELTL üldpõhimõtetega.⁹⁰

Hankeleping ei tohiks endas sisaldada tingimusi, mis ei olnud välja toodud juba riigihanke alusdokumentides, vaid riigihanke alusdokumentides peab välja tooma kõik tulevase hankelepingu tingimused. Nad ei pea kõik olema koondatud ühte dokumenti, kuid hanke alusdokumentidest peaks tulema terviklik õiguste ja kohustuste kogum.⁹¹ Juhul, kui hankedokumentides pole kõiki asjaolusid välja toodud, on tegu läbipaistvuse põhimõtte rikkumisega. Seega, hankija kaalutusõiguse teostamise piirid on sotsiaalseid eesmärke täitvate eritingimuste sätestamisel mõnevõrra laiem, kui selle tegemisel hankemenetluse etappides. Seejuures tuleb tähelepanu pöörata tingimuste asjakohasele avaldamisele ning muude üldpõhimõtete järgimisele.

Ettenähtavuse nõuet ilmestab Euroopa Kohtu lahend, kus leiti, et lepingu maht ja lepingu täitmisega seotud kulutused peavad olema pakkujale mõistlikult etteaimatavad hankedokumentide põhjal. Hanke võitnud pakkujale ei tohiks tulla ükski hankelepingu tingimus üllatusena.⁹² Eesti vaidlustuskomisjoni praktikast tuleneb näide, kus hankelepingu eritingimuste kohaselt oli võimalik hankijal muuta jooksvalt hankelepingu eritingimusi, kuid mitte oluliselt või ka määral, mis mõjutaks liigselt hankelepingu täitja võimalust tingimusi ette näha.⁹³ Seega on hankelepingu eritingimuste puhul hankija kaalutusõigus piiratud selliselt, et jooksvalt võib vastavaid tingimusi muuta vaid väheolulisel määral, et tagada tingimuste ettenähtavus ning läbipaistvus. Läbipaistvuse põhimõte on hankelepingu eritingimuste

⁹⁰ Sotsiaalne ostmine. Juhend sotsiaalsete kaalutluste arvestamiseks Riigihankes. Lk 43.

⁹¹ Simovart, M. A., Parind, M. Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Lk 443

⁹² EKO C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH vs Austria Vabariik, ECLI:EU:C:2003:651

⁹³ VAKO 256-18/202542

kohaldamisel ilmselt üldpõhimõtetest üks olulisemaid, niisamuti nagu ka proportsionaalsuse põhimõte.

Euroopa Kohus leidis Beentjesi kohtuasjas, et sotsiaalse tingimusena võib hankija sätestada hankelepingu eritingimusena pikaajaliste töötute taas kutsetegevusse integreerimise, kui hanke läbiviimisel on järgitud läbipaistvuse nõudeid ja sotsiaalsed kriteeriumid on juba varem hankedokumentides teatavaks tehtud.⁹⁴ S. Arrowsmith on selgitanud, et see seisukoht tõi kaasa muutuse EL õiguse tõlgendamises, mille tulemusena tehti vahetegu tehnilise kirjelduse ja lepingut eritingimuste vahel.⁹⁵ Seega, hankija kaalutusõiguses on kasutada lepingu täitmisega seotud tööõigusega seotud hankelepingu eritingimustes ühe eeldusena juhul, kui nende kasutamine on varasemalt pakkujatele teatavaks tehtud.

Eeltoodud seisukoht kajastub Eesti kohtupraktikas, mille alusel riigihangete alusdokumentatsioon peavad sisalduma kõik hankelepingu tingimused, muuhulgas majanduslikke, innovatsiooniga seotud, keskkonnaalaseid, sotsiaalseid või tööhõivealaseid kaalutlusi. Hankelepingu tingimused ei tohi olla diskrimineerivad ja võivad olla seotud kõigi hankelepingu täitmisega seotud aspektidega. Kehtiv riigihankeõigus ei määra kindlaks milline peab olema riskijaotus poolte vahel hankelepingu täitmise osas.⁹⁶ Lisaks sellele, Euroopa Kohtu praktikast nähtub, et läbipaistvuse kohustus, mis lasub hankijal, tähendab teatud teavitustööd, mis tagab potentsiaalsete pakkujate võimalikult suure teadlikkuse. See hõlmab endast ka seda, et hankemenetluses tehtud hankijapoolsete toimingute erapooletus peab olema kontrollitav.⁹⁷

Hankelepingu eritingimustes on hankijal kõige ulatuslikum kaalutusõigus sotsiaalsete eesmärkide täitmiseks tingimuste abil, mis ei pruugi olla otseselt seotud hankelepingu esemega. Sellest tulenevalt võib hankijal olla mõistlik sätestada sotsiaalsete tingimuste kaasamise juhised hankekorras. Avaliku sektori hankija kehtestab RHS § 9 kohaselt organisatsioonisisese hankekorra, kui tema ühes eelarveaastas planeeritavate asjade ja teenuste riigihangete eeldatav kogumaksumus ületab 80 000 eurot või ehitustööde riigihangete eeldatav kogumaksumus ületab 500 000 eurot. Hankekorras määratakse kindlaks riigihanke planeerimise, sealhulgas

⁹⁴ Case 31/87, Beentjes

⁹⁵ Arrowsmith, S. Public Procurement Regulation: an Introduction. Nottingham University 2010. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf> (03.04.2021). Lk 335-336

⁹⁶ TrtRKo 3-18-1047, p 11

⁹⁷ EK C-324/9. Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH vs Telekom Austria AG., p 62

iga-aastase hankeplaani koostamise ja kinnitamise kord ning tähtpäev. RHS § 9 lg 4 sätestatud loetelu on avatud loetelu, mistõttu võib hankija hankekorras kindlaks määrata ka horisontaalsete kaalutluste kohaldamise korra või soovituslikud tingimused, mida konkreetse hankija huvidest lähtuvalt rakendada.

Sotsiaalsete kaalutlustega riigihanke korraldamine toob kaasa teatavaid riske, mida aitab maandada ostmist toetava sise- ja väliskontrolli süsteemi loomine. See aitaks hankijal ühtlasemalt sisustada sotsiaalsete hangete mõningaid tingimusi, mis võivad olla tavalisest subjektiivsema iseloomuga.⁹⁸ Sellest tulenevalt võiks olla hankekorra koostamise kohustusega hankijatel efektiivne sotsiaalsete kaalutluste kohaldamise kord. Hankija kaalutusõiguse kasutamise hankekorra sisustamisel on lihtsustatud ja meetodilisemaks viisiks ka hankijal täita RHS § 2 lg 2 tulenevat horisontaalsete, mh sotsiaalsete kaalutluste arvestamise kohustust hangete korraldamisel. Sotsiaalsete eritingimuste sätestamine nõuab mõnevõrra vähem igakordset kaalutusõigust konkreetse tingimuse sisu osas, kuivõrd see on vähem sõltuv hankelepingu esemest.

Näiteks Eesti Energia hankekorra kohaselt hankija sätestab hanke alusdokumentides majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamiseks hankelepingu esemega seotud ja reaalselt konkurentsi tagavad pakkumuste hindamise kriteeriumid. Majanduslikult soodsaima pakkumuse hindamiskriteeriumid peavad olema objektiivsed. Hinnata tuleb eelkõige kvaliteeti, garantiiaga, hinda, funktsionaalseid omadusi, keskkonda säästvaid omadusi, sotsiaalseid kriteeriume, käitamiskulusid, tasuvust, müügijärgset hooldust ja tehnilist abi.⁹⁹ Välja ei ole toodud spetsiifilisemat korda selle kohta, kuidas sotsiaalseid eesmärke riigihankemenetluse käigus täita. Samasugune on ka näiteks Riigi Kaitseinvesteeringute keskuse, kes on korraldanud varasemalt sotsiaalseid hankeid, hankekord, kus ei ole välja toodud sotsiaalsete kaalutlustega hangete läbiviimiseks. Samas on välja toodud, et Kaitseministeerium ja asutused tagavad rahaliste vahendite kõige ratsionaalsema ja säästlikuma kasutamise, eelistades seejuures võimalusel keskkonnahoidlikke hankeid.¹⁰⁰

⁹⁸Pärn, K. Sotsiaalne vastutus riigihangetes Eesti ehitustööde hangete alusel. Magistritöö. Juhendaja Natalja Gurvitš. Tallinn 2018. Lk 50

⁹⁹ Eesti Energia AS-i ja kontseni ettevõtjate hankekord. Lk 9. Kättesaadav: <https://www8.energia.ee/public/ee043.nsf/WebiOmaKJP?OpenFrameSet>.

¹⁰⁰ Kaitseministeeriumi valitsemisala hankekord. Lk 1. Kättesaadav: <https://www.kaitseministeerium.ee/sites/default/files/content-editors/hankekord.pdf>

Hankekorda sotsiaalse ostmise kaasamine võib mõnevõrra lihtsustada igapäevast sotsiaalset hankimist ja seega ka vahest suurendada selliste hangete osakaalu, täites seeläbi ka RHS § 2 lg 2 sätestatud riigihangete eesmärgi. Sellest tulenevalt võib väheneda ka hankijate poolt tehtavate kaalutusvigade arv sotsiaalsete kaalutluste kaasamisel ning seeläbi võib ka kasvada vastava praktika osakaal Eesti hangetes.

Rootsi õiguses on lisaks ette nähtud võimalus nõuda pakkujalt, et tema töötajad töötaksid kollektiivlepingu alusel. Käimas on arutelu, kui see on vastuolus ELi õiguse ja proportsionaalsuse põhimõttega tellija nõuda, et eraettevõtja peab kollektiivlepingu tegelikult allkirjastama.¹⁰¹ Nagu töö alapeatükis välja toodud, on siia maani Eestis asunud seisukohale, et näiteks kvalifitseerimistingimusena kollektiivlepingut nõuda võib olla põhjendatud, kui töörahu on eriti oluline hankelepingu järjepideva täitmise tagamise jaoks, kuid üldjuhul mitte. Sellest johtuvalt võiks järeldada, et Eesti õiguses oleks võimalik kollektiivlepingut nõuet rakendada vaid erandjuhtudel. Sellest ilmneb ka selge hankija kaalutusõiguse piirang võrreldes teiste liikmesriikidega.

Hankelepingu eritingimused on konkurentsi mittepiiramise seisukohast väga hea viis sotsiaalsete aspektide kohaldamiseks, kuivõrd konkurentsi ei piirata, kuna pakkujaid ei välistada menetlusest. Niisamuti aitab see ka tagada õigusselgust, kuivõrd kõik hankija nõudmised on lepingus sätestatud ja neid sätteid muuta on võimalik ainult erandlikel juhtudel.¹⁰² Lisaks sellele on nad konkurentsi soosivad ka selles osas, et hankelepingus sätestatud tingimuste täitmist ei ole pakkujalt võimalik nõuda enne hankelepingu sõlmimist. Seega ei panda sotsiaalsete kaalutluste täitmise kohustust hankijale enne, kui seda reaalselt vaja on, mis tähendab ka suuremat pakkuja huvide kaitset. Sellest tulenevalt võib hankes osalevate pakkujate ring olla mõnevõrra laiem.

P. Lätt ja E. Felsi analüüsi tulemus oli, et eritingimuste abil on kõige efektiivsem sotsiaalset laadi tingimusi riigihangetes kohaldada, kuivõrd siis on hankijal suurem diskretsioon

¹⁰¹Sylvan, M. Promoting Social Considerations into Public Procurement Procedures for Social Economy Enterprises. Matrix explaining how social considerations have been embedded in the Swedish law transposing Directive 24/2014/EU. Brussels 2019. Lk 4

¹⁰² Simovart, M.A. Lepinguvabaduse piirid riigihangetes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Tartu Ülikooli kirjastus. Tartu 2010. Lk 81

tingimuste sisustamisel. Selle kaalutusõiguse põhjuseks on asjaolu, et direktiivid ei reguleeri hankelepingu täitmist.¹⁰³

Hankija kaalutusõiguse teostamise piirid on sotsiaalsete kaalutluste või tingimuste kaasamisel riigihangetesse mõnevõrra laiemad võrreldes hankemenetluse etappidega. Võrreldes hankemenetluse etapiga on lihtsam rakendada sotsiaalseid tingimusi, kui võrd hankelepingu sotsiaalne eritingimus ei pea olema ilmtingimata seotud hankelepingu esemega, vaid hankelepingu täitmisega. Vastavalt eeltoodud kohtupraktikast nähtub samuti, et kriteeriumid hankelepingu eritingimuste sisustamisel on vabamad, peaasi, et need järgivad hankelepinguga täitmisega seotuse nõuet. Sotsiaalsete hankelepingu eritingimuste puhul peab kindlasti eriti rangelt silmas pidama RHS § 2 tulenevat läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtet ning selles osas on hankija kaalutusõiguse teostamise piirid hankemenetluse kestel üsna väikesed.

Lisaks sellele on hankelepingu sotsiaalsete eritingimuste kaasamisel võimalik sotsiaalseid kaalutlusi kaasata ka riigihangetesse, millele ei kohaldata eelkäsitletud hankemenetluse etappe. Seega on võimalik sotsiaalseid hankeid korraldada ka erihangete puhul.

