

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse instituut

Marge Gorgazjan

LÄBIPAISTVUSE PÕHIMÕTE LIHTSUSTATUD KORRAS TELLITAVATE
TEENUSTE RIIGIHANGETES

Magistritöö

Juhendaja
dr. iur
Mari Ann Simovart

Tallinn
2012

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. NÕUDED LIHTSUSTATUD KORRAS TELLITAVA TEENUSE RIIGIHANKE AVALIKUSTAMISELE	7
1.1. Avalikustamise kohustuse alused lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetes Euroopa Liidu riigihankeõiguse valguses	7
1.1.1. Läbipaistvuse põhimõtte taust ja üldalused	7
1.1.2. Lihtsustatud korras tellitavad teenused ja piiriülene huvi	9
1.1.3. Avalikustamise kohustuse sisustamise probleem ja vastuolo Eestis	13
1.2. Avalikustamise viis	17
1.2.1. Üldised suunised	17
1.2.2. Avalikustamise vahend Eestis	20
1.2.3. Avalikustamise keel	23
1.3. Avalikustamise kohustuse esinemine riigihangetes maksumusega alla 40 000 euro	24
1.3.1. Piiriülene huvi ja riigihanked maksumusega alla rahvusvahelise piirmäära	24
1.3.2. Proportsionaalsuse põhimõte	26
2. LÄBIPAISTVUSE PÕHIMÕTTEST TULENEVAD MENETLUSLIKUD NÕUDED LIHTSUSTATUD KORRAS TELLITAVA TEENUSE RIIGIHANKELE	30
2.1. Riigihanke menetluslik avatus	30
2.1.1. Riigihanke eseme kirjeldus	31
2.1.2. Hindamiskriteeriumid	34
2.2. Menetluse kontrollitavus	38
2.2.1. Kontrollitavus formaalses tähenduses	38
2.2.2. Kontrollitavus materiaalses tähenduses	41
3. LIHTSUSTATUD KORRAS TELLITAVAD TEENUSED JA HANKEKORD	45
3.1. Kohustuse selgus	45
3.2. Riigihangete avalikustamise kohustuse käsitlemine hankekordades	48
3.3. Menetluslikud nõuded hankekordades	53
KOKKUVÕTE	61
PUBLIC PROCUREMENT OF NON-PRIORITY SERVICES: THE PRINCIPLE OF TRANSPARENCY	64
KASUTATUD ALLIKAD	69

SISSEJUHATUS

Euroopa Liidu riigihangete regulatsiooni eesmärk on tagada eelkõige kaupade vaba liikumise, asutamisevabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtted ning nendest tulenevad võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, vastastikuse tunnustamise, proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõtted.¹ Sellest tulenevalt ning vastavalt riigihangete seaduse (RHS) §-le 1 on RHS-i eesmärk tagada hankija rahaliste vahendite läbipaistev, otstarbekas ja säästlik kasutamine, isikute võrdne kohtlemine ning olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine riigihankel.

Eesmärgi täitmiseks on RHS-s sätestatud üksikasjalikud reeglid hankemenetluste läbiviimiseks. Need reeglid ei kohaldu kõikidele riigihangetele, sh lihtsustatud korras tellitavatele teenustele. RHS § 19 lõike 1 kohaselt ei ole hankija kohustatud korraldama RHS-s sätestatud korras hankemenetlust selliste teenuste hankelepingu sõlmimisel, mille eeldatavast maksumusest rohkem kui 50 % moodustavad nn CPV määruse² VII lisas nimetatud teenused ehk lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel. Tulenevalt RHS § 19 lõikest 3 peab hankija selliste teenuste tellimisel järgima RHS §-s 3 sätestatud põhimõtteid.

RHS § 3 punkti 2 kohaselt peab hankija riigihangete läbiviimisel tagama muude põhimõtete kõrval menetluse läbipaistvuse ja kontrollitavuse. Magistritöös teeb autor järeldused, mida sisaldab endas läbipaistvuse põhimõtte ning kuidas peab hankija lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanket läbi viies käituma, et see oleks tagatud.

Autor on valinud uurimisobjektiks läbipaistvuse põhimõtte, kuna selle kohaldamisel ja sisustamisel esineb probleeme ja vastakaid arvamusi, mis leiavad ka töös käsitlemist. Kuna võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtted eeldavad läbipaistvuse kohustust³, on läbipaistev menetlus garantii teiste põhimõtete järgimisele või nende järgimise üle kontrolli teostamise võimalikkusele. Autor analüüsib Euroopa Kohtu, Eesti kohtute ja

¹ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31.03.2004, ehitustööde riigihanketulepingute, asjade riigihanketulepingute ja teenuste riigihanketulepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta, ELT L 134, 30.4.2004, lk 114-240, preambuli 2. lõige; Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31.03.2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused, ELT L 134, 30.4.2004, lk 1-113, preambuli 9. lõige

² 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, ELT L 74, 15.3.2008, lk 1-375

³ Komisjoni tõlgendav teatis, milles käsitletakse ühenduse õigust lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega, ELT 179, 01.08.2006, lk 2-7, p 1.2

riigihangete vaidlustuskomisjoni lahendeid, Euroopa Liidu ja Eesti õigusakte, õigusaktide ettevalmistavaid materjale ning kohtujuristide ettepanekuid riigihanke direktiivide reguleerimisalast osaliselt või täielikult välja jäävate riigihangete kohta. Kuivõrd suurem osa riigihangete alaseid vaidlusi käsitlevad täielikult riigihangete direktiivide reguleerimisalasse jäävaid hankemenetlusi, on ka kasutatud allikate loetelu sellevõrra väiksem. Vähene vaidlustuste arv lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel võib ka viidata asjaolule, et pakkujatele pole päris selge, millised on hankija kohustused ning sellest tulenevalt ei osata vajadusel vaidlustust esitada (vt statistika allpool). Uurimistöö meetod on süstemaatiline ja kvalitatiivne empiiriline uuring.

Et lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked on probleemsed ning nende menetlusreeglid selgusetud, viitab ka asjaolu, et Euroopa Komisjonis on ettevalmistamisel uued direktiivid, mille seletuskirjades tõdetakse, et riigihangetealaste õigusaktide täielikul kohaldamisel ei ole õigustatud piirdumine ainult teatavate teenuserühmaga.⁴ Sellest võib järeldada komisjoni soovi ühtlustada erinevate teenuste tellimise menetlust ning luua selgemad menetlusnõuded ka seniste nõuete teenuste tellimisele, et tõhusamalt tagata Euroopa Liidu toimimise lepingu eesmärkide saavutamist.

Nimetatud komisjoni ettepanekutes siiski ei ühtlustata kõikide teenuste tellimise korda. Vastavalt riigihangete direktiivi eelnõu artiklitele 74-75 ning võrgustikusektori direktiivi eelnõu artiklitele 84-86 sätestatakse sotsiaalteenustele ja muudele eriteenustele erihangete kord. Direktiivide sellisel kujul vastuvõtmisel peaksid tulevikus liikmesriigid kehtestama asjakohase menetluse nimetatud teenuste lepingute sõlmimiseks, tagades läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise täiel määral, samas võimaldades hankijatel arvesse võtta kõnealuste teenuste eripärasid.⁵ Seega ka juhul, kui komisjoni ettepanek sellisel kujul vastu võetakse, jäävad alles teatud teenused, mille puhul direktiivid ei sea menetlusele rohkem konkreetseid nõudeid kui läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise tagamise.⁶ Kuivõrd direktiivid ise on alles eelnõu järgus, ei ole võimalik ette ennustada, millisel määral ja kuidas reguleeritaks sellise kohustuse tekkimisel sotsiaalteenuste tellimine Eestis.

⁴ Euroopa Komisjoni ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv riigihangete kohta, KOM(2011) 896 (edaspidi riigihangete direktiivi eelnõu), lk 8; Euroopa Komisjoni ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste hankeid, KOM(2011) 895 (edaspidi võrgustikusektori direktiivi eelnõu), lk 8

⁵ Riigihangete direktiivi eelnõu art 76 lg 1, võrgustikusektori direktiivi eelnõu art 86 lg 1

⁶ Vastavalt e-riigihangete keskkonnale toimuvad esialgse ajakava järgi direktiivi eelnõu läbirääkimised kuni 2012. aasta mai alguseni ning huvitatud isikutel on võimalik oma seisukohti edastada 2012. aasta aprilli lõpuni, https://riigihanked.riik.ee/r1/web/guest/uudised/-/asset_publisher/OdtR/content/ootame-ettepanekuid-uutele-riigihanke-direktiivide-eelnoudele-lisatud-est-keelsed-eelnoud?redirect=%2F1%2Fweb%2Fguest%2Fuudised (17.03.2012)

Riikliku riigihangete registri andmetel viidi 2011. aastal läbi 518 lihtsustatud korras tellitava teenuste riigihanget, mille keskmine eelarve sõlmitud hankelepingute kohaselt oli 222 900 eurot. Kokku viidi 2011. aastal läbi 2724 teenuste (sh lihtsustatud korras tellitavate teenuste) riigihanget, mille keskmine eelarve sõlmitud hankelepingute kohaselt oli 136 800 eurot, mis on oluliselt väiksem kui lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete keskmine maksumus.⁷ Lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete tulemusel sõlmitud hankelepingud moodustasid kõikidest teenuste hankelepingutest maksumuse järgi 30% ning on seega küllaltki olulise turuosaga. Samas moodustasid lihtsustatud korras tellitavate teenuste vaidlustused kõikidest teenuste hangete vaidlustustest alla 5%.⁸

Kuigi RHS nimetab läbipaistvuse põhimõttega paralleelselt ka kontrollitavust, on kontrollitavus läbipaistvuse osa. Nimelt just menetluse kontrollitavuse kaudu on võimalik hiljem kontrollida nii läbipaistvuse põhimõtte teiste aspektide kui ka muude riigihanke põhimõtete järgimist.

Töö hüpotees on, et Eestis ei ole läbipaistvuse põhimõtte sisu ja selle tagamiseks tarvilikud meetmed lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel selged. Töö põhiprobleemiks on, kuidas tagada läbipaistvuse põhimõtte järgimine lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel ning kas 01.01.2012 jõustunud RHS § 13¹ lõikes 4 sätestatud hankija kohustus reguleerida hankekorras lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimise korda täidab eesmärki? Sellele küsimusele vastuse leidmiseks on autor seadnud kolm alaküsimust: Kas hankija peab lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel hindama piiriülese huvi olemasolu ning vajadusel avalikustama ka allapoole 40 000 euro jääva riigihanke? Kas lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel peab läbipaistvuse tagamiseks kohaldama analoogiat RHS-i 2. peatükiga? Kas RHS § 13¹ lõikes 4 sätestatud hankijate lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimise kordades avaldub läbipaistvuse põhimõtte tagamine?

Kuivõrd Euroopa Liidu direktiivid ei ole otsekohalduvad, tuleb riigihangete läbiviimisel eeskätt lähtuda RHS-st kui direktiivi harmoniseerivast siseriiklikust õigusaktist. Siiski peab Eesti õigust tõlgendama kooskõlas Euroopa Liidu asjakohaste direktiivide ja Euroopa Kohtu

⁷ Statistika sisaldab üksnes neid riigihankeid, mille kohta on esitatud riigihangete registrile aruanne; riigihangete tegelik eeldatav maksumus riigihanke väljakuulutamise hetkel võib erineda sõlmitud hankelepingu maksumusest

⁸ Statistika on arvutivõrgus kättesaadav <https://riigihanked.riik.ee/register/Aruanded.html>

praktikaga.⁹ Seetõttu tuleb käesolevas töös käsitleda lisaks Eesti õigusele ka Euroopa Liidu õigust, et paremini mõista lihtsustatud korras tellitavate teenuste olemust ja läbipaistvuse põhimõtet.

Varasemalt on teema leidnud kajastamist T. Ojasalu 2006. aasta magistritöös „Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses.“, mis käsitles riigihanke põhimõtete omavahelisi seoseid ning läbipaistvuse põhimõtet üldiselt ega analüüsinud selle otsest mõju praktilisele riigihankeõigusele Eestis.

Töö koosneb kolmest peatükist ja nende alapeatükkidest. Esimeses peatükis annab autor ülevaate avalikustamise kohustuse eesmärgist, millistel juhtudel on tulenevalt Euroopa Liidu esmasest õigusest avalikustamine kohustuslik ning kuidas avaldub avalikustamise kohustus Eesti riigihankeõiguses. Analüüsi aluseks on Euroopa Kohtu viimase aastakümne praktika, kus ridamisi lahendites on jõutud järeldusele, et ka osaliselt või täielikult riigihanke direktiivide reguleerimisalast välja jäävad riigihanked võivad omada piiriülest huvi. Eesmärgiks on teha järeldused, mida need kohtu tõlgendused tähendavad Eesti hankijate jaoks.

Teises peatükis analüüsib autor menetluslikke nõudeid lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetele. Autor võtab teises peatükis arvesse ka läbipaistvuse põhimõtte siseriiklikku tähendust – RHS § 3 p 2 sätestab läbipaistvuse kohustuse kõikidele riigihangetele sõltumata hankelepingu eeldatavast maksumusest ja asjaolust, kas asjaomane riigihange omab või ei oma piiriülest huvi.

01.01.2012 jõustus RHS § 13¹ punkt 4, mis kohustab hankijat looma lihtsustatud korras tellitavate teenuste menetlemise korra. Viimases peatükis analüüsitakse kümne erineva hankija hankekordades kehtestatud lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimise korda tuvastamiseks, kas ja kuidas hankijad on regulatsiooni kehtestamisel arvestanud läbipaistvuse põhimõttega ning kas saab järeldada, et RHS-is sätestatud kohustus ka tegelikult suurendab eelnõu seletuskirjas uue kohustuse eesmärgina seatud läbipaistvust. Autor ei anna hinnangut kõnealustes asutuses läbiviidavate riigihangete kohta, vaid analüüsib üksnes regulatsiooni hankekordades – kuidas avalduvad hankekordades läbipaistvuse põhimõtte elemendid.

⁹ EKo C-106/89, 13.11.1990, *Marleasing SA*, p 8; RKHKm 3-3-1-85-07, p 38

1. NÕUDED LIHTSUSTATUD KORRAS TELLITAVA TEENUSE RIIGIHANKE AVALIKUSTAMISELE

1.1. Avalikustamise kohustuse alused lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetes Euroopa Liidu riigihankeõiguse valguses

1.1.1. Läbipaistvuse põhimõtte taust ja üldalused

Läbipaistvuse põhimõtte peab tagama, et pakkujad teaksid täpselt riigihanke tingimusi, nn mängureegleid, et menetlus ise oleks ametlik ja läbipaistev, et rakendatavad valiku- ja hindamiskriteeriumid oleksid objektiivseid ning, et pakkujatele oleks esitatud täpne info menetluse läbiviimise kohta.¹⁰ Need nõuded tagatakse läbi kolme elemendi: avalikustamine, menetluse protseduuriline avalikkus ehk läbipaistvus kitsamas tähenduses ning kontrollitavus.¹¹

Euroopa Liidu põhivabadustest tulenevad kohustused kehtivad põhimõtteliselt riigihangete kõikidele aspektidele, st materiaalsele küljele nagu näiteks hankelepingu eseme kirjeldusele, kvalifitseerimistingimustele ja otsustele ning protsessuaalses aspektis, st menetlusele kitsamas tähenduses nagu näiteks menetluse liigi valik ja tähtjad.¹²

Üheks läbipaistvuse põhimõtte enim käsitletud elemendiks on pakkujate avalik teavitamine riigihanke toimumisest. Alles peale hanke toimumise kohta info avalikustamist saavad hankest huvitatud pakkujad teada hanke toimumisest ning neil on võimalik soovi ja huvi korral infole reageerida.

Riigihanke toimumisest avalikkuse teavitamisel on riigihangetes selge kaubanduslik mõju, mis tagab pakutavate teenuste ja hindade konkurentsivõime. Kui enam pakkujaid on teadlikud hankija soovist hankida ning teadlikud, et ka teistel potentsiaalsetel pakkujatel on vastav info, ilmneb automaatselt konkurentsi element, mis kajastub hankijale esitatud pakkumustes.¹³ Pakkujad peavad pakkumusi koostades arvestama võimalusega, et keegi teine võib esitada

¹⁰ Braun, P., A matter of Principles(s) – the treatment of contracts falling outside the scope of the European public procurement directives. *Public Procurement Law Review*, 2000, p. 46

¹¹ Ojasalu, T., Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2006, lk 70-79

¹² EK 12.04.2005, C-231/03, *Coname*, kohtujurist Ch. Stix-Hackl ettepanek, p 84

¹³ Bovis, Ch., *EC Public Procurement: Case law and regulation*. Oxford. Oxford University Press, 2006, p. 158

hankijale samalaadse pakkumuse ning edukaks osutumiseks ja lepingu saamiseks esitama võimalikult soodsa pakkumuse. Siinkohal on hankija jaoks siiski ka üks varjukülg – soovist osutada riigihanke edukaks pakkujaks võidakse esitada hankijale küll soodsaid pakkumusi, kuid pakkumuste soodsus on mõjutatud madalamast teenuse kvaliteedist. Selle vältimiseks on hankijal suurem surve koostada hankelepingu eseme tehniline kirjeldus piisava põhjalikkusega, mis seab vajalikud nõuded teenuse kvaliteedile ning võimaldab ka hiljem kvaliteeti kontrollida.

Ei saa ka kõrvale jätta, et avalikustamine aitab vältida korrupsiooni tagades, et avalikkus, sh ettevõtjad, meedia jt sidusrühmad on teadlikud sõlmitavast lepingust.

Euroopa Liidu riigihangete regulatsiooni arengu strateegia on likvideerida riigihangetes diskrimineerimine, mis on põhjustanud märkimisväärseid takistusi Euroopa Liidu aluspõhimõtete – kaupade vaba liikumine, asutamisvabadus ja teenuste osutamise vabadus – toimimises ning avada riigihanketurud konkurentsile.¹⁴ Nii näiteks nõudis direktiiv 66/683 imporditud toodete kasutamist takistavate või kodumaiste toodete eelistavate meetmete kõrvaldamist¹⁵ ning direktiiv 70/32, mis põhines EMÜ asutamislepingu artiklil 33 lõikel 7¹⁶, keelas koguseliste piirangutega samaväärse toimega meetmed riigihangete valdkonnas¹⁷.

Euroopa Liidu riigihankeõiguses peetakse diskrimineerimise all enamasti silmas kodumaiste pakkujate eelistamist teistest liikmesriikidest pärit pakkujatele, mis takistab ühisturu tekkimist. Euroopa Liidu peamine probleem pole mitte niivõrd liikmesriikide rahaliste vahendite efektiivse kasutamise ning korrupsiooni vältimise tagamine kui piiranguteta ühisturu loomine.¹⁸ Asutamisvabadus kui ettevõtjate liikumisvabadus ja teenuste osutamise vabadus kui iseseisva tulundusliku tegevuse ajutine harrastamine väljaspool kodumaad on

¹⁴ Bovis, Ch., lk 44

¹⁵ Richtlinie der Kommission vom 7. November 1966 für die Beseitigung jeder unterschiedlichen Behandlung zwischen inländischen Waren und den gemäß Artikel 9 und 10 des Vertrages zum freien Verkehr zuzulassenden Waren auf Grund von Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die die Verwendung der genannten eingeführten Waren untersagen und die Verwendung inländischer Waren vorschreiben oder eine Vergünstigung von einer solchen Verwendung abhängig machen (66/683EWG), art 4 lg 2 kohaselt ei kohaldata sama direktiivi riigihangetele

¹⁶ EMÜ asutamislepingu art 33 lg 7 kohaselt pidi komisjon andma direktiivid menetluse ja ajakava kohta, mida järgides kohustusid liikmesriigid tühistama omavahelistest suhetest kõik EMÜ asutamislepingu jõustumise ajal kasutusel olnud kvootidega samaväärse toimega meetmed

¹⁷ Richtlinie der Kommission vom 17. Dezember 1969 über die Lieferungen von Waren and den Staat, seine Gebietskörperschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts (70/32/EWG), vastavalt art 1 reguleeris riigihankeid (riigile, tema asutustele ja teistele avalik-õiguslikele isikutele tehtavad tarned)

¹⁸ Parre, J., Kaljurand, A., Riigihange. Põhimõtted, hankija ja hankeleping. Tallinn, Äripäev 2008, lk 14

liikmesriikide tõelise siseturu loomise lahutamatu koostisosa.¹⁹ Seega on Euroopa Liidu riigihangete regulatsiooni üks peamine eesmärk tagada, et teistest liikmesriikidest pärit pakkujatel oleks kodumaiste pakkujatega võrreldes võrdsed võimalused osaleda riigihangetes.

Euroopa Kohus rõhutas riigihangete direktiivide kohaldamisalast välja jäävat kontsessiooni käsitlevas kohtuasjas *Coname* võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete omavahelist seost märkides, et läbipaistvuse täieliku puudumise korral ei ole teises liikmesriigis asuval ettevõtjal mingit reaalselt võimalust teatada oma huvist lepingu saamise vastu. Kui selline ebavõrdne kohtlemine ei ole objektiivsete asjaoludega õigustatud ning jätab kõik teistes liikmesriikides asuvad ettevõtjad kõrvale ja toimib põhimõtteliselt nende kahjuks, kujutab see endast asutamislepingu artiklitega 43 ja 49 (Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklid 49 ja 56) keelatud kaudset diskrimineerimist kodakondsuse alusel.²⁰ Ka hilisemates lahendites on Euroopa Kohus jõudnud järeldusele, et võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtted eeldavad eelkõige läbipaistvust, mis võimaldab hankijal tagada nende põhimõtete täitmise. Läbipaistvuse tagamise kohustuse sisu on tagada vastav avalikustatuse tase kõigile potentsiaalsetele pakkujatele, mis võimaldab teenuste avatud konkurentsi ning samuti riigihanke menetluse erapooletuse kontrolli.²¹ Seega on kohus selgelt seadnud läbipaistva menetluse, eelkõige just riigihanke toimumisest teadasaamise, võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise tagamise eelduseks.

1.1.2. Lihtsustatud korras tellitavad teenused ja piiriülene huvi

Lihtsustatud korras tellitavaid teenuseid nimetatakse erialakirjanduses tihti ka vähemtähtsateks teenusteks (inglise keeles *non-priority services*, saksa keeles *nachrangige Dienstleistung*). Nende hankimisel ei ole hankija kohustatud korraldama hankemenetlust RHS-is sätestatud korras (RHS § 19 lg 1). Selline võimalus on ette nähtud juba avaliku sektori direktiivis nr 2004/18/EÜ, mille artikli 21 kohaselt kehtivad lepingute suhtes, mille objektiks on II B lisas loetletud teenused, üksnes artikli 23 ja artikli 35 lõike 4 sätted²² ning võrgustikusektori direktiivis nr 2004/17/EÜ, mille artikli 32 kohaselt reguleeritakse lepinguid,

¹⁹ Oppermann, T., Euroopa Õigus. Tallinn. Juura, 2002, lk 574

²⁰ EKo 21.07.2005, C-231/03, *Coname*, p 18-19

²¹ EKo 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen*, p 49; EKo 06.04.2006, C-410/04, *ANAV*, p 21; EKo 13.09.2007, C-260/04, *komisjon vs Itaalia*, p 24; EKo 18.12.2007, C-220/06, *Asociación Profesional*, p 75

²² Art 23 sätestab nõuded tehnilistele kirjeldustele ning art 35 lg 4 reguleerib teadete esitamist lepingu sõlmimise menetluse tulemuste kohta.

mille objektiks on XVII B lisas loetletud teenused, üksnes artiklitega 34 ja 43²³. RHS § 19 lõikes 1 viidatud nn CPV määruse VII lisaga asendatakse avaliku sektori direktiivi lisa IIB ning võrgustikusektori direktiivi lisa XVIIB.

Kuivõrd EL riigihangete regulatsiooni peamine eesmärk on tagada Euroopa Liidu toimimise lepingu eesmärkide saavutamine ühisturu loomisel, peetakse teatud teenuste vähemtähtsaks nimetamise all silmas, et reeglina puudub nende teenuste tellimisel piiriülene huvi. Nii näiteks eeldab majutusteenuse osutamine vastavas liikmesriigis majutusasutuse olemasolu ning õigusabi osutamine kohaliku õigusruumi tundmist.²⁴ Lihtsustatud korras tellitavate teenuste loetelus ongi toodud sellised teenused, mille tellimisel võib eeldada, et reeglina ei tunne teiste liikmesriikide pakkujad vastava hankelepingu sõlmimise vastu huvi ning, et sellised lepingud ei mõjuta ühisturgu.²⁵ Näiteks eelnevalt mainitud majutusteenuse osutamise puhul ei mõjuta Helsingi hotellide majandustegevust asjaolu, kui Tallinnas toimuva konverentsi ajaks tellitakse majutusteenus üksnes Tallinnas asuvatelt hotellidelt, kuna Helsingis asuval hotellil on eelduslikult raskendatud Tallinnas majutusteenuse osutamine, omamata siin majutusasutust.²⁶

Kuna lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul üldjuhul eeldatakse piiriülese huvi puudumist, peetakse nende tellimist riigisisest turgu puudutavaks. Kuna Euroopa Liit ei reguleeri liikmesriikide siseturgu, kuivõrd see ei mõjuta liikmesriikidevahelist majandust ja ühisturgu, on jäetud lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimine valdavalt direktiivide reguleerimisalast välja. Seeläbi peaksid liikmesriigid omama suuremat paindlikust teenuste tellimisel, millel puudub piiriülene huvi. Direktiivides on liikmesriikidele jäetud vabad käed otsustamiseks, kas seada avalikustamisele konkreetsed nõuded või mitte. See aga ei tähenda, et liikmesriigid võiksidki ette näha olukorra, kus lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul ei peaks ühelgi juhul hanke toimumist avalikustama.

