

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Triin Jaansalu

**KAITSE- JA JULGEOLEKUVALDKONNAS VÄLJAKUULUTAMISETA
LÄBIRÄÄKIMISTEGA RIIGIHANGE – KEHTIV REGULATSIOON, SELLE
MUUTMISE KAVATSUS NING SEOS KAITSEHANGETE IDEOLOOGIAGA**

Magistritöö

Juhendaja
dr.iur Mari Ann Simovart

Tartu

2021

SISUKORD

SISSEJUHATUS.....	3
1. Väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke olemus.....	10
1.1. Väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke menetlus klassikalise sektori hangetes	10
1.2. Väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke menetlus kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hangetes.....	13
2. Kaitseotstarbeliste asjade ja teenuste tellimine rahuajal.....	22
2.1. Nurjunud hanke erand	22
2.2. Teenuste ja ehitustööde kordamise erand	30
2.3. Asendamise ja täiendamise erand.....	37
3. Kaitsehanked ettenägematutes olukordades	45
3.1. Kriisiolukorra erand.....	45
3.2. Äärmise vajaduse erand.....	52
KOKKUVÕTE	60
SUMMARY.....	66
LÜHENDID.....	72
KASUTATUD ALLIKAD	73
Normatiivaktid.....	73
Kohtulahendid	74
Riigihangete alusdokumendid	75
Kirjandus ja muud allikad.....	75

SISSEJUHATUS

Eesti Vabariigi kaitsekulud on alates 2015. aastast ületanud kaht protsenti sisemajanduse kogutoodangust. 2021. aastal eelarvesse on planeeritud kaitsekulutuste suuruseks ligikaudu 645,5 miljonit eurot, millest täiendavatele kaitseinvesteeringutele on planeeritud umbes 20 miljonit eurot. Riigil on kavas 2021. aastal tugevdada sõjalist võimekust näiteks rannakaitsesüsteemi soetamise, käsituli relvade ja raskerelvastuse väljavahetamise ning laskemoona täiendamisega, lisaks sellele saab olemasolev varustus täiendusi mobiilsete kaldaseireradarite, kaitsekaatrite, aga ka isikukaitsevahendite näol.¹ Ka sisejulgeoleku tagamiseks planeeritakse 2021. a jooksul läbi viia hulgaliselt riigihankeid: nii näiteks on Politsei- ja Piirivalveameti hankeplaani kohaselt kavas osta 11,5 miljoni euro ulatuses laskemoona ning tellida mitmes osas riigi maismaapiiri taristu ehitustöid.² Kõikide selliste vahendite ostmise ja teenuste tellimine tähendab mahukate kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete läbiviimist.

Riigihangete seaduse³ (edaspidi RHS) kuues peatükk on aluseks kaitse- ja julgeolekuvaldkonna kaupade ja teenuste soetamisele. Eeskätt tähendab RHS § 169 lg 1 p 1 mõistes kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihanke (edaspidi kaitsehanke) läbiviimine olukorda, kus ostetakse nii kaitseotstarbelisi asju, mis on projekteeritud või kohandatud sõjaliseks otstarbeks või nende hooldamiseks ja remondiks, kui ka sõjalistel eesmärkidel kasutatavaid materjale. Ka riigisaladuse või salastatud välisteabega seotud asja ostmisel tuleb RHS § 169 lg 1 p 2 järgi kaitsehangete regulatsioonist lähtuda. Seega saab kaitsehanke esemeks olla vaid need tooted ja teenused, mis on otseselt kaitse- või sõjaotstarbelised või seotud nende hooldamise ja remondiga. Lisaks sellele, et kaitsehangete esemed on RHS-s piiritletud, võib RHS § 172 lg-te 1-2 järgi hankija kasutada kaitseotstarbelisi asju ning töid tellides üksnes piiratud hankemenetlust, konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust või võistlevat dialoogi.

Käesolev magistritöö fookuses on kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke menetluse kord ehk RHS § 173 regulatsioon. Riigihangete seaduse

¹ Kaitseministeerium. Eesti kaitsekulud aastal 2021. – <https://kaitseministeerium.ee/et/eesmargid-tegevused/kaitse-eelarve> (24.04.2021).

² Politsei- ja Piirivalveameti arendusosakonna eelarvebüroo juhataja 27.01.2021. a otsus 20-1.1/6-2. Politsei- ja Piirivalveameti hankeplaani 2021.

³ Riigihangete seadus. – RT I, 08.07.2020, 8.

kommenteeritud väljaandes on korduvalt leitud, et kaitsehangete direktiivi 2009/81/EÜ⁴ ja kehtiva RHS § 173 vahel on mitmeid vastuolusid.⁵ Nii näiteks on kehtivas RHS § 173 lg-s 1 seadusandja teinud viite RHS §-le 49, mis annab antud erandliku hankemenetluse läbiviimiseks õiguse ka kunstiteoste loomisel või omandamisel, kuid kunstiteoste erand ei ole direktiivi 2009/81/EÜ järgi kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hankemenetluste korral lubatud. Samuti on seadusandja kasutanud RHS §-s 173 mitmeid kordi viiteid teistele RHS-s sätestatud normidele, panemata sealjuures tähele, et viited avatud hankemenetluse sätetele ei ole asjakohaselt, kuna avatud hankemenetluse liik ei ole RHS § 172 kohaselt kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangetes lubatud. Veelgi enam, direktiiv 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 1 p b ning artikkel 28 lg 3 p a võimaldavad teenuste ja ehitustööde kordamise erandit ning asjade asendamise ja täiendamise erandit teatud juhtudel kasutada ka rohkem kui viis aastat varem sõlmitud hankelepingute puhul, kuid Eesti seadusandja sellist lisatingimust RHS §-s 173 ette ei näe. Seega on Eesti RHS alusel asjade asendamise ja täiendamise ning teenuste ja ehitustööde kordamise erandeid võimalik kasutada märksa piiratumalt, kui seda direktiiv seda võimaldab. Kõige kummastavam on aga magistritöö autori hinnangul fakt, et kehtivas RHS-s ei ole sätestatud direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 1 p-st c tulenevat kriisiolukorra erandit, mistõttu on Eestis taoliste situatsioonidele reageerimine ning kriisiolukordades asjade ja teenuste tellimise võimalused oluliselt piiratumad kui teistes liikmesriikides, kes on kaitsehangete direktiivi 2009/81/EÜ korrektset siseriiklikku õigusesse harmoneerinud.

Kõike eeltoodut arvesse võttes sõnastab magistritöö autor käesolevas töös käsitletava põhiprobleemi: kehtivasse RHS-sse ei ole korrektset üle võetud Euroopa Liidu direktiividest tulenevaid kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete sätteid, mistõttu on RHS §-s 173 sätestatud väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamise eeldusi puudulikult või puuduvad suisa osad direktiivi 2009/81/EÜ artiklist 28 tulenevad antud hankemenetluse kohaldamise erandid. Kuivõrd Rahandusministeerium saatis magistritöö koostamise ajal riigihangete seaduse muutmise eelnõu ministeeriumitele kooskõlastamiseks⁶ ning sellega plaanitakse muuta ka RHS §-st 173 tulenevat väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega

⁴ 13. juuli 2009. a Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ. – ELT L 216, 20.08.2009.

⁵ M. Parind. RHS § 173. – M. A. Simovart, M. Parind. Riigihangete seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019.

⁶ Rahandusministeerium. Riigihangete seaduse ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse. Eelnõu esitamine kooskõlastamiseks. – Eelnõude infosüsteem:

[https://eelnaud.valitsus.ee/main/mount/docList/37835090-f3fe-4048-aa17-](https://eelnaud.valitsus.ee/main/mount/docList/37835090-f3fe-4048-aa17-0114cfca8f0f?fbclid=IwAR1b8gVZISzwax7lccg-PdiVUB-Iz5H_4B0qf7C-1Dxqcl938-eC5YEcog#61czaI5D)

[0114cfca8f0f?fbclid=IwAR1b8gVZISzwax7lccg-PdiVUB-Iz5H_4B0qf7C-1Dxqcl938-eC5YEcog#61czaI5D](https://eelnaud.valitsus.ee/main/mount/docList/37835090-f3fe-4048-aa17-0114cfca8f0f?fbclid=IwAR1b8gVZISzwax7lccg-PdiVUB-Iz5H_4B0qf7C-1Dxqcl938-eC5YEcog#61czaI5D) (24.04.2021).

riigihanke korraldamise aluseid, pole käesolev magistritöö aktuaalne mitte üksnes seetõttu, et selgitada välja antud hankemenetluse regulatsiooni puudused, vaid päevakajaline on ka analüüsida, kas planeeritavad muudatused puudusi tegelikult kõrvaldavad. Seega kätkeb töö nii kehtiva RHS § 173 õigusliku raamistiku analüüsi ja võrdlust direktiiviga 2009/81/EÜ, aga ka hinnangut sellele, kas ministeeriumi poolt pakutud lahendused on piisavad olemasolevate ebakõlade likvideerimiseks. Lisaks sellele tuleneb kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete regulatsiooni analüüsi aktuaalsus asjaolust, et kaitsekulutused moodustavad suure osa riigieelarvest ning antud valdkonna kulutuste osas on suur avalik huvi. Seetõttu on magistritöö autori hinnangul eriti oluline, et RHS kaitsehangete regulatsiooni alusel läbiviidavate riigihangete menetluse kord oleks arusaadav, selge ning kooskõlas Euroopa Liidu õigusega.

Märkimisväärne on seegi, et kehtivas RHS §-s 173 pole probleemiks mitte üksnes asjaolu, et direktiivi 2009/81/EÜ artiklist 28 tulenevad erandid ei ole siseriiklikusse õigusesse täielikult üle võetud, vaid kehtivas RHS §-s 173 on mitmeid ebatäpseid viiteid normidele, mis ei ole kaitsehangetes üldse ajakohased. Seega käsitletakse töös teise põhiprobleemina seda, et kehtivas RHS-s pole väljakuulutamisetähtaajade läbivõetavusega hankemenetluse kõik eeldused sätestatud arusaadavalt ja regulatsioonis esinevad normitehnilised vead. Eeltoodust lähtuvalt on magistritöö üheks alaeesmärgiks kaardistada muuhulgas kehtiva RHS § 173 normitehnilised vastuolud ning vastuolude pinnalt teha ettepanekuid, kas ja kuidas saab olemasolevaid puudusi ületada tõlgendamise teel ning mida tuleb seaduses muuta, et olemasolevaid vastuolusid kõrvaldada.