¹⁰³ Lätt, P., Fels, E. Lk 14

2. HANKIJA KAALUTLUSÕIGUS SOTSIAALSETE KAALUTLUSTE KOHALDAMISEL RIIGIHANGETE RESERVEERIMISEL JA SOTSIAAL- JA ERITEENUSTE HANGETES

2.1. Hankija kaalutusõigus riigihangete reserveerimisel RHS § 13 alusel

2.1.1. Hankelepingute reserveerimise eesmärgid ja kooskõla üldpõhimõtetega

Riigihangete seaduse § 13 alusel on võimalik reserveerida riigihankeid kaitstud töö keskustele või ettevõtjatele, kelle põhikirjaliseks eesmärgiks ja igapäevaseks põhitegevuseks on sotsiaalsete eesmärkide edendamine ühiskonnas näha ette hankelepingu täitmise erivajadustega isikute tööhõiveprogrammi raames kui vähemalt 30 protsenti sellises keskuses, ettevõttes või programmis töötavatest isikutest on puuetega, vähenenud töövõimega või ebasoodsas olukorras.

RHS-i alusel on võimalik riigihankeid reserveerida kahel alusel, täpsemalt § 13 ja § 127 alusel, ning kuigi mõlemad teenivad seejuures sotsiaalseid eesmärke, on need eesmärgid üsna erinevad. „Mõlemad paragrahvid tagavad kindlasti riigihangete horisontaalsete eesmärkide täitmist, kuid nende väljund horisontaalsete eesmärkide täitmisel on erinev. RHS § 13 eesmärgiks on toetada tööturul ebasoodsas olukorras olevate inimeste tööjõudu kaasavaid ettevõtjaid, samas kui RHS § 127 peamiseks eesmärgiks on kolmanda sektori organisatsioonide toel pakkuda avaliku sektori käepikendusena avalikke teenuseid.“¹⁰⁴ Mõlemad sätted on seotud sotsiaalsete eesmärkidega, kuigi § 13 on mõneti otsesem ühendus riigihanke reserveerimise meetme ja abivajajast isiku vahel, andes töövõimalusi isikutele, kelle jaoks see muidu oleks keerulisem, samas kui § 127 alusel reserveerimine aitab avalikul sektoril tagada mingite kindlate sotsiaal- ja eriteenuste asjakohane pakkumine.

RHS § 13 peamiseks eesmärgiks on soodustada ebasoodsas olukorras inimeste integratsiooni tööturule ja seega ka ühiskonda. EL 2014/24 direktiivi põhjenduste alusel aitavad töötamine ja kutsetegevus ühiskonda integreeruda ning on kesksel kohal kõigile inimestele võrdsete võimaluste tagamisel. Sellega seoses on oluline roll kaitstud töö keskustel. Sama kehtib muu sotsiaalse ettevõtluse suhtes, mille peamine eesmärk on toetada puudega või ebasoodsas

¹⁰⁴ Härginen, K., Simovart, M.A., Parind, M.. Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Lk 182

olukorras isikute, nagu töötud ning ebasoodsas olukorras olevatesse vähemusrühmadesse või muul viisil sotsiaalselt tõrjutud rühmadesse kuuluvate isikute sotsiaalset ja kutsealast integratsiooni või taasintegratsiooni. Sellest tulenevalt on asjakohane ette näha, et liikmesriigid võivad anda sellistele õpikodadele ja ettevõtjatele õiguse osaleda riigihankelepingute või nende riigihangete teatavate osadega seotud lepingute sõlmimise menetlustes või näha ette lepingute täitmise kaitstud tööhõive programmide raames.¹⁰⁵

Ebasoodsas olukorras olevateks isikuteks tuleb selle sätte kontekstis pidada pikaajalisi töötuid, üksikvanemaid, rahvusvähemuse liikmeid, kes ei oska veel piisavalt eesti keelt, et Eesti töturul konkurentsivõimeline olla, ja pensionäre. Seejuures on oluline märkida, et riigihangete seaduses ei ole toodud suletud nimekirja, mis määratleks ebasoodsas olukorras olevad isikud. Riigihangete seaduseelnõu seletuskirjas pakutakse välja, et ebasoodsas olukorras töötaja mõistet võiks sisustada sarnaselt Euroopa Liidu määrusega riigiabi kohta ehk (EL) nr 651/2014 ELi aluslepingu artiklite 107 ja 108 kohaldamise kohta, millega teatavat liiki abi tunnistatakse siseturuga kokkusobivaks artikli 2 punkti 4 riigiabi regulatsiooniga.¹⁰⁶ Kolmest grupist, kes on sättes välja toodu – puuetega isikud, ebasoodsas olukorras isikud ja vähenenud töövõimega isikud – on ebasoodsas olukorras isikute kategooria kõige laiem. Vastava mõiste kitsendusi ei nähtu ka direktiivi põhjendustest. Siinkohal on võrdlemisi laiad ka hankija kaalutusõiguse teostamise piirid, kuivõrd hankijal on võimalik vastavat isikute grupi mõistet sisustada.

Riigihangete seaduse §-s 13 on eraldi välja toodud ka „vähenenud töövõimega isikute“ mõiste, mida direktiivi artiklis ei ole. Riigihangete seaduse eelnõu seletuskirjas on selle kohta märgitud, et vähenenud töövõimega isikud on sisse toodud, kuivõrd puuetega isikute mõiste alla nad seaduse kontekstis ei kuulu ning samuti ei liigitu nad ebasoodsas olukorras isikute alla, kuivõrd see on lahtine mõiste. Samuti on välja toodud, et „vähenenud töövõimega isikud on isikud, kes on tunnistatud püsivalt töövõimeetuks riikliku pensionikindlustuse seaduse alusel. Sellele lisanduvad isikud, kellele on riiklike elatusrahade seaduse alusel määratud

¹⁰⁵ 2014/24 põhjendused punkt 36

¹⁰⁶ Järgmiseid isikuid võib pidada ebasoodsas olukorras olevaks.: isikut, kellel ei ole viimase kuue kuu jooksul olnud alalist palgalist töökohta; isikut vanuses 15–24; isikut, kes ei ole omandanud keskharidust ega kutseharidust (rahvusvahelise ühtse hariduse liigituse tase 3) või kelle täisajaga õppe lõpetamisest on möödunud vähem kui kaks aastat ja kes ei ole saanud oma esimest alalist palgalist töökohta; üle 50 aastast isikut; üks elavat täiskasvanut, kellel on vähemalt üks ülalpeetav; isikut, kes töötab sektoris või ametialal, mille puhul sooline tasakaalustamatus ületab vähemalt 25 % võrra asjaomase liikmesriigi kõikide majandussektorite keskmist soolist tasakaalustamatust kui isik kuulub vastavasse vähemusse; isikut, kes on liikmesriigi rahvusvähemuse liige ja kellel on vaja parandada oma keele- või kutseoskusi või suurendada töökogemust, et tõhustada oma väljavaateid püsiva töökoha leidmiseks. Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde. lk 35-36:

invaliidsusgrupp tähtajatult või kellel on tuvastatud osaline või puuduv töövõime töövõimetoetuse seaduse alusel.¹⁰⁷ Ebasoodsas olukorras olevate isikute ring riigihangete seaduse kontekstis on lai ning suuresti määratlemata, samas on mõistlik eeldada, et vähenenud töövõimega isikud liigituksid sellesse kategooriasse. Seetõttu on suuresti põhjendamatu lisada vähenenud töövõimega isikud sätte sisusse põhjusel, et ebasoodsas olukorras isikute mõiste on seaduse kontekstid määratlemata. Tegu ei ole siiski olulise ebakõlaga ega põhjusta direktiivi suuniste ebaõiget kohaldamist.

Näiteks Läti õiguses on ette nähtud, et kui kavandatava hankelepingu ese lubab, on hankijal õigus teatavatele isikute rühmadele mõeldud meetmete raames reserveerida võimalus osaleda hankemenetlustes ainult kandidaatidele või pakkujatele kelle jaoks üle 30 protsendi keskmisest hõivatud töötajate arvust aastas on puuetega inimesed. Ka Lätis on asjakohast praktikat väga vähe ning Läti õiguskirjanduses on leitud, et hankijad ei pruugi osata sotsiaalsete riigihangete sätteid sisustada.¹⁰⁸ Seega, Läti õiguses on direktiiv üle võetud viisil, mis lubab reserveerida hankeid pakkujatele, kes pakuvad tööd puuetega isikutele. RHS näeb ette võimaluse reserveerida hankelepinguid ka vähenenud töövõimega ja ebasoodsas olukorras isikutele, mis jätab Eesti hankijatele suurema kaalutusõiguse sätete kohaldamisel. Samuti on Läti õiguses sätestatud, et reserveerimiseks peav kavandatava hankelepingu ese seda lubama, millist piirangut RHS ei sätesta.

Mõningad erinevused liikmesriikide õiguses direktiivi 2014/24 artikli 20 ülevõtvate sätete sõnastuses on eeldatav ka seetõttu, et EL õigus ei too välja spetsiifilisi nõudeid selle osas, kuidas “vähenenud töövõimega” ja “ebasoodsas olukorras” isikuid tõlgendada. Hankelepingute reserveerimise sätete kooskõla direktiiviga oleneb muuhulgas sellest, kuidas neid termineid tõlgendatakse. Seega peaks neid termineid tõlgendama siseriiklikul tasandil, seejuures arvestades, kuidas see läheb kokku EL ühtse reeglistikuga.¹⁰⁹ Võttes arvesse, et mõistega „ebasoodsas olukorras isikud“ võib tähistada suhteliselt laia isikute ringi, võib vähenenud töövõimega isikud kooskõlalises tõlgendamises kui „ebasoodsas olukorras isikuid“. Seega ei ole siinkohal direktiivi sätet vääralt üle võetud. Töö autor on seisukohal, et direktiivi ülevõtmisel tuleks vastavaid isikute gruppe tähistavaid mõisteid tõlgendada pigem laialt, et tagada konkurentsi efektiivne ärakasutamine vastavalt RHS §-le 3 lg 3.

¹⁰⁷ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde. lk 35-36

¹⁰⁸ Gaigule-Šāvēja, K. Lk 6

¹⁰⁹ Cravero, C. Socially Responsible Public Procurement and Set-Asides: a Comparative Analysis of the US, Canada and the EU. Arctic Review on Law and Politics. Vol. 8, 2017, pp. 174–192. Lk 183-184

Euroopa õiguskirjanduses on avaldatud seisukohta, et direktiivid ei reguleeri ammendavalt kogu riigihanget, vaid detailne regulatsioon on üleni liikmesriikide pädevuses. Direktiiv jätab laia tõlgendusruumi sotsiaalsete eesmärkide edendamiseks riigihankemenetluse abil, kuid selle potentsiaalseid võimalusi võib negatiivselt mõjutada see, et on jäetud liiga suur diskretsiooniõigus liikmesriikidele.¹¹⁰ On selge, et iga liikmesriigi sotsiaalsed eesmärgid võivad mõneti erineda, kuid sellegipoolest võib vähene reguleerimine võib vähendada õigusselgust ja tuua endaga kaasa hankijate ebakindluse horisontaalsete meetmete rakendamisel. Direktiivi suunised sotsiaalsete põhimõtete arvestamiseks on sõnastatud pigem avaralt, jäädes seega lootma pigem liikmesriikide seadusandlusele, et tagada sotsiaalsete kaalutluste efektiivne rakendamine. Säte ei pane kohustust hankijale, vaid pigem jätab reguleerimise ruumi liikmesriikidele, sätestades, et liikmesriigid peavad kasutusele võtma asjakohased meetmed.

Direktiivi 2014/24 artikli 20 sõnastusest tuleneb, et liikmesriikidel on võimalus kohaldada hankelepingu reserveerimist kaitstud töö keskustele ja ettevõtjatele, kelle eesmärk on puudega või ebasoodsas olukorras olevate isikute sotsiaalne ja kutsealane integreerimine, kuid võivad selle ka siseriiklikku korda integreerimata jätta. RHS § 13 on jätnud hankijatele võimaluse kasutada sellist hankemenetluse lihtsustatud korda, piirates mõningal määral direktiivist tulenevat potentsiaalsete pakkujate ringi.

Rootsi õiguses on samamoodi välja toodud võimalus reserveerida hankeid kaitstud töö keskustele. Samas ei eksisteeri Rootsi õiguses vastavat organisatsiooni, mistõttu võib tekkida kahtlusi kaitstud tööhõiveprogrammi mõiste tõlgendamise kohta. See võib olla tööturu programm, mis olemas teistes liikmesriikides, kuid Rootsis pole sellele otsest vastet. Õiguskirjanduses on leitud, et ebakindlused tulenevad direktiivis täpsete määratluste puudumisest.¹¹¹ Rootsi näite puhul on direktiivi sätte sõnastuse ühene ülevõtmine siseriiklikku õigusesse tekitanud vastuolu siseriikliku õigusega ja sellest tulenevalt ei ole võimalik asjakohaselt direktiivis ette nähtud võimalusi hankijatel kasutada.