Teatud juhtudel võivad lihtsustatud korras tellitavad teenused omada piiriülest huvi. Riigihangete direktiivid ei ole ka selleks puhuks ette näinud täiendavate sätete kohaldumist. See tähendab, et ka juhul, kui lihtsustatud korras tellitava teenuse hange omab piiriülest huvi, ei reguleeri direktiivid seda menetlust erinevalt võrreldes nende lihtsustatud korras tellitavate

²³ Art 34 sätestab nõuded tehnilisele kirjeldusele ning art 43 reguleerib teadete esitamist lepingu sõlmimise kohta.

²⁴ CPV kood 55110000-4 hotelli majutusteenused ning CPV kood 79111000-5 õigusabiteenused

²⁵ EKo 13.11.2007, C-507-03, *komisjon vs Irimaa*, p 25

²⁶ Sellisel juhul pole teisest liikmesriigist pärit pakkuja poolt teenuse osutamine siiski täielikult välistatud kas ühispakkumuse või alltöövõtjate kasutamisega.

teenuste hangetega, millel puudub piiriülene huvi. Ehk teisisõnu - riigihangete direktiivid ei näe otseselt ette lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul piiriülese huvi olemasolu ning see võimalus tuleneb Euroopa Kohtu praktikast.

Euroopa Kohus on jõudnud korduvalt seisukohale, et kui mingi hange on jäänud täielikult või osaliselt direktiivide reguleerimisalast välja, kuid omab piiriülest huvi, kuulub hange Euroopa Liidu toimimise lepingu mõjusfääri ning kohalduvad Euroopa Liidu ühisturgu tagavad üldpõhimõtted.²⁷ Nii on ka Euroopa Komisjon märkinud, et kui riigihankeleping jääb Euroopa Liidu toimimise lepingu kohaldamisalasse, on liikmesriigid kohustatud täitma kaupade vaba liikumise, asutamisõiguse, teenuste osutamise vabaduse, mittediskrimineerimise ja võrdse kohtlemise, läbipaistvuse, proportsionaalsuse ning vastastikuse tunnustamise põhimõtteid.²⁸

Prof S. Arrowsmith on Euroopa Kohtu praktikast järeldanud, et iga üksiku lepingu puhul võib mittediskrimineerimise reeglite järgimata jätmise või üksiku lepingu kohta teate avaldamata jätmise rikkuda Euroopa Liidu toimimise lepingut, kui asjakohane riigihange omab piiriülest huvi.²⁹ Seega peaks hankija lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul hindama, kas teenuse leping võib omada piiriülest huvi ning lähtuma nimetatud põhimõtetest.

Mille järgi peaks hankija otsustama, kas teenuse tellimine võib omada piiriülest huvi ning avaldada mõju liikmesriikide vahelisele kaubandusele ja ühisturule? Euroopa kohtupraktika ei anna selget vastust, kuidas tuvastada piiriülese huvi olemasolu. Küll aga on Euroopa Kohus seisukohal, et piiriülene huvi peab olema kindel ning mitte oletatav.³⁰

Et luua suuremat selgust, andis 2006. aastal komisjon liikmesriikidele suunised, mille alusel hinnata piiriülese huvi olemasolu. Nendeks asjaoludeks on lepingu ese, selle hinnanguline maksumus, asjaomase sektori eripära (turu suurus ja struktuur, kaubanduslikud tavad jne) ja tegevuskoha geograafiline asukoht.³¹ Piiriülese huvi olemasolu või, nagu komisjon nimetab, olulisust Euroopa Liidu siseturu jaoks peab iga tellija ise hindama lähtudes konkreetse lepingu asjaoludest. Küll aga võib komisjoni tõlgendavast teatisest välja lugeda, et lihtsustatud korras

²⁷ EKo 07.12.2000, C-324/98, *Telaustria Telefonadress*, p 60; EKo 21.06.2005, C-231/03, *Coname*, p 16; EKo 13.11.2007, C-507/03, *komisjon vs Irimaa*, p 26

²⁸ Komisjoni tõlgendav teatis, p 1.1

²⁹ Arrowsmith, S., *EU Public procurement law: an introduction. Sine loco, sine anno* arvutivõrgus kättesaadav <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> lk 78

³⁰ EKo 13.11.2007, C-507/03, *komisjon vs Irimaa*, p-d 29, 33-34; EKo 21.02.2004, C-412/04, *komisjon vs Itaalia*, p 66; EKo 31.01.2008, C-380/05, *Centro Europa*, p 67

³¹ Komisjoni tõlgendav teatis, p 1.3

tellitavate teenuste puhul on alust arvata piiriülese huvi olemasolu, kui lepingu eeldatav maksumus ületab riigihangete rahvusvahelist piirmäära.³² Seega on komisjon andnud signaali, et igal juhul on mõistlik avalikustada lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihange, mille tulemusel sõlmitava hankelepingu eeldatav maksumus ületab nimetatud väärtust.

Esimene lihtsustatud korras tellitavaid teenuseid ja avalikustamist käsitlev Euroopa Kohtu lahend on autorile teadaolevalt 2007. aastast komisjoni hagi Iirimaa vastu.³³ Iirimaa sotsiaalminister sõlmis 1992. aastal An Post-iga hankemenetlust korraldamata lepingu kehtivusega kuni 31.12.1996 sotsiaalhüvitiste postkontorist kättesaamiseks.³⁴ Lepingut pikendati korduvalt kuni 31.12.2002. Ühe kaebuse esitamise tõttu algatas komisjon 1999. aastal Iirimaaga kirjavahetuse. Komisjoni sekkumise ja esitatud küsimustele vastuse ootamise tõttu ei pikendatud ametlikult An Post-iga sõlmitud lepingut, kuid sotsiaalhüvitiste katkematuks maksmiseks jätkas An Post ajutiselt teenuse osutamist. Komisjon asus seisukohale, et An Post-iga uue lepingu sõlmimine ilma eelnevalt hanketeadet avaldamata oli vastuolus EÜ asutamislepinguga ja ta esitas Euroopa Kohtule hagi leides, et Iirimaa ei ole järginud EÜ asutamislepingu artikleid 43 ja 49 (Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklid 49 ja 56) ega üldisi läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtteid.

Euroopa Kohus, tuginedes juba varasemale kohtupraktikale kontsessioone käsitlevates *Telaustria Telefonadress* ja *Coname* kohtuasjades, leidis, et niivõrd, kui võrd direktiivi 92/50 I B lisaga hõlmatud teenuste riigihanked tekitavad piiriülest huvi, rikutakse läbipaistvuse puudumise korral nende hankelepingu sõlmimisel ettevõtjaga, kes asub hankija asukoha liikmesriigis, võrdse kohtlemise põhimõtet teises liikmesriigis asuva ettevõtja kahjuks, kes võiks olla sellest hankest huvitatud.³⁵ Samas leidis Euroopa Kohus, et komisjon tugineb rikkumise etteheitmiselt üksnes oletusele, et kõnealune riigihankeleping äratav tingimata kindlat piiriülest huvi. Euroopa Kohus leidis, et komisjon ei ole esitanud ühtegi tõendit, mis kinnitaksid kindla piiriülese huvi olemasolu ning üksnes viitamine seoses riigihankega esitatud kaebusele ei ole piisav tõendamaks, et asjaomane riigihange äratav kindlat piiriülest huvi.³⁶ Eelnevast tulenevalt jättis Euroopa Kohus komisjoni hagi rahuldamata leides, et Iirimaa ei ole sotsiaalhüvitiste maksmise teenuseid An Post-lt eelnevalt hanketeadet

³² Komisjoni tõlgendav teatis, p 2.1.2 rõhutab, et eelkõige lihtsustatud korras tellitavate teenuste lepingute puhul, mis ületavad direktiivide kohaldamise piirmäära, on piisava läbipaistvuse saavutamiseks vajalik avaldada need riigihanked laia ulatusega meedias

³³ EKo 13.11.2007, C-507/03, *komisjon vs Iirimaa*

³⁴ Sotsiaalhüvitised kuulusid vastavalt lepingu sõlmimise ajal kehtinud direktiivi 92/50 I B lisas nimetatud teenuste hulka, mis on töö kontekstis lihtsustatud korras tellitavad teenused

³⁵ EKo 13.11.2007, C-507/03 *komisjon vs Iirimaa*, p 30

³⁶ EKo 13.11.2007, C-507/03, *komisjon vs Iirimaa*, p-d 33-34

avaldamata tellides rikkunud riigihankeid puudutavaid ühenduse õiguse üldpõhimõtteid. Sellest hoolimata on lahend märkimisväärse tähtsusega, kuna Euroopa Kohus ütles selgelt välja, et ka lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked võivad omada piiriülest huvi ning sellisel juhul tuleb tagada riigihanke läbipaistvus.

1.1.3. Avalikustamise kohustuse sisustamise probleem ja vastuolo Eestis

Avalikustamise kohta on 2011. aasta kevadest huvitav riigihangete vaidlustuskomisjoni seisukoht lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihankes. Nimelt esitas P. Dussmann Eesti OÜ vaidlustuse Riigikogu Kantselei riigihankes „Kohviku-, söökla- ja vastuvõtuteenuse tellimine“, viidates RHS § 19 lõikest 4 tuleneva avalikustamise kohustuse rikkumisele.³⁷ Riigikogu Kantselei küll väitis, et avalikustamine toimus, kuid tuginedes tehnilistele põhjustele ei suutnud seda tõendada. Vaidlustuse esitamise õiguse tuletas P. Dussmann Eesti OÜ analoogia korras RHS § 117 lg 2¹ punktist 3, mille kohaselt võib pakkuja või huvitatud isik vaidlustada hankelepingu, kui hankija ei ole esitanud hanketeadet ja selle esitamata jätmine ei olnud vastavalt RHS-le lubatud. Vaidlustuskomisjon jättis vaidlustuse läbivaatamata, kuna RHS ei näe ette võimalust vaidlustada RHS § 19 lõikes 4 sätestatud teate soovist sõlmida hankeleping avalikustamata jätmist ning et RHS § 117 lg 2¹ punktis 3 on sõnaselgelt silmas peetud hanketeadet. Muuhulgas märkis vaidlustuskomisjon, et RHS § 19 lõikes 4 nimetatud teate olemus ega õiguslik tähendus ei ole riigihanke üldpõhimõtete tagamisel hanketeatega võrreldav. Riigihangete seadusest ei tulene, et nimetatud teade annaks sarnaselt hanketeatega huvitatud isikutele õigustatud ootuse hankija poolt konkreetsete menetlustoimingute tegemise suhtes.³⁸

Vaidlustuskomisjoni seisukohaga lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete avalikustamise kohustuse tähenduses osas on raske nõustuda. Kuigi RHS ei sätesta, tsiteerides viidatud vaidlustuskomisjoni otsust, teate soovist sõlmida hankelepingu „avaldamise kohustuslikku perioodi enne hankelepingu sõlmimist ega selle sisuks oleva teabe ulatust“, ei saa sellest järeldada, et lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul täidaks avalikustamise kohustus läbipaistvuse põhimõtte valguses mingit muud eesmärki kui hankemenetluste puhul. Nii näiteks ütleb ka Rahandusministeeriumi koostatud riigihangete juhise, et riigihanke direktiivide eesmärk on tagada Euroopa Liidu toimimise lepingu üldpõhimõtete järgimine

³⁷ VaKo 06.04.2011 otsus nr 68-11/124204, kõik VaKo lahendid on arvutivõrgus kättesaadavad <https://riigihanked.riik.ee/register/RegisterVaidlustusedOtsing.html>

³⁸ VaKo 06.04.2011 otsus nr 68-11/124204, lk 2

riigihangetel ning et neid samu Euroopa Liidu toimimise lepingust tulenevaid põhimõtteid tuleb kohaldada ka riigihanke direktiivide reguleerimisalasse mittekuuluvate hangete puhul.³⁹

Samuti jääb arusaamatuks vaidlustuskomisjoni väide, justkui ei annaks riigihanke avalikustamine pakkujale õigustatud ootust, et mingit liiki riigihankemenetlus toimub. Autori arvates on vaidlustuskomisjon jõudnud justkui järeldusele, et lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul on avalikustamise kohustus kõigest formaalne nõue, mis otseselt ei ole suunatud ühe või teise eesmärgi täitmisele või tagajärgede tekitamisele. Selline tõlgendus ei ühti kuidagi Euroopa Kohtu varasemate otsustega direktiivide reguleerimisalast osaliselt või täielikult välja jäävate hankelepingute sõlmimisel läbipaistvuse tagamise kohta.

Vaidlustuskomisjoni tõlgendus võib olla mõneti mõjutatud riigihangete seaduse eelnõu seletuskirjast, mille kohaselt on lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimiseks riigihanke protseduur kas reeglina ebaefektiivne või liialt koormav, arvestades loetelus sisalduvate teenuste olemust ja vajadust sõlmida leping konkreetse usaldusväärse pakkujaga, milline ei tarvitse tingimata olla majanduslikult soodsaima pakkumuse teinud pakkuja.⁴⁰ Riigihangete seaduse seletuskirja kohaselt oleksid seega lihtsustatud korras tellitavad teenused mitte mingil moel vähemtähtsamad teenused vaid vastupidi – tegemist on niivõrd oluliste teenustega, et arvestades vajadust sõlmida leping konkreetse usaldusväärse pakkujaga on põhjendatud hankemenetluse mittekorraldamine. Selline lähenemine seletaks ka vaidlustuskomisjoni eespool viidatud seisukohta, justkui lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihanke kohta info avaldamine ei tekitaks pakkujatele mingeid ootusi ega hankijale mingeid kohustusi.

Autor ei nõustu seaduse seletuskirja põhjendustega. Nagu eespool mainitud, on direktiivides lihtsustatud korras tellitavate teenuste regulatsiooni pealiskaudsus tingitud mitte niivõrd teenuste erilisest olemusest, mis nõuaksid teatud erandeid menetlusreeglitest, vaid teenuste teisest, vähem tähtsast olemusest, mistõttu nimetataksegi neid ka nii kohtupraktikas kui ingliskeelses kirjanduses vähemtähtsateks teenusteks. Kuigi direktiivid ei keela nimetatud teenuste menetlusi liikmesriikides rangemalt reguleerimast, ei ühti eelnõu seletuskirjas toodud põhjendus ka lihtsustatud korras tellitavatele teenustele kohalduvate ning RHS §-s 3 detailselt kirjeldatud riigihangete põhimõtetega. Nii näiteks peab üldpõhimõtete kohaselt hankija

³⁹ Riigihangete juhised. Rahandusministeerium, 2012 Tallinn, lk 8, arvutivõrgus kättesaadav https://riigihanked.riik.ee/r1/c/document_library/get_file?uuid=7acd26a2-2706-4113-9b33-c7d057896668&groupId=11726 (27.04.2012)

⁴⁰ Riigihangete seaduse eelnõu 816 SE seletuskiri, eelnõu § 19 kohta, arvutivõrgus kättesaadav <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou2&op=ems&eid=816&assembly=10&u=20120412173708> 03.01.2012

tagama konkurentsi korral erinevate pakkumuste võrdlemise (RHS § 3 p 1), mis koos teiste põhimõtetega – läbipaistvus, võrdne kohtlemine ja mittediskrimineerimine – seavad hankija suvaotsustele ja valikuvabadusele piirid. Seega ei saa kuidagi olla tegemist teenustega, mille puhul esineb vajadus sõlmida leping konkreetse usaldusväärse pakkujaga, kuna riigihanke üldpõhimõtted ise välistavad sellise lähenemisviisi.

Et tegemist on just vähemtähtsate teenustega, mitte aga teenustega, mille puhul on vajadus sõlmida hankeleping konkreetse pakkujaga, viitab ka asjaolu, et lihtsustatud korras tellitavate teenuste üks kategooria on „muud teenused“⁴¹ - teenused, mis ei kuulu ühegi teise teenuse kategooriasse, sh nn tähtsate teenuste hulka. Samuti sätestavad nii võrgustikusektori direktiiv kui ka avaliku sektori direktiiv erandid, milliste teenuste tellimisel ei pea üldse riigihanget korraldama. Need erandlikud teenused on kokkuvõtvalt toodud RHS §-s 14. Seega on juba loodud nimekiri teenustest, mis oma olemuselt on nii erandlikud, et nende puhul ei ole riigihanke läbiviimine ning erinevate pakkumuste võrdlemine põhjendatud. Lihtsustatud korras tellitavad teenused ei kuulu nende hulka. Ka kohtujurist Ch. Stix-Hackl on märkinud, et direktiividest tuleneva kategooriatesse jaotamise alus on riigihangete valdkonna üldine põhimõte, et mõned hanked puudutavad siseturgu rohkem kui teised, mis pakuvad huvi suuremale arvule ettevõtjatele, sealhulgas ka ettevõtjatele teistest liikmesriikidest.⁴²

Kuigi lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul on läbipaistvuse kohustus tuletatud mitte riigihangete direktiividest vaid otse Euroopa Liidu üldpõhimõtetest, ei saa autori hinnangul väita, justkui omaks üldpõhimõtetest tulenev läbipaistvuse kohustus ja direktiividest tulenev läbipaistvuse kohustus oma sisult erinevat tähendust ja eesmärki. Kuigi direktiivides on läbipaistvuse kohustuse tagamiseks seatud konkreetsed reeglid ning üldpõhimõtetest tulenev läbipaistvuse kohustus ei täpsusta selle tagamise viise, on kohustuse põhiolemus siiski sama. Läbipaistvuse kohustuse põhieesmärk, sõltumata kohustuse reguleerituse detailsusest, on tagada riigihangetes võrdne kohtlemine ja mittediskrimineerimine, millisele järeldusele on Euroopa Kohus korduvalt jõudnud.

Kohtujurist Ch. Stix-Hackl on lühidalt kokku võtnud riigihangete läbipaistvuse põhimõtte vastavalt direktiividele järgmiselt: läbipaistvus hõlmab lisaks hankemenetluse avalikustamisele ka sõlmitud lepingu teatavakstegemist, sisemise arvestuse pidamise

⁴¹ CPV määruse VII lisa, kategooria 27

⁴² EK 12.04.2005, C-231/03, *Coname*, kohtujurist Ch. Stix-Hackl ettepanek, p 78

kohustust, näiteks kirjaliku aruande koostamise või teatud dokumentide säilitamise kohustust. Lisaks leiab kohtujurist, et need kohustused saab üle võtta ka esmasesse õigusesse.⁴³

Euroopa Kohus on kujundanud läbipaistvuse põhimõtte kui üldpõhimõtte olemuse sõltumata sellest, kas asjakohane riigihange kuulub või ei kuulu riigihangete direktiivide kohaldamisalasse.⁴⁴ Seega on vaidlustuskomisjon valesti järeldanud, et lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihanke kohta avalikustatava teate olemus ei ole riigihangete üldpõhimõtete seisukohalt võrreldav hanketeate avaldamisega. Läbipaistvuse põhimõtte kontekstis on riigihanke kohta teate avalikustamisel sõltumata riigihanke liigist ja esemest peamine eesmärk alati sama – mittediskrimineerimise tagamine, et pakkujatel oleks võimalik üldse teada saada mingi riigihanke toimumisest.

Lisaks tekib sarnase vaidlustuskomisjoni tõlgenduse puhul probleem, kuidas peaks oma õigusi kaitsma teisest liikmesriigist pärit pakkuja, kes tugineb analoogse kaasuse puhul hankelepingu piiriülesele huvile ja Euroopa Liidu esmasele õigusele, sh läbipaistvuse põhimõttele? Euroopa Liidu esmasest õigusest tulenevad vabadused ja keelud kehtivad vahetult ning isikud võivad nii ametiasutustes kui kohtutes neile tugineda, ilma et oleks vaja siseriiklikku seadusandlust.⁴⁵ Samas on Eestis tekkinud olukord, kus pakkujal ei ole võimalik oma õigusi kaitsta või ei ole õiguste kaitsmise viis talle selge ja üheselt mõistetav, kui hankija jätab täitmata RHS § 19 lõikes 4 sätestatud avalikustamise kohustuse.

Vastavalt halduskohtumenetluse seadustiku (HKMS) § 268 lõike 1 kohaselt võib esitada kaebuse halduskohtule hankija tegevuse peale, kui eelnevalt on läbitud menetlus riigihangete vaidlustuskomisjonis. Tõenäoliselt, kui pakkuja soovib analoogse kaebusega pöörduda otse halduskohtusse vaidlustuskomisjonis menetlust läbimata, jätab halduskohus viitega HKMS § 268 lõikele 1 kaebuse läbivaatamata. Seega võib tekkida olukord, kus pakkuja, soovi korral vaidlustada hankija poolt lihtsustatud korras tellitava teenuse puhul kohustusliku teate avaldamata jätmist, peab tulenevalt HKMS § 268 lõikest 1 pöörduma eelnevalt vaidlustuskomisjoni ning saades sealt vaidlustuse läbivaatamata jätmise otsuse, pöörduma edasi halduskohtusse kaebeõiguse tuvastamiseks. Sellise menetluse käiguga kaotab pakkuja väärtuslikku aega.

⁴³ Kohtujurist Ch. Stix-Hackl ettepanek, p 88-89

⁴⁴ Boch, Ch., The implementation of the Public Procurement Directives in the UK: devolution and divergence? Public Procurement Law Review, 2007, 6, p 427

⁴⁵ Bayer, W., Franke, H., Opitz, M., EU-Vergaberecht. DIN, Deutsches Institut für Normung e. V. Berlin, 2001, S. 11

Samas tuleb arvestada ka, et vaidlustuskomisjon annab oma käitumisega selge signaali pakkujatele, milliste kaebustega saab üldse pöörduda vaidlustuskomisjoni poole. Pakkujad võtavad vaidlustuskomisjoni praktika omaks eeldades, et see on õige. Nii näiteks kuni 2008. aasta sügiseni väljakujunenud praktika kohaselt jättis vaidlustuskomisjon läbi vaatamata kõik lihtsustatud korras tellitavate teenuste vaidlustused tuginedes kaebeõiguse puudumisele, kuid 18.11.2008 leidis Riigikohus, et lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked on hankemenetlused RHS-is vaidlustusmenetlust puudutavate sätete mõistes ja kuuluvad seega vaidlustuskomisjoni pädevusse.⁴⁶ Selline Riigikohtu lahend tähendas aga, et konkreetsetes vaidlustes, kus kaebaja, tuginedes vaidlustuskomisjoni senisele praktikale ei pöördunud esmalt vaidlustuskomisjoni poole vaid pöördus otse halduskohtu poole, kaotas hoopiski võimaluse vaidlustuskomisjoni poole pöördumiseks, kuna Riigikohtu lahendi ajaks oli vaidlustustähtaeg möödunud. Tagamaks Eesti õiguse kooskõla Euroopa õigusega ning pakkujatele sarnase õiguskaitse sõltumata riigihanke menetluse liigist, võib autori hinnangul jõuda järeldusele, et RHS § 117 lg 2¹ punktis 3 tuleb mõistet „hanketeade“ tõlgendada laiendavalt.⁴⁷ Seega võib vaidlustuskomisjoni poolt lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete avalikustamisele teistsuguse tähenduse andmine kui hankemenetluste avalikustamisele suurendada oluliselt ebaselgust ning võimalust efektiivsele õiguskaitsele.

1.2. Avalikustamise viis

1.2.1. Üldised suunised

Nagu eespool sai käsitletud, reguleerib Euroopa Liidu õigus liikmesriikide ülest ühisturgu ja ei reguleeri liikmesriikide siseturgu. Seega kui lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihankel, sõltumata tema maksumusest, puudub piiriülene huvi, ei kuulu Euroopa Liidu toimimise lepingust tulenevad põhimõtted kohaldamisele. Kui aga lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihange omab piiriülest huvi, tuleb tagada läbipaistvuse põhimõte vastavalt Euroopa Liidu õigusele ning avalikustada riigihange sõltumata selle esemest ja maksumusest.

⁴⁶ RKHKm 3-3-1-63-08, p 13-14

⁴⁷ Eesti õiguse Euroopa Liidu õigusega kooskõlalise tõlgendamise kohta vt EKo 13.11.1990, C-106/89, *Marleasing SA*, p 8; RKHKm 3-3-1-85-07, p 38

RHS § 19 lg 4 nõuab lihtsustatud korras tellitavate teenuse puhul, mille lepingu eeldatav maksumus ületab 40 000 eurot, lepingu sõlmimise soovist teatamist hankija veebilehel või riigihangete registri kaudu. Siit võiks justkui järeldada, et Eestis ei tõusetu üldse küsimustki läbipaistvuse kohustuse raames avalikustamise nõude täitmisest ja piiriülesest huvist, kuna juba RHS ise nõuab ka allapoole rahvusvahelist piirmäära jäävate lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete avalikustamist. Samas on Euroopa Kohus jõudnud järeldusele, et ka rahvusvahelisest piirmäärast madalama maksumusega riigihanke lepingud jäävad Euroopa Liidu esmase õiguse kohaldamisalasse.⁴⁸

Autori hinnangul tekibki eelnevast kaks küsimust:

- 1) Kas RHS-is sätestatud avaldamise viis (asutuse veebileht või riigihangete register) on piisav ja tagab alati Euroopa Liidu toimimise lepingust tuleneva läbipaistvuse kohustuse ja sealt edasi mittediskrimineerimise keelu täitmise?
- 2) Kas Euroopa Liidu esmasest õigusest tulenevalt võib avalikustamise kohustus laieneda ka nendele lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetele, mille eeldatav maksumus on alla 40 000 euro?