Käesolevas magistritöös väärivad tähelepanu ka kaitsevaldkonna eripärad. Nimelt on kaitsehanked on tihedalt põimunud liikmesriikide tundliku informatsiooniga (salastatud teabe, riigisaladustega), samuti on iga riigi julgeoleku huvides mõisteta, et riigi sooviks on tagada endale piisav varustus ka kõige keerulistemas situatsioonides. Seetõttu leppisid Euroopa Liidu liikmesriigid kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete regulatsiooni aluseks oleva kaitsehangete direktiivi 2009/81/EÜ luues kokku, et hankijatel peab jääma võimalus seada erinõuded tarnekindluse ja teabeturbe tagamiseks.⁷ Sestap on direktiivi 2009/81/EÜ artiklis 22 ja 23 ette nähtud mitmesuguseid tingimusi, mida kaitsevaldkonna riigihangete puhul hankija võib pakkujalt küsida: näiteks artikkel 22 p a kohaselt on hankijal lubatud küsida kinnitust selle kohta, et pakkuja tagab hankega teatavaks saanud salastatud teabe konfidentsiaalsuse nii hanke

⁷ Direktiiv 2009/81/EÜ põhjenduse p-d 8 ja 9.

ajal kui ka pärast seda või artikli 23 p c kohaselt on hankijal õigus küsida pakkuvalt täiendavaid dokumente tarneahela korralduse ja asukoha kohta. Antud eritingimused on Eesti seadusandja kehtivasse RHS-sse harmoneerinud (RHS § 175 lg-d 1-4, § 178 lg 3) ning neid on hankijal õigus kaitsehanke läbiviimisel kehtestada ka Eestis. Kuna teabeturve ja tarnekindluse erireeglid on sedavõrd iseloomulikud kaitsehangete tunnused, on magistritöö autori hinnangul tegemist kaitsehangete ideoloogia osaga ning neid tuleb kaitsehangete regulatsiooni hinnates alati meeles pidada. Sellepärast vaatleb käesoleva magistritöö autor kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke menetlust teabeturbe ja tarnekindluse eesmärkidest lähtuvalt.

Magistritöö hüpoteesiks on, et käesoleval hetkel ei ole kehtivasse RHS kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete regulatsiooni kohaselt ning täielikult üle võetud direktiivi 2009/81/EÜ artiklist 28 tuleneva väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse alused. Seetõttu on kehtiv RHS § 173 vastuolus kaitsehangete direktiiviga 2009/81/EÜ ning õigusselguse saavutamiseks on vaja muuta RHS §-i 173. Kuivõrd tundliku teabega kaitsehangete puhul on oluline säilitada salastatud teabe konfidentsiaalsus ning riigi kui hankija jaoks on tähtis tagada kaitse- ja sõjaotstarbeliste vahendite ja teenuste tarne ka konfliktisituatsioonides, püstitab töö autor veel teisegi hüpoteesi: ebaselge ja direktiiviga 2009/81/EÜ vastuolus RHS § 173 tõttu puudub hankijal võimalus tagada kaitsehangete väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses igakülgne teabeturve ja tarnekindlus. Sel põhjusel ei ole kehtiv RHS regulatsioon teeninud piisaval määral kaitsehangete ideoloogilisi eesmärke. Kuna 2021. a kevadel saatis Rahandusministeerium teistele ministeeriumitele kooskõlastusringile riigihangete seaduse muutmise eelnõu, siis püstitab magistritöö autor veel kolmanda hüpoteesi: planeeritavad riigihangete seaduse muudatused kõrvaldavad RHS §-s 173 olemasolevad vastuolud kaitsehangete direktiiviga 2009/81/EÜ.

Magistritöö koostamisel on kasutatud kvalitatiivset meetodit, analüüsides kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihangete regulatsiooni oma sisult teoreetiliselt. Näitlikustamaks kehtivat RHS kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse regulatsiooni, kasutab töö autor Riigi Kaitseinvesteeringute Keskuse (edaspidi RKIK) poolt 2020. aastal läbiviidud riigihankeid, kaitsevaldkonna väljakuulutamiseta läbirääkimistega kaitsehangete regulatsiooni Saksamaa ja Ühendkuningriigi õiguses ning Politsei- ja Piirivalveameti (edaspidi PPA) hanke- ja lepingutalituse juristi Merilyn Kulli selgitusi antud menetluse kohaldamise praktika kohta. Õigusliku analüüsis lähtus töö

autor nii RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtetest kui ka RHS §-s 175 sätestatud salastatud teabe ja tarnekindluse nõuetest, Euroopa Liidu üldisest eesmärkidest, samuti õiguskirjanduses ja kohtupraktikas sarnaste küsimuste lahendamisel pakutust.

Eesti õiguskirjanduses leidub vähe allikaid, mis analüüsiks kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete regulatsiooni. Üksnes Mari Ann Simovarti ja Mart Parindi poolt koostatud riigihangete seaduse kommenteeritud väljaandes⁸ on seni kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete regulatsiooni laiapõhjaliselt analüüsinud ning antud teos on ka käesoleva magistritöö oluline algallikas. Lisaks on käesoleva töö allikateks võõrkeelne kirjandus, eeskätt Sue Arrowsmithi ja Martin Trybusi poolt koostatud riigihanketeemalised raamatud⁹ ning riigihanke direktiivide kommentaarid¹⁰. Samuti kuuluvad töö materjalide asjakohased õigusaktid ning Euroopa Kohtu ja Eesti kohtute lahendid. Väljakuulutamisetähtaegade läbimise riigihanke teemal on seni kirjutanud magistritöö Mart Parind¹¹, kes keskendus antud hankemenetlusele autoriõiguste kaitsest lähtuvast vaatepunktist. Samuti on väljakuulutamisetähtaegade läbimise hankemenetlusest teinud teadustöö Kristina Randveer, kelle magistritöö keskendus hankelepingute kiireloomulisuse tõlgendamise küsimustele.¹² Liitlasvägede kiireloomuliste ja ennenägematute riigihangete korraldamise võimalusi on käsitlenud enda magistritöös Ringo Heidmets.¹³ Sellegipoolest ei ole seni põhjalikult uuritud väljakuulutamisetähtaegade läbimise riigihanke menetlust kaitsehangete regulatsioonist lähtuvalt.

Käesolev magistritöö on jaotatud kolmeks suuremaks peatükiks, milles esimeses on käsitletud klassikalise sektori väljakuulutamisetähtaegade läbimise riigihanke ning kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete regulatsiooni olemust. Peatüki eesmärgiks on analüüsida, milles seisneb üldse väljakuulutamisetähtaegade läbimise hankemenetluse olemus ning kuidas

⁸ M. A. Simovart, M. Parind. Riigihangete seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019.

⁹ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. [Volume 1]. Sweet & Maxwell/Thomson Reuters 2014; S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. Regulations in the EU and UK. [Volume 2]. Third Edition. Sweet & Maxwell 2018; M. Trybus. Buying Defence and Security in Europe. The EU Defence and Security Procurement Directive in Context. Cambridge University Press 2014.

¹⁰ M. Steinicke, P. L. Vesterdorf (ed). Brussels Commentary. EU Public Procurement Law. C. H. Beck, Hart, Nomos 2018.

¹¹ M. Parind. Autoriõiguse kaitse kui väljakuulutamisetähtaegade läbimise hankemenetluse kasutamise alus. Magistritöö. Juhendaja Kadri Matteus. Tallinn: Tallinna Ülikool 2016.

¹² K. Randveer. Hankelepingu sõlmimise kiireloomulisus Eestis ja Euroopa Liidus. Magistritöö. Juhendaja Carri Ginter. Tartu: Tartu Ülikool 2019.

¹³ R. Heidmets, Riigihangete seaduse rakendamise probleematika liitlasvägede kiireloomuliste ja ennenägematute vajaduste kontekstis. Magistritöö. Juhendaja Alar Urm. Tallinn: Tallinna Tehnikaülikool 2018.

selline erandlik hankemenetluse liik sobitub kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas vajalike kaupade ja teenuste ostmiseks. Veelgi enam, peatükk avab põgusalt kaitsevaldkonna riigihangete ühise regulatsiooni loomise ajalugu, mõistmaks, kuidas üldse Euroopa Liidu riigid jõudsid arusaamale, et seni suveräänsuse osaks olnud kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas tuleks ühtne seadusandlus luua. Antud peatükk on vajalik, et mõista RHS §-s 173 ja direktiivi 2009/81/EÜ artiklis 28 sätestatud väljakuulutamisetähtaegide riigihanke korraldamise aluste täpsemat sisu ja selle ideoloogiat.

Teine ja kolmas peatükk analüüsib väljakuulutamisetähtaegidega hankemenetluse kohaldamise erandeid kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas, kusjuures teise peatüki fookuses on need erandid, mis on aktuaalsed peaaugult rahuaja tingimustes teenuste tellimisele ja asjade soetamisele, ning kolmanda peatüki fookuses erandid, mis on kohaldatavad eeskätt ootamatutes olukordades ja kriisisituatsioonides reageerimiseks. Teine peatükk kätkeb endas nurjunud hanke erandi (RHS § 173 lg 1 p 1), teenuste ja ehitustööde kordamise (RHS § 173 lg 5) ning asjade asendamise ja täiendamise (RHS § 173 lg 4) erandite analüüsi. Peatükk vastab küsimustele, kas nimetatud erandid on kehtivasse RHS-sse üle võetud korrektelt ning ammendavalt ehk kas nimetatud erandid on kooskõlas kaitsehangete direktiiviga 2009/81/EÜ. Lisaks sellele hindab antud peatükis magistr töö autor kehtiva regulatsiooni kooskõla normitehniliste reeglitega, mõistmaks, kas kehtiv seadus on arusaadav ka seaduse rakendaja jaoks.

Kolmandas peatükis fookuses on aga äärmise vajaduse erandi regulatsiooni (RHS § 173 lg 1 p 3) ning kehtivas RHS-s puuduv kriisilukorra erand (direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 1 p c). Sarnaselt teisele peatükile, vastatakse ka kolmandas peatükis magistr töö põhiküsimustele, st kas olemasolev regulatsioon on korrektelt üle võetud ning milles seisnevad vastuolud direktiiviga 2009/81/EÜ. Samuti vaatleb viimane peatükk, kas kriisilukorra erandit on võimalik asendada äärmise vajaduse erandiga ning milles seisneb nende kahe erinevus. Nii teise kui ka kolmanda peatüki käigus teeb magistr töö autor ettepanekuid, kuidas esile kerkinud probleeme ületada ning hindab, kas seni kehtinud regulatsioon on taganud piisavalt kaitsehangete olulisi teabeturbe ja tarnekindluse tingimusi. Samuti analüüsib töö autor mõlemas peatükis Rahandusministeeriumi poolt pakutud seadusemuudatuse eelnõud, uurides, kas muudatused on piisavad puuduste kõrvaldamiseks.