Eestis on kaitstud töö eraldi sotsiaalteenusena määratletud kui teenus, mis on suunatud inimestele, kes puude või terviseseisundi tõttu ei suuda töötada tavapärastes töötingimustes

¹¹⁰Wiesbrock. Lk 77.

¹¹¹ Sylvan, S. Lk 6

ning vajavad töö leidmiseks ja tööle asumiseks pidevat juhendamist.¹¹² Seetõttu ei teki RHS § 13 sätestatud kaitstud töö keskuste sisustamisel eraldi probleeme. Eesti kohtupraktikas on välja toodud, et pikaajalise kaitstud töö teenuse eesmärgiks on pakkuda vähenenud töövõimega inimestele jõukohast töö tegemise võimalust kaitstud ja kohandatud keskkonnas, samuti vajadusel tuge suundumisel tööturuteenustele või tööle avatud tööturul. Kaitstud tingimustes töötamisel saavad suuremat tuge vajavad inimesed omandada tööalaseid oskusi nende vajadusi arvestavas keskkonnas ja jõukohases töötempo, seejuures tagatakse neile vajalikus ulatuses juhendamine ja abi.¹¹³ Samas uue riigihangete seaduse eelnõu kohaselt täiendatakse RHS § 13 selliselt, et lisatakse selgitus kaitstud töö keskuste tähenduse kohta RHS-s.¹¹⁴ Kuigi Eestis on “kaitstud töö keskus” kui selline sotsiaalprogrammimena nimetatud ja defineeritav, on töö autori arvates kasulik, et vastav definitsioon lisatakse ka RHS-i, kuivõrd see aitab kaasa suurema õigusselguse tagamisele.

RHS § 13 lg 1 sätestab, et hankes osalevate sotsiaalse eesmärgiga ettevõtjate hankes osalemiseks peab nende peamine põhikirjaline eesmärk olema puuetega, vähenenud töövõimega või ebasoodsas olukorras olevate inimeste sotsiaalne ja kutsealane integreerimine, või näha ette hankelepingu täitmise erivajadustega isikute tööhõiveprogrammi raames. Direktiivi 2014/24 sõnastusest ei tule välja põhikirjalise eesmärgi nõuet, nimelt on artiklis 20 sätestatud, et ettevõttel peab olema samasisuline peame eesmärk ning mitte põhikirjaline. Seda võib tõlgendada kui efektiivse konkurentsi piiramist, kuivõrd sellise nõude sätestamisel kitsendatakse pakkujate ringi veelgi enam, kui seda tehakse juba hanke reserveerimisel. Samas õiguskirjanduses on leitud, et see ebakõla direktiivi ja RHS-i vahel ei ole siiski väär ülevõtmine, kuivõrd kooskõlalise tõlgendamise abil tuleb RHS § 13 lg-s 1 sätestatud nõuet tõlgendada laiendavalt, mõistes seda kui ettevõtjaga seotud mis tahes dokumentatsiooni või muid allikaid, mille abil tõendada ettevõtja peamist eesmärki.¹¹⁵ Selline tõlgendus on asjakohane, kasutades Eesti normi, mis ei ole detailideni korrektselt üle võetud ning tuginedes selle kohaldamisel tõlgendusele, mis kattub direktiivi mõttega. RHS § 13 lg 1 tõlgendus, mille kohaselt peaks ettevõtjal olema põhikirjast tulenev sotsiaalne eesmärk, piiraks ka hankijate kaalutusõigust hangete reserveerimisel ja vastava sotsiaalse eesmärgi tuvastamisel pakkujate hulgas.

¹¹²Eesti Töötukassa kaitstud töö keskustest. <https://www.tootukassa.ee/content/toovoiuereform/kaitstud-too> (26.04.2021)

¹¹³TlnRKO 3-18-306, p 13

¹¹⁴Rahandusministeerium. Riigihangete seaduse muutmise eelnõu 2021. Lk 2.

¹¹⁵Härginen, K, Simovart, M. A., Parind, M. Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Lk 181-182

Samas on oluline märkida, et artikkel 20 ülevõtmisel on mitmed riigid sätestanud teistsugused kriteeriumid sotsiaalse eesmärgi tõendamiseks. Näiteks on õiguskirjanduses leitud, et olukorras, kus sotsiaalset eesmärgi tõendamiseks nõutakse pakkujalt riigi poolt väljaantava sertifikaadi esitamist, on põhjendamatult piiratud konkurentsi. Samuti on välja toodud, et olukord, kus pakkuja peab läbima ressursikulukaid samme, et vastata teise liikmesriigi formaalsetele kriteeriumitele, võib pidada õigusvastaselt konkurentsi piiravaks.¹¹⁶ Kuigi tegu ei ole RHS alusel sertifikaadiga, nõutakse siiski põhikirja kindlaviisilist sätestamist, mida võiks eelnenud näite põhjal ka iseloomustada kui liikmesriigi sätestatud formaalset sammu, mis on õigusvastaselt konkurentsi piiravad. Kuigi võib öelda, et RHS § 13 lg 1 tõlgendus kooskõlas artikliga 20 ei ole õigusvastane, võib see siiski olla õigusselguse vaatenurgast problemaatiline säte, eriti võttes arvesse potentsiaalsete piirideüleste pakkujate puhul, kuivõrd mujal Euroopa Liidus on ka sätestatud erinevaid sotsiaalse eesmärgi tõendamise nõudeid.

See, kuidas ettevõtte saab tõendada sotsiaalset eesmärki, on liidu tasandil reguleerimata ja lahtine küsimus. Nagu eelmises eelnevalt käsitletud, Kaitstud töö keskused või sotsiaalse eesmärgiga ettevõtted ei pea artikli 20 alusel olema sertifitseeritud või muul moel ametlikult kinnitatud. See tähendab, et liikmesriigid on ise loonud meetmed, mille abil kindlaks teha, et tegu on sotsiaalse ettevõttega. See omakorda võib rikkuda piiriülest konkurentsi, kui osad liikmesriigid seavad tõendamiseks kõrgemad standardid kui teised.¹¹⁷ Eeltoodust tulenevalt võib RHS § 13 lg 1 sätestatud nõuet pidada vastuoluliseks õigusselgusega ning sellest tulenevalt piirata piiriüleste pakkujate ligipääsetavust hankele.

Eeltoodust võib mõistlikult järeldada, et pakkujate ringi tuleb igal juhul tõlgendada laialt, et tagada kooskõla RHS § 3 lg 3 sätestatud efektiivse konkurentsi põhimõtte järgimine ning ka selleks, et tagada võimalikult efektiivselt sotsiaalsete eesmärkide kohaldamine. See tähendab, et nii osalevate ettevõtjate RHS § 13 sätestatud "sotsiaalse eesmärki" tuleks tõlgendada kooskõlaliseltsel direktiiviga, ehk siis lisaks põhikirjas sätestatule võtta arvesse ka muud ettevõtja esitatud dokumentatsiooni. Samuti tuleks ebasoodsas olukorras isikute ja vähenenud töövõimega isikute puhul vastavaid mõisteid sisustada pigem laialt, et reserveeritud hankes võiks osaleda võimalikult palju erinevate sotsiaalsete eesmärkidega ettevõtjaid.

¹¹⁶ Baciu, I. The Possibility to Reserve a Public Contract under the New European Public Procurement Legal Framework. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. 2018, Vol. 13 Issue 4, p 307-325. 19p. Berlin 2018. Lk 316

¹¹⁷ Cravero. Lk 184

2.1.2. Hankelepingute RHS § 13 alusel reserveerimise põhimõtted

Nagu eelnevalt järeldatud, on hankijal märkimisväärne kaalutusõigus hankelepingu reserveerimisel. On alust eeldada, et hanke reserveerimine vaid loetud hulgal pakkujatele mõjutab konkurentsiolukorda. Sellised konkurentsipiirangud mõjutavad tõenäoliselt vaba turu tasakaalu ja tasakaalu taaskord saavutamine on üks suuremaid väljakutseid, kui on toimunud laiem rõhuasetuse muutumine puhtmajanduslikult õiguspoliitikalt sotsiaalmajanduslikule õiguspoliitikale.¹¹⁸ Seega on äärmiselt oluline küsimus selles, kuidas peab hankija kohaldama RHS § 13 sätestatud hankelepingu reserveerimise korda selliselt, et seda ei saaks pidada ebaproportsionaalseks konkurentsipiiramiseks.

Hankija otsus hangete reserveerimist kasutada peab olema asjakohaselt kaalutletud otsus. Reserveeritud lepingutel on märkimisväärne mõju konkurentsile, kuivõrd nad jätavad mitmed pakkujad, kes ei vasta hankija sätestatud tingimustele, täielikult konkurentsist välja. See ei tähenda iseenesest, et meede ei oleks õigustatud, kuid sellisel juhul tuleks kindlaks teha, kas sama eesmärgi pole võimalik saavutada muude, vähem piiravate meetmetega. Olukorras, kus reserveeritakse lepinguid eesmärgiga anda konkurentsieelis ettevõtjatele, kes on tegelikkuses laiemal turul konkurentsivõimelised, võib sama tulemuseni jõuda vähemalt sama efektiivselt ka pakkumuste hindamise abil sotsiaalseid kaalutlusi rakendades. Sellest johtuvalt võib järeldada, et reserveerimine võiks olla õigustatud olukorras, kus pakkujate ring koosneb isikutest, kes muus olukorras oleks laiemal turul eeldatavasti suuresti konkurentsivõimetus.¹¹⁹ Selle põhjal võib väita, et RHS § 13 ei kujuta endast ebamõistlikku või ELTL-i põhimõtete vastast konkurentsipiirangut, kuivõrd võib eeldada, et ettevõtjad, kelle töötajatest suur osa on lisaks puuetega isikutele ka vähenenud töövõimega isikuid ning laiemalt ebasoodsas olukorras isikud, oleksid laiemal turul vähendatud konkurentsivõimega. Seega võib asuda seisukohale, et normis sätestatud konkurentsieelis oleks vastuolus võrdse kohtlemise põhimõttega.

Riigihankes osalejate ringi piiramine ei pruugi olla alati põhjendatud, kuivõrd sotsiaalsete eesmärkide saavutamiseks on võimalik kasutada ka muid variante, näiteks tehnilise kirjelduse, valikukriteeriumite või lepingu täitmise tingimustes välja tuua sotsiaalseid tingimusi, millest

¹¹⁸ Baciu. Lk 313

¹¹⁹ Kunzlik, P. F., Arrowsmith, S. Social and Environmental Policies in EC Procurement Law : New Directives and New Directions. Cambridge University Press. Cambridge 2009. Lk 183

hankes osalejad peavad kinni pidama. Sellele vastukaaluks võib leida peamiselt kaks argumenti, milleks on väiksem võimalus, et kaitstud töö keskustel ja põhikirjaliselt sotsiaalsete eesmärkidega ettevõtjatel ei ole saajaprotsendiline tõenäosus hanke võitmiseks ka juhul, kui tegu on sotsiaalse hankega, ning vahest suurendatud halduskoormus sotsiaalsete hangete läbiviimisel avatud pakkujate ringiga.

Samas tuleb arvesse võtta seda, kas Eesti siseturul on võimalik hankelepingute reserveerimisega tagada ka efektiivne konkurents. Võimalike pakkujate hulga ja sotsiaalse eesmärgi prioriteetsuse kohta on õiguskirjanduses sedastatud, et hindamaks seda, kas mis tahes horisontaalse eesmärgi järgimine riigihankemenetluses rikub konkurentsioigust või mitte, tuleb arvesse võtta vastuolulisi nõudeid, mille eesmärgiks on saavutada tasakaal horisontaalsete ning majanduslike kaalutluste vahel. Sellegipoolest, selline tasakaalu leidmine on piisavalt reguleeritud ning liikmesriikidele on sätestatud piirid, millest peab hinnangu andmisel lähtuma. Samuti on paika pandud teatud kriteeriumid, mille kohaselt peab läbi viima põhjaliku proportsionaalsuse analüüsi. Euroopa majandusruumi konstruktsioon ja laiendatult kogu Euroopa Liidu toimimise vundament on suures osas moonutamata ja vaba konkurents vaba turu tingimustes. Sellest tulenevalt peavad majanduslikud ja horisontaalsed kaalutlused kindlasti austama kõiki ELTL tingimusi.¹²⁰

Seejuures on õiguskirjanduses avaldatud ka arvamust, et kui alternatiivsete või sekundaarsete eesmärkide saavutamine läheb vastuollu peamiste majanduslike eesmärkidega, konkurentsioigus peaks kõrvale jätma kõik sellised kaalutlused ning juhinduma vaid majanduslikest kriteeriumidest. Riigihangete korraldamisel ei tohiks enam niivõrd poliitilisi eesmärke täita, kuivõrd neid eesmärke on avalikul sektoril võimalik täita otsustades, mille peale avalikke ressursse kulutada ning mida osta. Riigihanked peaksid olema tööriist, millega võimalikult efektiivselt ellu viia otsuseid, mille tegemise taga on olnud poliitilised ja majanduslikud eesmärgid.¹²¹ Selline seisukoht läheb aga täiesti vastuollu 2014/24 artiklis 18 ja RHS § 2 lg 2 sätestatud riigihankeõiguse eesmärkidega, milleks on ka sotsiaalsete eesmärkide täitmine läbi riigihankemenetluse. Sellest tulenevalt ei olealust arvata, et riigihankelepingute reserveerimine § 13 alusel oleks kuidagi vastuolus kehtivate konkurentsipõhimõtetega. Selline

¹²⁰ Sanchez-Graells, A. Truly competitive public procurement as a Europe 2020 lever: what role for the principle of competition in moderating horizontal policies? UACES 45th Annual Conference, Bilbao, Spain, 7-9 September 2015. *Sine loco* 2015. Lk 7-8

¹²¹ Sánchez Graells, A. Public Procurement and the EU Competition Rules. Hart Publishing. Oxford 2015. Lk 54-55, 100

lähenemine on kindlasti vägagi kooskõlas riigihangete esmaste eesmärkidega, kuid jätab autori hinnangul kõrvale asjaolu, et riik väga suure tarbijana saab lepingupartnerite valikul siiski suuresti edendada sotsiaalsete eesmärkide elluviimist.