Euroopa Kohus on öelnud direktiivide reguleerimisalast osaliselt või täielikult välja jäävate riigihangete kohta esmakordselt 2000. aastal kohtuasjas *Telaustria Telefonadress* ning seda hiljem järjepidevalt korranud, et läbipaistvuse kohustuse sisuks on tagada vastav avalikustatuse tase kõigile potentsiaalsetele pakkujatele, mis võimaldab avatud konkurentsi.⁴⁹ Seega kohus ei ütle otseselt, milline see avalikustamise tase peaks olema, kuid avalikustamise tase peab võimaldama info saamist kõigile potentsiaalsetele pakkujatele ning konkurentsi.

Milline on sobiv avalikustamise tase, kui hankija leiab, et lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihange võiks pakkuda huvi teistest liikmesriikidest pärit pakkujatele? Kohtupraktika ei vasta sellele küsimusele, kuid see on käsitlemist leidnud kohtujuristide ettepanekutes.

Kohtujurist Fennely leidis kohtuasjas *Telaustria Telefonadress*, et läbipaistvuse põhimõte tähendab riigihanke avatust, mis ei tule ilmtingimata võrdsustada avalikustamisega.

⁴⁸ EKm 03.12.2001, C-59/00, *Vestergaard*, p 19-21; EKo 20.10.2005, C-264/03, *komisjon vs Prantsusmaa*, p 33; EKo 21.02.2008, C-412/04, *komisjon vs Itaalia*, p 65-66

⁴⁹ EKo 07.12.2000, C-324/98, *Telaustria Telefonadress*, p 62; EKo 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen*, p 49; EKo 06.04.2006, C-410/04, *ANAV*, p 21; EKo 13.09.2007, C-260/04, *komisjon vs Itaalia* p 24; EKo 18.12.2007, C-220/06, *Asociación Profesional*, p 75

Kohtujuristi arvates on läbipaistvuse kohustus täidetud, kui hankija pöördub ise sobiva arvu pakkujate poole, kellest vähemalt mõned on pärit teisest liikmesriigist.⁵⁰

Samas on Euroopa Komisjon oma 2006. aasta tõlgendavas teatises märkinud, et tava võtta ühendust teatava arvu potentsiaalsete pakkujatega on ebapiisav isegi siis, kui tellija kaasab ettevõtjaid teistest liikmesriikidest või püüab võtta ühendust kõigi potentsiaalsete pakkujatega ning selline selektiivne lähenemine ei välista, et diskrimineeritakse teiste liikmesriikide potentsiaalseid pakkujaid, eriti uustulnukaid turul.⁵¹ A. Brown vaidleb hoopiski sellele vastu ning toob õigesti välja, et hankija võib alati täiesti õiguspäraselt välistada nn uustulnukate osalemise riigihankel seades kvalifitseerimistingimuse, mis nõuab pakkuja kogemuse tõendamiseks varasemalt teatud arvu sarnaste lepingute täitmist. Lisaks märgib Brown, et otse ühenduse võtmine võimalike pakkujatega kindlustab pakkujate tähelepanu, kui teised avalikustamise viisid võivad jääda tähelepanuta, pidades siiski kõige kindlamaks viisiks samaaegselt kombineerida otsekontakti mingil kujul avalikustamisega.⁵²

Kohtujurist Stix-Hackl hinnangul peab riigihangete puhul, mis jäävad osaliselt või täielikult direktiivide reguleerimisalast välja, alustama esmalt küsimusest, kas avalikustamine on üldse kohustuslik – näiteks kuna direktiivid lubavad teatud juhtudel läbirääkimistega menetlust, peaks see olema võimalik ka direktiivide reguleerimisalast täielikult või osaliselt välja jäävate riigihangete puhul. Lähtuda tuleb esmasest õigusest tulenevast avalikustamise kohustusest, millest on mitu erandit ning hankija peaks igal konkreetsel juhul põhjendama, miks ta kaldub kõrvale avalikustamise reeglist.⁵³

Avalikustamise taseme küsimus puudutab kohtujuristi hinnangul ühest küljest geograafilise ulatuse aspekti, st avalikustamist kohalikul, regionaalsel, siseriiklikul või Euroopa tasemel ning teisest küljest on see vahendi küsimus. Lisaks on hankija jaoks tähtis teada teate minimaalset sisu tulenevalt põhivabadustest. Üldiselt tuleb anda niipalju informatsiooni, kui ettevõtted vajavad pakkumuse tegemise otsustamiseks. Põhivabadustest ei saa aga mingil juhul tuletada teatele sellist vormi ja detailsuse astet nagu näevad ette direktiivid.⁵⁴

⁵⁰ EK 18.05.2000, C-324/98, *Telaustria Telefonadress*, kohtujurist N. Fennely ettepanek, p 43

⁵¹ Komisjoni tõlgendav teatis, p 2.1.1

⁵² Brown, A., EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives. *Public Procurement Law Review*, 2010, p. 173

⁵³ Kohtujurist Ch. Stix-Hackl ettepanek, p 93

⁵⁴ Kohtujurist Ch. Stix-Hackl ettepanek, p-d 96-97

Komisjoni 2006. aasta tõlgendava teatise kohaselt otsustavad kõige sobivama vahendi pakkumiste väljakuulutamiseks hankijad, kusjuures valikus tuleb neil lähtuda piiriülesest huvist, pidades silmas lepingu eset ja väärtust ja asjaomase valdkonna harjumuslikke tavasid.⁵⁵ Seega on komisjon andnud selge suunise, et hankija peab valima avalikustamise vahendi lähtudes konkreetsetest asjaoludest.

1.2.2. Avalikustamise vahend Eestis

Vastavalt RHS § 19 lõikele 4 teavitab hankija lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihankest oma veebilehe või riigihangete registri kaudu. Seega tegelikkuses ei ole Eestis antud hankijatele valikut hinnata, milline oleks sobiv vahend, kuna valida tuleb kahe võimaliku vahel. Samas on ilmselge, et RHS ei keela hankijal kasutamast täiendavaid avalikustamise viise, kui hankija peab seda vajalikuks. Autor siiski kahtleb hankijate soovis ja valmisolekus hinnata ise täiendavate avalikustamise viiside vajalikkust. Pigem on autori hinnangul tavaks lähtuda RHS-is selgelt sätestatud minimaalsetest kohustustest, kuna RHS-is sätestatud avalikustamise kohustus on selge ja üheselt mõistetav.

Tõlgendavas teatises rõhutab komisjon, et eelkõige just lihtsustatud korras tellitavate teenuste lepingute puhul, mis ületavad riigihangete rahvusvahelist piirmäära, on piisava läbipaistvuse saavutamiseks vajalik avaldada need laia ulatusega meedias.⁵⁶ Küsitav on, kas hankija veebilehekülge saab nimetada laia ulatusega meediaks üksnes seetõttu, et veebilehele on kõigil soovijatel ligipääs. Küll aga võib riigihangete registrit kui kõigile soovijatele tasuta juurdepääsuga riiklikku registrit nimetada laia ulatusega meediaks. Riigihangete registri eesmärk on töödelda, avalikustada ja edastada Euroopa Ühenduste Ametlike Väljaannete Talitusele riigihangete alast teavet eesmärgiga hõlbustada selle kättesaadavust riigihangete läbipaistvuse ja kontrollitavuse tagamiseks.⁵⁷ Autor on seisukohal, et riigihanke avalikustamine riigihangete registris on läbipaistvuse seisukohast alati piisav. Küll aga võib tekitada küsimusi piisava läbipaistvuse tagamine, kui hankija avalikustab riigihanke, mis omab piiriülest huvi, üksnes oma veebilehel.

Piiriülest huvi omavate riigihangete üksnes hankija veebilehel avalikustamise vastu toob näiteks A. Brown üheks argumendiks, et kui teade riigihanke toimumise kohta on veebilehel

⁵⁵ Komisjoni tõlgendav teatis, p 2.1.2

⁵⁶ Komisjoni tõlgendav teatis, p 2.1.2

⁵⁷ Vabariigi Valitsuse 18.05.2007 määrus nr 158 „Riikliku riigihangete registri põhimäärus“ § 3

väga lühikest aega, näiteks 24 tundi, ei anna see pakkujatele piisavat võimalust infoga tutvumiseks.⁵⁸ Samas ei tähenda see, et Brown oleks riigihanke hankija veebilehel avalikustamise vastu vaid pigem üritab ta sellega anda mõista, et üksnes avalikustamise toimumine ei taga alati läbipaistvust.

Samuti ei saa mööda vaadata 01.01.2012 jõustunud lihthanke regulatsioonist, mis kohustab hankijaid avaldama riigihangete registris lihthanke teate, kui hankelepingu eeldatav maksumus on vähemalt 10 000 eurot või võrgustikusektori hankija puhul vähemalt 40 000 eurot (RHS § 18² lg 2). Seaduseelnõu seletuskirja kohaselt otsustati just riigihangete registris teate avaldamise kasuks ning loobuti hankijate veebilehtedel teate avalikustamisest, kuna riigihangete registris teate avaldamine võimaldab konkurentsi ning paremat juurdepääsu informatsioonile.⁵⁹ Seega on lihthanke regulatsiooni juures juba tunnistatud, et hankija veebilehel info avaldamine ei pruugi olla parim lahendus. Puudub alus arvata, et lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul võiks olla olukord teistsugune.

Teema ilmestamiseks toob autor välja statistika Eesti Töötukassa poolt 2011. aasta teisel poolaastal läbiviidud lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete kohta, mille eeldatav maksumus ületas rahvusvahelist piirmäära (tabel 1).⁶⁰ Kokku oli selliseid riigihankeid 13, millest enamus olid läbi viidud tööturuteenuste ja –toetuste seaduse §-s 13 sätestatud tööturukoolituse või §-s 17 sätestatud tööharjutuse tellimiseks. Nende 13 riigihanke keskmine eeldatav maksumus oli 338 000 eurot, kusjuures kõige suurema eelarvega riigihanke eeldatav maksumus oli 732 000 eurot. Kõikide nende riigihangete kohta avalikustas Eesti Töötukassa teate soovist sõlmida hankeleping oma veebilehel vastavalt RHS § 19 lõikele 4. Võib arvata, et uued pakkujad, kes ei ole varasemalt Eesti Töötukassaga kokku puutunud, eriti teisest liikmesriigist pärit pakkujad, ei oska Eesti Töötukassa veebilehelt infot otsida võimalike neile huvi pakuvate hankelepingute kohta. Valdkonnas uued tegijad ei pruugi teada, et Eesti Töötukassa võib olla nimetatud teenuste nõ suurtellija.

⁵⁸ Brown, A., 2010, p 174

⁵⁹ Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus 860 SE seletuskiri, lk 8, arvutivõrgus <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=1215935&u=20120412173757> (03.12.2011)

⁶⁰ 2011. aastal oli rahvusvaheline piirmäära avalik-õiguslikele juriidilistele isikutele 193 000 eurot

Tabel 1

Riigihanke ese	Eeldatav maksumus (km-ta)	Eesti Töötukassa registreerimise nr
Koka koolitus	198 000	7-2/151
Tööharjutus	262 800	7-2/166
Tööharjutus	333 600	7-2/170
Tööharjutus	436 800	7-2/169
Koka koolitus	237 600	7-2/171
Keevitaja algõppe koolitus	198 000	7-2/173
Tööharjutus	732 000	7-2/188
Puhastusteenindaja koolitus	201 600	7-2/187
Tööharjutus	568 800	7-2/209
Tööharjutus	198 000	7-2/185
Individuaalne psühholoogiline nõustamine	369 600	7-2/237
Ettevõtlikuskoolitus	252 800	7-2/275
Töölase eesti keele koolitus vene keele baasil	415 000	7-2/286

Kuigi tööturukoolituse läbiviimiseks on tööturuteenuste ja –toetuste seaduse § 13 lõike 2 kohaselt nõutav koolitusluba ning sellest tulenevalt on riigihankes osalemine raskendatud teisest liikmesriigist pärit pakkujal, kes alles hakkab huvi tundma Eesti turu vastu⁶¹, siis tööharjutuse osutamiseks ei sea tööturuteenuste ja –toetuste seadus ega ükski muu seadus täiendavaid kriteeriume, mis võiks kuidagi piirata teenuste osutamise vabadust. Seega on täiesti reaalne, et näiteks mõni Läti või Soome ettevõtja tunneb huvi niivõrd mahuka lepingu saamise vastu.

Eelnevat kokkuvõttes peab autor mõistlikuks avalikustada vähemalt need lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked, mille eeldatav maksumus ületab rahvusvahelist piirmäära, kindlasti riigihangete registris. On ju riigihangete register loodudki sel eesmärgil riigihankeid koondava keskse registrina, et ettevõtjad ei peaks hoidma end pidevalt kursis sadade hankijate veebilehtedega.

⁶¹ Siinkohal võib tekkida hoopis küsimus teenuste vaba liikumise piiramise põhjendatusest. Tulenevalt erakooliseaduse § 1 lõikest 2 ei kohaldata sama seadust, sh koolitusloa nõuet, füüsilisest isikust ettevõtjatele ja eraõiguslikele juriidilistele isikutele, kes võimaldavad huvihariduse omandamist või korraldavad täiskasvanute tööalast või vabahariduslikku koolitust, kui õpe ei kesta üle 120 tunni või kuue kuu aastas. Erand on üksnes eesti keele õppe korraldamine, mil kohaldatakse erakooliseadust sõltumata õppe kestusest.

1.2.3. Avalikustamise keel

Avalikustamise puhul on A. Browni hinnangul lahendamata küsimus ka teate keel – kas teate avalikustamine üksnes hankija koduriigi keeles on piisav, et tagada piiriülese huvi olemasolul vajaliku läbipaistvuse määra?⁶² Siinkohal tuleb arvestada tõsiasjaga, kui mingi riigihange omab piiriülest huvi ja sellel võiks soovida osaleda teisest liikmesriigist pärit pakkuja, ei saa pakkuja aru temale võõrkeelse info põhjal, et toimumas on temale huvipakkuv riigihange. Kui asutamisvabaduse põhiõiguse all hankija liikmesriigis tegutsevatel ettevõtjatel reeglina võiks olla mõni töötaja, kes valdab kohalikku keelt, et tagada vajalik klienditeenindus ning ametkondadega suhtlemine, siis teises liikmesriigis asuval pakkujal ei pruugi olla hankija riigikeelt valdavat töötajat. Brown kirjutab selle kohta, et keele valikul tuleks võtta arvesse ka konkreetseid asjaolusid. Näiteks kui teenuse osutamise koht asub teise liikmesriigi piiri lähedal ja sellega seoses pakub teenus huvi just selle liikmesriigi pakkujatele, võiks olla sobilik avalikustamise keel lisaks koduriigi keelele vastava naaberriigi keel.⁶³

Browni sellise näite põhjal peaks näiteks Valga Linnavalitsus, soovides sõlmida mitmeks aastaks lepingut koolitoitlustuse korraldamiseks, avaldama asjakohase teate lisaks eesti keelele ka läti keeles. Loomulikult võib see tekitada probleeme ja täiendavaid kulusid, kui Valga Linnavalitsuses ei valda keegi läti keelt, et teadet tõlkida. Samas jõuab ka Brown ise järeldusele, et igal juhul on alati piisav, arvestades inglise keele üha suuremat levikut, kui teade avalikustatakse lisaks koduriigi keelele ka inglise keeles.⁶⁴ Seega kui hankija on valinud teavitamise asukohaks oma veebilehe ning riigihange võib omada piiriülest huvi tulenevalt näiteks teenuse osutamise koha asumisest piiri lähedal või seoses kõrge maksumusega, on Browni hinnangul mõistlik läbipaistvuse tagamiseks avalikustada teade lisaks hankija riigikeelele ka inglise keeles.

Kindlasti ei tähenda see aga, et hankija peab kõiki lihtsustatud korras tellitavate teenuste teateid avaldama mitmes keeles. Nagu juba eespool kirjeldatud, tõusetub avalikustamise kohustuse küsimus Euroopa Liidu õiguse kontekstis, kui riigihange omab piiriülest huvi. Seega peab hankija eelnevalt hindama, kas riigihange üldse omab piiriülest huvi või mitte. Nii

⁶² Brown, A., 2010, p. 175

⁶³ Brown, A., 2010, p. 175

⁶⁴ Brown, A., 2010, p. 175

näiteks võivad Läti ettevõtjad koolitoitlustuse korraldamise vastu tunda suurema tõenäosusega huvi Valgas kui sama või isegi suurema mahuga lepingu puhul Narvas.

Samuti tuleb esitada küsimus, kas avalikustamise kohustuse sisu ikka on info tõlkimine ja pakkujatele „kandikul ette toomine“ või peaks selle sisuks jääma üksnes info kättesaadavaks tegemine ning ettevõtja peab ise vaatama, kuidas asjakohane info endale tõlkida? Nii näiteks võib ju hankija avalikustada info riigihanke kohta oma veebilehel mitmes keeles, kuid kui hankija veebileht ise on üksnes eestikeelne, ei suuda eesti keelt mittevaldav ettevõtja sellelt vajalikku infot ilma tõlkija abita leida. Sellest tulenevalt leiab autor, et üksnes riigihanke kohta käiva info tõlkimine võõrkeeltesse ei täida oma eesmärki, kui keskkond ise, kus info on kättesaadav, ei ole nendes keeltes. Kindlasti pole aga otstarbekas ega eesmärgipärane nõuda riigihangetega seotud eesmärkide täitmiseks kõikide hankijate veebilehete tõlkimist erinevatesse või vähemalt inglise keelde.

1.3. Avalikustamise kohustuse esinemine riigihangetes maksumusega alla 40 000 euro

1.3.1. Piiriülene huvi ja riigihanked maksumusega alla rahvusvahelise piirmäära

Nagu alapeatükis 1.1 järel dati, peaks hankija lihtsustatud korras tellitavaid teenuseid tellides iga kord hindama, kas konkreetne riigihange omab või ei oma piiriülest huvi ning vastavalt sellele valima asjakohase avalikustamise viisi. Samas tuleb arvestada, et vastavalt RHS § 19 lõikele 4 ja § 3 punktile 2 kuulub läbipaistvuse põhimõtte lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetes alati kohaldamisele sõltumata piiriülese huvi olemasolust. Seega on läbipaistvuse põhimõttel justkui kaks dimensiooni – ühest küljest avaldades mõju Euroopa Liidu õiguse osana piiriülese huvi olemasolu korral ning teisest küljest, olles otseselt siseriiklikku õigusesse sisse kirjutatud, omab ka täiendavat siseriiklikku tähendust sõltumata piiriülesest huvist.

Autori arvates ei saa RHS-is sätestatud läbipaistvuse kohustust kohaldada analoogselt Euroopa õigusest tuleneva läbipaistvuse põhimõttega, mis nõuab teatud juhtudel riigihanke avalikustamist ka juhtudel, kui kirjapandud õigus seda tegelikult ei nõua. Õigusselguse põhimõttest tulenevalt peab olema ka hankijatel tagatis, et kui mingid küllaltki konkreetset reeglid on kirja pandud, siis on võimalik neist ka lähtuda. Sellest tulenevalt leiab autor, et läbipaistvuse põhimõttele tuginedes ei saa nõuda lihtsustatud korras tellitava teenuse

riigihanke toimumise avalikustamist, kui lepingu eelarve on alla 40 000 euro ning puudub piiriülene huvi. Selleks, et pakkuja saaks läbipaistvuse põhimõttele tuginedes väita, et ka lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihankest, mille eeldatav maksumus on alla 40 000 euro, oleks pidanud hankija avalikult teavitama, peab pakkuja ühtlasi näitama ära, et asjakohasel riigihankel on piiriülene huvi.

Euroopa Kohtu praktikast tulenebki, et teatud juhtudel võivad ka riigihanked, mille eeldatav maksumus on allapoole rahvusvahelist piirmäära, omada piiriülest huvi.⁶⁵ Nimelt on Euroopa Kohus leidnud, et üksnes asjaolu, et riigihankeid puudutavates direktiivides ei ole ette nähtud erilist ja ranget menetlust piirmäärast madalama väärtusega riigihankelepingute osas, ei tähenda, et viimased jääksid ühenduse õiguse kohaldamisalast väljapoole.⁶⁶ Seega on ka piirmäärast madalama eeldatava maksumusega hankelepingute puhul tulenevalt läbipaistvuse põhimõttest võimalik riigihanke avalikustamise kohustus, kui asjakohane riigihange omab piiriülest huvi. Hankijal lasub kohustus hinnata, kas rahvusvahelisest piirmäärast väiksema maksumusega hange võib kanda piiriülest huvi, olles teadlik, et see hinnang allub kohtulikule kontrollile.⁶⁷ Eelnevast tulenevalt ei ole ka välistatud, et lihtsustatud korras tellitava teenuse leping, mille maksumus jääb lisaks rahvusvahelisele piirmäärale ka alla 40 000 euro, võib omada piiriülest huvi ja seeläbi alluda avalikustamise kohustusele.

Autori arvates tõusetub Euroopa Liidu kontekstis niivõrd madala maksumusega riigihangete puhul küsimus piiriülesest huvist eelkõige just piiriäärsetel aladel, nagu juba eespool toodud Valga näide. Samuti näiteks on seadusandja pidanud vajalikuks, et asjade ostmisel ja nõ „tähtsamate“ teenuste puhul tuleb riigihangete registris avaldada teade lihthanke kohta, kui hankelepingu eeldatav maksumus on vähemalt 10 000 eurot või võrgustikusektori hankija puhul vähemalt 40 000 eurot (RHS § 18² lg 2).⁶⁸

Ühe asjaoluna võiks piiriülese huvi hindamisel lähtuda autori arvates ka kõnealuses valdkonnas tegutsemiseks nõutavatest erilubadest või registreeringutest Eesti registrites. Näiteks peab rehabilitatsiooniteenuse osutaja vastavalt sotsiaalhoolekande seaduse § 11⁴ lõikele 1 olema registreeritud majandustegevuse registris, tööturuteenuste ja –toetuste seaduse

⁶⁵ Perioodil 2012-2013 on rahvusvaheline piirmäär (va ehitustööd) hankijate lõikes järgmine: riik või riigiasutus (RHS § 10 lg 1 p1) 130 000 eurot, linna- või vallavalitsus või kohaliku omavalitsuse asutus jt avaliku sektori hankijad (RHS § 10 lg 1 p 2-6) 200 000 eurot ning võrgustiku sektori hankija (RHS § 10 lg 3) 400 000 eurot

⁶⁶ EKm 03.12.2001, C-59/00, *Vestergaard*, p 19-21; EKo 20.10.2005, C-264/03, *komisjon vs Prantsusmaa*, p 33; EKo 21.02.2008, C-412/04, *komisjon vs Itaalia*, p 65-66

⁶⁷ EKo 15.01.2008, C-147/06 ja C-148/06, *SECAP SpA* p 30

⁶⁸ Ehitustööde puhul on piirmäärad vastavalt 30 000 eurot ja 250 000 eurot

§ 13 kohaselt tellib Eesti Töötukassa tööturukoolitust haridusasutuselt, juriidiliselt isikult ja füüsilisest isikust ettevõtjalt, kellele on väljastatud koolitusluba. Hankija peab riigihanget läbi viies selliste erinõuetega arvestama. Kui teenuse osutamine nõuab mingit kindlat Eesti riigiasutuse poolt väljastatavat tegevusluba või registreeringut Eesti registris, on hankijal võimalik asjakohastest avalikest registritest eelnevalt kontrollida, kui suur on valdkonnas konkurents, sh teistest liikmesriikidest pärit ettevõtjate olemasolu ja selle järgi ka hinnata riigihanke avalikustamise vajadust.

1.3.2. Proportsionaalsuse põhimõte

Direktiivide reguleerimisalast täielikult või osaliselt välja jäävate riigihangete puhul tuleb avalikustamise nõuet siiski kohaldada ettevaatlikult ja proportsionaalselt, et vältida hankijatele asjatut halduskoormust; kuigi avalikustamise eesmärk on diskrimineerimise vältimine, tuleb arvestada ka proportsionaalsuse põhimõttega, mis on samuti Euroopa Liidu üldpõhimõte.⁶⁹ Proportsionaalsuse põhimõte kerkib vastavalt sellele tugevamalt esile, mida madalam on riigihanke eeldatav maksumus, seega eriti rääkides riigihangetest, mille eeldatav maksumus jääb alla siseriiklikku riigihanke piirmäära 40 000 euro.

Avalikustamise proportsionaalsust käsitledes tuleb esitada küsimus, milline on kaasnev halduskoormus ja selle suhe hankelepingu eeldatavasse maksumusse? Arvestades, et hankijatel on kohustus avalikustada oma veebilehel või riigihangete registris need lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked, mille maksumus ületab 40 000 eurot, on enamus hankijaid oma veebilehtede arendamisel sellega arvestanud. Seega eeldatava maksumusega alla 40 000 euro riigihangete hankija veebilehel avalikustamine ei too hankijale kaasa märkimisväärseid kulutusi. Samuti on riigihangete registri kasutamine ning selles teadete, sh vabatahtlike teadete avaldamine tasuta. Seega otseselt avaldamisega seotult tuleb arvestada eelkõige personalikulu – keegi hankija töötajatest peab koostama asjakohase teate, mis avaldatakse ning selle lisama kas hankija veebilehele või riigihangete registrisse.⁷⁰

⁶⁹ Brown, A., Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC treaty. *Public Procurement Law Review*, 2007, p. 18

⁷⁰ Nõue avaldada teade veebilehele või riigihangete registris on alates eeldatavast maksumusest 40 000 eurot ning alla selle summa võib teoreetiliselt kasutada ka muid avaldamise viise, kuid ilmselt ei ole need muud viisid (nt ajalehed) efektiivsemad ega vähem kulukad.