Magistritöö autor soovib eriliselt tänada töö juhendajat Mari Ann Simovarti põhjaliku ja toetava juhendamise eest. Samuti soovib autor tänada PPA hanke- ja lepingutalituse juristi M. Kulli, kes selgitas, milliste probleemidega praktikas seisavad silmitsi kaitsehangete korraldajad.

Tööd iseloomustavad märksõnad on järgmised: riigihanked, hankemenetlus, riigihanke üldpõhimõtted, kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihanked, teabeturve, tarnekindlus, Euroopa Liidu õigus

1. Väljakuulutamisetä läbirääkimistega riigihanke olemus

1.1. Väljakuulutamisetä läbirääkimistega riigihanke menetlus klassikalise sektori hangetes

Euroopa Liidu lepingu (edaspidi ELL) kohaselt on liidu eesmärgiks rajada ühtne siseturg, mis põhineb tasakaalustatud majanduskasvul, stabiilsetel hindadel ja kõrge konkurentsivõimega turumajandusel.¹⁴ Euroopa Liidu Toimimise Lepingu (edaspidi ELTL)¹⁵ artikkel 26 lg 2 kohaselt on siseturg „sisepiirideta ala, mille ulatuses tagatakse kaupade, isikute, teenuste ja kapitali vaba liikumine vastavalt aluslepingute sätetele“. Siseturu loomiseks ja toimimiseks vajalike meetmete loojaks on ELTL artikkel 26 lg 1 järgi Euroopa Liit. Ka riigihanket ja nende korraldamist reguleerivad direktiivid on osa Euroopa Liidu ühisturgu reguleerivatest konkurentsieeskirjadest.¹⁶ Eeltoodust lähtuvalt tuleb riigihangete korraldamisel arvestada mitte üksnes Euroopa Liidu teisest õigust, vaid ka esmasest õigusest tulevaid mõjusid.

Hankemenetlust on Euroopa Liidu seadusandja sätestanud mitmete direktiividega: direktiiv 2014/23/EL on aluseks kontsessioonilepingute sõlmimiseks¹⁷, hankedirektiiv 2014/24/EL reguleerib peaaesjalikult kaupade ja teenuste riigihanket¹⁸ ning direktiiv 2014/25/EL vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste hanket¹⁹. Riigihanket reguleerivate direktiivide kohaselt peab liikmesriikides läbiviidud riigihanked olema kooskõlas ELTL-s sätestatud põhimõtetega, järgides eeskätt kaupade vaba liikumist, teenuste vaba osutamist ning nendest põhimõtetest tulenevaid printsiipe nagu võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine, läbipaistvus ja proportsionaalsus. Direktiivides sätestatud normid on aluseks liikmesriikides riigihangete korraldamisele, et tagada võimalikult avatud ja läbipaistev konkurents.²⁰ Nimetatud hankedirektiivid on asjakohased ka kaitse- ja julgeolekuvaldkonna

¹⁴ Euroopa Liidu lepingu konsolideeritud versioon. – EÜT C 2020, 7.6.2016, artikkel 3 p 3.

¹⁵ Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 326, 26.10.2012.

¹⁶ K.-S. Jaago. Ülevõtmisperioodil riigihangete mõju riigisisesele õiguskorrale. – Juridica 2015/3.

¹⁷ 26. veebruari 2014. a Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, 28.03.2014.

¹⁸ 26. veebruari 2014. a Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.03.2014.

¹⁹ 26. veebruari 2014. a Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihanket ja millega tunnistatakse kehtetuks 2004/17/EÜ. – ELT L 94, 28.3.2014.

²⁰ Direktiiv 2014/24/EL põhjendus p 1.

hankijatele, kuivõrd kehtib põhimõte, et kui kaitsehangete direktiivi 2009/81/EÜ erandid ei kehti, tuleb hangete korraldamise aluseks võtta hankedirektiivide põhimõtted.²¹

Kehtiva RHS § 4 p 16 kohaselt nimetatakse riigihankeks asja ostmist, teenuse tellimist, ideekavandi saatmist, ehitustöö tellimist või kontsessioonilepingu sõlmimist hankija poolt. Seevastu direktiivi 2014/24/EL artikkel 1 lg 2 kohaselt mõistetakse hangete all avaliku sektori hankijate nii ehitustööde, asjade või teenuste hankimist riigihankelepingu, olenemata sellest, kas kõnealused ehitustööd, asjad või teenused teenivad avalikke huve. Riigihange iseenesest ongi hankelepingu sõlmimisele eelnev menetlus, mille käigus selgitatakse välja parim pakkumus ja sobivaim lepingupartner.²² Seeläbi on võimalik saavutada RHS § 2 lg-s 1 sätestatud riigihanke eesmärgid ehk hankija rahaliste vahendite võimalikult läbipaistvat, otstarbekat ja säästlikku kasutamist, isikute võrdset kohtlemist ja konkurentsi efektiivset ärakasutamist ning lisaks ka ELTL-st tulenevaid Euroopa Liidu ühtse siseturu toimimiseks vajalikke põhimõtteid. Selleks, et tagada aus ja läbipaistev konkurents üle kogu siseturu, on äärmiselt oluline, et liikmesriikide regulatsioon riigihangete läbiviimisel on ühte ja arusaadav kõikidele hankijatele ja pakkujatele. Ka Euroopa Kohus on selgitanud, et riigihangete regulatsiooni eesmärgiks on kõrvaldada igasugused takistused kaupade ja teenuste vabaks liikumiseks ning avada liikmesriikides tervislik konkurents.²³

Üheks kõige levinuimaks riigihanke menetluseks on avatud hankemenetlus²⁴, mis algab üldjuhul hanketeate avaldamisega ning millele järgneb pakumuste esitamine, avamine ja hindamine. Sel viisil riigihanke korraldamine tagab kõige enam riigihanke üldiseid eesmärgid, pakkudes võimalikult avatu ja läbipaistva konkurentsi. Ometigi on seadusega ette nähtud ka erandlikeks olukordadeks erinevaid menetlusi. Üheks selliseks on väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihange.

Vastupidiselt avatud hankemenetlusele algab väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus RHS § 72 lg 1 järgi esmalt läbirääkimiste pidamise ettepaneku tegemisega ühele

²¹ EK C-337/05.

²² D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, lk 19.

²³ EK C-23/07, p 44.

²⁴ 2019. aastal algatati kõige enam hankeid justnimelt avatud hankemenetlusena, st 48% aasta jooksul algatatud hankemenetlustes. 2018. aastal moodustas avatud hankemenetlus 40% kogu aasta jooksul algatatud hangetest. – Rahandusministeerium. 2019. aasta riigihangete statistiline kokkuvõte (aprill 2020) ja 2018. aasta riigihangete statistiline kokkuvõte (juuli 2019). – <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/riigihankemaastiku-kokkuvotted> (24.04.2021).

või mitmele hankija poolt valitud ettevõtjale. Seega pole hankija kohustatud riigihanget välja kuulutama Riigihangete Registris ning hanke võib läbi viia ka mitteelektroniliselt.²⁵ Hankijal endal on õigus valida, kellele teeb ta ettepaneku läbirääkimiste alustamiseks. Kuigi ka väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke korral ei või hankija sõlmida hankelepingu sellise isikuga, kellel esinevad kohustuslikud kõrvaldamise alused, ei ole hankijal siiski sellises erandlikus hankemenetluses üldist kohustust aktiivselt kontrollida hankes osaleva ettevõtte kõrvaldamise aluseid. Antud nõuetega kooskõla peab hankija kontrollima üksnes siis, kui selleks on kahtlus.²⁶

Kuna väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses osalevad üksnes hankija enda poolt valitud ettevõtted, on tegemist kõige vähem läbipaistvama ja kõige enam konkurentsi piirava hankemenetluse liigiga.²⁷ Hankijal on sel puhul avar kaalutlusruum hindamaks, kas ettevõtja kvalifikatsioon on piisav hankelepingu nõuetekohaseks täitmiseks. Õiguskirjanduse kohaselt piisab seaduse järgimiseks üksnes ligikaudsest hinnangust selle kohta, millist kvalifikatsiooni on üldiselt vaja antud lepingu täitmiseks ja kas antud ettevõtjal on vastav suutlikkus ja pädevus selleks olemas.²⁸ Väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus lõppeb pärast hankelepingu või raamlepingu sõlmimist Riigihangete Registrile teate esitamisega. Kui pooled ei jõua konkreetse hankelepingu sõlmimiseni ja piirdutakse üksnes läbirääkimistega, puudub hankijal kohustus teavitada registrit antud hankemenetluse toimumisest.²⁹

Euroopa Kohtu praktikas on selgitatud, et läbirääkimistega menetlus on väga erandlik menetluse liik ning seda tuleb kohaldada üksnes seaduses sätestatud juhtudel. Seetõttu on direktiivides loetletud ammendavalt ja selgelt need olukorrad, millal antud menetlus on lubatud.³⁰ Lisaks sellele ei ole liikmesriikidel lubatud direktiividest tuleneva erandliku menetluse kasutamise juhtusid ega ka tingimusi muuta või neile midagi lisada, et lihtsustada hankijate jaoks antud erandliku hankemenetluse läbiviimist.³¹ Eeltoodust lähtuvalt tuleb

²⁵ Registriväliselt ja mitteelektroniliselt riigihanke korraldamine on lubatud juhul, kui pakkujalt mingisuguseid pakkumusega seotud dokumente ei nõuta, hankelepingu tingimused selguvad läbirääkimiste käigus ja ainuke vormistav dokument on kas hankeleping või raamleping. – Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde (450 SE), lk 67.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ TlnHKO 3-15-1709, p 14.2.

²⁸ M. Parind. RHS § 72/4.

²⁹ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde (450 SE), lk 67.

³⁰ EK C-337/05, p 56; C-19/13, p 49.

³¹ EK C-84/03, p 48; C-337/05, p 57.

väljakuulutamiset läbirääkimistega hankemenetluse norme tõlgendada üksnes kitsalt³² ja kahtluse korral lähtuda kitsast tõlgendamisviisist³³.