Proportsionaalsuse printsiibi järgimine eeldab, et piirav meede peab olema sobilik ehk olema mõistlik meede eesmärgi saavutamiseks, ning vajalik ehk olema ainult nii piirav, kui see vähegi vajalik on.¹²² Reserveerimise eesmärgid on välja toodud nii Euroopa Liidu kui ka Eesti õiguses. Tegu on sobiliku meetmega, kuivõrd reserveerimise abil on hankijal võimalik tagada, et hanke võitjaks on kindlasti RHS § 13 välja toodud ebasoodsas olukorras olevaid isikuid soodustav ettevõtja. Samas ei ole ei siseriiklikus ega EL õiguse seletuskirjades või lisamaterjalides välja toodud, et sätte eesmärgiks on tagada, et ebasoodsas olukorras isikuid soodustav ettevõtja võidaks saajaprotsendilise tõenäosusega, pigem on toodud välja üldisemad eesmärgid, milleks on ebasoodsas olukorras isikute tööturule kaasamise soodustamine. E

eltoodud eesmärgi saavutamine on võimalik rohkemal või vähemal määral aga ka sotsiaalsete kaalutlustega hangete läbiviimisel, samas tuleb arvesse võtta, et siinkohal võib sotsiaalsete poliitikate elluviimine üles kaaluda konkurentsinoüete prioriteetsuse. Kuivõrd säte puudutab ettevõtjaid, kelle eesmärk on töösse kaasata isikuid, kelle konkurentsivõime suuremal turul on eelduslikult piiratud, ei saa seda meetet pidada õigustamatuks. On oluline märkida, et reserveerimine RHS § 13 alusel on ainuke viis, kuidas hankija saab panna suurema rõhuasetuse sotsiaalsetele kaalutlustele, mis ei ole hanke esemega seotud.

Reserveerimise proportsionaalsuse osas on Euroopa Kohus asunud seisukohale, et eesmärgid peavad olema siiski ühisturgu edendavad, eitades regionaalse arengu soodustamist kui sotsiaalse eesmärgi kohaldamist direktiivi 2014/24 artikkel 20 mõistes. Kohtuasjas *Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita Sanitaria Locale* näiteks Euroopa Kohus eitas võimalust reserveerida leping liikmesriigi pakkujatele eesmärgiga vähemarenenud piirkondade arengut ergutada. Euroopa Kohus sedastas, et sellised meetmed ei ole ELTL-i ja riigihangete regulatsiooni silmas pidades proportsionaalsed, vaid eelistavad õigusvastaselt siseriiklikke pakkujaid, kuivõrd regionaalne areng ei aita kaasa hüvede nagu tervishoid, julgeolek, jms, kaitsmisele. Tegu oli olemuslikult majandusliku eesmärgiga ja majanduslikku huvi ei saa pidada sätte kaitsealasse kuuluvaks erandiks. Samuti viitas kohus, et regionaalse arengu

¹²² Arrowsmith, S. EU Public Procurement Law: An Introduction. Lk 38

toetuseks on võimalik liikmesriigil kasutada lubatud riigiabi meetmeid.¹²³ Seega leidis Euroopa Kohus, et regionaalse arengu eesmärkide saavutamiseks oli antud meetod ebaproportsionaalne, kuna oli ebavajalikul määral konkurentsi piirav.

Ennist välja toodud sotsiaalsed eesmärgid, mida on võimalik täita reserveeritud hangete korraldamisel, on üsna märkimisväärsed, kuivõrd kaasavad kutsetegevusse isikuid, kellel ilmselt ei oleks muud võimalust turutingimustes toime tulla. See tähendab ka, et olukorras, kus hange on korraldatud proportsionaalsetel tingimustel, ei piira see konkurentsi õigusvastaselt. Seejuures tuleb hankijal kindlaks teha, et hankes osalejate vaheline efektiivse konkurentsi tagamine toimub vastavalt RHS § 3 p 3 sätestatule.

Samas tuleb arvesse võtta ka seda, et Eestis ei pruugi olla piisavalt suurt hulka RHS § 13 sätestatud ettevõtjaid, et tagada efektiivset konkurentsi juba puhtalt pakkujate arvu mõttes. Enne reserveerimisotsuse tegemist võivad hankijad kasutada võimalust turuosalistega konsulteerida vastavalt § 10 lg 2, et kindlaks teha, kas ja millisel määral on vastaval turul potentsiaalseid pakkujaid. Õiguskirjanduses on välja toodud, et hankija peaks enne reserveerimist viima end asjakohaselt kurssi turuolukorraga, et seejärel teha otsus selle kohta, kas reserveerimisel on võimalik saavutada piisav pakkujate arv, et hankelepingu eseme piisav kvaliteet ja hanke majanduslik tõhusus, või oleks mõistlikum kasutada võimaluste piires sotsiaalseid kaalutlusi avatud pakkujate ringiga menetluses.¹²⁴ Seega võib sellisel juhul hankija olema sunnitud kasutama siiski avatud pakkujate ringiga menetlust, kuid näiteks määratud hinnaga hankes vastavalt RHS §-le 85 lg 7. Sellisel moel saab hankija paremini tagada efektiivset konkurentsi, samas täites siiski ka sotsiaalseid eesmäärke.

Vaba konkurentsi koha pealt saab ilmselt pidada lubamatuks riiveks seda, kui hankija korraldab riigihange olukorras, kus pakkujaid on selgelt liiga vähe, jättes sellega täitmata RHS § 3 sätestatud üldpõhimõtted, ennekõike efektiivse konkurentsi tagamise.

Hankijatel peaks olema võimalik asjakohaselt põhjendada, miks valiti mingi konkreetse hanke läbiviimiseks just reserveeritud hange hankemenetluse asemel. Peaks olema võimalik ära näidata, et suhe saadud toote või teenuse majandusliku väärtuse ja sotsiaalmajandusliku mõju

¹²³ EKO C-21/88

¹²⁴ Baciú. Lk 316

vahel on positiivne, st. positiivne mõju sotsiaalsete keskkonnale on piisavalt märkimisväärne.¹²⁵

Hankijale on samuti jäetud väga lai kaalutusõigus selle osas, kas sotsiaalset reserveeritud menetlust kasutada ning ka selles osas, kuidas seda kasutada. Siinkohal võib ilmselt kohaldada analoogia korras RHS § 127 sätestatud põhimõtteid sotsiaal- ja eriteenuste reserveeritud hangete korraldamise kohta. Seetõttu on ilmselt kõige tähtsam selge ja piisavalt üksikasjaliku menetluskorra loomine, et tagada läbipaistvuse põhimõtte asjakohane järgimine ning et potentsiaalsetel pakkujatel tekiks adekvaatne ettekujutus menetluse käigust, hankelepingu tingimustest, hindamiskriteeriumidest jne. Menetluse käigu määramisel peab hankija eelkõige lähtuma läbipaistvuse, ettenähtavuse ja kontrollitavuse printsiipidest.

RHS § 13 on pigem konservatiivne selle osas, millistele ettevõtjatele võib riigihankelepinguid reserveerida ning välja arvatud põhikirjalise eesmärgi nõudele on direktiivi sättes selles osas suuresti nõuetekohaselt üle võetud. Proportsionaalsusest ning võrdse kohtlemise põhimõttest lähtudes on võimalik sätte kohaldamisel edendada sotsiaalseid eesmärke selliselt, et need ei piiraks õigustamatult vaba konkurentsi. Hankija kaalutusõiguse teostamise piirid on siin ka pigem laiad, kuivõrd isikute gruppide määratlused, keda RHS § 13 peaks soodustama, on sõnastatud üsna ebatäpselt. Sellest tulenevalt on võimalik hankijal neid mõisteid sisustada, lähtudes seejuures riigihankeõiguse aluspõhimõtetest. Kokkuvõttes on hankija diskretsioon märkimisväärne, kuivõrd hankijal on võimalik teha kaalutusotsus nii reserveeritud hanke korraldamise kohta ning määrata hanke läbiviimise kord, pidades silmas RHS-s sätestatud nõudeid ja põhimõtteid.

2.2. Hankija kaalutusõigus sotsiaal- ja eriteenuste hankimisel vastavalt RHS § 126

2.2.1. Hankelepingute reserveerimise eesmärgid ja kooskõla üldpõhimõtetega

RHS § 126 alusel hankelepingute reserveerimine võimaldab hankijal hankelepinguid reserveerida kindlate sotsiaal- ja eriteenuste hankimiseks, tagades seeläbi teatud avalike teenuste järjepidevuse ja lihtsustatud korra vajalike teenuste hankimiseks. Sotsiaal- ja eriteenuste hangete korraldamiseks võimaldab RHS § 126 hankijal reserveerida hankelepingu piiratud pakkujate ringile. Sätte eesmärk on sisuliselt lihtsustada sotsiaal- ja eriteenuste

¹²⁵Baciu. Lk 324

hankimist, et parandada nende kvaliteeti ja kättesaadavust. Reserveerimisel hangitavad teenused on avalikkusele hädavajalikud, mistõttu nende püsivad ja usaldusväärset saadavalolekut võib pidada Euroopa õiguse mõttes osaks põhiõigustest ja põhiväärtustest.¹²⁶ Samas sõnastuses on vastav võimalus ette nähtud ka 2014/24 ja 2014/25 direktiivides. Samuti on sotsiaal- ja eriteenuste hankimiseks erihanke korraldamine ette nähtud ka kontsessioonidele vastavalt direktiivi 2014/23 artiklile 19, kusjuures sotsiaal- ja eriteenustele tuleneb vastavast direktiivist erinõudena vaid kontsessiooniteate esitamise erinõuded.

Hankija kaalutusõigus seisneb esmalt kindlasti sotsiaal- ja eriteenuste hangete puhul selles, kas üldse vastavat reserveeritud hanget korraldada. S. Arrowsmith selgitab, et direktiivi 2014/24 artikli 77 on vajalik selleks, et riigil oleks võimalik seni enda poolt osutatud teenust „sujuvalt privatiseerida“. Selle asemel, et teenuse osutamine otsustuskorras (või muul konkurentsi mittekaasaval viisil) otse nii-öelda eraturule täitmiseks suunata, eelistati EL seadusandja poolt hankelepingute reserveerimise regulatsiooni loomist, mis võimaldas hankelepinguid sõlmida kolmanda sektori organisatsioonidega läbi riigihanke menetluse.¹²⁷ Sellise eesmärgi kohaldamine aitab paremini mõista regulatsiooni eesmärke lisaks sellele, et reserveerimise abil üritatakse tagada võimalikult kindlalt vajalike sotsiaal- ja eriteenuste toimimine, mis on avaliku huvi kohaselt olulised.¹²⁸ Sellest tulenevalt peaks hankija kaalutusõiguse teostamisel ka hindama, kas antud teenust saaks asjakohaselt hankida ka hankemenetluse korraldamisel.

Eeltoodust johtuvalt võib järeldada, et direktiivi 2014/24 artikli 77 eesmärk ning vajalikkus ei ole ei Euroopa Liidu õiguses, seletuskirjades ega ka siseriiklikes materjalides kuigi põhjalikult esile toodud. Sellest järeldub, et praegusel hetkel ei pruugi enam riigihangete reserveerimine nii EL primaarseid eesmärke kui ka riigihangete regulatsiooni silmas pidades enam põhjendatud, kuigi tegu on üsna märkimisväärse vaba konkurentsi piirajana. Sotsiaalsete eesmärkide saavutamiseks on olemas ka muid õigusega tagatud meetmeid, mis praegusel hetkel, vähemalt siseriiklikul tasandil, võiksid tagada sotsiaal- ja eriteenuste püsiva toimimise ja samas tõhustada ka konkurentsitingimusi. Sellest tulenevalt tuleb analüüsida, millal ja millisel moel saab hankija kasutada sotsiaal- ja eriteenuste hankimise korda selliselt, et see

¹²⁶Baciu, I. Lk 319

¹²⁷Härginen, K., Simovart, M.A., Parind, M. Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Lk 858

¹²⁸ Arrowsmith, S. EU Public Procurement Law: An Introduction. Lk 82

riivaks võimalikult vähe efektiivset konkurentsi, kuid suudaks siiski täita ettenähtud sotsiaalseid eesmärke.