Samas tuleb halduskoormuse hindamisel arvestada ka põhimõtteliselt vägagi võimaliku olukorraga, kui peale teate avalikustamist avaldab riigihanke vastu huvi väga palju potentsiaalseid pakkujaid. Näiteks kui hankija soovib sõlmida advokaaditeenuse osutamiseks lepingut, mille eeldatav maksumus on 23 000 eurot, võiks hankija teha 4-5 advokaadibüroole otse ettepaneku pakkumuse esitamiseks.⁷¹ Hankija arvestab seejuures, et tal tuleb läbi vaadata ja võrrelda samuti 4-5 pakkumust. Kui aga hankija otsustab veebilehel või riigihangete registris teate avalikustada, võib tiheda konkurentsi korral ning arvestades, et Eesti oludes ei ole tegemist väga väikese lepinguga, laekuda hoopis 10-15 või enamgi pakkumust.⁷² Sellisel juhul on hankija kohustatud ka kõik pakkumused läbi vaatama ning tegema objektiivse valiku, samuti peab hankija olema valmis andma pakkujatele selgitusi võimalike küsimuste kohta. Antud näite puhul suureneb hankija halduskoormus oluliselt seoses teate avalikustamisega.

Lisaks tuleb alla 40 000 euro jäävate lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete puhul kaaluda ka seda, et läbipaistvuse põhimõtte riigihangete kontekstis on tuletatud võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtetest, et tagada pakkujate võrdne kohtlemine. Seetõttu tuleb nii võrdse kohtlemise põhimõtte kui ka sellest tuletatud läbipaistvuse põhimõtte rakendamisel olla ettevaatlik juhtudel, kui tegelikult ei ole erinevate pakkumiste võrdlemise menetlust kaalul üldse. Ehk teisisõnu – võrdse kohtlemise põhimõtte eeldab küll läbipaistvust, kuid mitte tingimata erinevate pakkumiste võrdlemist.⁷³ Seega olukorras, kus turul on ainult üks potentsiaalne pakkuja, kellele on võimalik teha pakkumuse esitamise ettepanek otse, ei ole läbipaistvuse põhimõttest ja võimalikust avalikustamise kohustusest rääkimine õigustatud. Samuti nagu juba ka eespool mainitud, peab olema võimalik ka lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul kasutada sarnaseid menetlusi riigihangete direktiivides ja RHS-is sätestatud menetlusliikidega, mis ei nõua hanketeate avalikustamist, nagu näiteks RHS §-dega 28 ja 68 reguleeritud väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetlus.⁷⁴

Alla rahvusvahelise piirmäära jäävate riigihangete kontekstis on läbipaistvuse põhimõtet ja sellest tulenevat avalikustamise kohustust äärmise põhjalikkusega käsitlenud kohtujurist E. Sharpston 2007. aastal antud ettepanekus komisjoni hagi Soome vastu.

⁷¹ Õigusteenused on CPV määruse lisa VII teenuste kategooria nr 21

⁷² Eesti Advokatuuri kodulehe andmeil on ainuüksi Tallinnas üle 100 advokaadibüroo, <http://www.advokatuur.ee/?id=47>

⁷³ Hordijk, E.-P., Meulenbelt, M., A bridge too far: why the European Commission's attempts to construct an obligation to tender outside the scope of the Public Procurement Directives should be dismissed. Public Procurement Law Review, 2005, 3, p. 126

⁷⁴ Kohtujurist Ch. Stix-Hackl ettepanek, p 93

Kohtujurist leidis, et kui leping ei kuulu direktiivide kohaldamisalasse, tuleb avalikustamise piisav määr määrata kindlaks vastavalt selle lepingu võimalikule turule ning tagada piisaval määral avalikustamine, et avada konkurentsile just see turg. Võimaliku piirmäära ületava direktiivide kohaldamisalast osaliselt või täielikult välja jääva lepinguga seotud turu ja väikese maksumusega lepingu võimaliku turu vahel on põhimõtteline erinevus. Esimesel neist võib olla suur majanduslik tähtsus tulenevalt oma väärtusest. Teisena nimetatud lepingu väärtus on alla piirmäära, millest allapoole on seadusandja teadlikult otsustanud mitte kohaldada üksikasjalikke avalikustamise nõudeid. Ühenduse õigusega eeldatakse, et sellise lepingu puhul peab olema tagatud teatud määral avalikustamine, kuid jäetakse siseriikliku õiguse ülesandeks määratleda põhjalikumalt sellise avalikustamise üksikasjad. Kohtujuristi hinnangul tähendab ühenduse õiguse alusel üksikasjaliku kohustuse kehtestamine väikese maksumusega lepingute avalikustamiseks kogu ühenduse territooriumil direktiivide aluseks oleva seadusandja kavatsuse osalist eiramist.⁷⁵

Kohtujurist esitab ühtlasi ka küsimuse, kas läbipaistvuse tagamise kohustus kohustab üldiselt tellijaid hindama üksikute naaberliikmesriikide huvi ja määrama seejärel selle hinnangu abil kindlaks, millistes liikmesriikides ja millisel kujul tuleks leping avalikustada? Vastuseks sellele küsimusele leiab kohtujurist, et olukord, kus tellijatelt nõutaks iga potentsiaalselt olulise väikese maksumusega lepingu puhul piiriülese huvi hindamist määratlemata liikmesriikide rühmas, kusjuures neid võidakse karistada, kui nad ei tee seda nõuetekohaselt, on õiguskindluse vastand.⁷⁶

Kõike eelnevat kokku võttes asus kohtujurist seisukohale, et allapoole piirmäära jäävate lepingute puhul piiriülese huvi väljaselgitamise kohustuse panemine hankijatele oleks ebaproportsionaalne ning, et avalikustamise piisav määr väikese maksumusega lepingute puhul tuleb sätestada siseriiklikus õiguses.⁷⁷

Kuna Euroopa Kohus jättis kõnealuse hagi vastvõetamatuse tõttu läbivaatamata, ei ole kohtujuristi poolt väljatoodud asjaolud tänaseni kohtupraktikas analüüsimist leidnud. Sellest hoolimata nõustub autor kohtujuristi seisukohtadega allapoole rahvusvahelist piirmäära puudutavate riigihangete avalikustamise küsimuses. Kuigi kohtujuristi ettepanek ei käsitlenud

⁷⁵ EK 18.01.2007, C-195/04, *komisjon vs Soome*, kohtujurist E. Sharpstoni ettepanek, p-d 83-94

⁷⁶ Kohtujurist E. Sharpstoni ettepanek, p-d 95-96

⁷⁷ Kohtujurist E. Sharpstoni ettepanek, p 98

lihtsustatud korras tellitavaid teenuseid, on autor seisukohal, et tema põhjendused on ka siinkohal kohalduvad. Nimetatakse ju lihtsustatud korras tellitavaid teenuseid vähemtähtsateks teenusteks ja seega on mõistlik järeldada, et alla rahvusvahelise piirmäära jäävate lihtsustatud korras tellitavate teenuste hankelepingutele ei saa kohalduda rangemad nõuded, kui asjade ja nn tähtsamate teenuste ning ehitustööde puhul, mille hankelepingute eeldatavad maksumused jäävad samuti alla rahvusvahelise piirmäära.

Eelnevat kokkuvõttes on autor seisukohal, et Eesti seadusandja on hinnanud vajalikuks avalikustada need lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked, mille eeldatav maksumus on vähemalt 40 000 eurot ning hankijatel ei ole kohustust täiendavalt hinnata allapoole nimetatud piirmäära jäävate hankelepingute puhul piiriülese huvi ja avalikustamise kohustuse olemasolu. Vastupidine olukord tekitaks hankijatele ebakindluse, kuidas tuleb käituda ning jätab iga kord sõltumata hankelepingu eeldatavast maksumusest riigihanke kohta teate avalikustamata jätmise korral lahtiseks võimaluse, et riigihanke vastu siiski tundis huvi üks või mitu teisest liikmesriigist pärit pakkujat, kes võivad esitada vastavasisulise kaebuse. Samuti arvestab autor siinkohal hankijate võimaliku halduskoormuse suurenemisega eelkõige pakkumuste läbivaatamise kontekstis, kui väikese maksumusega riigihanke avalikustamise tulemusel on esitatud ootamatult palju pakkumusi.

2. LÄBIPAISTVUSE PÕHIMÕTTEST TULENEVAD MENETLUSLIKUD NÕUDED LIHTSUSTATUD KORRAS TELLITAVA TEENUSE RIIGIHANKELE

2.1. Riigihanke menetluslik avatus

Lisaks riigihanke avalikustamise kohustusele on läbipaistvuse põhimõte üks juhtpõhimõte kogu hankemenetluse jaoks ning hõlmab ka hankijate otsuste arusaadavust ja üldiselt objektiivset hoiakut hankemenetluse ajal.⁷⁸

Euroopa Kohus leidis kohtuasjas C-87/94 viitega direktiivile 90/531 vee-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektori hankemenetluse kohta, et pakkujate võrdlemine peab igas menetluse staadiumis vastama pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetele.⁷⁹ See tähendab, et hankemenetlus peab olema läbipaistev alates hankedokumentide koostamisest kuni pakkumuste võrdlemise ja hindamiseni ning tulemustest teavitamiseni.

Ka lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanke menetlus koosneb mitmest erinevast staadiumist, mida võiks sarnaselt RHS-is reguleeritud hankemenetlustele tinglikult jagada neljaks: 1) riigihanke ettevalmistamine (hanke eseme määratlemine ja vastavalt vajadusele hankedokumentide ning tehnilise kirjelduse koostamine), 2) riigihanke alustamine (pakkumuse tegemise ettepaneku tegemine või teate avaldamine lepingu sõlmimise soovi kohta), 3) pakkumuste laekumine/vastuvõtmine ning pakkumuste läbivaatamine, 4) riigihanke tulemustest teavitamine ning vajadusel kirjaliku lepingu sõlmimine. Seega peavad ka kõik nimetatud staadiumid vastama läbipaistvuse põhimõttele.

Kohtujurist P. Mengozzi on selgitanud, et kuigi läbipaistvuse põhimõte on võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise keelu põhimõtete kõrval justkui teisejärguline, ei ole ta vähem tähtis ega põhimõtete kontrollimise ahelas nõ viimane. Kui läbipaistvuse põhimõtet on järgitud, on võimalik tuvastada, kas on järgitud võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtteid, mis on „peamised”. Kui hankija ei tegutse läbipaistvalt, muutub raskeks, kui mitte võimatuks kontrollida, kas ta võis rikkuda võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise keelu põhimõtteid. Läbipaistvuse põhimõtte järgimist tuleb alati kontrollida ning ei ole välistatud, et selle

⁷⁸ Kohtujurist Ch. Stix-Hackl ettepanek, p 90

⁷⁹ EKo 25.04.1996, C-87/94, *komisjon vs Belgia*, p 54

järgimist tuleb kontrollida enne võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise keelu põhimõtete järgimise kontrollimist.⁸⁰

2.1.1. Riigihanke eseme kirjeldus

Nagu eespool kirjeldatud, on riigihanke esimene etapp hankelepingu eseme määratlemine. Hankelepingu eseme määratlemisega selgub, kas ja mida on vaja hankida, milline on hankelepingu eeldatav maksumus, kas tegemist on asjade ostmise või teenuste tellimisega, milline peaks olema riigihanke menetluse liik ning sellest tulenevad nõuded. Hankelepingu eseme määratluse kirjalikku väljendust saab nimetada tehniliseks kirjelduseks sõltumata, kas see on koostatud RHS § 33 nõuete kohaselt või on hankija oma soovi kirjeldanud kõigest paarirealiselt pakkumuse tegemise ettepanekus.

Esimese Astme Kohus on leidnud, et läbipaistvuse põhimõtte kohaselt peab kogu asjakohane tehniline teave olema nii varakult kui võimalik kõigile hankelepingu sõlmimise menetluses osalevatele ettevõtjatele kättesaadavaks tehtud nii, et see ühelt poolt võimaldaks pakkujatel mõista selle täpset ulatust ja sellest ühtemoodi aru saada ning teiselt poolt võimaldaks tellijaks oleval ametiasutusel tõhusalt kontrollida, kas esitatud pakkumused vastavad hankelepingu sõlmimise kriteeriumitele.⁸¹ Seega seab läbipaistvuse põhimõtte hankijale selgelt kohustuse koostada hankelepingu eseme tehniline kirjeldus piisava detailsusega, et selle sisu ja tähenduse osas ei tekiks kahetimõeldavusi ning et kõik pakkujad mõistaksid tehnilist kirjeldust ühtemoodi. See tähendab, et hankija ei tohi tehnilise kirjelduse koostamisel lähtuda andmetest või kasutada mõisteid, mis võiksid olla kättesaadavad või arusaadavad ainult ühele või mõnele pakkujale või hoopiski ainult hankijale endale.

RHS § 32 lõike 1 kohaselt peab hankelepingu eseme kirjeldamiseks kasutama vastavas valdkonnas tegutsevatele isikutele arusaadavat terminoloogiat ja täpsuse astet ning RHS § 33 lõike 8 kohaselt peab tehniline kirjeldus tagama kõigile pakkujatele võrdsed tingimused pakkumuse esitamiseks ega tohi tekitada objektiivselt põhjendamatuid takistusi riigihangete avamisel konkurentsile. Seega peab hankija kasutama tehnilises kirjelduses vastavas valdkonnas tuntud mõisteid ning mitte kasutama mingeid muid, ainult hankijale arusaadavat keelt. Tehniline kirjeldus peab olema valdkonnas tegutsevatele isikutele arusaadav ja selge.

⁸⁰ EK 29.06.2010, C-226/09, *komisjon vs Irimaa*, kohtujuristi P. Mengozzi ettepanek, p 34-36

⁸¹ Esimese Astme Kohtu otsus 12.03.2008, T-345/03, *Evropaiki Dynamiki vs komisjon*, p 145

Kui tehniline kirjeldus on arusaadav ainult teatud pakkujatele, siis ilmselgelt ei taga see võrdset kohtlemist ega konkurentsi. Kuigi RHS § 33 kohaldub lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetele üksnes juhul, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda (RHS § 19 lg 5), võib läbipaistvuse põhimõttest tulenevalt väita, et RHS § 32 lõikes 1 ning RHS § 33 lõikes 8 toodud nõuded kohalduvad kõikidele lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetele sõltumata asjakohase hankelepingu eeldatavast maksumusest. Läbipaistva menetluse tagamiseks ei tohi hankija koostada hankelepingu eseme tehnilist kirjeldust selliselt, et seda saab mõista ainult üks või mõned valitud pakkujad. Seega on hankija ka lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel hankelepingu eseme kirjeldamisel kohustatud järgima RHS § 32 lõikes 1 ning § 33 lõikes 8 väljendatud, mis seavad riigihanke eseme tehnilisele kirjelduse koostamiseks põhimõttelised lähtealused.

Lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetes on riigihangete vaidlustuskomisjon lahanud läbipaistvuse põhimõtet ja hankelepingu eseme kirjeldust 18.07.2011 otsuses OÜ Vismet vaidlustuses Viljandi Linnavalitsuse riigihankes “Viljandi linna üldhariduskoolide toitlustusteenus aastatel 2011-2016”.⁸²

Viljandi Linnavalitsus saatis peale pakkumuste esitamise tähtaja möödumist pakkujatele muudetud/täpsustatud lähteülesande ning ettepaneku korrigeeritud pakkumuse esitamiseks. OÜ Vismet vaidlustas muudetud lähteülesande alusel pakkujate kvalifitseerimise, pakkumuste vastavaks tunnistamise ning pakkumuse edukaks tunnistamise otsused leides, et peale pakkumuste tähtaja saabumist lähteülesande muutmine on vastuolus riigihangete üldpõhimõtetega, sh läbipaistvuse põhimõttega.

Vastavalt vaidlustuskomisjoni otsusele tuleneb riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse põhimõttest hankijale kohustus lähtuda riigihankes otsuste tegemisel pakkujatele eelnevalt teatavaks tehtud kriteeriumidest. Ka lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete puhul on hankija seotud pakkujatele varem teatavaks tehtud riigihanke tingimustega.⁸³

Samas leidis vaidlustuskomisjon, et kuna vaidlusaluse riigihanke hankedokumendid andsid Viljandi Linnavalitsusele õiguse teha pakkujatele ettepanek korrigeeritud pakkumuste esitamiseks, muutes ja/või täpsustades algset lähteülesannet, oli Viljandi Linnavalitsusel

⁸² VaKo 18.07.2011 otsus nr 140-11/124812

⁸³ VaKo 18.07.2011 otsus nr 140-11/124812, p 9

hankedokumentidest tulenev õigus lähteülesande muutmiseks või täpsustamiseks. Seega toimis Viljandi Linnavalitsus lähtuvalt hankedokumentides endale jäetud õigusest ja vaidlustuskomisjoni hinnangul ei ole võimalik olemasoleva teabe põhjal tuvastada olulist eksimust riigihanke üldpõhimõtete vastu.⁸⁴

Seega toetab vaidlustuskomisjon ühest küljest seisukohta, et hankedokumendid peavad ka lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel olema selged, üheselt mõistetavad ning lõplikud ja et hankija on seotud hankedokumentides toodud tingimustega. Samas tulenevalt lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete mõnevõrra paindlikumast iseloomust ei välista vaidlustuskomisjon, et hankija võib jätta hankedokumentides teatud tingimused lahtiseks ning endale võimaluse tingimuste hilisemaks muutmiseks või täpsustamiseks. Selline tingimuste lahtiseks jätmise või muutmise võimalus on vaidlustuskomisjoni hinnangul läbipaistvuse põhimõttega kooskõlas, kui sellised võimalused on hankedokumentides selgelt ja üheselt mõistetavalt välja toodud. Seega tingimuste hilisem muutmise võrreldes hankedokumentidega on läbipaistvuse põhimõttega kooskõlas, kui tingimuste muutmisel lähtutakse hankedokumentides sätestatud võimalustest ja tingimustest. Siiski rõhutab autor siinkohal, et viidatud vaidlustuskomisjoni otsuses käsitleti lähteülesande muutmist, st tehnilises kirjelduses toodud tingimusi tellitavale teenusele, mitte aga pakkujate kvalifitseerimistingimusi või hindamiskriteeriume.

Sarnasele järeldusele jõudis ka Riigikohtu halduskolleegium 12.10.2011 otsuses AS-i Veolia Keskkonnateenused ja Võru Linnavolikogu vahelises vaidluses seoses kontsessiooni andmisega jäätmeveo korraldamiseks ning leidis, et kui hankija soovib säilitada võimaluse pärast pakumuse võitja väljaselgitamist riigihanke tingimusi muuta, tuleb selline võimalus koos vastavate detailsete reeglitega pakumiskutse dokumentides selgesõnaliselt ette näha.⁸⁵ Autori arvates on alust arvata, et ka lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihanke puhul jõuaks Riigikohus analoogses küsimuses samale järeldusele, kuna juba Euroopa Kohtu praktikas on tavaks käsitleda nii direktiivide reguleerimisalast osaliselt kui ka täielikult välja jäävaid riigihankeid sarnaselt. Kuigi viidatud Riigikohtu otsus käsitles juba sõlmitud lepingu tingimuste muutmist, saab autori hinnangul Riigikohtu seisukohta kohaldada ka enne lepingu sõlmimist riigihanke tehnilisele kirjeldusele. Hankelepingu muutmise on lubatud üksnes erandkorras ning tehnilise kirjelduse hilisem muutmise peale lepingu sõlmimist võib anda edukale pakkujale põhjendamatud eelised või vastupidi, seada ta olukorda, kus ei ole võimalik

⁸⁴ VaKo 18.07.2011 otsus nr 140-11/124812, p 11

⁸⁵ RKHKo 3-3-1-31-11 p 21

hankelepingut täita. Seega kui hankedokumentides vastava klausli olemasolul on peale lepingu sõlmimist võimalik tehnilist kirjeldust muuta, siis peab see olema võimalik ka enne eduka pakkuja väljaselgitamist.

Vaidlustuskomisjon on oma seisukohta lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete puhul eriti selgelt väljendanud teises 18.07.2011 otsuses OÜ Maarja Viljandi vaidlustuses samas Viljandi Linnavalitsuse riigihankes “Viljandi linna üldhariduskoolide toitlustusteenus aastatel 2011-2016”. Vaidlustuskomisjon on selgelt välja öelnud, et kuigi hankija ei ole lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel kohustatud järgima riigihangete seaduse 2. peatükis reguleeritud hankemenetluse korda, on samas peatükis sätestatud hankemenetluse kord oluliseks allikaks riigihanke üldpõhimõtete sisustamisel.⁸⁶ Sellega on vaidlustuskomisjon andnud selgelt mõista, et vaidlustuskomisjoni hinnangul tuleks lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete korraldamisel lähtuda analoogiast riigihangete seaduse 2. peatükiga.

Samas ei leia vaidlustuskomisjoni praktikast, millised siis oleksid need 2. peatükki sätted, millega tuleks analoogiat kohaldada. Nagu eespool jõudis autor järeldusele, tuleb analoogiat kohaldada vähemalt RHS § 32 lõikega 1 ja § 33 lõikega 8.

2.1.2. Hindamiskriteeriumid

Üks võibolla vastuoluline lahend hankedokumentides hindamiskriteeriumite sätestamise ning neist kinni pidamise kohta on Euroopa Kohtu otsus Euroopa Komisjoni järjekordses hagi Iirimaa vastu.⁸⁷

Iirimaa *Department of Justice, Equality and Law Reform* avaldas Euroopa Liidu Teatajas hanketeate suulise ja kirjaliku tõlke lepingu sõlmimiseks mitme asüülivaldkonna pädeva asutuse jaoks.⁸⁸ Hanketeate kohaselt sõlmiti leping majanduslikult soodsaima pakkumuse alusel seitsme hindamiskriteeriumi põhjal. Hanketeates ei olnud määratud hindamiskriteeriumitele kindlaid osakaale ning oli täpsustatud, et hindamiskriteeriumid ei ole loetletud kasvavas tähtsuse järjekorras. Ka pakkumiste esitamise ettepanekus olid need kriteeriumid nimetatud ilma suhteliste osakaaludeta.

⁸⁶ VaKo 18.07.2011 otsus nr 137-11/124812, p 8

⁸⁷ EKo 18.11.2010, C-226/09, *komisjon vs Iirimaa*

⁸⁸ Tõlketeenused kuuluvad CPV määruse VII lisa teenuste kategooria 27 „Muud teenused“ alla

Euroopa Kohus leidis, et kuigi kohustus näidata iga pakkumuste hindamise kriteeriumi suhteline osakaal ära hanketeate avaldamisel, nagu näeb ette direktiivi artikli 53 lõige 2, vastab nõudele tagada võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine ja sellest tuleneva läbipaistvuse kohustuse täitmine, ei ole põhjendatud asuda seisukohale, et selle põhimõtte ja selle kohustuse ulatus läheks niikaugele, et nõuaks direktiivi kohaldamisalast välja jääva hanke puhul hankija poolt kasutatavate pakkumuste hindamise kriteeriumite suhteliste osakaalude eelnevalt kindlaks määramist ja potentsiaalsetele pakkujatele teatavaks tegemist koos pakkumuse tegemise ettepanekuga. Pakkumuste hindamise kriteeriumite suhteliste osakaalude nimetamine ei ole hankijale kohustuslik niisuguse hanke puhul, mis ei kuulu direktiivi kohaldamisalasse. Sellest tulenevalt asus Euroopa Kohus seisukohale, et pakkumuste hindamise kriteeriumite suhteliste osakaalude kindlaksmääramine ilma, et oleks teinud neid osakaale pakkujatele teatavaks enne pakkumuste esitamise tähtaja lõppu, ei ole võrdse kohtlemise põhimõtte ja sellest tuleneva läbipaistvuse kohustuse rikkumine.⁸⁹

Teise asjaoluna hindas Euroopa Kohus määratud hindamiskriteeriumitest ja nende suhtelisest osakaalust kinnipidamist. Komisjon heitis Iirimaa ette, et viimane muutis pärast pakkumuste esialgset läbivaatamist pakkumuste hindamise kriteeriumite suhtelisi osakaale, mis olid hindamiskomisjoni liikmetele juba teatavaks tehtud, rikkudes sellega võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid.