Eespool öeldut arvesse võttes on riigihange oluline osa Euroopa Liidu ühtsest siseturust. Selleks, et tagada ELTL sätestatud üldisi põhimõtteid nagu avatud ja läbipaistev konkurents, kaupade ja teenuste vaba liikumine ning isikute võrdne kohtlemine, peab liikmesriikide seadusandlus olema ühtne. Ainult nii on võimalik kindlustada see, et kõiki pakkujaid ja hankijaid koheldakse üle terve liidu samasuguselt. Lisaks samasugusele regulatsioonile tagab ausa ja avatud konkurentsi ka võimalikult läbipaistev riigihankemenetlus. Ometigi ei ole alati avatud menetluse kasutamine võimalik ning asju või teenuseid tuleb osta märksa piiratumaid menetlusi kasutades. Sellised olukorrad peavad aga olema põhjendatud ning nende läbiviimine toimuma vaid seaduses sätestatud juhtudel. Kuivõrd kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas toimuvad suuremahulised hanked on tihti tundliku sisuga liikmesriigi julgeoleku ja turvalisuse kaalutlusel, on antud valdkonnas vähem läbipaistvamad hanked magistritöö autori hinnangul rohkem õigustatud kui tavapärastes valdkondades. Järgmises peatükis analüüsib magistritöö autor, millistes olukordades saab kaitse- ja julgeolekuvaldkonna eriregulatsiooni kasutada.

1.2. Väljakuulutamiset läbirääkimistega riigihanke menetlus kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hangetes

Kaitse- ja julgeolekuvaldkond ja selle aluseks olev õiguslik raamistik on olnud pikalt riikide suveräänsuse osa.³⁴ Seetõttu pole kaitsevaldkonna tööstus ning selle kaudu varustuse tellimine olnud mitte üksnes tundlik siseriiklik valdkond³⁵, vaid ka oluline ja sümboolne osa riigi poliitikast ja majandusest.³⁶ Eeltoodust lähtuvalt on mõistetav, miks on kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas varustuse hankimine ning taristu loomine olnud pikalt reguleeritud

³² EK C-199/85, p14; C-157/06, p 23; TlnHKo 3-18-2743, p 15; TlnRKm 3-17-769, p 12, TlnRKo 3-15-1709, p 16.

³³ EK C-340/02, p 38; TlnRKo 3-15-853, p 16; TlnRKo 3-16-2129, p 17.

³⁴ Direktiiv 2009/81/EÜ põhjendus p 8.

³⁵ B. Heuninckx. Defence Procurement Law in Europe – The Role of International Organisations. Third Public Procurement Research Students Conference.

³⁶ B. Schmitt (rapporteur). Defence Procurement in the European Union – The Current Debate (EÜ Institute for Security Studies, 2005) p 11; M. Trybus. European Defence Procurement law – International and National Procurement Systems as Models for a Liberalised Defence Procurement Market in Europe (London: Kluwer Law International, 1999), p 25; J. Mawdsley, G. Quille *et.al.* Equipping the Rapid Reaction Force – Options for and Constraints on a European Defence Equipment Strategy, Paper 33 (Bonn International Centre for Conversion, 2003), p 29.

peaasjalikult riigi enda õiguse alusel. Ometigi leiti Euroopa Liidus 2003. aastal, et luua tuleks ühtne, läbipaistvam ja avatum Euroopa kaitsevarustusturg. Vajadus ühtse regulatsiooni järele oli tingitud peaasjalikult kaitse- ja julgeolekuvaldkonna vajaduste muutustest.³⁷

Kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete regulatsiooni uurides on oluline mõista taustana Euroopa Liidu kaitsevaldkonna poliitikat, majandus, aga ka tööstuse ajalugu.³⁸ Vaadeldes ajalugu, nähtub selgelt, et külma sõja järgses maailmas on kaitse- ja julgeolekuvaldkond olnud pidevas muutuses. Kui varem oli riikide peamiseks kaitse- ja julgeolekuvaldkonna eesmärgiks tagada varustus, taristu ja pädevad inimesed võimaliku rünnaku tarbeks enda riigi territooriumil, siis nüüd on Euroopa riikide väed suunanud enda tegevuse pigem erinevates konfliktipiirkondades üle kogu maailma rahuvalveoperatsioonide kaudu rahu tagamisele.³⁹ Sarnast muutust on näha Eestis, kuivõrd taasiseseisvumise järel hakkas ka Eesti osalema välisoperatsioonidel rahu tagamise eesmärgil.⁴⁰ Kuigi Välisministeeriumi kodulehe põhjal on rahuvalvemissioonidel osalemine oluline parimate praktikate ja kogemuste hankimiseks ning Euroopa Liidu ühtse välis- ja julgeolekupoliitikasse panustamiseks⁴¹, on korduvalt nenditud, et missioonidel liitlast abistamine annab hoopis Eestile kindlust, et liitlased abistavad vajadusel tulevikus Eestit⁴². Seega on rahuvalvemissioonid täitnud kaudselt ka Eesti riigi suveräänsuse tagamise ülesandeid. Missioonid üle terve maailma eeldavad aga teistsugust kaitsevarustust kui seda, mis on vajalik siseriikliku julgeoleku tagamiseks. Seetõttu pole kaitsevaldkonna vajadus enam mitte niivõrd suures hulgas soomustatud sõidukite järele, vaid rõhk on suuresti õhutranspordil ja spetsiaalsel väljaõppel.⁴³ Lisaks sellele tähendavad rahuvalveoperatsioonid

³⁷ Euroopa Ühenduste Komisjon. Roheline raamat. Kaitsealased riigihanked. 23.04.2004, lk 3.

³⁸ B. Heuninckx. Defence Procurement and the European Defence Equipment Market: the Virtues of Kissing the Frog. (2015)4 Public Procurement Law Review.

³⁹ M. Flournoy, J. Smith *et al.* European Defense Integration: Bridging the Gap between Strategy and Capabilities. (Center for Strategic and International Studies, 2005), pp 18 *et seq.*; S. Neuman. Defense Industries and Dependency: Current and Future Trends in the Global Defense Sector. (International Relations and Security Network, 2006), p 6; W. Van Eekelen. The Parliamentary Dimension of Defence Procurement – Requirements, Production, Cooperation and Acquisition. Occasional Paper – No 5 (Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2005), p 1.

⁴⁰ Eesti Kaitsevägi. Operatsioonid. – <https://mil.ee/operatsioonid/#t-operatsioonid-alates-1995> (24.04.2021).

⁴¹ Välisministeerium. Eesti osalemine tsiviilmissioonidel ja EL sõjalistel operatsioonidel. – <https://vm.ee/et/eesti-osalemine-rahvusvahelistel-tsiviilmissioonidel> (24.04.2021).

⁴² Sellist seisukohta on avaldanud näiteks endine kaitseminister Jüri Luik ja ajakirjanik Toomas Sildam. – Eesti Rahvusringhääling. Jüri Luik: Afganistani missioon oli Eesti jaoks väga tähtis. – <https://www.err.ee/1608179131/juri-luik-afganistani-missioon-oli-eesti-jaoks-vaga-tahtis> (24.04.2021); Eesti Rahvusringhääling. Toomas Sildam: Eesti ei läinud Afganistani demokraatiat viima. – <https://www.err.ee/1608182260/toomas-sildam-eesti-ei-lainud-afganistani-demokraatiat-viima> (24.04.2021).

⁴³ K. Vlachos. Safeguarding European Competitiveness – Strategies for the Future European Arms Production and Procurement. Occasional Paper No 4 (WEU Institute for Security Studies, 1998), § 2.5; J.J. Andresson. Cold War Dinosaurs or High-Tech Arms Providers? The West European Land Armaments Industry at the Turn of the Millennium. Occasional Paper No 23, (WEU Institute for Security Study, 2001), p 6; J-P. Maulny *et al.* Cooperative Lessons Learned: How to Launch a Successful Co-Operative Programme. Final Report for Study

muuhulgas riikidevahelist koostööd nii rahuvalveks vajalike tegevuste ja töö planeerimisel, aga ka tehnikat jagades.⁴⁴ Ka on aja jooksul märkimisväärselt hägustunud piir kaitse- ja julgeolekuvaldkonna varustuse ja materjalide ning tsiviilkäibes kasutatavate asjade vahel ning üha enam kasutatakse kaitsevaldkonnas tehnikat, mis on omane ka tsiviilkäibeale.⁴⁵ Veelgi enam, muutus on toimunud ka riikide enda eesmärkides: külma sõja järgselt vähenesid riikide kaitsekulutused, mistõttu pidi enda tootmis- ja arendustegevusi kärpima ka kaitsetööstus.⁴⁶

2003. aastal oli liikmesriikidele selge, et efektiivsuse ja ühisturu tagamiseks tuleb muuta senist killustatud kaitsehangete korda ning luua ühtne süsteem. Kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihankeid iseloomustas toona riikide vaheline eraldatus, liikmesriikide endi kaitsehangete eripärad ja erinevad õiguslikud raamistikud. Nii kaitsevaldkonna tööstusele kui ka liikmesriikidele sai selgeks, et liikmesriigid ise ei suuda tagada piisavalt rahalisi vahendeid, et igas riigis kaitsetööstust arendada. Selle asemel leidsid Euroopa Liidu liikmesriigid, et killustatuse asemel tuleb arendada ja tugevdada suuremas mahus relvastusalast koostööd ning avada kaitseturud kogu Euroopa tasandil. Seetõttu pidasid liikmesriigid mõistlikuks luua ühtne kaitse- ja julgeolekuvaldkonna regulatsioon, mis võimaldaks üle kogu liidu kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hankeid läbi viia, kuid samas arvestada ka liikmesriikide endi kaitsealaseid huvisid ning konfidentsiaalsust.⁴⁷

Enne ühtse regulatsiooni loomist oli riigihangete valdkond reguleeritud direktiiviga 2004/17/EÜ⁴⁸ ja 2004/18/EÜ⁴⁹, mis aga ei sobinud kaitse- ja julgeolekuvaldkonna

06-EDA-008 (IRIS/CER/DGAP/IAI, 2006), pp 10 *et seq.*; M. Flournoy, J. Smith *et al.* European Defense Integration: Bridging the Gap between Strategy and Capabilities. (Center for Strategic and International Studies, 2005), p 35.