Sotsiaal- ja eriteenuste hanked moodustavad pigem väikese osakaalu Eestis korraldatavatest hangetest. Sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses korraldati 2019. aastal Eestis 341 hanget, kus osales kokku 1360 pakkujat ehk keskmiselt 4 pakkujat hanke kohta. Kõikidest samal aastal korraldatud hangetest moodustasid sotsiaal- ja eriteenuste hanked ligikaudu 4%.¹²⁹

Erimenetluse abil hangitavad teenused on peaauglikult haridus-, meditsiini- ja kultuuriteenused. Teenuste täpsemad CPV koodid on seaduses samuti välja toodud.¹³⁰ EL direktiivi 2014/24 artiklis 77 välja toodud CPV koodid ühtivad üheselt RHS-i regulatsioonis välja toodutega. Direktiivi artikli 77 lõike 1 sätestuse sõnastuse kohaselt ei ole jäetud liikmesriikidele siinkohal kaalutlusruumi teenuste määramisel siseriiklike vajaduste järgi. Seega on siinkohal liikmesriigil võimalus edendada kindlate sotsiaal- ja eriteenuste kättesaadavust.

Liikmesriigi õigus on kindlaks määrata, milliseid protseduureegleid peavad hankijad kasutama olukorras, kus hange ei ületa rahvusvahelist piirmäära, milleks on 750 000 eurot. Eesti riigisisese õiguse kohaselt ei ole sätestatud hankijale eraldi piirmäära sotsiaal- ja eriteenuste hankimiseks, st. RHS § 14 lg 1 p 2 ja RHS § 15 lg 2 koosmõjus järgib hankija sotsiaal- ja eriteenuste hankimise korda alates 30 000 euro suuruse eeldatava maksumusega hanke korraldamiseks. Samas tuleneb siinkohal erisus võrgustikusektori hankijatele sotsiaal- ja eriteenuste hankimiseks. Vastavalt RHS § 15 lg 10 ja RHS § 166 toodule peab võrgustiku sektori hankija kohaldama RHS § 126 tulenevaid reegleid vaid juhul, kui hanke eeldatav maksumus ületab rahvusvahelist piirmäära. Seega on allapoole sotsiaal- ja eriteenuse

¹²⁹ Kokku korraldati 2019. aastal 8127 hanget. Võrdluseks võib tuua eelmises peatükis välja toodud sotsiaalseid kriteeriume sisaldavad hanked, mida korraldati samal aastal 7 ehk 0,1% kõikidest läbi viidud hangetest. Riigihangete valdkonna 2019. aasta ülevaade. Lk 30, 40.

¹³⁰ Reserveeritavad teenused on hariduse haldusteenused, tervishoiu haldusteenused, elamumajanduse haldusteenused, koduabipersonali pakkumisteenused, põetuspõsonali pakkumisteenused, meditsiinipersonali pakkumisteenused, koolieelse hariduse teenused, kõrghariduse teenused, e-õppe teenused, täiskasvanukoolitusteenused ülikooli tasemel, töõtajate väljaõppe teenused, koolitusrajatised, juhendamisteenused, tervishoiu ja sotsiaaltõõ teenused, raamatukogu-, arhiivi-, muuseumi- ja muud kultuuriteenused, sporditeenused, ühiskondlike organisatsioonide teenused ja noorteühenduste teenused. Allikas: Komisjoni määrus (EÜ) nr 213/2008, 28. november 2007, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega, - Euroopa Liidu Teataja L 74, lk 1.

hankimise menetluskord suuresti hankija kaalutusõigus, kus järgima peab RHS § 3 tulenevaid riigihangete üldpõhimõtteid.

Uue riigihangete seaduse muutmise eelnõuga muudetakse sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse sätteid selliselt, et hankija järgib käesoleva seaduse riigihankeõiguse üldpõhimõtteid ning §-des 81, 82, 85, 110–12, 114–17 ja 119 sätestatud, võttes arvesse sotsiaal- ja eriteenuste eripära. Hankija võib hankelepingu sõlmimisel arvesse võtta teenuste kvaliteedi, katkematus, ligipääsetavuse, taskukohasuse, kättesaadavuse ja terviklikkuse kaalutlusi, erinevate kasutajagruppide, sealhulgas ebasoodsas olukorras olevate isikute erivajadusi.¹³¹ Vastavalt eelnõu seletuskirjale tehakse muudatus vastavalt tagasisidele, mis anti eelnõu väljatöötamisel konsultatsioonide käigus.¹³² Vastav muudatus ei muuda hankija kaalutusõiguse teostamise piire, kuivõrd hankijal on siiski võimalus riigihangete seaduses sätestatud menetlusreeglitest kõrvale kalduda, kuid seda ainult põhjendatud kaalutusotsuse alusel. Seega võib siinkohal asuda seisukohale, et see ei kitsenda hankija kaalutlusruumi sotsiaal- ja eriteenuste hangete läbiviimisel ja seeläbi sotsiaalsete eesmärkide täitmist. Vastav muudatus võiks aidata kaasa ka sotsiaal- ja eriteenuste hankimise korraga seonduvate sätete õigusselguse parandamisele. Olukord kus kaalutusõiguse teostamise piirid menetluse kindlaksmääramisel on liiga laiad, võib see tekitada kaalutusvigu või ebakindlust hankijates, kes ei soovivad kaalutusvigu vältida.

Siseriiklikule diskretsiooniõigusele on Euroopa Kohus tähelepanu juhtinud ka kohtuasjades Spezzino ja CASTA, kus kohus sedastas, et liikmesriigid ei pea samal määral Euroopa Liidu riigihangete regulatsiooniga arvestama siseriiklikul tasandil, kui tegu on riigihankelepingute sõlmimisega kolmanda sektori organisatsioonidega. See peegeldab suuresti uut lähenemist sotsiaal- ja eriteenuste hangetele, mida reguleerib 2014/24 direktiiv.¹³³ Järelikult, EL nõuded liikmesriikidele seoses sotsiaal- ja eriteenuste reserveeritud riigihangetele on mõneti vabad, andes liikmesriikidele võimaluse otsustada, milliste sotsiaal- ja eriteenuste hankimiseks võimaldada avalikul sektoril kasutada erimenetlust.

Seega, sotsiaal- ja eriteenuste riigihangete reguleerimisel on jätud liikmesriikidele üsna suur valikuvabadus, kuidas siseriiklikust asju korraldada. RHS-i asjakohased sätted jätavad olulise

¹³¹ Rahandusministeerium. Riigihangete seaduse muutmise eelnõu 2021. Lk 18.

¹³² Rahandusministeerium. Riigihangete seaduse muutmise eelnõu seletuskiri 2021. Lk 31.

¹³³ Sanchez-Graells, A., De Koninck, C. Shaping EU Public Procurement Law: A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015–2017. Wolters Kluwer. Alphen aan den Rijn 2018. Lk 8-9

kaalutlusruumi hankijale, seda eriti võrgustiku sektori hankijate puhul, kus hangete piirmäär on oluliselt kõrgem.

2.2.2. Sotsiaal- ja eriteenuste hankimise põhimõtted

RHS § 126 lg 7 kohaselt järgib hankija sellise menetluse läbiviimisel RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid, võttes arvesse sotsiaal- ja eriteenuste eripärasid. Hankija võib arvesse võtta teenuste kvaliteedi, katkematus, ligipääsetavuse, taskukohasuse, kättesaadavuse ja terviklikkuse tagamise kaalutlusi, erinevate kasutajagruppide, sealhulgas ebasoodsas olukorras olevate isikute erivajadusi, kasutajate kaasamist ja innovatsiooni. RHS § 3 järgi on hankija kohustatud tegutsema riigihanke korraldamisel läbipaistvalt, kontrollitavalt ja proportsionaalselt; tagama konkurentsi efektiivse ärakasutamise riigihankel; ning kasutama rahalisi vahendeid säästlikult ja otstarbekalt ning sõlmima hankelepingu parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhte alusel.

Direktiivis on riigihangete põhimõtted välja toodud artiklis 15, mis sätestab, et riigihanked oleksid kooskõlas konkurentsi ja proportsionaalsuse põhimõtetega ja et hankes osalejad ettevõtjad oleksid enda tegevuses kooskõlas keskkonnakaitse, sotsiaalsete ja tööõiguse alaste nõuetega. Võttes arvesse seda, et artikkel 15 asub I osas ja sotsiaal- ja eriteenuste hanked on direktiivis reguleeritud artiklis 76 ehk III osas, võib väita, et artikkel 76 lõige 1 on *lex specialis* üldpõhimõtete suhtes ja lubab seega riivata vaba konkurentsi ja proportsionaalsuse põhimõtteid. Samas Euroopa Kohtu praktika sellist tõlgendamist ei soosi.¹³⁴

Seejuures võib menetluse läbiviimisel arvesse võtta sotsiaal- ja eriteenuse olemust. Näiteks on Eesti kohtupraktikas leitud, et hangitava teenuse täpse mahu määratlemata jätmine ei ole vastuolus läbipaistvuse ega ettenähtavuse põhimõtetega.¹³⁵ Siinkohal on selge vastuolu läbipaistvuse ja ettenähtavuse põhimõtetega, kuivõrd hankemenetluses ja hankelepingu eritingimustes peab olulised tingimused, nagu näiteks hankelepingu maht, olema ära määratletud juba alusdokumentides. Kõrvalekalded alusdokumentidest võivad esineda vaid määral, mis on võrdlemisi ebaoluline. Võib järeldada, et hankija kaalutlusõigus veelgi suurem, kuivõrd tulenevalt teenuse iseloomust on kohati õigustatud ka riigihangete üldpõhimõtete

¹³⁴ Sanchez-Graells, A., Szyszczak, E. Modernising Social Services in the Single Market: Putting the Market into the Social. Service Management eJournal. *Sine loco* 2013. Lk 21

¹³⁵ TlnRnKo 3-18-306, p 12-13

tavalisel määral järgimata jätmise. Selgelt peab üldpõhimõtte järgimata jätmise olema proportsionaalne ning tulenema otseselt teenuse eripäradest.

Seejuures on oluline, et menetluskord oleks läbipaistev ja kontrollitav, eelkõige selleks, et kaitsta potentsiaalsete pakkujate huve ning anda võimalikult põhjalik ülevaade sellest, mis on hankelepingu sisu ja millised on hindamiskriteeriumid. RHS § 126 lg 2 kohaselt peab hankija küll riigihanke alusdokumentides määrama sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse korra, kuid säte ei näe ette kindlaid nõudeid sellise korra sisule ja ulatusele. Hankija kaalutusõiguse teostamise piiridesse jääb ka see, kui täpselt ära määratleda erimenetluse kord. Näiteks on Eesti kohtupraktikas sedastatud, et liisuheitmise korra menetluskorras reguleerimata jätmise ei ole läbipaistvuse ja kontrollitavuse nõude rikkumine.¹³⁶ Täpsed piirid on siin seega mõneti määratlemata, kuid hankijal tasub menetluskorra kindlaksmääramisel olla pigem täpne, et tagada hanke kooskõla üldpõhimõtetega.

Direktiiv 2014/24 ega riigihangete seaduses ei sätestata konkreetseid tingimusi, kuna see on asja ja teenuse spetsiifiline. Samuti ei näe kehtiv hankeõigus ette konkreetseid nõudeid selle kohta, millised peavad olema hankelepingu tingimused pakkuja kanda jääva riski osas.¹³⁷ Seega on kohtupraktikas tõdetud, et hankija kohustus läbipaistvuse ja selguse kohustuse järgimisel oleneb jällegi väga teenuse iseloomust.

RHS § 126 lg 2 alusel võib hankija ka kasutada teisi riigihankemenetlusi, et reserveeritud hanget korraldada. Kui hankija seob ennast mõne riigihangete seaduse sättega, kehtivad talle sealt tulenevad kohustused täies ulatuses ka siis, kui ta seaduse alusel selle konkreetse menetluse läbiviimiseks kohustatud ei ole.¹³⁸ Sellest tulenevalt kehtivad hankijale menetluskorra valimisel kogu valitud kord terviklikult. Seega on käesoleva seaduse kohaselt hankija kohustused sotsiaal- ja eriteenuste hangete läbiviimisel võimalik hankijal kasutada juba RHS-i jaoks välja töötatud menetlusnorme, mis tagavad suurema tõenäosusega üldpõhimõtete järgimise, kui vahest seda teeks hankija enda koostatud hankekord.