Euroopa Kohus leidis, et võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest tuleneb niisugustel asjaoludel hankija jaoks kohustus jääda pakkumuste hindamise kriteeriumite sama tõlgenduse juurde kogu menetluse ajaks. Pakkumuste hindamise kriteeriume ei tohi riigihanke käigus mingilgi viisil muuta. Euroopa Kohus selgitas, et ka see etapp, mille jooksul hindamiskomisjoni liikmed vaatavad esitatud pakkumused enne kollegiaalset nõupidamist individuaalselt läbi, kujutab endast riigihanke menetluse lahutamatu osa. Pakkumuste hindamise kriteeriumite suhteliste osakaalude muutmine, mis leiab aset pärast pakkumuste esmakordset läbivaatamist, tähendab, et muudetakse kriteeriume, mille alusel toimus esimene läbivaatamine. Selline tegevus ei järgi Euroopa Kohtu hinnangul võrdse kohtlemise põhimõtet ega sellest tulenevat läbipaistvuse kohustust. Lisaks täpsustas Euroopa Kohus, et komisjoni väide läbipaistvuse põhimõtte rikkumise kohta on põhjendatud, ilma et oleks vaja tõendada suhteliste osakaalude muutmisel mõne pakkuja suhtes diskrimineeriva mõju olemasolu.⁹⁰

⁸⁹ EKo 18.11.2010, C-226/09, *komisjon vs Iirimaa*, p 43-44

⁹⁰ EKo 18.11.2010, C-226/09, *komisjon vs Iirimaa*, p 59-63

Esmalt on üllatav Euroopa Kohtu seisukoht, et hindamiskriteeriumite osakaalusid ei pea lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul hankedokumentides ära näitama. On ju hindamiskriteeriumite osakaal pakkuja jaoks pakkumuse koostamisel olulise tähtsusega, andes suunise, millistele asjaoludele pakkumuses rohkem rõhuda.⁹¹

Veelgi enam peab aga autor nimetatud Euroopa Kohtu lahendit vastuoluliseks, kuna Euroopa Kohus ühest küljest küll nõustub, et hankija peab jääma riigihanke algusest kuni lõpuni hindamiskriteeriumite sama tõlgenduse juurde, sh suhteliste osakaalude hilisem muutmine rikub võrdse kohtlemise põhimõtet ja läbipaistvuse kohustust, teisest küljest aga leiab, et hankija ei ole kohustatud pakkujatele eelnevalt teatama, millised on hindamiskriteeriumite suhtelised osakaalud.

Kuigi kõnealuses vaidluses oli hindamiskriteeriumite suhtelise osakaalu hilisem muutmine tuvastatud ning Iirimaa ei eitanud seda, jääb siiski õhku küsimus, kuidas pakkujad teavad, et hindamiskriteeriumite osakaalud on kindlaks määratud enne pakkumuste avamist? Ilmselt on kohus jõudnud sellisele järeldusele soovist jätta riigihangetele, mis ei ole või on üksnes osaliselt direktiividega reguleeritud, piisav paindlikkus ning mitte kohaldada neile täies ulatuses analoogiat direktiivide regulatsiooniga.

Euroopa Kohtu seisukohale heidabki valgust kohtujurist P. Mengozzi ettepanek. Kohtujurist selgitab hindamiskriteeriumite osakaalu teatavaks tegemise kohta, et täielikult direktiivide kohaldamisalasse jäävate riigihangete puhul on võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete väljenduseks peetud kohustust teatada konkurentidele eelnevalt lepingu sõlmimise kriteeriumid, kohustus tõlgendada lepingu sõlmimise kriteeriume kogu menetluse jooksul ühetaoliselt ja keeld muuta neid kriteeriume riigihanke käigus. Kui asuda seisukohale, et läbipaistvus, mis on kohustuslik riigihangete puhul, mille suhtes direktiive ei kohaldata või kohaldatakse ainult osaliselt, on tingimata samasugune nagu läbipaistvus, mis on kohustuslik täielikult direktiivide kohaldamisalasse jäävate riigihangete puhul, avaneks võimalus kohaldada direktiive väändunult paljude juhtumite suhtes, mille puhul leidis seadusandja sõnaselgelt, et seda ei tule kohaldada. Teataval määral on kogu direktiivi eesmärk viia ellu aluslepingus sätestatud aluspõhimõtteid; kui ainus võimalus viia need põhimõtted riigihangete

⁹¹ Smith, S., Irish translation services: disclosure of and changes to the weighting of award criteria for "Annex II B" (non-priority services). Public Procurement Law Review. 2011, NA11

valdkonnas ellu on direktiivides ette nähtud võimalus, ei jää üle muud, kui kohaldada seda kõikidel juhtudel, mil on olemas piiriülene huvi.⁹²

Euroopa Kohus on teadlikult oma otsuses asunud paindlikule seisukohale, et lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul peab hankija jääma küll riigihanke algusest kuni lõpuni hankedokumendi ja selles toodud tingimuste ühetaolise tõlgendamise juurde, kuid see ei tähenda, et lepingu sõlmimise kriteeriumid peaksid olema lõpliku detailsusega pakkujatele eelnevalt teatavaks tehtud. Siiski ei saa hankijad sellest järeldada, justkui ei peaks nad eelnevalt pakkumuste hindamise kriteeriumite osakaalusid kindlaks määrama. Pigem tõlgendab autor Euroopa Kohtu otsust selliselt, et hankijal on võimalik lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetes võita täiendavat aega lõplike valikukriteeriumite osakaalude määramiseks, kuid peab seda tegema siiski enne pakkumuste läbi vaatama asumist. Juhul, kui hankija ei ole pakkujatele enne pakkumuste esitamise tähtaega teinud teatavaks pakkumuste hindamise kriteeriumite osakaalusid, peab hankija vajadusel suutma tõendada, et ta ei ole neid määranud peale pakkumuste esmakordset läbivaatamist. Seega seondub kõnealune küsimus tihedalt riigihanke kontrollitavusega, mida on põhjalikumalt käsitletud alapeatükis 2.2.

Kuigi vaidlustuskomisjoni hinnangul tuleb üldpõhimõtete sisustamisel lähtuda RHS 2. peatükist, ei pruugi see tähendada näiteks RHS § 31 lõikes 4 hindamiskriteeriumite osakaalude hankedokumentides kindlaksmääramise kohta sätestatu terviklikku kohaldumist. Taaskord tuleb aga arvestada tõsiasjaga, et Euroopa õigus ei keela siseriiklikult kohaldada riigihangetele rangemaid reegleid kui seda näevad ette direktiivid või ka esmane õigus. Seega tuleb arvestada võimalusega, et vaidlustuskomisjon ja Eesti kohtud võivad riigihangetes suurema läbipaistvuse tagamiseks asuda Euroopa Kohtust rangemale seisukohale.

Eelnevast tulenevalt jääb mõnevõrra selgusetuks, kui palju peab hankija kohaldama analoogiat RHS 2. peatükiga. Vaidlustuskomisjon on andnud üldise suunise, et analoogiat tuleb kohaldada, kuid pole täpsustanud, millises ulatuses. Samas pole kindlasti mõeldav, et analoogiat tuleb kohaldada täies ulatuses, kuna sellisel juhul kaotaksid lihtsustatud korras tellitavad teenused oma põhiolemuse, kui menetlusreeglid nende puhul oleksid sama ranged nagu hankemenetluse puhul. Ilmselt tulebki võtta seisukohta, et analoogiat tuleb kohaldada nende RHS-i 2. peatüki sätetega, mis on seotud hankija poolt pakkujatele antava info (sh hankedokument) ja tehtavate otsuste selguse ja objektiivsusega.

⁹² Kohtujurist P. Mengozzi ettepanek, p-d 42-43

2.2. Menetluse kontrollitavus

2.2.1. Kontrollitavus formaalses tähenduses

RHS § 3 p 2 käsitleb läbipaistvust ja kontrollitavust paralleelsete ning eraldiseisvate, kuigi seotud põhimõtetena. Tegemist ei ole siiski kahe eraldiseisva põhimõttega vaid teine on esimese osa. Nii näiteks leidis Euroopa Kohus *Telaustria Telefonadress* otsuses, mis on läbipaistvuse põhimõtte tõlgendamisel direktiivide reguleerimisalast osaliselt või täielikult välja jäävate hangete puhul üks alustpanevid kaasusi, et läbipaistvuse põhimõtte oluline element on muuhulgas hilisema kontrolli teostamise võimalus menetluse üle, viidates sellega riigihanke kontrollitavusele.⁹³ Sama seisukohta on Euroopa Kohus ka hiljem korranud.⁹⁴

Ühest küljest peab riigihanke kontrollitavus tagama, et riigihanke läbiviimine vastab formaalsetele nõuetele – näiteks võimaldama kontrollida, et riigihankes osalemine on tehtud võimalikuks kõigile huvitatud isikutele, et hindamiskriteeriumid ja nende osakaalud on määratud enne pakkumuste läbivaatamist - ehk kontrollitavus menetluse dokumenteerimise tähenduses. Läbipaistvus kontrollitavuse kontekstis hõlmab sisemise arvestuse pidamise kohustust ja dokumentide säilitamise kohustust.⁹⁵

Teisest küljest peab kontrollitavus tagama võimaluse teostada hilisemat kontrolli ka hankija otsuste sisu üle, et hinnata hankija objektiivsust ja pakkujate võrdset kohtlemist otsuste tegemisel. Nii sedastas Euroopa Kohus *Telaustria Telefonadress* kohtuasjas, et läbipaistvuse kohustus peab võimaldama veenduda võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtete järgimises ja võimaldama hankija erapooletuse kontrolli.⁹⁶ Hankija erapooletuse kontrolli on võimalik teostada üksnes siis, kui hankija on oma otsuseid kirjalikult põhjendanud ning on võimalik analüüsida nendes põhjendustes toodud väiteid ja asjaolusid.

Kontrollitavus kui selline ei olegi ilmtingimata läbipaistvuse põhimõtte iseseisev element, vaid kontrollitavust võiks isegi pidada pigem läbipaistvuse põhimõtte järgimise tulemuseks. Kui menetlus on olnud läbipaistev, siis on see ka paratamatult kontrollitav. Kui menetlust ei ole võimalik kontrollida, seab see kahtluse alla kogu menetluse läbipaistvuse. Menetluse

⁹³ EKo 07.12.2000, C 324/98, *Telaustria Telefonadress*, p 62

⁹⁴ EKo 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen*, p 49; EKo 06.04.2006, C-410/04, *ANAV*, p 21; EKo 13.09.2007, C-260/04, *komisjon vs Itaalia*, p 24; EKo 18.12.2007, C-220/06, *Asociación Profesional*, p 75

⁹⁵ Kohtujurist Ch. Stix-Hackl ettepanek, p 88-89

⁹⁶ EKo 07.12.2000, C 324-98, *Telaustria Telefonadress*, p 61-62

kontrollitavuse kaudu on võimalik tuvastada, kas hankija on järginud riigihanke avalikustamise kohustust, kui see eksisteeris ning kas riigihange on olnud läbipaistev selle kitsamas, menetluslikus tähenduses. Seega on kontrollitavuse tagamine lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetes, kus puuduvad selgelt kirjutatud menetlusreeglid, primaarse tähtsusega, kuna selle läbi on võimalik kontrollida nii läbipaistvuse teisi elemente (avalikustamist ja menetluse sisulist avatust) kui ka kõikide teiste üldpõhimõtete järgimist.

Eespool alapeatükis 2.1 sai käsitletud Euroopa Kohtu otsust Euroopa Komisjoni hagi Iirimaa vastu seoses hindamiskriteeriumite osakaalu hankedokumentides näitamata jätmise ja osakaalude hilisema muutmisega. Nimetatud kohtuasjas leidis kohtujurist lisaks juba eespool väljatoodule, et võrdse kohtlemise tagamiseks on hädavajalik, et lepingu sõlmimise kriteeriumite osatähtsus määratakse kindlaks enne, kui pakkumusi läbi vaatama hakatakse, isegi kui hankekomisjoni liikmed vaatavad neid läbi individuaalselt. Kriteeriumite osatähtsuse kindlaksmääramise toimingud ühelt poolt ja pakkumuste hindamise toimingud teiselt poolt tuleb üksteisest rangelt lahus hoida.⁹⁷

Eelnevast järeldab autor, et olukorras, kus hankija ei soovi või ei suuda lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihankes enne pakkumuste esitamise tähtaega pakkumuste hindamiskriteeriume või nende osakaalu kindlaks määrata, peaks hankija need määrama kindlasti enne pakkumuste avamist. Seejuures peab hankija hindamiskriteeriumite määramise mingil moel kirjalikult fikseerima ning fikseerima ka pakkumuste avamise kuupäeva, et tagada hilisem kontrollitavus selle üle, et hindamiskriteeriumid olid määratud enne pakkumuste avamist. Seega on põhirõhk menetluse käigu dokumenteerimisel, mille kaudu on hiljem võimalik tõendada hankija poolt võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtete järgimist.

Probleemseks on kindlasti sellised riigihanked, kus pakkumused palutakse esitada elektrooniliselt e-postile. Sellistel juhtudel ei ole autorile teadaolevalt hiljem võimalik tuvastada, millal pakkumused esmakordselt avati. Kuigi ka paber kandjal laekunud pakkumuste puhul ei ole hiljem võimalik pakkumuste tegeliku avamise kuupäeva tuvastada, arvab autor, et kinnises ümbrikus laekunud pakkumuste puhul on hankija töötajatel suurem distsipliin neid mitte enneaegselt avada.⁹⁸ Seetõttu leiab autor, et kuigi kohtupraktikast

⁹⁷ Kohtujurist P. Mengozzi ettepanek, p 59

⁹⁸ Erinevalt RHS 2. peatükis reguleeritud hankemenetlustest ei toimu lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul avalikku pakkumuste avamist, samuti ei ole hankijal otsest kohustust mitte avada pakkumusi enne pakkumuste esitamise lõpptähtaega.

tulenevalt on jäetud hankijale võimalus hindamiskriteeriumid ja nende osakaalud määrata hiljem, kuid enne pakkumuste avamist, tuleks hankijatel sellisesse võimalusse suhtuda pigem ettevaatlikult, kuna selline käitumine kindlasti teatud ulatuses vähendab menetluse läbipaistvust ning võib luua aluse arvukateks vaidlusteks. Alternatiiv on ka selliste riigihangete puhul, kus hindamiskriteeriumite või nende osakaalude määramine on hankijale keeruline, kuid riigihange oleks vaja mingil põhjusel välja kuulutada, viia läbi elektrooniline riigihange riigihangete registris. Sellisel juhul on võimalik hiljem ka tuvastada pakkumuste avamise kuupäeva ja hankijal on võimalik oma tegevuse õiguspärasust tõendada.

Teatud määral aitab riigihangetes kontrollitavust tagada Vabariigi Valitsuse 26.02.2001 määrus nr 80 „Asjaajamiskorra ühtsed alused“, mille § 17 lõike 1 kohaselt on asutus kohustatud registreerima dokumendiregistris ülesannete täitmisel loodud ja saadud dokumendid ning lõike 2 kohaselt ei saa olla dokumendi loomise, saamise või saatmise viis ega teabekandja dokumendi registreerimata jätmise põhjuseks. Asjaajamiskorra ühtsete aluste § 18 kohaselt kuuluvad registreerimisele muuhulgas asutuses koostatud protokollid ja aktid ning saabunud ja väljasaadetavad dokumendid (kirjad, avaldused, märgukirjad, taotlused, teabenõuded jm).

Kirjavahetuse, sh riigihangetega seotud kirjavahetuse registreerimise kohustus tagab asjakohaste dokumentide säilimise säilitustähtaja jooksul ning välistab võimaluse, et mingi riigihankega seotud kirjavahetus läheks kaotsi näiteks ametniku töölt lahkumisega või lihtsalt vanade e-kirjade kustutamisega. Üksnes dokumenteeritud info pinnalt on hiljem võimalik teha järeldusi riigihanke menetluse õiguspärasuse kohta.

Asjaajamiskorra ühtsete aluste § 1 kohaselt kohaldub see aga üksnes riigi- ja kohalike omavalitsuste asutustele ja avalik-õiguslikele juriidilistele isikutele ega kohaldu RHS § 10 lg 1 punktides 4-6 ja lõikes 3 nimetatud hankijatele. Seega peavad hankijad, kes ei ole kohustatud järgima asjaajamiskorra ühtseid aluseid, võtma ise asutuse asjaajamises kasutusele tarvilikud meetmed riigihangete kontrollitavuse tagamises nende dokumenteerimise mõttes. Autori arvates ei tähenda see ilmingimata, et kogu riigihange tuleks asutuse dokumendiregistris registreerida. Küll aga peaksid hankijad tagama dokumentide säilimise teatud tähtaja jooksul, mis võimaldaks riigihanke üle hilisemat kontrolli. See võiks olla ka üks element, mida reguleerida RHS § 13¹ sätestatud hankekorras, kui nimetatud küsimus on hankija poolt muul viisil reguleerimata.

2.2.2. Kontrollitavus materiaalses tähenduses

Nagu ka eelmise alajaotise alguses sai märgitud, peab lisaks formaalsele kontrollitavusele riigihanke dokumenteerimise kaudu võimaldama läbipaistvuse põhimõtte teostada kontrolli ka hankija otsuste sisu üle.

Vaidlustuskomisjon on eespool käsitletud OÜ Vismet vaidlustuses Viljandi Linnavalitsuse lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihanke maininud, et riigihanke kontrollitavuse põhimõttest tuleneb hankija kohustus riigihanke käigus tehtud otsuseid põhjendada.⁹⁹ Samuti juba eespool viidatud OÜ Maarja Viljandi vaidlustuses märkis vaidlustuskomisjon oma otsuses, et kuigi hankija otsuste vormistamisele lihtsustatud korras tellitavate riigihangete puhul ei ole nõudeid seatud, ei saa tulenevalt RHS § 3 punktis 2 sätestatud riigihanke kontrollitavuse põhimõttest hankija tegevus riigihanke korraldamisel olla meelevaldne ja kontrollimatu.¹⁰⁰ Sõltumata asjaolust, et riigihanke menetlused ei ole haldusmenetluse seaduse (HMS) § 2 lõike 2 kohaselt sama seaduse mõttes haldusmenetlused ning sellest tulenevalt ei kohaldu ka haldusmenetluse seadus riigihangetele, on vaidlustuskomisjon pidanud asjakohaseks viidata lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetes otsuste põhjendamise ja vormistamise puhul HMS §-i 56 kohaldumisele.¹⁰¹

Autor ei nõustu siinkohal vaidlustuskomisjoni tõlgendusega HMS § 56 kohaldumisest. Kuigi haldusmenetluse seaduse näol on tegemist haldusmenetlust reguleeriva üldseadusega, millisele järeldusele jõudis ka vaidlustuskomisjon viidatud otsuses, ning RHS ei käsitle lihtsustatud korras tellitavate teenuste suhtes tehtavate otsuste vormistamist ja põhjendamist, välistab HMS § 2 lõige 2 haldusmenetluse seaduse kohaldumise täielikult. Kuni 30.05.2007 kehtinud riigihangete seaduse § 1 lõike 2 kohaselt pidid tööpoolest riigihanke pakkumismenetluses antavad haldusaktid vastama haldusmenetluse seaduse vorminõuetele, kuid 01.05.2007 jõustunud riigihangete seaduses samasisuline nõue puudub. Seega on autori hinnangul asjakohatu vaidlustuskomisjoni viide HMS §-le 56.

Samas ei tähenda see, et vaidlustuskomisjon sisuliselt oleks valedel arvamused riigihangetes tehtavate otsuste põhjendamise kohta. Nii näiteks on ka Tallinna Ringkonnakohus pidanud

⁹⁹ VaKo 18.07.2011 otsus nr 140-11/124812, p 9

¹⁰⁰ VaKo 18.07.2011 otsus nr 137-11/124812, p 8

¹⁰¹ HMS § 56 lõike 1 kohaselt peab kirjalik haldusakt ja soodustava haldusakti andmisest keeldumine olema kirjalikult põhjendatud, lõike 2 kohaselt tuleb põhjenduses märkida haldusakti andmise faktiline ja õiguslik alus ning lõike 3 kohaselt tuleb kaalutlusõiguse alusel antud haldusakti põhjenduses märkida kaalutlused, millest haldusorgan on lähtunud.

vajalikuks riigihangete alases vaidluses haldusmenetluse põhimõtete kohaldamist. Tõrva Linnavalitsuse ning AS Merko Tartu ja AS Merko Ehitus vahelises vaidluses seoses ehitustööde riigihankega tugines ringkonnakohus Riigikohtu halduskolleegiumi varasematele selgitusele haldusajades, et vaid haldusaktis endas põhjenduste esitamise korral on tagatud halduse piisav enesekontroll ning põhjenduste hilisemal esitamisel ei ole võimalik veenduda, et haldusakti andmisel just nendest põhjendustest lähtuti. Oma seisukohta just hankija otsuses ning mitte hiljem antud selgitustes põhjenduste äranäitamise kohustuse kohta põhistas ringkonnakohus viidetega RHS § 54 lõigetele 2 ja 3, et kuigi tulenevalt pakkumuste konfidentsiaalsusnõudest ei pea otsuses esitatud põhjendusi esitama pakkujatele koheselt ja nende esitamist võib pakkuja nõuda hiljem, ei tähenda see, et otsust ei peaks kohe põhjendama.¹⁰² Nimelt puudutas vaidlus küsimust, kas kõigi pakkumuste tagasilükkamise kohta antud korralduse põhjendused peavad sisalduma selles korralduses või võib need selgitused esitada ka hiljem pakkujatele nende nõudmisel.

Kuigi ka ringkonnakohus tugines siinkohal haldusmenetluses väljakujunenud põhimõtetele, ei lähtu ringkonnakohus oma otsuse põhjendamisel ühestki konkreetsest haldusmenetluse seaduse normist vaid kasutab analoogiat haldusakti põhjendamise kohustuse eesmärgiga. Täpsema selgituse leiab vaidlustuskomisjoni 14.12.2009 otsusest endast, mis viitab Riigikohtu halduskolleegiumi otsustele nr 3-3-1-49-08 ja 3-3-1-14-00.¹⁰³

Nimelt on viidatud Riigikohtu lahendites asunud halduskolleegium seisukohale, et haldusakti motiveerimine on üldine nõue, mis peab tagama põhiseaduse §-s 15 sätestatud kaebeõiguse reaalse teostamise võimaluse. Haldusakti motiveerimine on vajalik selleks, et haldusakti adressaat mõistaks haldusakti andmise põhjuseid ja õiguslikke aluseid. Haldusakti motiveerimise läbi saab haldusakti adressaat aru, kas tema õigusi on kitsendatud seaduslikult, ja vajadusel oma õigusi kaitsta. Samuti tagab haldusakti motiveerimine selle kontrollitavuse.¹⁰⁴

Seega on riigihangetes tehtavate otsuste motiveerimise kohustus tuletatav otse põhiseadusest, mitte aga konkreetsest haldusmenetluse seaduse sättest. Ilmselt kohaldub põhiseadus kõikidele eluvaldkondadele. Kuigi riigihanked ei ole haldusmenetlused haldusmenetluse seaduse tähenduses, on tegemist haldusmenetluse eriliigiga ning seetõttu kohalduvad ka

¹⁰² TlnRnKo 07.10.2010, 3-09-3099, p 17

¹⁰³ VaKo 14.12.2009 otsus nr 251-09/114652, p 11

¹⁰⁴ RKHKo nr 3-3-1-14-00, p 5; RKHKo 3-3-1-49-08, p 11

riigihangete kõikidele liikidele ja aspektidele põhiseaduses sisalduvad normid ja põhimõtted ning neile antud tõlgendused, mis kohalduvad üldiselt haldusmenetlusele.

Seega ei tulene kohustus vormistada ka lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul otsused kirjalikult ning neid põhjendada mitte HMS §-st 56 vaid põhiseadusega kaitstud kaebeõigusest ja läbipaistvuse põhimõttest, eelkõige selle kontrollitavuse tagamise funktsioonist, mille läbi on pakkujatel võimalik kaebeõigust realiseerida. Seetõttu saab ka siinkohal rakendada analoogiat RHS 2. peatükis hankija otsuste kohta sätestatuga.

Nii näiteks sätestab RHS § 39 lg 6, et hankija teeb pakkuja või taotleja kvalifitseerimise või kvalifitseerimata jätmise kohta kirjaliku põhjendatud otsuse; § 47 lõike 1 kohaselt teeb hankija pakkumuste vastavaks tunnistamise või tagasilükkamise kohta kirjaliku põhjendatud otsuse; § 50 lõike 2 kohaselt tunnistab hankija kirjaliku põhjendatud otsusega edukaks pakkumuste hindamise kriteeriumide kohaselt kõige soodsama pakkumuse, kui hankeleping sõlmitakse majanduslikult soodsaima pakkumuse alusel ning lõike 3 kohaselt tunnistab kirjaliku otsusega edukaks kõige madalama hinnaga pakkumuse, kui hankeleping sõlmitakse madalaima hinna alusel.

Nagu eespool kirjeldatud, on vaidlustuskomisjon OÜ Maarja Viljandi vaidlustuses asunud seisukohale, et riigihanke üldpõhimõtete sisustamisel on oluliseks allikaks RHS 2. peatükis sätestatud hankemenetluse kord.¹⁰⁵ Seega on ka vaidlustuskomisjon pidanud kohaseks läbipaistvuse põhimõtte sisustamisel lähtuda analoogiast RHS 2. peatükis sätestatust. Võttes arvesse ka eespool kirjeldatud ringkonnakohtu otsust ning vaidlustuskomisjoni AS-i Merko Tartu ja AS-i Merko Ehitus ning Tõrva Linnavalitsuse vahelises vaidluses toodud põhjendusi, on asjakohane eeldada, hankija otsuste põhjendamise kohustus on tagatud läbipaistvuse põhimõttega ning kohaldades analoogiat RHS § 39 lõikega 6, § 47 lõikega 1 ning § 50 lõigetega 2 ja 3 on võimalik anda lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetes tehtavatele otsustele kindel nõutav vorm: otsused peavad olema kirjalikud ja põhjendatud.