⁴⁴ M. Flournoy, J. Smith *et al.* European Defense Integration: Bridging the Gap between Strategy and Capabilities. (Center for Strategic and International Studies, 2005), p 30; Communication from the Commission: European defence – industrial and market issues – Towards an EU Defence Equipment Policy. COM(2003)113, 11 March 2003, p 6; R. Wolsztynski. The French Air Force: European Integration Factors. (2006) 8(3) RUSI Defence Systems, p 2.

⁴⁵ European Commission. The Challenges Facing the European Defence-Related industry, a Contribution for Action at the European Level. COM(96) 10, 24 January 1996, s. 2.1.1.

⁴⁶ G. Dehn (ed). Blowing the Whistle on Defence Procurement (Speaking Up by Sector). (1995, Public Concern at Work), p 15; Communication from the Commission: The Challenges Facing the European Defence-Related industry, a Contribution for Action at the European level. COM(96)10, 24 January 1996, §§ 1 and 2.1.1.

⁴⁷ Euroopa Ühenduste Komisjon. Roheline raamat. Kaitsealased riigihanked. 23.04.2004, lk 3-4.

⁴⁸ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, millega koostöelastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134. 30.04.2004.

⁴⁹ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra koostöelastamise kohta. – ELT L 134, 30.04.2004.

eripäradega.⁵⁰ Kaitsehangete korraldamisel lähtuti ELTL artiklist 346 (endine artikkel 296), mille kohaselt polnud ühelgi liikmesriigil kohustust avaldada oma julgeolekuhuvide kohta informatsiooni ning igal liikmesriigil oli õigus võtta kasutusele igasuguseid meetmeid, mis on vajalikud julgeolekuhuvide kaitseks ning seotud relvade, laskemoona või sõjavarustuse tootmise või kaubandusega. 2005. aastaks oli olukord jõudnud selleni, et üle 50% Euroopa Liidu liikmesriikide kaitsehangetest viidi läbi ilma igasuguse liiduülese regulatsioonita, tuginedes toona peaaesjalikult artikli 346 erandile.⁵¹ Kuna aga Euroopa Liidu üheks aluseks on ühisturg, tuli artikli 346 erandile tuginemisel silmas pidada, et „meetmed ei või avaldada ebasoovitavat mõju selliste toodete konkurentsitingimustele siseturus, mis ei ole mõeldud spetsiaalselt sõjaliseks otstarbeks“ (ELTL art 346 lg 1 p b). Tuginedes aga igasugustel kaitsevaldkonna hangetel ELTL artiklile 346, kuritarvitati laiaulatuslikult antud sätet ning sellega kannatas liidu ühisturg.⁵²

Lahendamaks killustatud kaitse- ja julgeolekuturgu, võttis Euroopa Liit 2009. aastal vastu kaitsehankeid puudutava direktiivi 2009/81/EÜ⁵³. Direktiivis lepidi kokku, et kehtima jääb ka ELTL artikkel 346 ning liikmesriigil on õigus sellele tugineda, kui see on hädavajalik kõrgete tarnekindluste nõuete pärast või suveräänsuse seisukohalt.⁵⁴ Seega on jätkuvalt võimalik liikmesriigil tugineda ELTL artiklile 346 ning julgeolekukaalutlustel kõrvale kalduda ühtsest kaitsehangete direktiivist, rikkumata sealjuures kaupade ja teenuste vaba liikumise põhimõtet.⁵⁵ Samas on Euroopa Kohus korduvalt leidnud, et artiklist 346 tulenevale erandile tuginemise võimalusi tuleb tõlgendada kitsalt.⁵⁶ Liikmesriigid pidid direktiivist tuleneva regulatsiooni enda riigisisesele õigusesse harmoneerima hiljemalt 21. augustiks 2011. aastal. Eesti seadusandja hilines direktiivi ülevõtmisega ning direktiivist 2009/81/EÜ tulenevad põhimõtted jõustusid

⁵⁰ Sellisele seisukohale oli asunud mitmed kaitsevaldkonna spetsialistid. A. Georgopoloulus. The Commission's Green Paper on Defence Procurement. (2005) 14 Public Procurement Law Review NA24; M. Trybus. European Defence Procurement law – International and national Procurement Systems as Models for a Liberalised Defence Procurement Market in Europe (1999); B. Heuninckx. Defence Procurement in the EU: Time to Listen to the Wake-Up Calls (2006) 7 Business Law International 208; A. Georgopoulos. Defence Procurement and EU Law (2005) 30 European Law Review 559; B. Smhmitt (rapporteur). Defence Procurement in the European Union – The Current Debate (Institute for Security Studies, 2005); M. Trybus. Defence Procurement: The new Public Sector Directive and Beyond (2004) 13 Public Procurement Law Review 198.

⁵¹ European Defence Agency Press Release. EU Governments Agree Voluntary Code for Cross-Border Competition in Defence Equipment Market. 21 November 2005; European Defence Agency Press Release. EDA Welcomes European Commission Move on Defence Procurement Rules, 6 December 2005.

⁵² European Commission. Communication on the results of the consultation launched by the Green Paper on Defence Procurement and on the future Commission initiatives. COM(2005)626, 6 December 2005, s 1.3.

⁵³ 13. juuli 2009. a Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihanketingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ. – ELT L 216, 20.08.2009.

⁵⁴ Direktiivi 2009/81/EÜ põhjendus 16.

⁵⁵ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. [Volume 2], p 159.

⁵⁶ EK C-239/06, p 47; C-284/05, p 46; C-294/05, p 46, C-615/10, p 35; C-246/12, p 17.

riigihangete seaduses 24. veebruaril 2012. aastal.⁵⁷ Pärast seda on kaitsehangete regulatsioon Eesti riigihangete seaduses püsinud muutmatult. Käesoleva magistritöö koostamise hetkel saatis Rahandusministeerium teistele ministeeriumitele ja asutustele kooskõlastusringile RHS muutmise seaduse eelnõu, milles planeeritakse muuta ka kaitsevaldkonna riigihangete regulatsiooni.⁵⁸

Direktiiv 2009/81/EÜ harmoneerimisel loodi RHS-sse eraldi peatükk nende riigihangete tarbeks, mille raames soetatakse kaitse- ja julgeolekuvaldkonna tooteid ja teenuseid. Euroopa Liidu nõukogu kehtestas juba 15. aprillil 1958. aastal, milliste toodete puhul on võimalik rääkida kaitse- ja julgeolekuvaldkonda kuuluvatest toodetest.⁵⁹ Kuivõrd aga ajas on kaitsetehnika sedavõrd muutunud, tuleb antud nimekirja direktiivi 2009/81/EÜ ja kehtiva RHS vaatenurgast tõlgendada laialt.⁶⁰ RHS § 169 lg 1 sätestab need asjad ja teenused, mille soetamise ja tellimise puhul on tegemist kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihankega ning millele kohaldub seega RHS kuuendas peatükis sätestatu. Kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hanke korraga on tegemist olukorras, kus hankija soetab kaitseotstarbelise asja, mis on spetsiaalselt projekteeritud või kohandatud sõjaliseks otstarbeks ning mis hõlmab laskemoona, relvastust, lõhkeainet, side- ja seirevarustust, riide- ja erivarustust, maismaa-, mere- ja õhusõidukeid, samuti nendega seotud parandus- ja hooldusvahendeid ning muid sõjalisel eesmärgil kasutatavaid materjale. Lisaks loetakse kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihankeks neid hankeid, kus ostetakse asi, mis on seotud riigisaladuse või salastatud välisteabega või hoopis tellitakse sõjalise või julgeotstarbega teenust või ehitustööd. Samas tuleb meeles pidada, et mitte kõikide kaitse- ja julgeolekuvaldkonnaga seotud asjade ostmisel või teenuste tellimisel ei pea RHS-s sätestatud regulatsiooni järgima. Nimelt, võttes arvesse valdkonna eripärana kaitse- ja julgeolekuvaldkonna osaliselt salajasust ning riikidevahelist koostööd sõjaotstarbeliste asjade soetamisel, on RHS §-s 169 ja § 170 nähtud ette rida olukordi, mil siiski RHS-s sätestatud hangete läbiviimise korra ei pea lähtuma.

⁵⁷ Riigikogu. Riigihangete seaduse muutmise seadus 113 SE. Eelnõu menetluse käik. – <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/5498ac05-bc6e-7882-13a3-328366ee31f2/Riigihangete%20seaduse%20muutmise%20seadus> (24.04.2021).

⁵⁸ Riigihangete seaduse ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus – eelnõu. – Eelnõude infosüsteem: <https://eelnoud.valitsus.ee/main#PTCm9lri> (24.04.2021).

⁵⁹ Euroopa Liidu nõukogu 15.04.1958. a otsus 255/58, millega kehtestatakse aluslepingu endise artikli 223 lõike 1 punkti b reguleerimisalasse kuuluvate toodete (relvad, laskemoon ja sõjatehnika) loetelu.

⁶⁰ Direktiivi 2009/81/EÜ põhjendus p 10.

Kaitsehangete puhul on oluline tähele panna, et Euroopa Liidu seadusandja on näinud kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete menetlustele ette piirangu, mistõttu pole kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hankeid võimalik läbi viia kõiki hankemenetluse liike kasutades. RHS § 172 lg 1 ja 2 ning § 173 kohaselt on selles valdkonnas lubatud üksnes piiratud hankemenetluse, konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse, võistleva dialoogi ning väljakuulutamisetega läbirääkimistega riigihangete korraldamine. Kaitse- ja julgeolekuvaldkonna tundlikkuse ja osaliselt salastatuse tõttu puudub võimalus osta või tellida sõjalise ja julgeolekuga seotud asju ja teenuseid kõige klassikalisemat ning läbipaistvaimat menetluse liiki – avatud hankemenetlust – kasutades.