Riigihangete reserveerimine § 13 ja § 126 alusel ei eira iseenesest konkurentsi põhimõtteid, vaid kohandab neid uuele EL poliitika suundadele, kus sotsiaalsetele eesmärkidele on antud kesksem koht. Suurel määral konkurentsipõhimõtted siiski kohalduvad täies määras, lihtsalt

¹³⁶ TlnRnKo 3-18-2037, p 25

¹³⁷ TrtHK 3-18-1047, p 7

¹³⁸ RKHKo 3-19-1501; p 13–14

väiksema ringi osalejate suhtes.¹³⁹ Seega on oluline ka piiratud ringi pakkujatega järgida kõiki riigihangete üldpõhimõtteid ja hankija sätestatud menetluskorda.

Mis on oluline reserveerimise puhul § 127 alusel on see, et Eestis võib olla keeruline leida piisavalt palju pakkujaid, kes ei oleks kolme aasta jooksul hankes osalenud. Isegi juhul, kui seda näha sotsiaalsete organisatsioonide ja ettevõtete turu ergutamise ja elustamisena, on siiski oluline silmas pidada, et olukorras, kus kandidaate on ajalise piirangu tõttu vähe, kannatab selle eelkõige hanke majanduslik efektiivsus.¹⁴⁰ Sellest tulenevalt peaks hankija valima menetluse liigi olenevalt sellest, kas on võimalik tagada efektiivne konkurents või mitte.

See tähendab, et hankijal on veelgi suurem kaalutusõigus Eesti kontekstis, kuivõrd tuleb ka silmas pidada, et pakkujate ring ei pruugi olla reserveeritud hangete puhul piisavalt suur, et tagada tõhusat konkurentsi. Seadusest tuleneb ka piirang, mille kohaselt ei tohi osaleda erimenetluses selline organisatsioon, kellega on eelmise kolme aasta jooksul samasuguse reserveeritud erimenetluse tulemusena hankeleping sõlmitud. Sellisest piirangust on eelnõus loobutud alla rahvusvahelise piirmäära jäävate sotsiaal- ja eriteenuste hankelepingute puhul, kuivõrd Eestis ei pruugi nii palju olla selliseid, organisatsioone, kes vastaksid kõikidele uute direktiivide tingimustele. Sellest tuleneb ka teatav vastuolu § 3 p 5 tuleneva säästlikkuse põhimõttega, kuivõrd hankijal ei pruugi olla võimalik erimenetluse raames tagada avalike vahendite võimalik efektiivne ärakasutamine.

Võttes arvesse sotsiaalse eesmärgiga ettevõtete ja sotsiaal- või eriteenuseid pakkuvate ettevõtete iseloomu ja struktuuri niisamuti kui ka vastava turu olukorda, võiks hankijatel olla mõistlik teha hankele eelnevaid konsultatsioone, et kindlaks teha, kas hankelepingu reserveerimisel on võimalik saavutada piisav pakkujate hulk, et tagada efektiivne konkurents hanke läbiviimisel. Seeläbi on hankijal võimalik saada hea arusaam turuolukorrast ja seeläbi kindlaks teha, kas reserveerimise abil on lisaks sotsiaalsete eesmärkide täitmisele ka tagada avalike vahendite efektiivne ja säästlik ärakasutamine.¹⁴¹

¹³⁹ Baci. Lk 324

¹⁴⁰ 23.07.2014 Riigihangete seaduse eelnõu väljatöötamise kavatsus. Rahandusministeerium. Kättesaadav arvutivõrgus:
https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/get_file_1_0.pdf?download=1. Lk 24

¹⁴¹ Baci. Lk 323

Nagu selgitatud eelmises peatükis, võib ka sotsiaal- ja eriteenuste hankimisel hankijal kasu olla hankekorrast, mis võib maandada laiemate kaalutusõiguse teostamise piiride puhul riski, et hankija teeb kaalutusvea.

Kokkuvõttes on hankelepingute reserveerimisel paratamatu vähemalt mingil määral konkurentsi moonutamine – eriti võrreldes riigihankemenetluses ja hankelepingu eritingimustes sotsiaalsete aspektidega arvestades. Hankija kaalutusõiguse teostamise piirid seejuures on üsna märkimisväärselt laiad, kuivõrd hankija määrab kindlaks suure osa hanke menetluskorrast. Eesti seadusandja on jätnud hankijale eriti suure kaalutusruumi erimenetluse korra kindlaksmääramisel, sidudes hankijat suuresti ainult üldpõhimõtetega. Samas on uue esitatud seaduseelnõuga hankija kaalutusõiguse teostamise piire kitsendatud. Vastav muudatus võib töö autori hinnangul parandada õigusselgust ja tulemusena julgustada vastavate hangete läbiviimist.

KOKKUVÕTE

Sotsiaalsete kaalutluste kasutamine riigihangetes on hea ja Eestis võrdlemisi vähe kasutatud võimalus edendada riiklike vahendite kasutamisel sotsiaalseid eesmärke ja parandada ebasoodsas olukorras inimeste töö- või elutingimusi. Samuti võib see aidata turgutada sotsiaalselt vastutustundlikku ettevõtlust olukorras, kus sellistel ettevõtetel muul juhul oleks keeruline turutingimustes hakkama saada. Eestis on sotsiaalsete kaalutluste kaasamine riigihangetesse jäetud suuresti hankija kaalutusõiguse teostamise piiridesse. Seejuures tuleb aga tagada, et riigihangete läbiviimisel järgitaks riigihangete aluspõhimõtteid ja tagataks vaba konkurentsi efektiivne toimimine.

Riigihankemenetluse etappides on hankijal eri võimalusi sotsiaalsete eesmärkide kaasamiseks, samuti erinevad oluliselt hankija diskretsiooniõiguse teostamise piirid. Kvalifitseerimistingimustes sotsiaalsete kaalutluste kohaldamisel tuleb vältida olukorda, kus hankija hakkab pärast alusdokumentide avaldamist otsustama, kuidas kvalifitseerimistingimusi tõlgendada. Hilisemal tõlgendamisel tuleks alati eelistada tõlgendust, mis võimaldaks menetluses osaleda rohkem pakkuja. Järelikult jätab RHS § 98 siiski mõningase kaalutusruumi, mis võimaldab hankijal menetlusse kaasamata jätta pakkujad, kellel ei ole tehnilist suutlikkust või kogemust pakkuda hankelepingus hangitavat teenust selliseid sotsiaalseid standardeid järgides, nagu hankija nõuab. Sotsiaalsete kaalutluste arvesse võtmisel kvalifitseerimistingimuste sätestamisel on mõneti keerulisem, kuivõrd kvalifitseerimistingimused on eelkõige miinimumnõuded, mis on seotud hankija tehnilise ja majandusliku suutlikkusega, mis ei pruugi soosida sotsiaalsete nn lisatingimuste kaasamist. Sellegipoolest oleks asjakohane kvalifitseerimistingimusi kasutada sotsiaalsete miinimumnõuete täitmise tagamiseks, näiteks tööõiguse nõuete täitmise tagamiseks. Sellisel moel saab hankija sellegipoolest mõjutada ettevõtluskultuuri ja soodustada ettevõtjaid, kes hoiduvad ettevõtlusriski maandamisest sotsiaalsete tingimuste arvelt.

Kõrvaldamistingimustel saab sotsiaalsete eesmärkide täitmisest rääkida eelkõige vabatahtlike kõrvaldamistingimuste puhul, kuivõrd sotsiaal- ja tööõiguse normide järgimine on jäetud vabatahtlike kõrvaldamistingimuste alla. Hankija kaalutusõiguse teostamise piirid on üsna

kitsad, kuivõrd RHS § 95 lg 4 sätestab kõrvaldamise aluse kinnise loeteluna ning hankija igakordne kaalutlusotsus on vastava sätte kohaldamine. Kahtluse korral peaks vastavaid kõrvaldamise aluseid tõlgendama pigem viisil, mis võimaldab hankes osaleda võimalikult suurel pakkujate arvul. Tegu on märkimisväärse võimalusega kõrvaldada menetlusest pakkujad, kes on enda võimaliku konkurentsieelise saanud sotsiaalseid või tööõiguslikke norme rikkudes, st õigusvastaste meetmetega. Siinkohal on töö autori arvates direktiivi ülevõtmisel tasakaalustatud mõistlikult efektiivse konkurentsi tagamist ja sotsiaalsete eesmärkide täitmist. Kuigi sotsiaalsete eesmärkide tagamine oleks ilmselt paremini tagatud olukorras, kus vastavate normide rikkumine toob kaasa automaatse kõrvaldamise, vähendatakse vahest sellisel juhul pakkujate ringi kohati ebamõistlikult palju. Hankija kaalutlusõiguse kasutamisel on seevastu võimalik igakordselt hinnata rikkumise mõju sotsiaalsetele eesmärkidele ja ka kõrvaldamise mõju hanke efektiivsele toimimisele ning majanduslikule tõhususele.

Tehnilise kirjelduse abil on vastavalt RHS § 87 võimalik hankijal korraldada hange, millega ostab kaupu või teenuseid, mis panustavad jätkusuutlikku arengusse, pidades silmas jätkusuutlikke või vastutustundlikke tootmis- või turustamisprotsesse. Sellest johtuvalt võib ka järeldada, et tehnilises kirjelduses sotsiaalsete eesmärkide elluviimise puhul seisneb hankija kaalutlusotsus eelkõige selles, mida hankida. Hankija poolt kindlaks määratud hankelepingu ese määrab kindlaks ka hankija kaalutlusõiguse teostamise piirid sotsiaalsete kaalutluste kaasamisel. Sotsiaalsete kaalutluste kaasamise võimalused rohkem piiratud, kuivõrd nõuded, mida pakkujatele esitada, peavad olema rangelt seotud hankelepingu esemega. Hankija kohustus on tagada, et tehnilises kirjelduses esitatavad nõuded on objektiivsed ja proportsionaalsed ning vaidluse korral on vastava asjaolu tõendamine hankija tõendamiskoormis.

Seevastu hindamiskriteeriumides sotsiaalsete põhimõtete kasutamisel hankijal mõneti laiem kaalutlusõigus, kuivõrd hankija saab kindlaks määrata, kui palju sotsiaalse kriteeriumi kaasamine vastava hanke pakkumuste konkurentsi mõjutab. Pakkumuste hindamise käigus sotsiaalsete kaalutluste kaasamisel on võimalik korrektse rakendamise korral võimalikel pakkujatel täpselt ja selgelt mõista, mille alusel ja millises ulatuses nende pakkumusi hinnatakse. Eeltoodu oleneb sellest, millised hindepunktide osakaalud on hankija määranud sotsiaalsete kriteeriumide täitmisele. Samas ei ole hankijal võimalik sätestada hindamiskriteeriume, mis ei ole lepingu tingimustega tugevas seoses, mistõttu ei ole see

hankija jaoks kõige suurema vabadusega ning kaalutlusruumiga meede sotsiaalsete eesmärkide edendamiseks. Hindamiskriteeriumides on sotsiaalsete põhimõtete kasutamine otstarbekam kui tehnilises kirjelduses, kuivõrd hankijal on suurem kaalutlusõigus sotsiaalsete tingimuste sätestamisel ning mõju konkurentsile ei ole samuti niivõrd märkimisväärne.

Kõige efektiivsem viis sotsiaalsete tingimuste kaasamiseks on hankelepingu eritingimustes, kuivõrd vastavad tingimused peavad küll olema seotud lepingu täitmisega, kuid mitte nii rangelt seotud hankelepingu esemega. Hankija kaalutlusõiguse teostamise piirid on sotsiaalsete kaalutluste või tingimuste kaasamisel riigihangetesse mõnevõrra laiemad võrreldes hankemenetluse etappidega. Võrreldes hankemenetluse etapiga on lihtsam rakendada sotsiaalseid tingimusi, kuivõrd hankelepingu sotsiaalne eritingimus ei pea olema ilmingimata seotud hankelepingu esemega, vaid hankelepingu täitmisega. Vastavalt eeltoodud kohtupraktikast nähtub samuti, et kriteeriumid hankelepingu eritingimuste sisustamisel on vabamad, peaasi, et need järgivad hankelepinguga täitmisega seotuse nõuet. Sotsiaalsete hankelepingu eritingimuste puhul peab kindlasti eriti rangelt silmas pidama RHS § 2 tulenevat läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtet ning selles osas on hankija kaalutlusõiguse teostamise piirid hankemenetluse kestel üsna väikesed.

Lisaks sellele on hankelepingu sotsiaalsete eritingimuste kaasamisel võimalik sotsiaalseid kaalutlusi kaasata ka riigihangetesse, millele ei kohaldata eelkäsitletud hankemenetluse etappe. Seega on võimalik sotsiaalseid hankeid korraldada ka erihangete puhul.