Seega avaldub riigihangete kontrollitavus läbi kahe elemendi. Kontrollitavus tagatakse esmalt formaalselt menetluse dokumenteerimise ja säilitamise kaudu, mis üleüldiselt võimaldab kontrollida, et riigihange on üldse toimunud, kas ja kuidas on riigihange avalikustatud või kellele on tehtud pakkumuse tegemise ettepanek, kes esitasid pakkumused jne. Lisaks peab

¹⁰⁵ VaKo18.07.2011 otsus nr 137-11/124812, p 8

olema menetlus ka sisuliselt kontrollitav, mis tähendab hankija otsuste põhjendamist, et oleks võimalik hinnata hankija erapooletust, pakkujate võrdset kohtlemist ning tehtud otsuste õiguspärasust.

3. LIHTSUSTATUD KORRAS TELLITAVAD TEENUSED JA HANKEKORD

3.1. Kohustuse selgus

Hankekorra kehtestamise kohustuse eesmärk on reguleerida hankija siseõigust ehk seda, kuidas hankija sisemiselt hankeid korraldab, sh kuidas toimub nende riigihangete läbiviimine, millele seadus konkreetseid menetlusreegleid ei sätesta, kuid mida raamivad riigihangete üldpõhimõtted. Samuti tagab seletuskirja kohaselt hankekorra kehtestamise kohustamine riigihangete põhimõtete laiaulatuslikumat rakendamist. Hankekord peaks looma suurema protseduurilise selguse, hankijate sarnasema tegutsemise, parema kontrollitavuse järelevalvemenetluse korras, järjepidevuse inimeste vahetumisel ning aitama tagada läbipaistvuse ja kontrollitavuse põhimõtte rakendamist.¹⁰⁶ Seega on seletuskirjaga eeldatud, et hankijad lähtuvad hankekorra koostamisel sarnastest põhimõtetest ning tõlgendavad uut kohustust enda jaoks ühtviisi.

Lisaks peaksid hankijad nägema hankekorras ette regulatsiooni, mis aitab tagada läbipaistvuse ja kontrollitavuse põhimõtte rakendamist, täpsustamata, mis need meetmed võiksid olla. Küll aga on seletuskirjas täpsustatud, et lihtsustatud korras tellitavate teenuste läbiviimise korras on hankija kohustatud määrama näiteks, kuidas alustatakse lihtsustatud korras tellitava teenuse ostmise, kuidas määratakse selle läbiviimise tingimused, tehnilise kirjelduse koostamine ning hilisem menetlemine jne.¹⁰⁷ Toodud loetelust pole autori hinnangul võimalik üheselt järeldada, kas silmas on peetud üksnes asutusesisest tööjaotust – millise ametikoha pädevusse kuulub teatud toimingute tegemine, kooskõlastused jmt – või peaksid hankijad ette nägema teatud suunised, millest lähtuda tehnilise kirjelduse koostamisel ja üksikasjalikud menetlusreeglid sarnaselt hankemenetluse regulatsioonile – pakkumuste avamise, tähtaegade, pakkujatele info andmisega jmt seonduv. Selgust ei too ka riigihangete juhise, mis hankekorda käsitledes üksnes kordab seaduseelnõu seletuskirja.¹⁰⁸

Seletuskirjas jõutakse järeldusele, et lihtsustatud korras tellitavate teenuste olemusest tulenevalt ei ole võimalik nende tellimise jaoks seadusesse sõnastada menetluslikelt toimivaid reegleid. See on ka põhjus, miks kohustatakse hankijaid endid läbi hankekordade kehtestama asutusesisesed reeglid lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimiseks (sh riigihangete

¹⁰⁶ Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus 860 SE seletuskiri, lk 4

¹⁰⁷ Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus 860 SE seletuskiri, lk 4

¹⁰⁸ Riigihangete juhise, lk 23-24

põhimõtteid tagavad menetlusreeglid).¹⁰⁹ Ehk teisisõnu – seadusandja ei suuda arvestada kõikide võimalike teenuste eripäradega ning hankija kui valdkonna ekspert on seadusandjast pädevam määratlemaks, millised on need objektiivselt vajalikud minimaalsed menetlusreeglid.

Siin näeb aga autor esmalt üht olulist probleemi. Nimelt on küll seletuskirjas selgitatud, mida peaks hankija lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete puhul reguleerima, kuid ühtki neist soovitustest ei ole seaduses mainitud. RHS § 13¹ punkt 4 sätestab küllaltki lakooniliselt, et hankekorras tuleb kehtestada muuhulgas lihtsustatud korras tellitava teenuse tellimise kord. Seega ei ole seadusest võimalik aru saada, millise detailsusega peaks hankija selle korra kehtestama.

Samuti, nagu eespool viidatud, peaks seletuskirja kohaselt sisaldama lihtsustatud korras tellitavate teenuste kord riigihangete põhimõtteid tagavaid menetlusreegleid – kusjuures asjakohane märkus ei ole toodud mitte seletuskirja hankekorda puudutavas osas vaid eraldi lihtsustatud korras tellitavaid teenuseid käsitlevas osas. RHS-is pole aga seda ega ühtegi teist eesmärki lihtsustatud korras tellitavate teenuste korra kehtestamiseks nimetatud. Küll on see toodud eesmärgina välja RHS § 13¹ punktis 3 allapoole lihthanke piirmäära jäävate riigihangete regulatsiooni juures. Seega võib RHS-i teksti grammatiliselt tõlgendades järeldada, et allapoole lihthanke piirmäära jäävate riigihangete puhul on kohustuslik näha hankekorras ette mingid riigihanke üldpõhimõtteid tagavad meetmed, kuid lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul on hankijal vabad käed regulatsiooni kujundamisel. Tekkinud on olukord, kus seaduses on toodud küllaltki pealiskaudse sõnastusega nõue, mille sisustamiseks peaksid hankijad täiendavalt tutvuma eelnõu seletuskirjaga.

Et hinnata, kuidas realiseerub RHS § 13¹ punktis 4 sätestatud kohustus ja kas seaduseelnõu seletuskirjas toodud eesmärgid saavad täidetud, analüüsib autor kümnes hankekorras kehtestatud lihtsustatud korras tellitavate teenuste korda. Analüüsi eesmärk on vaadelda, kuivõrd avaldub hankekordades lihtsustatud korras tellitavate teenuste regulatsioonis läbipaistvuse põhimõtte ning mida on hankijad teinud selleks, et tagada riigihangete läbipaistvus.

Autor valis üheks uuritavaks hankekorras Rahandusministeeriumi hankekorra, kuna Rahandusministeerium on riigihangete seaduse välja töötanud ning riigihangete poliitika eest

¹⁰⁹ Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus 860 SE seletuskiri, lk 10

vastutav asutus, sh riikliku järelevalve teostaja (RHS § 107). Seetõttu on autori arvates oluline pöörata tähelepanu, kuidas Rahandusministeerium ise RHS-i tõlgendab ning mida teeb, et luua lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimise menetlusse suuremat läbipaistvust nagu on seda riigihangete seaduse ja sellega seoses teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskirjas lubanud.

Kuna Justiitsministeeriumi põhimääruse kohaselt on ministeeriumi valitsemisalas riigi õiguspoliitika kavandamine ja elluviimine ning õigusloome koordineerimine¹¹⁰, pidas autor tulenevalt Justiitsministeeriumi rollist õigusloomes huviäratavaks uurida nende tõlgendust riigihangete seaduses sätestatud kohustusest lihtsustatud korras tellitavate teenuste menetluse reguleerimisest hankekorras.

Ülejäänud kaheksa hankekorda on autor uurimiseks valinud kättesaadavuse järgi, pidades silmas, et valimis oleksid esindatud erinevat liiki hankijad: Raviamet, Registrate ja Infosüsteemide Keskus, Tartu Linnavalitsus, Võru Linnavalitsus, Tallinna Kommunaalamet, Tartu Ülikool, AS Saarte Liinid ja AS Tallinna Sadam.

Autor toob välja mõned üldised märkused hankekordade kohta. Hankekordades reguleeritakse asutuse töötajate pädevused – kuidas toimub riigihanke ettevalmistamine, kes kooskõlastab ning kes kinnitab dokumendid, komisjoni moodustamine ning komisjoni töökord, kuidas toimub lepingu sõlmimine peale eduka pakkuja selgumist jne. Kuna hankekordade näol on tegemist osaga asutuse töökorralduslikest eeskirjadest, siis ei ole sellistes regulatsioonides ka miskit üllatavat.

Eelkõige üllatas autorit, et mitmed hankijaid on pidanud vajalikuks asutusesisestes hankekordades korrata RHS-i. Nii näiteks defineerib Raviamet riigihanke, hankelepingu, lihthanke, riigihanke ja rahvusvahelise piirmäära, hankemenetluse ja raamlepingu mõisted, Justiitsministeerium defineerib lihthanke ja lihtsustatud korras tellitavate teenuste mõisted.¹¹¹

¹¹⁰ VV 23.12.1996 määrus nr 319 „Justiitsministeeriumi põhimääruse kinnitamine“ § 7

¹¹¹ Raviameti peadirektori 07.02.2012 käskkirjaga nr 14 kinnitatud hankekord p 1.2; justiitsministri 26.07.2011 käskkiri nr 69 „Riigihangete korraldamine ja lepingute sõlmimine“ p 16, 19

Läbivalt on enamustes hankekordades peetud vajalikuks kirjutada hankekordadesse sisse erinevad RHS-is sätestatud piirmäärad.¹¹² Mitmed hankijad on üle korranud riigihangete üldpõhimõtete kohalduvuse ning need kas seadusega samas sõnastuses või lühendatud kujul hankekorda ümber kirjutanud.¹¹³ Samuti on peetud vajalikuks riigihanke aruande ja aruande lisa esitamise piirmäärade ja korra hankekordadesse ümberkirjutamist.¹¹⁴

Ilmselt võib selline hankijate poolne seaduse ümberkirjutamine olla põhjustatud asjaolust, kui asutuses tegelevad riigihangetega erinevad isikud, kes ei ole riigihangete valdkonna spetsialistid. Näiteks tegeleb asutuse töötajatele koolituste tellimisega personalispetsialist, kes ei puutu igapäevaselt RHS-iga kokku. Seetõttu võib eeldada, et ta ei pruugi olla teadlik riigihangetele kohalduvatest reeglitest ning asutuse jaoks on nõ turvaline valik kõige olulisem oma hankekorda sisse kirjutada, et suunata töötajad õigele teele. Samas võib selline seaduse kordamine tekitada ka täiendavaid probleeme juhul, kui seadust muudetakse, kuid hankekorda ei jõuta õigeaegselt kaasajastada. Sellisel juhul võivad töötajad, kes on riigihangete läbiviimisel harjunud kasutama töövahendina RHS-i asemel hankekorda, lähtuda valedest reeglitest. Seetõttu on autor seisukohal, et RHS-i regulatsiooni kordamine hankekordades pole alati kõige otstarbekam ning vajadusel korral võiks piirduda viitamisega üldiselt RHS-ile või konkreetselt asjakohastele RHS-i paragrahvidele.

Autor teostab analüüsi kahes osas. Sarnaselt töö eelmistele peatükkidele vaatleb autor esmalt hankekordades lihtsustatud korras tellitavate teenuste avalikustamisega seonduvat ning seejärel analüüsib menetlusele endale kehtestatud nõudeid.

3.2. Riigihangete avalikustamise kohustuse käsitus hankekordades

Kokkuvõtvalt on viis hankijat jäänud lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanke teadete avaldamise juures RHS-i regulatsiooni juurde ega ole midagi detailsemalt sätestanud. Kolm hankijat – Rahandusministeerium, Tartu Linnavalitsus ja AS Saarte Liinid – on alandanud

¹¹² Ravimiameti hankekord p 2.4; Tallinna Kommunaalameti juhataja 21.12.2011 käskkiri nr 1.1-15/132 „Hankekord“ p 17; Justiitsministeeriumi hankekord p 22; Võru Linnavalitsuse 23.11.2011. a korraldus nr 488 „Hankekorra kehtestamine“ p 3-4; AS-i Saarte Liinid 13.01.2012 juhatuse otsusega nr 5 kinnitatud AS Saarte Liinid hankekord p 7-9; AS-i Tallinna Sadam 20.01.2012 juhatuse otsusega nr 6 kinnitatud hankekord p 1.3; Tartu Ülikooli rektori 16. detsembri 2010. a käskkiri nr 23 „Hankekord“ p 3-4; Rahandusministri 29.12.2011 käskkiri nr 234 „Rahandusministeeriumi hankekord“ p-d 27, 39

¹¹³ Ravimiameti hankekord p 2.2; Justiitsministeeriumi hankekord p 15.1, 18.1, 21.1; AS Saarte Liinid hankekord p 12; Tallinna Sadama hankekord p 2

¹¹⁴ Ravimiameti hankekord p 2.6-2.7; Tallinna KA hankekord p 45; AS Saarte Liinid hankekord p 81-83

veebilehel või riigihangete registris lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihanke kohta teate avaldamise piirmäära ning kahe hankija puhul – Justiitsministeerium ja Registrate ja Infosüsteemide Keskus – ei ole alandatud küll avalikustamise piirmäära, kuid on ette nähtud avalikustamise minimaalne periood ja avalikustamisele kuuluv info. Lisaks on avalikustamisele kuuluva info sätestanud ka AS Saarte Liinid.

Nii näiteks kordavad Tallinna Kommunaalamet ja Ravimiamet, et lihtsustatud korras tellitava teenuse lepingu sõlmimise soovist tuleb teatada asutuse veebilehel või riigihangete registris, kui lepingu eeldatav maksumus ületab 40 000 eurot.¹¹⁵ Tegemist on RHS § 19 lõike 4 kordamisega, seega ei suurenda see kuidagi läbipaistvust võrreldes seadusega ning selline kohustus on hankijatel ka ilma, et see oleks hankekorrast kirjas. Võru Linnavalitsus ja Tartu Ülikool ei ole hankekordades reguleerinud eraldi lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete avalikustamist, st lähtutakse RHS § 19 lõikest 4 ning täiendavaid kriteeriume ei seata.

Seevastu Tallinna Sadam AS-i hankekord ei reguleeri üldse lihtsustatud korras tellitavaid teenuseid ning viitab nende puhul üldsätete raames RHS-i ja hankekorra põhimõtetele. Hankekorra põhimõtted kordavad suuremas osas RHS-i.¹¹⁶ Autori arvates tekib siinkohal küsimus Tallinna Sadam AS-i poolt RHS § 13¹ punktis 4 sätestatud kohustuse nõuetekohasest täitmisest.

Ravimiameti hankekord sätestab lisaks, et kui hankelepingu eeldatav maksumus ületab rahvusvahelist piirmäära, avalikustatakse riigihange riigihangete registris.¹¹⁷ Selline regulatsioon ühtib autori 1. peatükis toodud seisukohaga, et vähemalt need lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked, mille eeldatav maksumus ületab rahvusvahelist piirmäära, tuleks avaldada hankija veebilehe asemel riigihangete registris.

Tallinna Kommunaalametis võib lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihanke teate avaldada veebilehel või riigihangete registris ka juhul, kui lepingu eeldatav maksumus jääb alla 40 000 euro.¹¹⁸ Kuigi ka väiksemamahuliste riigihangete avalikustamine kahtlemata suurendab läbipaistvust, on siinkohal tegemist üksnes võimalusega, mis realiseerub hanke eest vastutava

¹¹⁵ Tallinna KA hankekord p 37, Ravimiameti hankekord p 8.3

¹¹⁶ Tallinna Sadama hankekord p-d 1.3.4, 2.1.1 – 2.1.6, 2.1.9

¹¹⁷ Ravimiameti hankekord p 8.4

¹¹⁸ Tallinna KA hankekord p 37.2

isiku äranägemisel. Seega läbipaistvuse kohustuse tagamise seisukohalt ei anna selline regulatsioon riigihanke avalikustamise aspektist juba seaduses sätestatule midagi juurde.

Tartu Linnavalitsuse hankekorra kohaselt teavitatakse lihtsustatud korras tellitava teenuse, mille eeldatav maksumus ületab 10 000 eurot, hankimise soovist riigihangete registris.¹¹⁹ Nagu jube eelnevalt märgitud, suurendab igasugune kohustuslikest piirmääradest madalamate piirmäärade seadmine kahtlemata riigihanke läbipaistvust, kuna sellisel juhul on ka väiksema mahuga lepingute sõlmimise kavatsusest võimalik enamatel pakkujatel teada saada ja oma huvi üles näidata. Samuti on autori hinnangul positiivne, et igal juhul on teate avalikustamise kohaks valitud riigihangete register.

AS-i Saarte Liinid hankekorra kohaselt tuleb üldjuhul avaldada lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked, mille eeldatav maksumus on suurem kui 2000 eurot, asutuse veebilehel koos hankekorras nimetatud infoga.¹²⁰ Seega on AS Saarte Liinid alandanud oluliselt piirmäära, millal tuleb teatada soovist sõlmida lihtsustatud korras tellitava teenuse hankeleping. Samas on valitud riigihanke avalikustamise kohaks asutuse veebileht, mis vastavalt autori eelnevatele järeldustele ei pruugi tagada piisaval määral läbipaistvust, eelkõige kui riigihanke eeldatav maksumus ületab rahvusvahelist piirmäära ning riigihange omab piiriülest huvi.

Rahandusministeeriumi hankekorra kohaselt tuleb lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel lähtuda hankekorra lihthankeid reguleerivast osast.¹²¹ Seega tuleb lihtsustatud korras tellitavate teenuste läbiviimisel eeldatava maksumusega 10 000 eurot kuni 40 000 eurot lähtuda RHS-is sätestatud lihthanke regulatsioonist, sh tuleb avaldada teade riigihanke kohta alates eeldatavast maksumusest 10 000 eurot kuni 40 000 eurot riigihangete registris.¹²² Ka lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihanke eeldatava maksumusega üle rahvusvahelise piirmäära tuleb teade avaldada riigihangete registris.¹²³ Siinkohal jääb silma, et Rahandusministeeriumi hankekorras on sihilikult või ekslikult reguleerimata lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete kohta teate avaldamine, kui lepingu eeldatav maksumus on vähemalt 40 000 eurot, kuid alla rahvusvahelise piirmäära. Kuna lihtsustatud korras tellitavatele teenustele hankekorras kohalduv lihthanke regulatsioon reguleerib

¹¹⁹ Tartu Linnavalitsuse 06.03.2012 määrus nr 6 „Tartu Linna hankekord“ § 12 lg 2

¹²⁰ AS Saarte Liinid hankekord p 62

¹²¹ Rahandusministeeriumi hankekord p 53

¹²² Rahandusministeeriumi hankekord p 38, 39; RHS § 18² lg 1

¹²³ Rahandusministeeriumi hankekord p 56

riigihankeid maksumusega 10 000 kuni 40 000 eurot, ei saa järeldada, justkui kohalduks lihthanke regulatsioon lihtsustatud korras tellitavatele teenustele sõltumata lepingu maksumusest. Vastupidise tõlgenduse korral peaks Rahandusministeerium avaldama registris ka need lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked, mille maksumus on alla 10 000 euro, sh näiteks 100 eurot. Selline tõlgendus hankekorradele ei tundu mõistlik.

Seega on Rahandusministeeriumi hankekorras tekkinud huvitav olukord, kus lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked maksumusega 10 000 – 40 000 eurot ning rahvusvahelist piirmäära ületavad riigihanked tuleb avalikustada riigihangete registris, kuid lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked maksumusega 40 000 eurot – rahvusvaheline piirmäär võib avaldada ka Rahandusministeeriumi veebilehel. Iseenesest ei ole selline tahtlik või tahtmatu regulatsioon vastuolus RHS § 19 lõikega 4, kuna viimane võimaldab hankijal valida teate avaldamise viisi. Küll aga võib selline regulatsioon vähendada läbipaistvust hankija üldise tegevuse selguse valguses. Nimelt tekib probleem hankekorrast arusaadavusega – kas pakkujad on võimelised hankekorrast selgelt välja lugema, et mõned lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked võidakse avaldada riigihangete registri asemel Rahandusministeeriumi veebilehel või tekib pakkujatel pigem arusaam, justkui avaldaks Rahandusministeerium kõik riigihanked riigihangete registris ning veebilehte ei ole vaja jälgida?

Justiitsministeeriumi hankekorra kohaselt peab juhul, kui lihtsustatud korras tellitava teenuse lepingu eeldatav maksumus ületab 40 000 eurot, teavitama lepingu sõlmimise soovist asutuse veebilehel või riigihangete registris, kusjuures asjakohane teade peab olema kättesaadav vähemalt 4 tööpäeva ja sisaldama andmeid hankija ja hankija kontaktisiku kohta, hankelepingu eseme lühikirjeldust ning pakkumuste esitamise tähtpäeva.¹²⁴ Hankeinfo veebilehel avaldamise minimaalse tähtaja seadmine tagab, et info mingi hanke kohta on teatud päevade arvu avaldatud, nii et pakkujatel on võimalik sellega tutvuda ning et pakkumuste esitamise tähtpäev ei saa olla järgmisel päeval info avalikustamisest. St minimaalse avaldamise tähtaja seadmine välistab fiktiivselt info avaldamise, millele ei ole kõigil pakkujatel realselt piisavalt aega reageerida. Avalikustamise minimaalse tähtaja seadmisel on Justiitsministeerium lähtunud ilmselt analoogiast lihthanke regulatsiooniga.¹²⁵

¹²⁴ Justiitsministeeriumi hankekord p-d 21.2 - 21.3

¹²⁵ RHS § 18² lg 3 kohaselt määrab hankija lihthanke teates pakkumuste esitamiseks mõistliku tähtaja, mis ei või olla lühem kui neli tööpäeva – seega on mõistlik eeldus, et ka lihthanke teade peab olema avalikustatud vähemalt sama aja jooksul

Registrite ja Infosüsteemide Keskuse hankekord ei reguleeri eraldi lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihanke avalikustamist, kuid peab lisaks oma hankekorrale lähtuma ka Justiitsministeeriumi hankekorrast.¹²⁶ Seega kohaldub Registrite ja Infosüsteemide Keskuse suhtes kõik eelnev, mis on öeldud Justiitsministeeriumi kohta.

Autori sümpaatia kuulub eespool kirjeldatud hankekordades Justiitsministeeriumi hankekorrale. Kuigi nii Rahandusministeerium, Tartu Linnavalitsus kui ka AS Saarte Liinid on alandanud lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete avalikustamise piirmäära, arvab autor, et piirmäära alandamisest enam tõstab läbipaistvust avalikustamisele konkreetsete reeglite seadmine. Nimelt ei keela RHS § 19 lõige 4 avalikustada ka neid lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihankeid, mille maksumus on alla 40 000 euro. Veelgi enam, kui lähtuda Euroopa Liidu õigusest ja kohtupraktikast ning nagu 1. peatükis juba ka järeldusele jõuti, siis olukord, kus lihtsustatud korras tellitav teenus, mille lepingu eeldatav maksumus on alla rahvusvahelise piirmäära ning leping omab piiriülest huvi, on pigem erand kui reegel. Seega, kuna läbipaistvuse põhimõtte kontekstis riigihanke kohta teate avaldamine on eelkõige seotud piiriülese huviga, on autor seisukohal, et avalikustamise piirmäära alandamine on suunatud pigem konkurentsi kui läbipaistvuse tagamisele. Kui läbipaistvuse suurendamiseks peetaks vajalikuks piirmäära alandamist, siis oleks mõistlik see küsimus reguleerida seadusega, mitte aga jätta iga üksiku hankija otsustada.

Justiitsministeeriumi hankekord ja seeläbi ka Registrite ja Infosüsteemide Keskuse hankekord seavad avalikustamisele sisulised kriteeriumid – minimaalne tähtaeg ja avaldatav info. Autor on seisukohal, et just selline regulatsioon suurendab menetluse läbipaistvust. Pakkujad saavad eeldada, et teade lepingu sõlmimise soovi kohta on avaldatud hankija veebilehel minimaalselt 4 tööpäeva sõltumata hankelepingu eeldatavast maksumusest, kuid pole välistatud ka pikem tähtaeg. Arvestades, et seadusandja on pidanud 4 tööpäeva piisavaks ka asjade ja teenuste korral, mis ei kuulu CPV määruse VII lisasse, kuid mille hankelepingu eeldatav maksumus jääb alla 40 000 euro, on põhjendatud Justiitsministeeriumi poolt analoogne lahendus, kui seda ei hakata kuritarvitama olukordades, kus teenuse spetsiifilisus ning nõuded pakkumusele eeldaksid pikemat tähtaega.

Kokkuvõtvalt on kümnest hankijast viis jäänud avalikustamise kohustuse reguleerimisel täielikult RHS-i regulatsiooni juurde. Sisuliselt tähendab see, et teema on nendes

¹²⁶ Justiitsministeeriumi hankekord p 1, p-d 21.2 - 21.3; Registrite ja Infosüsteemide Keskuse direktori 22.12.2011 käskkirjaga nr 140 kinnitatud Registrite ja Infosüsteemide Keskuse hankekord p 1.9

hankekordades reguleerimata, sest pelgalt seaduse teksti ümberkirjutamist ei saa nimetada regulatsiooniks ning kahtlemata ei ole RHS § 13¹ punkti 4 eesmärk RHS-i kordamine hankekordades.

3.3. Menetluslikud nõuded hankekordades

Eelnevas alapeatükis käsitles autor hankekordades lihtsustatud korras tellitavate teenuste avalikustamisega seotud regulatsiooni. Kuigi riigihanke avalikustamine omab läbipaistvuse põhimõtte tagamisel väga suurt tähendust, on RHS-is sätestatud kohustus reguleerida asutusesiselt lihtsustatud korras tellitavate teenuste regulatsioon seletuskirja kohaselt rohkem suunatud just riigihanke menetluslikule poolele – riigihanke avatus ja kontrollitavus.