Kaitsehangete eripäraks on valdkonnaspetsiifilised tingimused, mida hankija võib seada riigihankes osalevatele ettevõtetele: hankija võib määrata hankelepingu tingimustena salastatud teabe kaitse nõuded (RHS § 175 lg 1) ja tarnekindluse nõuded (RHS § 175 lg-d 2–4) ning teabeturbealased kvalifitseerimistingimused (RHS § 178 lg 3). Salastatud teabe kaitseks on kaitsehangetes hankijal võimalik kehtestada RHS § 175 lg 1 järgi nõue, et hankijal peab olema olemas riigisaladuse töötlemise luba, tema töötajal riigisaladusele juurdepääsu luba või salastatud välisteabe sertifikaat. Kui pakkuja nendele nõuetele ei vasta, puudub tal juurdepääs riigihanke alusdokumentidele ning võimalus hankes osaleda. RHS § 175 lg-s 2–4 sätestatud tarnekindluse tagamise tingimused annavad hankijale võimaluse seada selliseid hankelepingu tingimusi, mis on esmatähtsad eeskätt kriisisituatsioonides, kui õigeaegsed tarnetel on elutähtis roll.⁶¹ Tarnekindluse tagamise tingimused on olulised ka selleks, et tagada pika kasutuseaga militaarvarustusele aastatepikkust logistilist tuge, uuendusi, vajadusel ka asendamist või tuge nende parandamisel.⁶² Tarnekindluse tagamiseks on hankijal õigus küsida hankes osalejalt kas täiendavaid dokumente, tõendeid või kinnitusi näiteks tarneahela asukoha kohta (RHS § 175 lg 2 p 3), sõjaseisukorra, hädaolukorras või erakorraliste sündmuste puhuks tarnete toimimise kohta (RHS § 175 lg 2 p 4 ja 5) või asjade uuendamise ja parandamise kohta (RHS § 175 lg 2 p 6). Kolmas oluline erinevus kaitsehangetel on ka teabeturbe nõuded, kus pakkuja peab kinnitama, et neile teatavaks saanud salastatud teave on konfidentsiaalne nii hankemenetluse ajal kui ka pärast hankelepingu lõpetamist (RHS § 178 lg 3). Täiendavate tarne- kui ka konfidentsiaalsustingimuste seadmine oli oluline juba kaitsehangete direktiivi loomise hetkel

⁶¹ Directorate General Internal Market and Services. Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of Defence and security. Guidance Note. Security of Supply, p 1.

⁶² M. Parind. RHS § 175/15.; B. Heuinckx. Towards a Coherent European Defence Procurement Regime? European Defence Agency and European Commission Initiatives. (2008) 17(1) Public Procurement Law Review.; B. Heuinckx. Security of Supply on Offsets in Defence Procurement: What's New in the EU? (2014) 23(2) Public Procurement Law Review.

ning tegemist kaitsehangete läbiviimise tähtsate ja iseloomulike osadega.⁶³ Antud tingimuste olulisust on rõhutatud ka direktiivi 2009/81/EÜ põhjenduste punktides 42–44, märkides lisaks, et need tingimused peavad kehtima kogu tarneahela suhtes.

Käesoleva magistritöö fookuses on RHS §-s 173 sätestatud kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas väljakuulutamisetä läbirääkimistega riigihanke korraldamise võimalused. Menetluslikult ei erine kaitsehanke raames väljakuulutamisetä läbirääkimistega riigihanke korraldamine klassikalise sektori väljakuulutamisetä läbirääkimistega riigihanke korra. Erinevus seisneb üksnes olukordades, millal antud erandliku hankemenetluse korraldamine on lubatud. Kehtiva RHS § 173 kohaselt jaguneb kaitsevaldkonnas erandlik hankemenetlus seitsmeks erinevaks olukorraks, mil antud menetluse kohaldamine on lubatud. Nii näiteks on väljakuulutamisetä läbirääkimistega kaitsehankeid võimalik korraldada varasema hanke nurjumisel (RHS § 173 lg 1 p 1), kaitse- ja julgeolekuüksustega seotud asjade ja teenuste tellimiseks (RHS § 173 lg 1 p 2), kaitsevaldkonnas teadus- ja õppetegevuse ning uurimis- ja arendustööde tegemiseks (RHS § 173 lg 3), juba varasema riigihankele täiendavate teenuste ja ehitustööde tellimiseks (RHS § 173 lg 5 p 1) või asjade asendamiseks ja täiendamiseks (RHS § 173 lg 4). Lisaks sellele on lihtsustatud korras võimalik kaitsehankeid korraldada väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluse abil olukordades, kus asju on võimalik osta soodsatel tingimustel kaubabörsi, likvideerimismenetluse või pankrotimenetluse raames (RHS § 173 lg 4). Sisuliselt on antud erandite puhul tegemist tavapäraste olukordadega, mil kaitse- ja julgeolekuvaldkonna edukaks toimimiseks on vaja antud valdkonna eripärast lähtuvaid asju või teenuseid. Kuna aga kaitsevaldkonna eripäraks on muuhulgas ka situatsioonid, mis vajavad kiiret reageerimist ning seetõttu kiirendatud korras teenuste tellimist või täiendavate asjade soetamist, on väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluse läbiviimiseks nähtud ette veel eraldiseisva aluse, mis võimaldab hankijal ootamatustele reageerida. Eriolukordade ja kriisisituatsioonide korral on Eesti hankijal võimalik väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlust korraldada äärmise vajaduse erandile tuginedes (RHS § 173 lg 1 p 3). Direktiivi 2009/81/EÜ artikli 28 lg 1 p-st c tuleneb aga ka kriisiolukorra erand, mida Eesti seadusandja on jätnud direktiivi 2009/81/EÜ harmoneerimisel üle võtmata.

Alates 2017. aastast viib enamus Eesti kaitsevaldkonna hankeid läbi Riigi Kaitseinvesteeringute Keskus (edaspidi RKIK), kes lisaks hangetele haldab nii Kaitseväge, Kaitseministeeriumi kui ka

⁶³ Euroopa Ühenduste Komisjon. Roheline raamat. Kaitsealased riigihanked. 23.09.2004, lk 5.

teiste valitsemisala asutuste kinnisvara.⁶⁴ 2020. aastal investeeris RKIK läbi erinevate hangete Eesti majandusse tagasi üle 180 miljoni euro,⁶⁵ kusjuures väljakuulutamisetega läbirääkimistega hankemenetlus kasutati vähemalt 31 juhul.⁶⁶ Nii näiteks soetati antud erandlikku menetlust kasutades lahingu- ja treeningsimulaatoreid, lennujaama- ja telefonivõrgu seadmeid, samuti telliti erinevaid remondi-, hooldus- ja koolitusteenuseid. Teine oluline kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hankija on Politsei- ja Piirivalveamet⁶⁷ (edaspidi PPA), kes 2020. aasta hankeplaani kohaselt planeeris läbi viia 115-st riigihankest 4 kaitsehanke menetlusi kasutades⁶⁸, 2021. aasta hankeplaani järgi 157-st riigihankest aga 7 kaitse- ja julgeolekuvaldkonna regulatsiooni kasutades⁶⁹. Eeskätt planeeris PPA kaitsehangete korda kasutada näiteks seiresüsteemide uuendamiseks või hoolduseks, laskemoona soetamiseks, aga ka riigi kagupiiri taristu projekteerimiseks ja ehitustöödeks. Käesolevas töös on kasutatud RKIK poolt läbiviidud väljakuulutamisetega läbirääkimistega hankeid, näitlikustamaks antud erandliku hankemenetluse kasutamist, kuid kuna antud hankemenetlust pole RKIK kasutanud märkimisväärselt palju, pole käesoleva töö autori hinnangul põhjendatud antud hankemenetluse kasutamise aluste statistikat eraldiseisvalt uurida ning selle põhjal paikapidavaid järeldusi teha.

Kokkuvõtlikult on väljakuulutamisetega läbirääkimistega riigihange üks võimalikest viisidest kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas erinevate asjade ostmiseks ja teenuste tellimiseks, mille käigus on aga piiratud suures ulatuses riigihanke üks oluline põhimõte – avatud ja läbipaistev konkurents. Samas on ning peab ka edaspidi olema väljakuulutamisetega läbirääkimistega riigihange üksnes väga erandlik hankemenetlus, mida saab kasutada vaid seaduses sätestatud tingimustel. Selleks, et tagada antud menetluse võimalikult ühetaoline kasutuskord, on Euroopa Liit näinud ette direktiivi 2009/81/EÜ alusel kohaldamise võimalused ning liikmesriikidel on olnud kohustus antud regulatsioon enda siseriiklikusse õigusesse üle võtta. Kui liikmesriik ei harmoneeri riigihankedirektiividest tulenevaid tingimusi, saavad kahjustada Euroopa Liidu asutamislepingust tulenevad eesmärgid.⁷⁰ See aga võib omakorda mõjutada Euroopa Liidu

⁶⁴ Riigi Kaitseinvesteeringute Keskus. Organisatsioon. – <https://www.kaitseinvesteeringud.ee/organisatsioon/> (24.04.2021).

⁶⁵ Riigi Kaitseinvesteeringute Keskus. Tagasivaade aastale 2020. – <https://www.kaitseinvesteeringud.ee/tagasivaade-aastale-2020/> (24.04.2021).

⁶⁶ Antud statistika aluseks on Riigihangete registris RKIK poolt avaldatud hankelepingu sõlmimise teadete arv. – <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/search> (24.04.2021).

⁶⁷ Politsei- ja Piirivalveamet. Riigihanked. – <https://www.politsei.ee/et/riigihanked> (24.04.2021).

⁶⁸ Politsei- ja Piirivalveameti arendusosakonna eelarvebüroo juhataja 31.01.2020. a otsus nr 20-1.1/5-1. Politsei- ja Piirivalveameti hankeplaani 2020.

⁶⁹ Politsei- ja Piirivalveameti arendusosakonna eelarvebüroo juhataja 27.01.2021. a otsus 20-1.1/6-2. Politsei- ja Piirivalveameti hankeplaani 2021.

⁷⁰ G. Craig, P. de Burca. EU Law: Text, Cases and Materials. 5th ed. Oxford University Press 2011, lk 192.

siseturu toimemehhanisme ning majanduse konkurentsivõimet.⁷¹ Seetõttu on eriti oluline, et riigihankeid puudutavad normid oleks Eesti õigusesse harmoneeritud võimalikult selgelt ja täpselt. Käesolev magistritöö analüüsibki järgnevalt seda, kas kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke kord on sätestatud kehtivas RHS võimalikult täpselt, arusaadavalt ja direktiividega kooskõllaliselt ning mil määral ei võimalda direktiiviga 2009/81/EÜ vastuolev RHS § 173 tagada kaitsehangete jaoks olulisi teabeturbe ja tarnekindluse eesmäärke.

⁷¹ Komisjoni soovitus, 12. juuli 2004, siseturgu mõjutavate direktiivide siseriiklikesse õigusaktidesse ülevõtmise kohta (2005/309/EÜ). – ELT 16.4.2005.