Hangete reserveerimisel on hankija kaalutlusõiguse teostamise piirid üsna laiad ning kaalutlusõiguse teostamise ise seisneb suuresti ka menetlusreeglite kindlaksmääramisel. RHS § 13 on pigem konservatiivne selle osas, millistele ettevõtjatele võib riigihankelepinguid reserveerida ning välja arvatud põhikirjalise eesmärgi nõudele on direktiivi sättes selles osas suuresti nõuetekohaselt üle võetud. Proportsionaalsusest ning võrdse kohtlemise põhimõttest lähtudes on võimalik sätte kohaldamisel edendada sotsiaalseid eesmärke selliselt, et need ei piiraks õigustamatult vaba konkurentsi. Hankija kaalutlusõigus on märkimisväärne, kuivõrd hankijal on võimalik teha kaalutlusotsus nii reserveeritud hanke korraldamise kohta ning määrata hanke läbiviimise kord, pidades silmas RHS-s sätestatud nõudeid ja põhimõtteid. Pakkujate ringi tuleb igal juhul tõlgendada laialt, et tagada kooskõla RHS § 3 lg 3 sätestatud efektiivse konkurentsi põhimõtte järgimine ning ka selleks, et tagada võimalikult efektiivselt sotsiaalsete eesmärkide kohaldamine. See tähendab, et nii osalevate ettevõtjate RHS § 13

sätetatud “sotsiaalse eesmärgi” tuleks tõlgendada kooskõlaliselts direktiiviga, ehk siis lisaks põhikirjas sätestatule võtta arvesse ka muud ettevõtja esitatud dokumentatsiooni. Samuti tuleks ebasoodsas olukorras isikute ja vähenenud töövõimega isikute puhul vastavaid mõisteid sisustada pigem laialt, et reserveeritud hankes võiks osaleda võimalikult palju erinevate sotsiaalsete eesmärkidega ettevõtjaid.

Sotsiaal- ja eriteenuste puhul on jäetud liikmesriikidele üsna suur valikuvabadus, kuidas siseriiklikust asju korraldada. RHS-i asjakohased sätted jätavad olulise kaalutlusruumi hankijale, seda eriti võrgustiku sektori hankijate puhul, kus hangete piirmäär on oluliselt kõrgem. Eesti õiguse kohaselt on jäetud hankijale ulatuslik kaalutlusruum, kusjuures kohtupraktikast tulenevalt on mõnevõrra möönatud ka üldpõhimõtete järgimata jätmise õiguspärasust, kui see on proportsionaalne ja tuleneb otseselt hangitava teenuse eripärast. Siinkohal on oluline kaalutlusotsus juba see, kas hankija peab vajalikuks sotsiaal- ja eriteenuste hankimist § 126 alusel, kuivõrd see ei pruugi, eriti olukorras, kus piirideülene huvi hanke suhtes on ilmselt väike, tagada efektiivset konkurentsi.

Töös analüüsitud sotsiaalsete kaalutluste kaasamise sätetest ilmnes, et tihti ei ole Eesti seadusandja kasutanud ära diskretsiooniruumi, mis on ette nähtud vastavates riigihangete direktiivides. Viimane on tähelepanuväärne, arvestades, et direktiiv on vastavad küsimused mõneti liikmesriikidele vabaks jäetud, kuivõrd tööelu, sotsiaalhoolekande ja muud sarnased küsimused võivad erineda liikmesriigiti. Riigihangete seadus on aga vastavad direktiivide sätted suuresti otse üle võtnud. Sellest tulenevalt on otsus selle kohta, milliseid sotsiaalseid eesmärges ning kuidas võib riigihangetesse kaasata, jäetud tihti hankija kaalutlusõiguse teostamise piiridesse. See tähendab, et Eesti hankijatel on võrdlemisi suur otsustusõigus sotsiaalsete eesmärkide kaasamisel riigihangetesse. Samas võib see ka mõjutada negatiivselt sotsiaalsete kaalutluste kaasamisega seotud sätete õigusselgust.

Uue riigihangete seaduse eelnõu kohaselt viiakse sisse mõningaid muudatusi, mis mõjutavad hankija kaalutlusõiguse teostamise piire sotsiaalsete riigihangete läbiviimisel. Kvalifitseerimata jätmise kohustuse täpsustamine RHS § 98 kaitstud töö keskuse defineerimine eelnõu § 13 ei muudaks tegelikkuses hankija kaalutlusõiguse teostamise piire, kuid muudaksid vastavad piirid selgemaks. Seega, tegu on rohkem õigusselgust tagavate muudatustega, nii et RHS sätte täpsustamine võib siinkohal aidata vähendada praktikas kaalutlusvigade esinemist vähendada. Samas täiendatakse eelnõu kohaselt RHS § 85 selliselts, et pakkumuste

hindamiskriteeriumide sõnastamisel võib ka pakkumuse hindamise kriteeriumide osakaalusid väljendada asjakohase mõistliku vahemikuna või tähtsuse vähenemise järjekorras. Selline sõnastus laiendab käesoleva magistritöö autori hinnangul hankija kaalutusõiguse piire ning võib ka lihtsustada sotsiaalsete kriteeriumide kaasamist hangetesse, kuivõrd võimaldab suuremat paindlikust kriteeriumide sisustamisel.

Uue riigihangete seaduse muutmise eelnõuga täpsustatakse sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluse sätteid selliselt, et hankija järgib käesoleva seaduse riigihankeõiguse üldpõhimõtteid ning RHS sätteid alusdokumentide muutmise, pakkumuse esitamise ja selle vastavuse kontrolli kohta §-des 81, 82, 85, 110–12, 114–17 ja 119, võttes arvesse sotsiaal- ja eriteenuste eripära. Vastav muudatus ei muuda hankija kaalutusõiguse teostamise piire, kuivõrd hankijal on siiski võimalus riigihangete seaduses sätestatud menetlusreeglitest kõrvale kalduda, kuid seda ainult põhjendatud kaalutusotsuse alusel. Samas annab see mõnevõrra konkreetsemad suunised hankijale erimenetluse korraldamisel ja vahest aitab muuta sotsiaalsete kaalutluste kohaldamise mõnevõrra selgemaks ja hankijatele kättesaadavamaks.

Viimaks soovib autor südamest tänada töö juhendajat Mari Ann Simovarti, kelle nõu oli töö kirjutamisel hindamatuks abiks

SUMMARY

The master's thesis "Limits of the Contracting Authority's Exercise of Discretion in Conducting Public Procurement with Social Objectives in accordance with the Public Procurement Act and the General Principles of Public Procurement Law" deals with the application of secondary objectives, more precisely social considerations in public procurement. The main research question of the master's thesis is - what are the limits of the contracting authority's exercise of discretion in conducting public procurement with social objectives in accordance with the Public Procurement Act and the general principles of public procurement law?

In order to answer the above question, the master's thesis also raises the following questions: How can the contracting authority apply social considerations in the stages of the procurement procedure in such a way as to restrict free competition the least? How are § 13 and § 127 of the Public Procurement Act related to the main objectives of public procurement law and how can the contracting authority ensure that effective competition is ensured when reserving a contract?

The master's thesis examines whether the Public Procurement Act enables contracting authorities to apply social objectives in procurement procedures and the reservation of public procurements in the manner prescribed by the relevant EU directives. The analysis is mainly based on the Public Procurement Directive 2014/24/EU, but also introduces some differences due to the Network Procurement Directive 2014/25/EU and the Concessions Directive 2014/23/EU. The thesis also identifies the contracting authority's discretion in meeting social objectives. The master's thesis will determine whether and in what way the Public Procurement Act may restrict the circle of potential tenderers or the aforementioned discretion of the contracting authority in ways that are contrary to the wording or general principles of the respective directives.

The use of social considerations in public procurement is a good and relatively little used opportunity in Estonia to promote social goals and improve working or living conditions when using public funds. It can also help to encourage socially responsible entrepreneurship in situations where it would otherwise be difficult for such companies to cope with market conditions. At the same time, however, it must be ensured that the basic principles of public procurement are followed in the conduct of public procurement and that the effective functioning of free competition is ensured.

When eliminating a tenderer in the qualification conditions, the contracting authority must, in exercising its discretion, include the qualification conditions before publication and avoid a

situation where the contracting authority later decides how to interpret the precise qualification conditions. In the event of a subsequent interpretation, preference should always be given to an interpretation which allows more tenderers to take part in the procedure. Failure to qualify on the basis of technical capacity may also mean that social considerations are taken into account if the terms of the contract include social considerations. In such a case, tenderers may be legally excluded if there are grounds for believing that the tenderer is unable to meet such conditions properly. Consequently, § 98 of the Public Procurement Act leaves some room for discretion, which allows the contracting authority to exclude from the procedure tenderers who do not have the technical capacity or experience to provide the service procured in accordance with the social standards required by the contracting authority. Taking social considerations into account when setting qualification conditions is somewhat more difficult, as qualification conditions are primarily minimum requirements related to the contracting authority's technical and economic capacity, which may not favor social so-called inclusion of additional conditions. However, it would be appropriate to use qualification conditions to ensure compliance with minimum social standards, such as labor law. In this way, the contracting authority can nevertheless influence the business culture and encourage entrepreneurs who refrain from hedging business risk at the expense of social conditions.

In the case of exclusion, the fulfillment of social objectives can be said to be the case, in particular, in the case of voluntary exclusion, in so far as compliance with social and labor law rules is left to voluntary exclusion. Thus, more discretion is left here for the contracting authority, which has to check the tenderer's compliance with social and labor law, but which has the discretion to decide whether or not to exclude the tenderer from the procurement procedure on this legal basis. Exclusion conditions which could promote social objectives leave the contracting authority greater discretion within the meaning of the Directive. Under Estonian law, a certain discretionary decision, which perhaps a Member State should have made in the course of legislation, is left entirely to the contracting authority. However, this is a rather significant opportunity to exclude from the procedure tenderers who have gained a potential competitive advantage in breach of social or labor law rules, ie through illegal measures.

Consequently, it could be expected that the provisions of the Public Procurement Act would provide guidance to the contracting authority in making a discretionary decision in the event of a breach of social and labor law. The contracting authority has an obligation to consider social considerations and at the same time an obligation not to reduce the number of tenderers

unreasonably and unreasonably. At the same time, the general principles provided in the Public Procurement Act do not state that social or other horizontal considerations are part of the general principles of public procurement, but as such the obligation to ensure effective competition under § 3 (3) 5. At the same time, under the objectives provided for in § 2 (2) of the Public Procurement Act, it is stated that social considerations are taken into account in the planning and organization of public procurement in accordance with § 2 (2) of the Public Procurement Act. The extent of the contracting authority's obligation to protect free competition in such a situation probably depends most on the nature and frequency of the infringement.

Procurement by means of technical specifications of goods or services which contribute to sustainable development with a view to sustainable or responsible production or marketing processes. The requirement of a connection with the subject-matter of the contract focuses only on the goods or services to be procured, without leaving the possibility for the contracting authority to take into account the wider impact of the undertaking on social objectives. However, such a restriction is important from the point of view of ensuring free competition, since an overly specific technical description of the subject-matter of the contract may constitute an unjustified restriction on effective competition. Consequently, it may also be concluded that the technical specifications are more restrictive for the contracting authority in pursuing social objectives, since the requirements to be met by tenderers must be strictly linked to the subject-matter of the contract. The limits of the contracting authority's exercise of discretion in the technical specifications for the organization of social procurement are relatively narrow.

On the other hand, the application of social considerations in the evaluation of tenders is a good measure to ensure competition, since, if properly implemented, it enables potential tenderers to understand precisely and clearly on what basis and to what extent their tenders will be evaluated. However, it is not possible for the contracting authority to lay down evaluation criteria which are not closely linked to the terms of the contract, so that it is not a measure which gives the contracting authority the greatest freedom and discretion to promote social objectives. The use of social principles in the evaluation criteria is more appropriate than in the technical specifications, as the contracting authority has more discretion in setting the social conditions and the effect on competition is also less significant.

In the special conditions of the contract, the limits of the contracting authority's discretion are estimated to be the widest, as the contracting authority has more freedom in setting the special conditions of the contract. In the case of special terms and conditions of the procurement contract, the contracting authority's discretion is limited in such a way that the respective terms and conditions may be changed only to a negligible extent in order to ensure predictability and transparency of the terms and conditions. The principle of transparency is probably one of the most important general principles in the application of the specific terms of a contract, as is the principle of proportionality. The inclusion of social purchasing in the procurement procedure may somewhat simplify everyday social procurement and thus perhaps increase the share of such procurements, thereby also fulfilling the purpose of public procurement provided for in § 2 (2) of the Public Procurement Act.

When reserving procurements, the limits of the contracting authority's exercise of its discretion are quite wide, and the exercise of that discretion itself largely consists in determining the rules of procedure. § 13 of the Public Procurement Act is rather conservative as to which undertakings public contracts may be reserved, and with the exception of the requirement of a statutory purpose, the provisions of the Directive have largely been properly transposed in this respect. In accordance with the principle of proportionality and equal treatment, the application of the provision may promote social objectives in such a way that they do not unduly restrict free competition. The contracting authority's discretion is significant, as the contracting authority is able to make a discretionary decision on the organization of such a reserved procurement and determine the procedure for conducting the procurement, taking into account the requirements and principles set out in the Public Procurement Act. In any case, the range of tenderers must be interpreted broadly in order to ensure compliance with the principle of effective competition set out in § 3 (3) of the Public Procurement Act and also to ensure that social objectives are applied as effectively as possible. This means that the “social purpose” set out in § 13 of the Public Procurement Act for participating companies should be interpreted in accordance with the Directive, ie other documentation submitted by the company should be taken into account in addition to what is provided for in the articles of association. Similarly, in the case of disadvantaged persons and persons with reduced capacity for work, the relevant definitions should be broadly defined so that as many economic operators with different social objectives as possible can participate in the reserved area.