Järgnevalt vaatlebki autor, kuidas on juba eespool nimetatud kümme hankijat käsitlenud oma hankekordades lihtsustatud korras tellitavate teenuste menetluslikku poolt ning kas ja kui palju on hankijad seejuures arvestanud seaduseelnõu seletuskirjas toodud eesmärkide ja läbipaistvuse põhimõttega.

Täiendavaid menetlusreegleid, mis tagaksid lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete läbipaistvuse, pole üldse ette näinud kolm hankijat¹²⁷; kaks hankijat ei ole reguleerinud lihtsustatud korras tellitavaid teenuseid, mille maksumus jääb alla 40 000 euro¹²⁸ ning üks hankija ei ole reguleerinud lihtsustatud korras tellitavaid teenuseid, mille maksumus on alla 10 000 euro või üle 40 000 euro.¹²⁹ Riigihankes tehtavate otsuste mingil kujul dokumenteerimist käsitleb kuus hankijat, kuid mõningatel neist on seatud selleks ka piirmäärad.¹³⁰ Sõnaselgelt on otsuste põhjendamise kohustus välja toodud üksnes kahes hankekorras ning lisaks ühes hankekorras osaliselt.¹³¹

Nagu juba eespool hankekordades avalikustamise regulatsiooni käsitledes sai mainitud, puudub Tallinna Sadama hankekorras sisuline lihtsustatud korras tellitavate teenuste regulatsioon, st reguleeritud ei ole ka asutusesisest pädevust ning hankekorrast kohaldub

¹²⁷ Võru Linnavalitsus, AS Saarte Liinid ja Tallinna Sadam

¹²⁸ Tallinna Kommunaalamet ja Tartu Ülikool

¹²⁹ Rahandusministeerium

¹³⁰ Tartu Linnavalitsus, Justiitsministeerium, Registrate ja Infosüsteemide Keskus, Tartu Ülikool, Ravimiamet, Rahandusministeerium

¹³¹ Justiitsministeerium ning seeläbi ka Registrate ja Infosüsteemide Keskuse puhul on selgelt põhjendamine nõutud; Ravimiameti hankekorra kohaselt tuleb märkida töötabelisse eduka pakkuja eelised või põhjendus, miks on ainult üks pakkumus võetud

lihtsustatud korras tellitavatele üksnes põhimõtted, mis suuremas osas kordavad RHS §-s 3 sätestatud ning annavad mõningad suunised riigihanke eseme määratlemiseks.¹³²

Võru Linnavalitsuse hankekorra kohaselt tuleb lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul, mille hankelepingu eeldatav maksumus on alla 40 000 euro, järgida raha säästliku ja otstarbeka kasutamise põhimõtet ning saavutada hanke eesmärk mõistliku hinnaga, tagades konkurentsi olemasolu korral erinevate pakkumuste (vähemalt kolme pakkumuse küsimine) võrdlemise teel parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhte.¹³³ Nende lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete puhul, mille hankelepingu eeldatav maksumus on vähemalt 40 000 eurot, peab riigihanke algataja esitama nõuetekohaselt vormistatud eelnõu või taotluse koos riigihanke tehnilise kirjeldusega riigihanke korraldamise otsustajale.¹³⁴ Seega pole läbipaistva menetluse mainimist peetud oluliseks ega ole ka ette nähtud täiendavaid meetmeid, mis võiksid tagada riigihanke läbipaistvust.

AS Saarte Liinid kordab oma hankekorras, et riigihangete korraldamisel tuleb järgida RHS §-s 3 toodud üldpõhimõtetest ning kordab need üle.¹³⁵ Hankekord käsitleb küll üldiselt kõikide riigihangete asutusesisest korraldamist, kuid lihtsustatud korras tellitavate teenuste regulatsiooni juures piirub üksnes RHS-i sätestatud kordamisega.¹³⁶ Selline regulatsioon ei taga riigihangete läbipaistvust, kuna ühtegi täiendavat meetet lisaks põhimõtte nimetamisele ei ole kasutusele võetud.

Siiski peab tõdema, et hankekorras riigihanke läbipaistvust tagava regulatsiooni puudumine ei pruugi tähendada, et lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked toimuksid nimetatud asutustes läbipaistmatult. Regulatsiooni puudumine ei takista põhimõtte rakendamist, kui riigihanget läbiviivad isikud on selliste nõuetega kursis. Pigem näitab see autori arvates, et RHS § 13¹ punktis 4 sätestatud nõue lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete reguleerimiseks asutuse hankekorras ei pruugi olla piisavalt selge ja hankijatele arusaadav.

Tallinna Kommunaalameti hankekorra esmane põhimõte on, et riigihanke korraldamisel tuleb tagada rahaliste vahendite läbipaistev, otstarbekas ja säästlik kasutamine, isikute võrdne

¹³² Tallinna Sadama hankekord, p-d 1.3.4 ja 2

¹³³ Võru Linnavalitsuse hankekord, p-d 37.1 ja 35

¹³⁴ Võru Linnavalitsuse hankekord, p-d 37.2 ja 28

¹³⁵ AS Saarte Liinid hankekord, p-d 12 ja 60

¹³⁶ AS Saarte Liinid hankekord, p-d 56 - 61

kohtlemine ning olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine.¹³⁷ Lihtsustatud korras tellitavaid teenuseid käsitlevad eraldi hankekorra punktid 31-45. Juhul, kui lihtsustatud korras tellitava teenuse hankelepingu eeldatav maksumus on kuni 40 000 eurot, ei näe hankekord eraldi menetlusreegleid ette ning suunab RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtete juurde. Lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul, mille hankelepingu eeldatav maksumus ületab 40 000 eurot, hõlmab regulatsioon valdavalt ametnikevahelist asutusesisest töökorraldust ja pädevust – kes määrab vastutavad isikud, koostab hankedokumendid, vaatab pakkumused läbi jne. Tallinna Kommunaalamet ei võta endale hankekorraga olulisi uusi kohustusi, mida ei ole RHS §-s 19 otseselt ette nähtud – nii näiteks ei käsitleta võimalikke tähtaegu, riigihanke dokumenteerimist, pakkujate valiku põhjendamist vmt. Ainus RHS-is sätestamata kohustus, mille Tallinna Kommunaalamet enda jaoks on reguleerinud, on riigihankes vastuvõetud otsustest viivitamatu teavitamine, mis ei tohi toimuda hiljem kui 3 tööpäeva jooksul. Kõik muud hankekorra sätted, mis autori hinnangul on suunatud läbipaistvuse tagamiseks, kordavad RHS §-i 19.

Siiski võib autori arvates väita, et ka otsustest teavitamisele minimaalse tähtaja seadmine tagab riigihanke läbipaistvust. Alles peale otsusest teavitamist on mitteeduka pakkumuse esitanud pakkujal võimalik hinnata, kas tema õigusi on rikutud või mitte. Otsustest viivitamatu teavitamine aitab tagada, et pakkujal on võimalik vaidlustada riigihanke tulemused enne hankelepingu sõlmimist. Siinkohal on oluline märkida, et RHS ei sea lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetes mingit ooteaega riigihanke tulemustest teavitamise ja hankelepingu sõlmimise vahele. Teoreetiliselt on vägagi võimalik olukord, kus kiire tegutsemise korral sõlmitakse hankeleping eduka pakkujaga veel enne, kui teisi pakkujaid on tulemustest teavitatud. Teine oluline asi on, et pakkuja poolne hinnangu andmine riigihanke tulemuste õiguspärasusele eeldab ka otsuste põhjendamist, millist kohustust Tallinna Kommunaalameti hankekord otseselt ette ei näe.¹³⁸ Samas ei pruugi see automaatselt tähendada, et Tallinna Kommunaalamet oma otsuseid ei põhjendaks.

Tartu Ülikooli hankekorra kohaselt tuleb sarnaselt eespool kirjeldatud Võru Linnavalitsuse hankekorrale lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul, mille hankelepingu eeldatav maksumus on alla 40 000 euro, järgida raha säästliku ja otstarbeka kasutamise põhimõtet ning saavutada hanke eesmärk mõistliku hinnaga, tagades konkurentsi korral erinevate pakkumuste võrdlemise teel parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhte. Ülikooli raamatupidamise sise-

¹³⁷ Tallinna KA hankekord, p 1

¹³⁸ RKHko nr 3-3-1-14-00, p 5;

eeskirjas kehtestatud põhivara maksumust ületavate teenuste tellimisel tuleb võimaluse korral võtta vähemalt kolm pakkumust.¹³⁹ Seega pole ka Tartu Ülikool väärtusega alla 40 000 euro jäävate lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul pidanud läbipaistvust eriliselt mainimist väärivaks põhimõtteks. Erinevalt Võru Linnavalitsusest on Tartu Ülikool reguleerinud neid lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihankeid, mille eeldatav maksumus on vähemalt 40 000 eurot, detailsemalt ning näeb ette riigihanke asutusesisese algatamise korra, hankekomisjoni pädevuse ja otsuste vastuvõtmise ning koosolekute protokollimise.¹⁴⁰ Peale komisjoni koosoleku protokollimise, kus on jäädvustatud riigihankes tehtud otsused, ei saa ka Tartu Ülikooli hankekorrast tuua välja muid läbipaistvust tagavaid elemente. Kuigi komisjoni koosolekud protokollitakse, ei ole seatud selgesõnalist nõuet komisjoni otsuste põhjendamise kohta, tagades seega riigihanke formaalse kontrollitavuse, kuid otsuste sisuline kontrollitavus on reguleerimata.

Rahandusministeeriumi hankekorra kohaselt tuleb lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel järgida RHS §-des 19 ja 3 ning hankekorrast lihthanke kohta sätestatud.¹⁴¹ Seega tulenevalt Rahandusministeeriumi lihthanke regulatsioonist, tuleb lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimiseks, kui hankelepingu eeldatav maksumus on 10 000 – 40 000 eurot, korraldada lihthange vastavalt RHS §-s 18² sätestatule.¹⁴² Rahandusministeeriumi lihthanke regulatsioon kordab suuremas osas RHS-i ning lisab paar sätet asutusesisese töökorralduse, sh otsuste koostamise kohta. Seega kui vaadelda regulatsiooni kui lihtsustatud korras tellitavate teenuste regulatsiooni, võib väita, et Rahandusministeeriumid on lisaks avalikustamisega seonduvale näinud ette ka muid meetmeid läbipaistvuse tagamiseks. Samas on Rahandusministeeriumi hankekorrast reguleerimata, kuidas toimub nende lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete läbiviimine, mille eeldatav maksumus on alla 10 000 euro või üle 40 000 euro. Nimelt kuigi Rahandusministeeriumi hankekord viitab lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul samas hankekorrast sätestatud lihthanke regulatsioonile, siis on Rahandusministeeriumi hankekorrast lihthanke regulatsioonis välja toodud, et RHS § 18² sätestatud korda kohaldatakse selliste lepingute sõlmimiseks, mille maksumus on 10 000 eurot kuni 40 000 eurot.¹⁴⁸ Nagu ka eespool hankekordades avalikustamist käsitledes sai järeldatud, pole ka siin mõistlik tõlgendada, et lihthanke regulatsioon kohaldub lihtsustatud korras tellitavatele teenustele sõltumata riigihanke eeldatavast maksumusest, kuna sellisel

¹³⁹ Tartu Ülikooli hankekord, p-d 30.1 ja 28

¹⁴⁰ Tartu Ülikooli hankekord, p-d 30.2 ja 26

¹⁴¹ Rahandusministeeriumi hankekord, p-d 53 ja 54.

¹⁴² Rahandusministeeriumi hankekord, p-d 38 ja 39

juhul tuleks lihthanke regulatsiooni kohaldada lihtsustatud korras tellitavatele teenustele ka siis, kui riigihanke eeldatav maksumus on näiteks kõigest 100 eurot.

Tartu Linnavalitsuse hankekorra kohaselt lähtutakse lihtsustatud korras tellitavate teenuste hankimisel RHS-is ja hankekorras sätestatud lihthanke korraldamise reeglitest ning järgitakse riigihangete seadust muudes küsimustes niivõrd, kuivõrd see on lihtsustatud korras tellitavate teenuste hankimisel olemuslikult võimalik, mõistlik ja vajalik.¹⁴³ Seega peab üldjuhul Tartu Linnavalitsus, viies läbi lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihanget eeldatava maksumusega üle 10 000 euro, lähtuma lihthanke regulatsioonist. Nii näiteks on Tartu Linnavalitsus võtnud kohustuse määrata pakkumuste esitamiseks mõistliku tähtaja, mis ei või olla lühem kui neli tööpäeva vastavalt RHS § 18² lõikele 3, lähtuda hankedokumendi koostamise korral RHS § 18² lõikes 4 loetletud paragrahvidest või mõnest neist. Lisaks näeb Tartu Linnavalitsuse hankekord ette, et lihthanke korraldamisel järjestikuste etappidena peab lihthanke dokumendis sätestama pakkujate järgmisesse etappi edasi saamise võimaluse objektiivselt ja arusaadavalt ning etapi läbiviimine kajastatakse protokollis.¹⁴⁴ Läbirääkimiste pidamise kohta on hankekorras seadusele täiendavalt sätestatud, et läbirääkimisi võib pidada kõigi, osade või ainult ühe kvalifitseeritud pakkujaga, kusjuures läbirääkimiste pidamisel ainult osade või ühe kvalifitseeritud pakkujaga tuleb valikut põhjendada. Otsus läbirääkimiste pidamiseks ning ka läbirääkimised protokollitakse. Läbirääkimistel tuleb kõiki läbirääkimistele kutsutud pakkujaid kohelda võrdselt ning teha neile ühesuguseid ettepanekuid pakkumuse korrigeerimiseks.¹⁴⁵

Lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked, mille hankelepingu eeldatav maksumus on kuni 10 000 eurot, tuleb teha ettepanek pakkumuse esitamiseks vähemalt kahele isikule, välja arvatud kui esinevad asjaolud, mille korral on RHS-i kohaselt lubatud korraldada väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetlus või kui hankelepingu eeldatav maksumus jääb alla 3000 euro. Mitmele pakkujale ettepaneku tegemise korral tuleb reeglina koostada teenuse tehniline kirjeldus ning selgitada pakkumuste hindamise kriteeriume.¹⁴⁶

Autori hinnangul on Tartu Linnavalitsus astunud olulise sammu lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetes läbipaistvuse tagamiseks. Eelkõige avalduvad läbipaistvust tagavad elemendid pakkumuste esitamise minimaalses tähtajas, hankedokumendi koostamise korral

¹⁴³ Tartu Linnavalitsuse hankekord, § 12 lg 1

¹⁴⁴ Tartu Linnavalitsuse hankekord, § 11 lg 2-3

¹⁴⁵ Tartu Linnavalitsuse hankekord, § 22 lg 5-8

¹⁴⁶ Tartu Linnavalitsuse hankekord, § 12 lg 3, § 13 lg 2-5

RHS § 18² lõikest 4 lähtumine, riigihanke etappidena korraldamise ning läbirääkimiste regulatsioonis, läbivalt kõikide otsuste protokollimise nõudes ning ka nende lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete, mille hankelepingu eeldatav maksumus on kuni 10 000 eurot, korral tehniline kirjelduse koostamise ning pakkumuste hindamise kriteeriumite selgitamise nõudes. Need nõuded aitavad tagada, et kõikidele pakkujatele oleks kättesaadav ühesugune informatsioon, et eduka pakkuja valiku kriteeriumid on selged ka väiksemamahuliste riigihangete korral ning, et hankija otsused oleksid dokumenteeritud.

Ravimiamet kordab esmalt kõikide riigihangete kohta üldiselt, et järgida tuleb RHS §-s 3 toodud üldpõhimõtteid ning toob need lühidalt välja.¹⁴⁷ Lihtsustatud korras tellitavate teenuste kohta on Ravimiamet märkinud, et nende tellimisel tuleb lähtuda samas korras toodud lihthanke regulatsioonist, kusjuures erisused tulenevad RHS §-st 19.¹⁴⁸ Seega võib väita, et arvestades nii hankekorras lihtsustatud korras tellitavate teenuste kohta sätestatud kui ka RHS §-ist 19 tulenevaid erisusi, kuulub Ravimiameti lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetele kohaldamisele RHS § 18² lõikeid 3-8.¹⁴⁹ Pakkumused vaatab läbi ning teeb peadirektorile asjakohased ettepanekud komisjon, kelle hinnang ja ettepanek vormistatakse komisjoni otsusena. Pakkujaid teavitatakse otsustest hiljemalt kolme tööpäeva jooksul. Lisaks märgitakse Ravimiameti asutusesisesesse töötabelisse eduka pakkuja eelised või põhjenduse, miks on hinnapaksumus võetud ühelt pakkujalt.¹⁵⁰ Iga riigihanke kohta koostatakse elektroonne toimik, kuhu kogutakse ja süstematiseeritakse kõik riigihanke käigus saadud ja loodud dokumendid.¹⁵¹ Seega on ka Ravimiamet taganud otsuste dokumenteerimise, pakkujate teavitamise tähtaja ning eduka pakkuja valiku põhjendused.

Justiitsministeeriumi hankekorra kohaselt peab lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel tagama RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtetest kinnipidamise, kusjuures eraldi on rõhutatud riigihanke eesmärgi saavutamist mõistliku hinnaga, tagades konkurentsi korral erinevate pakkumuste võrdlemise teel parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhte.¹⁵² Lisaks juba alapeatükis 3.2 käsitletud avalikustamisele tuleb Justiitsministeeriumi hankekorra kohaselt tagada hankimise protsessi dokumenteerimine, mis peab sisaldama vähemalt

¹⁴⁷ Ravimiameti hankekord, p 2.2

¹⁴⁸ Ravimiameti hankekord, p 8.2

¹⁴⁹ Ravimiameti hankekord, p-d 8.2 ja 6.1

¹⁵⁰ Ravimiameti hankekord, p 6.11

¹⁵¹ Ravimiameti hankekord, p 10.3

¹⁵² Justiitsministeeriumi hankekord, p 21.1

pakkumusi ja konkreetse pakkumuse valiku põhjendust või põhjendust, miks pakkumusi ei võetud. Pakkumused säilitatakse vastavalt Justiitsministeeriumi asjaajamiskorrale.¹⁵³

Kahtlemata on läbipaistvuse põhimõtte tagamisel eesmärgipärane riigihanke dokumenteerimise ja pakkumuse valiku põhjendamise kohustus. Dokumenteerimine, eriti aga otsuste põhjendamine avaldavad peamist mõju riigihanke kontrollitavusele, kuna hilisemat kontrolli on võimalik teostada üksnes dokumenteeritud teabe põhjal. Kui jätta kõrvale läbipaistvuse põhimõtte esmane avaldumine riigihanke avalikustamise kaudu, siis on just otsuste põhjendamine ja nende põhjenduste säilitamine peamine allikas, mille kaudu teostada kontrolli riigihanke läbiviimise ja üldpõhimõtetest kinnipidamise üle.

Registrite ja Infosüsteemide Keskuse hankekorra lugemisel tuleb taaskord pidada silmas ka Justiitsministeeriumi hankekorda.¹⁵⁴ Kõik, mis on eelnevalt öeldud ja järeldatud Justiitsministeeriumi hankekorra kohta, kohaldub automaatselt ka Registrite ja Infosüsteemide Keskuse hankekorrale. Seega on Justiitsministeerium juba taganud oma valitsemisalas olevatele asutustele minimaalsed läbipaistvuse tagamise kriteeriumid lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisele. Registrite ja Infosüsteemide Keskuse hankekord ei lisa juba olemasolevale täiendavaid meetmeid läbipaistvuse tagamiseks, rõhutades siiski, et ka need riigihanked, sh lihtsustatud korras tellitavad teenused, mille eeldatav maksumus on alla 1500 euro, tuleb korraldada kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis, tagades sellega ka väiksemamahuliste riigihangete kontrollitavuse.¹⁵⁵

Eelnevast ilmneb, et hankijad suhtuvad uude kohustusse reguleerida lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete kord väga erinevalt. Kindlasti asjaolud, mis võivad regulatsiooni detailsusele mõju avaldada, on - kui tihti asutus üldse riigihankeid läbi viib ning kui tihti tellib asutus lihtsustatud korras tellitavaid teenuseid. Nendest kahest aspektist lähtudes võivad olla hankijad määranud enda jaoks küsimuse olulisuse ja sellest lähtuvalt ka regulatsiooni kujundanud. Mõju võib avaldada asjaolu, nagu eespool on ka mainitud, et seaduses puudub täpsem kirjeldus, mida peaks lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangete regulatsioon käsitlema ning veelgi enam, puudub ka sellise kohustuse eesmärk, ehk mille peaks hankija võtma lähtealuseks regulatsiooni koostamisel, kuhu soovitakse jõuda.

¹⁵³ Justiitsministeeriumi hankekord, p 21.5

¹⁵⁴ Justiitsministeeriumi hankekord p 1; Registrite ja Infosüsteemide Keskuse hankekord p 1.9

¹⁵⁵ Registrite ja Infosüsteemide Keskuse hankekord, p-d 1.6, 1.3 ja 6.7

Autori hinnangul ongi lihtsustatud korras tellitavate teenuste hankekorras reguleerimisel peamine probleem selles, et seadusest pole võimalik täpselt aru saada, mida hankijalt oodatakse. Hankija peab oma kohustust sisustama seaduse eesmärgi kaudu, mis avaldub alles eelnõu seletuskirja lugedes. Samas tuleb püstitada küsimus, kas ehk peaks normi eesmärk avalduma normis endas?

Eelnõu seletuskirjas on muuhulgas peetud vajalikuks hoiatada, et kui hankija ei ole kehtestanud hankekorda või see kord on vastuolus seadusega, on järelevalveametnikul õigus teha ettekirjutusi selle kehtestamiseks või seadusega kooskõlla viimiseks. Ettekirjutuste täitmine on tagatud sunniraha määramise võimaluse ning otsese vastutusega rahalise karistuse näol.¹⁵⁶ Siiski ei ole kehtivas RHS-is ega ka eelnõu algtekstis Rahandusministeeriumile vastavat pädevust antud. Sellest hoolimata ei ole välistatud, et tulevikus selline võimalus tekib, kuivõrd seletuskiri viitab sellise soovi olemasolule. Sellisel juhul on autori hinnangul tõsine probleem, kui Rahandusministeeriumile nähakse ette õigus teostada järelevalvet ka hankekordade üle, teha ettekirjutusi ning rakendada sunniraha, kui seaduses puudub selge nõue, mida üks või teine regulatsioon täpsemalt käsitlema peaks. Kindlasti ei saa lugeda aktsepteeritavaks ettekirjutuste ja sunnivahendite rakendamist, viidates nende põhjendustes seaduse asemel seaduseelnõu seletuskirjale.

Eelnõu seletuskirjas selgitatakse lihthanke regulatsiooni vajalikkuse kohta, et praktikas on ilmnenud üksnes põhimõtetele viitava regulatsiooni ebapiisavus ning hankijate soov rohkem saada täpsemaid suuniseid lihthanke läbiviimiseks ja lihtsustatud korras tellitavate teenuste ostmiseks – näiteks kas võib kohaldada RHS §-s 38 sisalduvaid kõrvaldamise aluseid, kas võib kasutada pakkuja pädevuses veendumiseks RHS §-s 40 ja 41 sisalduvaid kvalifikatsioone puudutavaid norme.¹⁵⁷ Kuigi seletuskirjas on selgelt viidatud sellise regulatsiooni vajalikkusele ka lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul, on siiski otsustatud seadusega reguleerida üksnes lihthanked ning kohustada hankijaid ise reguleerima lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimise korda.

¹⁵⁶ Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus 860 SE seletuskiri, lk 4

¹⁵⁷ Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus 860 SE seletuskiri, lk 8

KOKKUVÕTE

Autor seadis magistritööga eesmärgi selgitada läbipaistvuse põhimõtte sisu ning selle praktilist mõju lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetele. Autor on seisukohal, et seatud eesmärk sai täidetud.

Kokkuvõtvalt on läbipaistvuse põhimõtte kogu riigihanget läbiv suunis hankijale, mida järgides on võimalik kontrollida võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise keelu täitmist. Piiriülese huvi olemasolul eeldab läbipaistvuse põhimõtte riigihanke avalikustamist, kuid seadusandja on otsustanud kohustada hankijaid avalikustama lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihanked, mille eeldatav maksumus on vähemalt 40 000 eurot sõltumata piiriülese huvi olemasolust. Läbipaistvuse põhimõtte riigihanke avalikustamise kontekstis võib tagada suurema konkurentsi ning seeläbi hankijale ka suurema valiku. Sõltumata piiriülesest huvi olemasolust on läbipaistvuse põhimõtte komponendiks hanke eseme piisavalt selge ja pakkujatele üheselt arusaadav määratlus, pakkujatele selgituste andmine ning pakkujate teavitamine riigihanke tulemustest ning otsuste põhjustest. Mõõda ei saa vaadata asjaolust, et põhimõtte tagab otsuste põhjendamise ja neist teavitamise kaudu pakkujatele kaebeõiguse realiseerumise.

Autor seadis sissejuhatuses töö põhiküsimuse ja selle kolm alaküsimust, mille abil eesmärki täita.