2. Kaitseotstarbeliste asjade ja teenuste tellimine rahua ajal

2.1. Nurjunud hanke erand

Nagu eelnevas peatükis selgitatud, on RHS § 173 alusel väljakuulutamiseta läbirääkimistega kaitsehankeid võimalik korraldada erinevatel erandlikel asjaoludel. Rahua ajal, mil riigi kaitsevarustuse hankimine pole tingitud kiireloomulisusest, on kaitsehangete korraldamine võimalik eeskätt eelneva hanke nurjumisel (RHS § 173 lg 1 p 1) või tuginedes asjade asendamise ja täiendamise (RHS § 173 lg 4) ning teenuste ja ehitustööde kordamise (RHS § 173 lg 5) eranditele. Justnimelt need väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamise võimalused on käesoleva peatüki fookuses.

Euroopa Liidu õiguse kohaldamine sõltub sellest, kas Euroopa Liidu õiguse akt on siduv ja vahetult kohaldatav (Euroopa Liidu määrused) või peab liikmesriik ise õiguse riigisisesse õigusesse üle võtma (Euroopa Liidu direktiivid).⁷² Direktiivide puhul kehtib reegel, et need on siduvad üksnes nende liikmesriikide suhtes, kellele on need adresseeritud, kuid õiguse ülevõtmiseks on riikidele jäetud teatud vabadus. Nimelt on iga riigi otsustada, millises vormis ja meetodeid kasutades vastava direktiivi siseriiklikusse õigusesse harmoneerib. Direktiividel endil pole üldiselt vahetut mõju, kuid siiski on Euroopa Kohus lubanud üksikutel sätetel vahetut mõju rakendada, ilma et liikmesriik oleks vastava õiguse riigisisesse õigusesse üle võtnud.⁷³ Seega on Euroopa Kohtu praktika järgi direktiivide vahetu mõju lubatud vaid siis, kui a) direktiivi ei ole siseriiklikusse õigusesse üle võetud või on seda tehtud puudulikult, b) direktiivi enda sõnastus on piisavalt selge ja täpne, c) direktiivi sätetega antakse üksikisikutele õigusi.⁷⁴ Kuna kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hankija puhul ei ole tegemist üksikisikuga, vaid avaliku sektori hankijaks on riik või riigiasutused, siis direktiivide vahetu mõju kohaldamise võimalus puudub. Seetõttu on oluline, et riigisisesse õigusesse üle võetud direktiiv oleks sõnastatud selgelt, täpselt ning kajastaks endas kõiki neid eeldusi, mis direktiivgi.

⁷² ELTL artikkel 288.

⁷³ EK C-26/62.

⁷⁴ EK C-91/92, p-d

Puudulikult või ebatäpselt üle võetud normid seostuvad põhiseadusest tuleneva õiguskindluse põhimõttega, mille eesmärk on tagada ühiskonnas kord ja stabiilsus. Õigusnormide looja peab Euroopa Liidu õiguse siseriikliku õigusega harmoneerimisel nägema vaeva juba loomise algusetapis ning analüüsida tuleb õigusakti sobivust riigi õiguskorraga.⁷⁵ Õiguskindluse üks olulisemaid väljendusi on õigusselgus, mis tähendab, et kõik õigusaktid peavad olema sõnastatud selgelt ja arusaadavalt ning olema piisavalt täpsed, et isikul oleks võimalik mõista regulatsiooni ning selle alusel enda käitumist juhtida.⁷⁶

Väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus on lubatud RHS § 173 lg 1 p 1 järgi juhul, kui eelnev hange on nurjunud. Nimelt sätestab RHS § 173 lg 1 p 1, et erandliku hankemenetluse läbiviimine võib toimuda juhul, kui konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse või võistleva dialoogi käigus ei ole esitatud ühtegi pakkumust ega taotlust või kõik esitatud pakkumused olid mittevastavad või kõik taotlused esitati taotlejate poolt, kes kuuluvad või võivad kuuluda kõrvaldamisele RHS § 95 lg 1 p-de 1, 4 või 5 või lg 4 alusel või kes ei vastanud kvalifitseerimise tingimustele. Oluline siinjuures on see, et isegi kui eelnev hange on nurjunud, ei tohi RHS § 173 lg 1 p 1 kohaselt riigihanke esialgseid tingimusi väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanget läbi viies enam oluliselt muuta. Samuti tuleb tähele panna RHS § 173 lg-st 2 tulenevad nurjunud hanke eraldamise kohaldamise täiendavaid tingimusi: väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusesse tuleb kaasata kõiki pakkujaid ja taotlejaid, kelle suhtes hankemenetlusest kõrvaldamise alused ei kohaldu, kes vastavad kehtestatud kvalifitseerimise tingimustele ja kes esitasid juba algses hankemenetluses vorminõuetele vastava pakkumuse.

Vaadeldes direktiivist 2009/81/EÜ tulevat nurjunud hanke kohaldamise eeldusi, märkab koheselt, et see on sätestatud Euroopa Liidu õiguses kahe eraldiseisva alternatiivina. Direktiivi 2009/81/EÜ artikli 28 lg 1 p-s a sätestatud esimese alternatiivi järgi on kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke korraldamine lubatud juhul, kui eelnevalt on läbi viidud piiratud menetlus, väljakuulutamisega läbirääkimistega menetlus või konkurentidega peetav dialoog ning nende käigus ei ole esitatud kas mitte ühtegi pakkumust või osalemistaotlust või kui ükski pakkumus ei vastanud nõuetele. Lisaks sellele ei tohi artikkel 28 lg 1 p a järgi riigihankelepingu algtingimusi olulisel määral muuta ning Euroopa

⁷⁵ S. Mikli. Kui kauge Euroopa Liidu õigus saab järsku igapäevatöö osaks: probleeme Euroopa Liidu õiguse ülevõtmisel ja rakendamisel õiguskindluse põhimõtte kontekstis. – *Juridica* 2015/3.

⁷⁶ R. Maruste. Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja -vabaduste kaitse. Juura 2004, lk 290.

Komisjonile tuleb tema taotlusel esitada selle kohta aruanne. Artikli 28 lg 1 p-s b sätestatud teise alternatiivi järgi on kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas väljakuulutamisteta läbirääkimistega hankemenetlus lubatud siis, kui varasema piiratu menetluse, väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse või konkurentidega peetava dialoogi puhul esitatud pakkumused ei vasta nõuetele või kui pakkumused ei ole kooskõlas direktiivi artiklite 5, 19, 21 kuni 24 ja II jaotise VII peatükile vastavate siseriiklike sätetega. Sisuliselt viitavad need sätted näiteks tarnekindluse regulatsioonile (artikkel 23), hankemenetluse läbiviimise korrale (II jaotise VII peatükk) või allhangete korraldamisele (artikkel 21). Lisaks sellele tuleb teise alternatiivi puhul kaasata kõik sellised pakkumuse tegijad, kes vastavad direktiivi artiklitele 39 kuni 46 kriteeriumitele ning kes on esitanud algses hankemenetluses vorminõuetele vastava pakkumuse. Sarnaselt esimesele alternatiivile ei tohi ka teise alternatiivi korral riigihankelingu algtingimusi oluliselt muuta.

Hea õigusloome ja normitehnika eeskirja⁷⁷ (HÕNTE) § 3 järgi on seaduste loomisel oluline kooskõla nii põhiseaduse, rahvusvahelise õiguse üldtunnustatud põhimõtete, Eesti Vabariigi suhtes jõustunud välislepingute, aga ka Euroopa Liidu õigusega. HÕNTE § 15 lg 2 kohaselt peab seaduses kasutatav keel olema selge, ühetähenduslik ja täpne. Direktiivi harmoneerimisel liikmesriigi õigusesse ei ole kohustus direktiivi sätet sõna-sõnalt riigisissesse õigusesse kehtestada. Nimelt on Euroopa Kohus leidnud, et ka üldine õiguslik raamistik saab olla piisav, et garanteerida direktiivi rakendamine täies ulatuses. Sellisel juhul on aga tähtis, et õigusraamistik ise oleks piisavalt selge ja täpne, et tagada puudutatud isikutele võimalus õigust rakendada ja vajadusel pöörduda kohtusse.⁷⁸ Ka õigusselguse enda põhimõttest tuleneb liikmesriigi seadusandja kohustus direktiividest tulenev õigus harmoneerida siseriiklikusse õigusesse võimalikult täpselt ja selgelt.⁷⁹ Seega on igale liikmesriigile jäetud vabadus valida, millisel kujul ja sõnastuses direktiividest tulenevaid õigust riigisissesse õigusesse üle võtab ning keelatud ei ole mitme alternatiivi ühendamine, kui see on piisavalt arusaadav ja täpne.

Direktiivi ja kehtivat RHS võrreldes selgub, et Eesti seadusandja on direktiivi 2009/81/EÜ ülevõtmisel ühendanud artikkel 28 lg-st 1 tulenevad kaks eraldiseisvat alternatiivi üheks sätteks. Kahtlemata on tavaolukorras sarnaste eelduste kordamine ebavajalik ning mõistlik on

⁷⁷ Hea õigusloome ja normitehnika eeskiri. Vastu võetud Vabariigi Valitsuse 22. detsembri 2011. a määrusega nr 180.– RT I, 29.12.2011, 228.

⁷⁸ EK C-217/97, p-d 31-32.

⁷⁹ EK C-343/08, p-d 40-41.

sõnastada seadusesätteid selliselt, et oleks saada aru kahe erineva alternatiivi ühisosa. Samas on praegusel juhul direktiivist 2009/81/EÜ tuleneva nurjunud hanke kohaldamise alternatiivide eeldused siiski sedavõrd erinevad, et neid ei ole võimalik ühe sättega reguleerida nii, nagu seda tegi Eesti seadusandja. Seetõttu on tekkinud olukord, kus direktiivi 2009/81/EÜ harmoneerumisel on üritatud ühendada tegelikult kaks eraldiseisvat alternatiivi: kui eelneva hanke käigus ei esitatud ühtegi pakkumust (artikkel 28 lg 1 p a) või kui ükski pakkumus ei vasta nõuetele (artikkel 28 lg 1 p b). Märkimisväärne on, et kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete regulatsioon harmoniseeriti Eesti õigusesse juba 2012. aastal direktiivi 2009/81/EÜ ülevõtmisel ning vastavad sätted on püsinud ilma igasuguste muudatustega kuni magistritöö koostamise hetkeni. Toonase riigihangete seaduse muutmise seaduse seletuskiri ei anna ühtegi selget selgitust, miks just sellisel kujul on kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamisetähtaajade läbivõtmisega hankemenetluse regulatsioon Eesti õigusesse üle võetud.⁸⁰ Seetõttu puudub teadmine ka selle kohta, miks peeti vajalikuks direktiivist tulenevaid alternatiive ühendada.