In the case of social and special services, Member States have a considerable degree of freedom in the way they organize their national affairs. The relevant provisions of the Public Procurement Act leave a significant margin of discretion to the contracting authority, especially for contracting entities in the network sector where the procurement threshold is significantly higher. In doing so, the nature of the social and special service may be taken into account when conducting the procedure. For example, Estonian case law has found that not defining the exact scope of the service to be procured is not in conflict with the principles of transparency or economy. Consequently, the contracting authority's discretion is even greater, since, in view of the nature of the service, non-compliance with the general principles of public procurement is also justified in some cases. Clearly, non-compliance with the general principle must be proportionate and result directly from the specific nature of the service. Thus, in accordance with this Act, the contracting authority's obligations when procuring social and special services allow the contracting authority to use procedural rules already developed for Public Procurement Act, which are more likely to ensure compliance with general principles than the contracting authority's own procurement procedure.

This means that the contracting authority has even more discretion in the Estonian context, as it must also be borne in mind that the circle of tenderers may not be large enough for reserved procurement to ensure effective competition. The law also imposes a restriction according to which an organization with which a contract has been concluded as a result of a similar reserved special procedure during the previous three years may not participate in a special procedure. The draft has waived such a restriction in the case of contracts for social and special services below the international threshold, as there may not be as many organizations in Estonia that would meet all the conditions of the new directives. This also results in a certain contradiction with the principle of economy arising from § 3 (5), as the contracting authority may not be able to ensure the possible efficient use of public funds within the framework of a special procedure.

Under the new draft Public Procurement Act, some changes will be introduced that will affect the limits of the contracting authority's exercise of discretion in conducting social public procurement. Clarification of the non-qualification obligation Defining the center of protected work in § 98 of the Public Procurement Act § 13 of the draft would not in practice change the limits of the contracting authority's exercise of discretion, but would make the respective limits clearer. Thus, these are changes that provide more legal clarity, so that clarifying the Public Procurement Act provision here can help to reduce the incidence of errors of discretion in

practice. At the same time, according to the draft, § 85 of the Public Procurement Act is supplemented so that when formulating the tender evaluation criteria, the weights of the tender evaluation criteria may also be expressed as an appropriate reasonable range or in descending order of importance. According to the author of this master's thesis, such wording expands the limits of the contracting authority's discretion and may also facilitate the inclusion of social criteria in procurement, as it allows more flexibility in the design of criteria.

The draft amendment to the new Public Procurement Act specifies the provisions of the special procedure for social and special services so that the contracting authority complies with the general principles of public procurement law and the provisions of §§ 81, 82, 85, 110–12, 114–17 and 119, taking into account the specifics of social and special services. The respective amendment does not change the limits of the contracting authority's exercise of discretion, as the contracting authority still has the possibility to deviate from the procedural rules provided for in the Public Procurement Act, but only on the basis of a reasoned discretionary decision.

KASUTATUD ALLIKAD

ÕIGUSAKTID

Eesti Vabariigi õigusaktid

1. Eesti Vabariigi põhiseadus - RT I, 15.05.2015, 2
2. Riigihangete seadus - RT I, 13.03.2019, 145

Euroopa Liidu õigusaktid

3. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta, Euroopa Liidu Teataja, L 94, lk 1-64.
4. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. - Euroopa Liidu Teataja L 94, lk 65-243.
5. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. - Euroopa Liidu Teataja L, lk 243- 375.
6. Komisjoni määrus (EÜ) nr 213/2008, 28. november 2007, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega, - Euroopa Liidu Teataja L 74, lk 1.

KOHTU- JA VAIDLUSTUSPRAKTIKA

Vaidlustuskomisjoni praktika

7. VAKO 228-10/120741
8. VAKO 253-18/200050
9. VAKO 256-18/202542

Eesti kohtute praktika

10. RKHKO 3-3-1-2-12
11. RKHKO, 3-19-1501
12. RKPSJVKo 3-4-1-7-03

13. TlnHK 3-16-1094
14. TlnHK 3-17-1015/21
15. TlnHK 3-17-1197
16. TlnHK 3-19-1523
17. TlnRnKo 3-18-2037
18. TlnRnKo 3-18-306
19. TlnRnKo 3-19-1373
20. TlnRnKo 3-19-733
21. TlnRnKo, 3-18-306
22. TrtHK 3-18-1149
23. TrtHK, 3-18-1047
24. TrtRnKo 3-11-1300
25. TrtRnKo 3-12-351
26. TrtRnKo 3-20-718

Euroopa Kohtu praktika

27. EK C-513/99, *Concordia Bus*
28. EK C-120/78, *Rewe-Zentral AG ja Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*
29. EK C-16/98, *Commission of the European Communities v French Republic*
30. EK C-19/00, *SIAC Construction*
31. EK C-21/88, *Du Pont de Nemours* EKo C-368/10, Euroopa Komisjon vs Madalmaade Kuningriik
32. EK C-234/03, *Contse*
33. EK C-31/87, *Beentjes*
34. EK C-324/98, *Telaustria*
35. EK C-423/07, Euroopa Komisjon vs. Hispaania Kuningriik
36. EK C-448/01, *Wienstrom GmbH*
37. EK. C-2/73, *Geddo v Ente Nazionale Risi*
38. EKo C-413/17, *Roche Lietuva UAB,*
39. Esimese Astme Kohus T-331/06, *Evropaïki Dynamiki*

ÕIGUSKIRJANDUS

40. Ankersmit, L. The contribution of EU public procurement law to corporate social responsibility. 2020 European Law Journal published by John Wiley & Sons Ltd. Eur Law J. 2020;1–18. Hoboken 2020.
41. Arrowsmith, S. Public Procurement Regulation: an Introduction. Nottingham University 2010. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf> (03.04.2021)
42. Baciú, I. The Possibility to Reserve a Public Contract under the New European Public Procurement Legal Framework. European Procurement & Public Private Partnership Law Review. 2018, Vol. 13 Issue 4, p307-325. Berlin 2018.
43. Barnard, C. To boldly go: social clauses in public procurement. Industrial Law Journal I.L.J. 2017, 46(2), 208-244. London 2017
44. Cravero, C. Socially Responsible Public Procurement and Set-Asides: a Comparative Analysis of the US, Canada and the EU. Arctic Review on Law and Politics. Vol. 8, 2017, pp. 174–192. LK 183-184
45. De Koninck, C., Ronse, T., Timmermans, W. European Public Procurement Law: The Public Sector Procurement Directive 2014/24/EU Explained through 30 Years of Case Law by the Court of Justice of the European Union 2nd Edition. Wolters Kluwer Law & Business. Alphen aan den Rijn 2015.
46. Fels, E., Lätt, P. Keskmise palga nõue riigihangetes. Advokaadibüroo Glimstedt, Rahandusministeerium. Tallinn 2016.
47. Karro, R, Majanduslikult soodsaim pakkumus ja pakkumuste hindamise kriteeriumid. Juridica X/2011.
48. Kunzlik, P. F, Arrowsmith. S, Social and Environmental Policies in EC Procurement Law : New Directives and New Directions. Cambridge University Press. Cambridge 2009.
49. McCrudden, C. Social Policy Issues In Public Procurement. Arrowsmith, S. Davies, A. Public Procurement: Global Revolution. Wolters Kluwer. Alphen aan den Rijn 1998.
50. Noormaa, H. H. Tööhõivealaste kaalutluste kasutamine riigihangetes. Magistritöö. Juhendaja Mari Ann Simovart. Tartu Ülikool. Tallinn 2017.

51. Parind, M., Simovart, M. A. Riigihangete seadus : kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2019.
52. Pikamäe, K. Kaalutusõigus ja selle kohtulik kontroll. Magistritöö. Juhendaja Madis Ernits. Tartu Ülikool. 2003.
53. Pirvu, D, Clipici, E. Social Enterprises and the EU's Public Procurement Market. *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*. 27(4):1611-1637. Springer Procurement. New York 2016.
54. Sanchez Graells, A. Public Procurement and the EU Competition Rules. Hart Publishing. Oxford 2015.
55. Sanchez-Graells, A. Truly competitive public procurement as a Europe 2020 lever: what role for the principle of competition in moderating horizontal policies? UACES 45th Annual Conference, Bilbao, Spain, 7-9 September 2015. Sine loco 2015.
56. Sanchez-Graells, A., De Koninck, C. Shaping EU Public Procurement Law: A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015–2017. Wolters Kluwer. Alphen aan den Rijn 2018. 2018.
57. Sanchez-Graells, A., Szyszczak, E. Modernising Social Services in the Single Market: Putting the Market into the Social. *Service Management eJournal*. Sine loco 2013.
58. Simovart, M. A.. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. *Juridica III/2009*. Tallinn 2009.
59. Simovart, M.A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Tartu Ülikooli kirjastus: 2010
60. Wiesbrock, A. Socially Responsible public procurement. Sjøfjell, B., Wiesbrock, A. (Koostajad), *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder* (pp. 75-98). Cambridge University Press. Cambridge 2015.

MUUD ALLIKAD

61. Caimi, V, Daniele, D., Martignetti, L.. Buying for Social Impact. Good practice from around the EU. Brussels 2019. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3498035f-5137-11ea-aece-01aa75ed71a1>
62. Eesti Energia AS-i ja kontseni ettevõtjate hankekord. Kättesaadav: <https://www8.energia.ee/public/ee043.nsf/WebiOmaKJP?OpenFrameSet>. (26.04.2021)
63. Eesti Töötukassa kaitstud töö keskustest. <https://www.tootukassa.ee/content/toovoimereform/kaitstud-too> (26.04.2021)

64. Euroopa Komisjon. Sotsiaalne ostmine. Juhend sotsiaalsete kaalutluste arvestamiseks riigihankes. Luxembourg: Euroopa Liidu Väljaannete Talitus, 2011. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.digar.ee/arhiiv/et/raamatud/21916> (20.10.2020)
65. Euroopa Komisjon. Spetsialistidele mõeldud riigihankemenetluse suunised. Sine loco 2018. Kättesaadav arvutivõrgus: https://ec.europa.eu/regional_policy/et/information/publications/guidelines/2018/public-procurement-guidance-for-practitioners-2018
66. Gaigule-Šāvēja, K. Promoting Social Considerations into Public Procurement Procedures for Social Economy Enterprises. Matrix explaining how social considerations have been embedded in the Latvian law transposing Directive 24/2014/EU. Brussels 2019.
67. Kaitseministeeriumi valitsemisala hankekord. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.kaitseministeerium.ee//sites/default/files/content-editors/hankekord.pdf> (26.04.2021)
68. Mittetulundusühingu Lääne-Eesti Turism hange Lääne-Eesti loodusturismiobjektide ligipäasetavuse parandamine, I etapp (viitenumber 211111) Kättesaadav arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1587992/general-info>
69. Mittetulundusühingu Lääne-Eesti Turism hange Lääne-Eesti loodusturismiobjektide ligipäasetavuse parandamine, II etapp (viitenumber 219539) Kättesaadav arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1646768/general-info>
70. Mussgnug, F. Promoting Social Considerations into Public Procurement Procedures for Social Economy Enterprises Matrix explaining how social considerations have been embedded in the German law transposing Directive 24/2014/EU. Brussels 2019.
71. Pärn, K. Sotsiaalne vastutus riigihangetes Eesti ehitustööde hangete alusel. Magistritöö. Juhendaja Natalja Gurvitš. Tallinn 2018.
72. Rahandusministeerium. Riigihangete seaduse muutmise eelnõu 2021 Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/oigusaktid/eelnoud> (21.04.2021)
73. Rahandusministeerium. Riigihangete seaduse muutmise eelnõu 2021. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/oigusaktid/eelnoud> (21.04.2021)

74. Rahandusministeerium. Riigihangete seaduse muutmise eelnõu seletuskiri. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/oigusaktid/eelnoud> (05.03.2021)
75. Riigi Kaitseinvesteeringute Keskuse riigihange Elektroonikakomponendid (Hanke viitenumber 70009764) <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/721813/evaluation> (22.04.2021)
76. Riigihangete seaduse eelnõu väljatöötamise kavatsus 23.07.2014. Rahandusministeerium. Kättesaadav arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/get_file_1_0.pdf?download=1 (11.12.2020)
77. Riigihangete valdkonna 2019. aasta ülevaade. Rahandusministeerium. 2020. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/riigihankemaastiku-kokkuvotted> (13.02.2021)
78. Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (13.02.2021)
79. Sylvan, M. Promoting Social Considerations into Public Procurement Procedures for Social Economy Enterprises. Matrix explaining how social considerations have been embedded in the Swedish law transposing Directive 24/2014/EU. Brussels 2019.