Nagu analüüsist järeldus, on tõenäosus, et lihtsustatud korras tellitavad teenuste riigihanked eeldatava maksumusega alla 40 000 eurot võiksid omada piiriülest huvi, minimaalne. Autor siiski ei välista seda võimalust täielikult piiriäärsetel aladel, kuid arvestades hankija halduskoormust ning õigusselgust ei pea otstarbekaks igal juhul piiriülese huvi olemasolu hindamist. Küll aga jõudis autor järeldusele, et kehtiv regulatsioon, mille kohaselt võib lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul hankija valida, kas avaldab teate oma veebilehel või riigihangete registris, ei pruugi olla parim lahendus ning kõik riigihanked võiks avaldada riigihangete registris. Eelkõige tugineb autor siin lihthanke regulatsioonile ja selle seaduseelnõu seletuskirjajärgsetele põhjendustele, kus ei peeta ka alates 10 000 eurot mõistlikuks avalikustada teave hankija veebilehel, kuna pakkujad on harjunud infot saama keskse riigihangete registri kaudu.

Teises peatükis järeltas autor, et paratamatult tuleb lihtsustatud korras tellitavate teenuste läbiviimisel teatud ulatuses lähtuda analoogiast RHS-i 2. peatükiga. Nii näiteks peab tehnilisest kirjeldusest ühetaolise arusaadavuse tagamiseks lähtuma hankija samadest põhimõtetest, mis on sätestatud RHS § 32 lõikes 1 ja § 33 lõikes 8. Samuti peab efektiivse kaabeõiguse tagamiseks tegema hankija oma otsused kirjalikult ning neid põhjendama, millised nõuded seab ka RHS § 39 lõige 6, § 47 lõige 1 ning § 50 lõiked 2 ja 3. Siinkohal toodud loetelu ei pruugi siiski olla ammendav ning tugineb üksnes senisele Euroopa Kohtu, Eesti kohtute ja vaidlustuskomisjoni praktikale. Ei ole välistatud, et vaidlustuskomisjon ja Eesti kohtud peavad vajalikuks kohaldada analoogiat suuremas ulatuses. Nii näiteks jõudis autor Euroopa Kohtu praktikat analüüsides seisukohale, et lihtsustatud korras tellitavate teenuste hindamiskriteeriumid tuleb küll pakkujatele eelnevalt teatavaks teha, kuid iga üksiku hindamiskriteeriumi osakaalu ei pea pakkujatele tingimata eelnevalt teavitama. Siinkohal on võimalik Eestis teistsuguse kohtupraktika kujunemine, kus ei peeta piisavalt läbipaistvaks hindamiskriteeriumite osakaalu kindlaks määramist suvalisel ajahetkel enne pakkumuste läbivaatamist neid pakkujatele eelnevalt teavitamata.

Kolmandat alaküsimust käsitledes selgus, et kuigi mitu hankijat oli lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihankeid küllaltki põhjalikult reguleerinud, olid ka mitmed hankijad jätnud selle täielikult reguleerimata või piirdunud üksnes RHS § 19 kordamisega. Autori arvates sõltub hankekordades RHS-i seletuskirjas toodud eesmärkide realiseerumine konkreetsest hankijast ning on seega juhuslik. Kuna RHS ei täpsusta lihtsustatud korras tellitavate teenuste korra sisu ega ka eesmärki, on sisuliselt jätud hankijale vabad käed selle üle ise otsustamiseks. Seletuskirja lugemata ei ole võimalik RHS-ist aru saada, mida see kord võiks käsitleda.

Eelnevast tulenevalt leidis kinnitust sissejuhatuses seatud hüpotees, et Eestis ei ole läbipaistvuse põhimõtte sisu ja selle tagamiseks tarvilikud meetmed lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel selged. Sellele viitab ka seadusandja soovimatus sätestada seaduses lihtsustatud korras tellitavate teenuste riigihangetele konkreetsemad läbipaistvust tagavad minimaalsed nõuded, kuid ometi leitakse, et need on vajalikud ning kohustatakse hankijaid endid seda tegema. Kuigi RHS-is kohustatakse hankijaid lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisel lähtuma läbipaistvuse põhimõttest, on paljuski see põhimõte hankijate sisustada ning nõ tõe ilmneb alles vaidlustuse käigus. Eriti selgelt avaldub vastuoluline põhimõtte käsitus töös analüüsitud vaidlustuskomisjoni otsuses P. Dussmann Eesti OÜ vaidlustuses, kus anti lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihanke

avalikustamisele oluliselt vähemtähtis tähendus kui RHS 2. peatükis reguleeritud hankemenetluste puhul.

Autori arvates võiks kaaluda RHS-is lihtsustatud korras tellitavate teenuste regulatsiooni täpsustamist. Nagu juba eelnevalt mainitud, võiks ühtlustada kõikide riigihangete avalikustamise kohta sõltumata riigihanke esemest – st ka lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul võiks loobuda hankija veebilehel riigihanke avalikustamisest ning avalikustada kõik teated riigihangete registris. Samuti võiks selgelt sätestada, millised on need RHS-i sätted, millega kindlasti tuleks analoogiat kohaldada ja millistest sätetest valikuliselt lähtuda analoogselt lihthanke regulatsiooni detailsusele. Selgesõnaliselt tuleks sätestada hankija otsuste motiveerimise kohustus.

Kui aga siiski peetakse sobivamaks piirduda senise RHS-i regulatsiooniga lihtsustatud korras tellitavate teenuste kohta, tuleks täpsustada lihtsustatud korras tellitavate teenuste hankekorras reguleerimise kohustust. Selgelt tuleks tuua välja kohustuse eesmärk ning suunised, mida see kord peaks sisaldama. Eelkõige võiks lihtsustatud korras tellitavate teenuste korras hankija sätestada juba eelmises lõigus loetletud asjaolud. Selline kohustus peaks olema RHS-s selgesõnaliselt väljendatud ilma, et hankijad peaksid selleks täiendavalt seaduseelnõu seletuskirja lugema. Seaduseelnõu seletuskiri on küll tõlgendamisel abiks, kuid seletuskiri peaks selgitama regulatsioonide põhjusi, mitte aga looma otseseid kohustusi ega reguleerima seaduses reguleerimata küsimusi.

Lisaks eelnevale jõudis autor töö esimeses peatükis vaidlustuskomisjoni praktikat analüüsisid järeltulele, et lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul on jätkuvalt probleemne efektiivne õiguskaitse. Kuigi lihtsustatud korras tellitavate teenuste vaidlused kuuluvad vaidlustuskomisjoni pädevusse, ei ole üheselt selge, kas ja kuidas on võimalik vaidlustada lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihanke kohta kohustusliku teate avalikustamata jätmist. Ei ole välistatud, et neid toiminguid, mille vaidlustamine lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul on ebaselge, on veelgi. Autori hinnangul tuleb vaidlustuskomisjoni praktika selles küsimuses üle vaadata ning juhul, kui RHS-i ei ole võimalik teisiti tõlgendada, tuleks sätestada RHS-is vajalik kaebeõigus.

PUBLIC PROCUREMENT OF NON-PRIORITY SERVICES: THE PRINCIPLE OF TRANSPARENCY

Summary

The purpose of this Master thesis is to explain the substance of the principle of transparency and its practical influence on public procurement of non-priority services in Estonia.

The purpose of the regulation for public procurement in the European Union is to firstly ensure the free movement of goods, freedom of establishment and the principles for free service performance and principles which arise from them, like equal treatment, non-discrimination, mutual recognition, proportionality and transparency. Due to that and according to Estonian Public Procurement Act (PPA) § 1 the purpose of the act is to ensure the transparent, purposeful and economical use of the financial resources of the contracting authority, the equal treatment of persons and the effective use of existing competition in public procurement.

To comply the purpose the public procurement directives and PPA have certain rules to carry out the procurement. These rules do not apply to all public procurements, also for so called non-priority services (in PPA named „services purchased by simplified procedure“). According to PPA § 19 subsection 1 a contracting authority is not obliged to organize a procurement procedure in accordance with the rules provided for in the act in the event of awarding a public service contract whereby the services specified in Annex VII of the CPV Regulation account for more than 50 percent of the value of the contract. According to PPA § 19 subsection 3 in the events specified the contracting authority shall follow the principles provided for in § 3 of PPA.

According to PPA § 3 clause 2 the contracting authority is obliged to ensure that the public procurement is transparent and capable of being reviewed. In the thesis the author makes conclusions, what contains in itself the principle of transparency and how the contracting authority has to act that all the claims are ensured while carrying out public procurement of non-priority services.

That the public procurements of non-priority services are problematic and procedure rules are indistinct, is referred by that the European Commission is preparing new public procurement and utilities sector directives. In the explanatory memorandums it is admitted that in case of

total applying the legislation for procurement it is not warranted to be restricted by certain service chapters. It can be concluded that the commission has a desire to harmonize the procedure of contracting different services and also create clear procedure rules for contracting former so called secondary services. The reason is to ensure more effectively the achievement of the purposes of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Not all of the contracting services procedures, however, will be harmonized in the specified proposals of the commission. According to the public procurement draft directive articles 74-75 and utilities sector draft directive articles 84-86 it is provided that social and other specific services will have a specific procurement procedure. If the directives are accepted in that way the member states should enact a relevant procedure for making contracts for such services, ensuring fully transparency and equal treatment, also making it possible for contracting authorities to take into account the specific character of the services. In the case that the commission proposals are accepted in that way, there will be certain services for which the procedure will not make more requirements than ensuring transparency and equal treatment.

According to the state public procurement register in 2011 there were carried out 518 procurements of non-priority services in Estonia. The average budget for the procurement contract was 222 900 euro. Altogether in 2011 there were carried out 2724 public procurements for services (including non-priority services). The average budget was 136 800 euro, which is significantly smaller than the average value of the public procurement for non-priority services. The value for public procurement of non-priority services contracts make 30% out of all the services contracts, which is a large market share.

The reason the author has chosen the principle of transparency for the object of research is, that the applying and filling its substance has been problematic and ambivalent opinions, which are also disserted in the thesis. As the principles of equal treatment and non-discrimination require transparency, the procedure of transparency is a guarantee for adhere other principles or making it possible to carry out inspections on their conducting. The author analyzed resolutions of the European Court, Estonian court and Public Procurement Appeals Committee, European and Estonian legislations, preparatory materials for legislation and the proposals of Advocate-Generals.

The principle of transparency is in short a guideline about public procurement for contracting authority. Following the principle it is possible to supervise whether they comply with the

principle of equal treatment and non-discrimination. The principle of transparency requires in presence of cross-border interest public advertising, but the Estonian legislature has decided to oblige contracting authorities to publish non-priority services, the estimated value of at least 40 000 euro, regardless of the existence of cross-border interest. The principle of transparency in the context of public advertisement can ensure a greater competition and thus a larger selection. Regardless of the existence of cross-border interest, the components of the principle of transparency are giving explanations and information to tenderers about the results of the public procurement and the reasons for the decisions. It cannot be looked passed the fact that the principle ensures through informing and reasoning of the decisions the realization of the right to appeal.

The hypothesis is: the meaning of the principle of transparency and the necessary measures to ensure transparency of an award procedure of non-priority services are in Estonia unclear and problematic.

One of the questions in the thesis is how to ensure the adherence of the principle of transparency in purchasing non-priority services – is the value and the measurement of advertising according to PPA § 19 subsection 4 sufficient and what should the contracting authority keep in mind when carrying out the procedure? The analysis is based on the practice of the past decade of the European Court, where a succession of rulings have concluded that the public procurements which fully or partly fall out the scope of the public procurement directives, may have a cross-border interest. The aim was to analyze what meaning do those juridical interpretations have for Estonian contracting authorities and whether the contracting authority may have an obligation to disclose also public procurement of non-priority services, which alleged value is less than 40 000 euro.

Although the probability that the public procurement of non-priority services with the alleged value less than 40 000 euro could have a cross-border interest is minimal, the possibility cannot be completely ruled out on border areas. However, proportionality must be taken into account (the administrative burden of the contracting authority) and legal certainty, in which cases it is not always appropriate irrespective to the value make the cross-border interest assessment. The author came to the conclusion that the current regulation, according to which in case of purchasing non-priority services the contracting authority can choose whether he publishes a notice on his website or in the state public procurement register, may not be the best solution. In particular the author is relying on PPA § 18², in which is provided the

regulation for simplified procurement and its explanatory memorandum, where it is not considered reasonable to disclose information from 10 000 euro on the contracting authorities website, for the tenderers are used to obtain information through the state public procurement register.

In the second chapter the author analyzes the procedural requirements for public procurement of non-priority services. In case of procuring non-priority services, the award procedure must be, to some extent, based on analogy with PPA second chapter. For example to ensure a uniform understanding the technical specification has to be based on the same principles, which are provided in PPA § 32 subsection 1 (using the terminology and the degree of accuracy understandable to persons engaged in the relevant field) and § 33 subsection 8 (prohibition of objectively unjustified obstacles to the opening up of public procurement competition). Also the contracting authority has to make its decisions in writing and justified to ensure effective right of appeal, the requirements are set in PPA § 39 subsection 6 (qualification and disqualification of tenderer), § 47 subsection 1 (to declare the tenders admissible or to reject the tenders) and § 50 subsections 2 and 3 (declaration of tender successful).

The list however is not exhaustive and is based solely on existing practice of European Court, Estonian courts and Public Procurement Appeals Committee. It is not precluded that the Public Procurement Appeals Committee and Estonian courts deem it necessary to apply analogy in a greater extent.

PPA § 13¹ clause 4, entered into force on the 1st of January 2012, obliges the contracting authorities to create a procedure for non-priority services. The author analyses, how has materialized RHS § 13¹ subsection 4 provided that the contracting authority has to regulate the procedure for purchasing non-priority services. To illustrate the approach ten different contracting authorities procurement procedure rules for purchasing non-priority services are analyzed, to determine whether and how contracting authorities have established the principle of transparency and whether it can be conducted that the obligation provided in PPA is actually increasing the explanatory memorandum's new requirements set for transparency. In the analysis author does not give an assessment on transparency for public procurement carried out in mentioned institutions, but the object for the analysis is the regulation in procurement rules – how the elements of the principle of transparency manifest in procurement rules.

While many contracting authorities have fairly heavily regulated the public procurement of non-priority services, there were also many contracting authorities who had left it entirely unregulated or merely repeating the PPA § 19. The author's opinion is that the realizing of purposes in PPA explanatory memorandum depends on the contracting authority and there for are random. Since the PPA does not specify the contents and purpose of the procedure for non-priority services, the contracting authority has essentially a free decision to decide. Without reading the explanatory memorandum it is not possible to understand what does the procedure means in the PPA.

As conclusion the hypothesis was confirmed. The author suggest to amend PPA § 19 with more detail procedural rules for purchasing non-priority services analogy to the level of detail of PPA § 18² simplified procurement rules or as an alternative, detail the obligations mentioned in PPA § 13¹ clause 4, which would bring out the purpose of the requirement for the non-priority services procedure rules or in more detail, what it should include.

Additionally, one problem arose for further study. From the practice of Public Procurement Appeals Committee it showed that in case of public procurement of non-priority services there are problems with effective legal protection in Estonia. Although the public procurement of non-priority service disputes are under the jurisdiction of Public Procurement Appeals Committee, it is not clear, whether and how it is possible to challenge a non-disclosure of the obligatory notice in case of public procurement of non-priority services.

KASUTATUD ALLIKAD

KASUTATUD KIRJANDUS

1. Arrowsmith, S., EU Public procurement law: an introduction. *Sine loco, sine anno* arvutivõrgus kättesaadav
<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementawintroduction.pdf> (03.02.2012)
2. Bayer, W., Franke, H., Opitz, M., EU-Vergaberecht. DIN, Deutsches Institut für Normung e. V. Berlin, 2001. Ojasalu, T., Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2006, lk 18 kaudu
3. Boch, Ch., The implementation of the Public Procurement Directives in the UK: devolution and divergence? *Public Procurement Law Review*, 2007, 6, 410-434
4. Bovis, Ch., EC Public Procurement: Case law and regulation. Oxford. Oxford University Press, 2006
5. Braun, P., A matter of Principes(s) – the treatment of contracts falling outside the scope of the European public procurement directives. *Public Procurement Law Review*, 2000, pp. 39-48
6. Brown, A., Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC treaty. *Public Procurement Law Review*, 2007, 1, pp. 1-21
7. Brown, A., EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives. *Public Procurement Law Review*, 2010, 5, pp. 169 - 181
8. EK 12.04.2005, C-231/03, *Coname*, kohtujurist Ch. Stix-Hackl ettepanek
9. EK 29.06.2010, C-226/09, *komisjon vs Irimaa*, kohtujurist P. Mengozzi ettepanek
10. EK 18.01.2007, C-195/04, *komisjon vs Soome*, kohtujurist E. Sharpstoni ettepanek
11. EK 18.05.2000, C-324/98, *Telaustria Telefonadress*, kohtujurist N. Fennely ettepanek
12. Euroopa Komisjoni ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste hankeid, KOM/2011/0895 lõplik - 2011/0439 (COD)
13. Euroopa Komisjoni ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv riigihangete kohta, KOM/2011/0896 lõplik - 2011/0438 (COD)

14. Hordijk, E.-P., Meulenbelt, M., A bridge too far: why the European Commission's attempts to construct an obligation to tender outside the scope of the Public Procurement Directives should be dismissed. *Public Procurement Law Review*, 2005, 3, pp. 123-130
15. Komisjoni tõlgendav teatis, milles käsitletakse ühenduse õigust lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega, ELT 179, 01.08.2006, lk 2-7
16. Ojasalu, T., Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2006
17. Oppermann, T., Euroopa Õigus. Tallinn, Juura, 2002
18. Parre, J., Kaljurand, A., Riigihange. Põhimõtted, hankija ja hankeleping. Tallinn, Äripäev 2008
19. Riigihangete juhised. Tallinn, Rahandusministeerium, 2012, arvutivõrgus kättesaadav https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=7acd26a2-2706-4113-9b33-c7d057896668&groupId=11726 (27.04.2012)
20. Riigihangete seaduse eelnõu 816 SE seletuskiri, arvutivõrgus kättesaadav <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou2&op=ems&eid=816&assembly=10&u=20120412173708> (03.12.2011)
21. Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus 860 SE seletuskiri, arvutivõrgus kättesaadav <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=1215935&u=20120412173757> (03.12.2011)
22. Smith, S., Irish translation services: disclosure of and changes to the weighting of award criteria for "Annex II B" (non-priority services). *Public Procurement Law Review*. 2011, 2, NA9-12

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

Euroopa Liidu õigusaktid

23. Euroopa Majandusühenduse asutamisleping, 25.03.1957
24. Euroopa Liidu toimimise leping, konsolideeritud versioon, ELT C 83, 30.03.2010, lk 47-199
25. Richtlinie der Kommission vom 7. November 1966 für die Beseitigung jeder unterschiedlichen Behandlung zwischen inländischen Waren und den gemäss Artikel 9 und 10 des Vertrages zum freien Verkehr zuzulassenden Waren auf Grund von Rechts- und

Verwaltungsvorschriften, die die Verwendung der genannten eingeführten Waren untersagen und die Verwendung inländischer Waren vorschreiben oder eine Vergünstigung von einer solchen Verwendung abhängig machen (66/683EWG), ABl. 220 vom 30.11.1966, S. 3748-3750

26. Richtlinie der Kommission vom 17. Dezember 1969 über die Lieferungen von Waren an den Staat, seine Gebietskörperschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts (70/32/EWG), ABl. L 13 vom 19.1.1970, S. 1-3

27. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused, ELT L 134, 30.4.2004, lk 1-113

28. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta, ELT L 134, 30.4.2004, lk 114-240

29. 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, ELT L 74, 15.3.2008, lk 1-375

Eesti õigusaktid

30. Erakooliseadus, RT I 1998, 57, 859; 12.12.2011, 1

31. Halduskohtumenetluse seadustik, RT I, 23.02.2011, 3; 28.12.2011, 1

32. Haldusmenetluse seadus, RT I 2001, 58, 354; 23.02.2011, 3

33. Riigihangete seadus, RT I 2007, 15, 76; 14.02.2012, 1

34. Riigihangete seadus (kehtetu alates 01.05.2007), RT I 2000, 84, 534; 2005, 18, 105

35. Sotsiaalhoolekande seadus, RT I 1995, 21, 323; 30.12.2011, 3

36. Tööturuteenuste ja -toetuste seadus, RT I 2005, 54, 430; 10.02.2012, 1

37. Vabariigi Valitsuse 26.02.2001 määrus nr 80 „Asjaajamiskorra ühtsed alused“, RT I 2001, 20, 112; 30.12.2011, 60

38. Vabariigi Valitsuse 23.12.1996 määrus nr 319 „Justiitsministeeriumi põhimääruse kinnitamine“, RT I 1997, 1, 7; 29.12.2011, 131

39. Vabariigi Valitsuse 18.05.2007 määrus nr 158 „Riikliku riigihangete registri põhimäärus“, RT I 2007, 39, 278; 11.10.2011, 2

40. Tartu Ülikooli rektori 16. detsembri 2010. a käskkiri nr 23 „Hankekord“, arvutivõrgus kättesaadav

http://www.ut.ee/livlink_files/1719929.pdf (06.02.2012)

41. Justiitsministri 26.07.2011 käskkiri nr 69 „Riigihangete korraldamine ja lepingute sõlmimine“, arvutivõrgus kättesaadav Justiitsministeeriumi avaliku dokumendiregistri kaudu <http://www.just.ee/jdocs/Default.aspx> (06.02.2012)
42. Võru Linnavalitsuse 23.11.2011. a korraldusega nr 488 „Hankekorra kehtestamine“ kinnitatud hankekord, arvutivõrgus kättesaadav <http://www.voru.ee/files/hankekord.PDF> (02.02.2012)
43. Tallinna Kommunaalameti juhataja 21.12.2011 käskkiri nr 1.1-15/132 „Hankekord“, arvutivõrgus kättesaadav http://tallinnadhs.ml.ee/atp/?id=1255&active=1&month=12&year=2011&keywords=1&asutus=4&c_tpl=1092&keel=ee&command=details&dok_id=1648350 (06.01.2012)
44. Registrate ja Infosüsteemide Keskuse direktori 22.12.2011 käskkirjaga nr 140 kinnitatud Registrate ja Infosüsteemide Keskuse hankekord, arvutivõrgus kättesaadav https://kesksedhanked.rik.ee/wp-content/uploads/2012/01/hankekord_2011.pdf (15.03.2012)
45. Rahandusministri 29.12.2011 käskkiri nr 234 „Rahandusministeeriumi hankekord“, arvutivõrgus kättesaadav https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=486f66f3-eaf1-4791-aa51-51757cc6d24e&groupId=11726 (06.01.2012)
46. AS-i Saarte Liinid 13.01.2012 juhatuse otsusega nr 5 kinnitatud AS Saarte Liinid hankekord, arvutivõrgus kättesaadav <http://www.saarteliinid.ee/upload/File/hankekord-2012.pdf> (15.03.2012)
47. AS-i Tallinna Sadam 20.01.2012 juhatuse otsusega nr 6 kinnitatud hankekord, arvutivõrgus kättesaadav <http://www.portoftallinn.com/hankeplaanid> (27.02.2012)
48. Ravimiameti peadirektori 07.02.2012 käskkirjaga nr 14 kinnitatud hankekord, arvutivõrgus kättesaadav http://www.ravimiamet.ee/vvfiles/0/Hankekord_070212.pdf (15.03.2012)
49. Tartu Linnavalitsuse 06.03.2012 määrus nr 6 „Tartu Linna hankekord“, arvutivõrgus kättesaadav <http://info.raad.tartu.ee/webaktid.nsf/web/gpunid/G967520F460D9B3E1C22579AC004DB9F1?OpenDocument> (15.03.2012)

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

50. EKm 03.12.2001, C-59/00, *Vestergaard*
51. EKo 06.04.2006, C-410/04, *ANAV*
52. EKo 18.12.2007, C-220/06, *Asociación Profesional*

53. EKo 31.01.2008, C-380/05, *Centro Europa*
54. EKo 21.06.2005, C-231/03, *Coname*
55. EKo 25.04.1996, C-87/94, *komisjon vs Belgia*
56. EKo 13.11.2007, C-507/03, *komisjon vs Iirimaa*
57. EKo 18.11.2010, C-226/09, *komisjon vs Iirimaa*
58. EKo 21.02.2004, C-412/04, *komisjon vs Itaalia*
59. EKo 13.09.2007, C-260/04, *komisjon vs Itaalia*
60. EKo 13.11.1990, C-106/89, *Marleasing*
61. EKo 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen*
62. EKo 20.10.2005, C-264/03, *komisjon vs Prantsusmaa*
63. EKo 15.01.2008, C-147/06 ja C-148/06, *SECAP*
64. EKo 07.12.2000, C-324/98, *Telaustria Telefonadress*
65. Esimese Astme Kohtu otsus 12.03.2008, T-345/03, *Evropaiki Dynamiki vs komisjon*,
66. RKHKm 3-3-1-85-07
67. RKHKm 3-3-1-63-08
68. RKHKO 3-3-1-14-00
69. RKHKO 3-3-1-49-08
70. RKHKO 3-3-1-31-11
71. TlnRnKo 07.10.2010, 3-09-3099

Riigihangete vaidlustuskomisjoni otsused

72. Riigihangete vaidlustuskomisjoni 18.07.2011 otsus nr 140-11/124812
73. Riigihangete vaidlustuskomisjoni 18.07.2011 otsus nr 137-11/124812
74. Riigihangete vaidlustuskomisjoni 06.04.2011 otsus nr 68-11/124204
75. Riigihangete Ameti juures asuva vaidlustuskomisjoni 14.12.2009 otsus nr 251-09/114652