Võrreldes nii Ühendkuningriigi kui ka Saksamaa riigihankeõiguse seaduste sätteid RHS § 173 samasisulise sättega, märkab sellest selgelt normitehnilisi erinevusi normide struktureerimisel. See on mõisteta, kuidas liikmesriikidel endil on erinevad praktikad normide loomiseks ja struktureerimiseks. Samas on nii Ühendkuningriigi kui ka Saksamaa seaduse sätted võrreldes Eesti RHS-ga märksa rohkemate alajaotustega, mistõttu on erinevad normi kohaldamiseks vajalikud tingimused selgemini eristatavad. Saksamaa kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete määruses⁸¹ on nurjunud hange sõnastatud direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 1 p-de a ja b sõnastuse ja struktuuri poolest sarnaselt ning vastuolusid ei esine. Ka Ühendkuningriigi õiguses⁸² on kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamisetähtaajade läbivõtmisega hankemenetluse kohaldamiseks asjakohase nurjunud hanke erand sätestatud kahes erinevas lõikes ning tingimused üldjoontes ühtivad direktiivist 2009/81/EÜ tuleva õigusega. See on tingitud Ühendkuningriigi teadlikust otsusest sõnastada neil kehtiv hankemenetluse

⁸⁰ Vastav säte on seletuskirjas selgitatud vaid ühe lausega: „Eelnõuga kehtestatakse eeldused väljakuulutamisetähtaajade läbivõtmisega hankemenetluseks kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangetes (§ 103⁶)“. – Riigihangete seaduse muutmise seadus (113 SE). Seletuskiri.

⁸¹ Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit), § 12 lg 1 p a.

⁸² The Public Contracts Regulations 2015 No. 102, § 16 p a.

regulatsioon võimalikult sarnaselt direktiivi 2009/81/EÜ sõnastusega.⁸³ Sarnaselt Eesti õigusega, on ka Ühendkuningriigi siseriiklikus õiguses kitsendatud nurjunud hanke erandi teist alternatiivi, st olukorda, kui ükski varasem pakkumine ei vastanud nõuetele: Ühendkuningriigi antud alternatiiv on lubatud olukorras, kus algselt on hange läbi viidud väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse või võistleva dialoogi alusel. Seega on antud siseriiklikust normist jäetud sarnaselt Eesti RHS § 173 lg 1 p-le 1 nurjunud hanke kohaldamise õigus ära juhul, kui eelnev hange oli korraldatud piiratud menetluses. Antud menetlusliigi puudumine seaduse sõnastusest on kummastav, kuivõrd kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete n-ö vaikivaks menetlusliigiks ongi loetletud piiratud ja konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust.⁸⁴ Ka 2012. aasta RHS seletuskirjas on Eesti seadusandja kirjeldanud, et antud valdkonna eripära seisneb selles, et hankija on kohustatud asjade ostmisel või teenuste tellimisel kasutama üksnes neid hankemenetlusi.⁸⁵ Seetõttu puudub mistahes otstarbekas põhjus, miks ka piiratud hankemenetluse nurjumisel ei võiks hankija kasutada järgmise etapina väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust. Käesoleva magistritöö autor leiab, et seaduse selguse huvides tuleb RHS § 173 lg 1 p 1 tulevikus muuta, tehes nurjunud hanke erandile tuginemise võimalikuks ka olukorras, kui eelnev piiratud menetluses toimunud riigihanke on nurjunud.

Direktiivi 2009/81/EÜ artiklist 28 lg 1 p-dest a ja b tuleb nurjunud hanke alternatiivi ühendamisel üheks sätteks on läinud kaotsi artiklist 28 lg 1 p-st a tulenev kohustus esitada Euroopa Komisjonile aruanne. Sellist nõuet ei leia kehtivast RHS §-st 173, kuigi direktiivi järgi tuleb siiski komisjonile aruanne esitada, kui komisjon seda hanke läbiviijalt nõuab. Lisaks sellele peab kehtiva RHS § 173 lg 1 p-s 1 reguleeritud nurjunud hanke erandit kohaldama kooskõlas § 173 lg-ga 2 ehk nurjunud hanke erandi kasutamisel peab väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusesse kaasama kõik pakkujad ja taotlejad, kes varasemalt vastasid kvalifitseerimise tingimustele ja kes esitasid vorminõuetele vastava pakkumuse. Samas ei ole direktiivi 2009/81/EÜ esimese alternatiivi kohaldamiseks vaja kaasata kõiki varem tingimustele ja vorminõuetele vastavaid pakkumusi.

Lisaks sõnastusele koosnevad normid mõnikord ka viidetest teistele seadustele või sätetele. Viitamine on HÕNTE § 28 lg 1 järgi igati põhjendatud, et mitte korrata juba kord seaduses või

⁸³ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. Regulations in the EU and UK. Vol. 2. Third Edition. Sweet & Maxwell 2018. p 154.

⁸⁴ Steinicke/Vesterdorf (ed), p 1323.

⁸⁵ Riigihangete seaduse muutmise seadus (113 SE). Seletuskiri, lk 13.

samas eelnõus sõnastatud sätet. Samas peab viide olema korrektne ja asjakohane. Vabariigi HÕNTE § 28 lg 1 kohaselt tuleb seadustes vältida muu seaduse ega sama seaduse teise sätte taasesitamist ning selle asemel sellele viidata.⁸⁶ Eeskirja seletuskirjas on märgitud, et viitena kasutatav säte peab olema viitekõlbulik ning kui viidatav norm ei sobi viitavasse normi sõnasõnalt, tuleb seda viitavas normis ka selgitada.⁸⁷ Ka RHS § 173 lg 1 sissejuhatav lauses kasutatakse viidet: nimelt on sätte kohaselt kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihangete korraldamine lubatud RHS § 49 lg 1 p-des 1 ja 2 sätestatud olukordades. RHS § 49 näol on aga tegemist väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihangete üldregulatsiooniga, mis kohaldub nii avatud kui ka piiratud hankemenetlustele. Kuivõrd avatud hankemenetlus ei ole kaitsehangete puhul võimalik hankemenetluse viis, tuleks RHS § 173 lg 1 sissejuhatavat lauset tõlgendada viisil, et see viitab üksnes piiratud hangetele ja mitte avatud hankemenetlusele.⁸⁸ Lisaks eeltoodule pole RHS § 173 lg 1 sissejuhatava lause viide RHS § 49 lg 1 p 2 viide korrektne veel seetõttu, et antud norm kehtestab kunstiliste põhjuste erandi. Nimelt kujutab kunstiteoste erand iseenesest olukorda, kus leidub ainult üks pakkuja, kes suudab lepingut täita, ehk teose unikaalsus seisnebki selles, et seda saab luua vaid konkreetne kunstnik. Seega on RHS § 49 lg 1 p 2 järgi võimalik üldiselt väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihange viia läbi, kui soovitakse tellida mingisuguse konkreetse kvaliteediga teost. Samas olukorras, kus konkreetseid omadusi pakuvad samaväärsel tasemel mitmed kunstnikud, pole erandliku menetluse läbiviimine põhjendatud ning läbi tuleks viia tavapärane konkurss. Nentida tuleb, et kaitse- ja julgeolekuvaldkonna asutuste puhul ei ole välistatud kunstiteoste ostmine, kuid samas pole kunstiteoste tellimine osa RHS § 169 lg-s 1 sätestatud kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihanke reguleerimisalas ehk isegi kui kaitse- või julgeolekuvaldkonna asutuse sooviks on kunstiteos tellida, tuleb see läbi viia riigihanke üldisi norme silmas pidades, mitte kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete peatükis olevale regulatsioonile tuginedes. Seetõttu puudub direktiivi järgi kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihangete läbiviimisel võimalus tugineda kunstiteoste erandile. Sellega on seadusandja eksinud RHS § 173 lg 1 sissejuhatavas lauses § 49 lg 1 viitamisel ka seetõttu, et see annab võimaluse tugineda ka kunstiteoste erandile. Kuivõrd erandliku hankemenetluse puhul tuleb lähtuda üksnes seaduses sätestatud tingimustest ning lubatud ei ole *contra legem* tõlgendus, tuleb magistritöö autori arvates kehtiva RHS § 173 lg-s

⁸⁶ Hea õigusloome ja normitehnika eeskiri. Vastu võetud Vabariigi Valitsuse 22. detsembri 2011. a määrusega nr 180.– RT I, 29.12.2011, 228.

⁸⁷ Riigikogu Kantselei, Justiitsministeerium, Riigikantselei. Normitehnika käsiraamat. – https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/heaoigusloomejanormitehnikaeeskiri.pdf (24.04.2021), § 28 – p-d 3 ja 5.

⁸⁸ M. Parind. RHS § 173/7.

1 sätestatud viiteid rakendades lähtuda eeldusest, et need on lubatud üksnes piiratud hankemenetluse viisi kasutades. Samuti tuleb viidet RHS § 49 lg 1 p-le 2 tõlgendada viisil, et see on lubatud üksnes tehniliste ja ainuõigusega seotud põhjustel, mitte kunstilistel põhjustel.

Märkimisväärne on, et kuigi nurjunud hanke erandi säte on kehtiva seaduse järgi ebaõnnestunud, on ühe kaitsevaldkonna hankija juristi seisukohast lähtuvalt tegemist kõige selgema alusega, mil väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke menetlust saaks kehtiva regulatsiooni alusel kaitsehangete puhul läbi viia. Nimelt avaldas PPA hanke- ja lepingutalituse jurist Marilyn Kull 20. aprillil 2021. a Skype vahendusel toimunud vestluses, et PPA on väljakuulutamiseta läbirääkimistega kaitsehanget kasutanud enda praktikas küll vähe, kuid kui seda on tehtud, siis just RHS § 173 lg 1 p-le 1 tuginedes olukorras, kus põhihange on nurjunud. M. Kulli sõnul on antud erand ainus lihtne, selge ja loogiline alus, kohaldamaks antud hankemenetluse liiki, ning teised RHS §-s 173 sätestatud alused sisaldavad liiga suurel määral ebamääraseid ja raskesti defineeritavaid mõisteid (nt mõistlik, sõltumatu, äärmine vajadus). Seetõttu on praktikas osutunud raskeks RHS § 173 teiste aluste kohaldamine.⁸⁹

Magistritöö koostamise hetkel, 18. märtsil 2021. a saatis Rahandusministeerium ministeeriumitele kooskõlastamiseks riigihangete seaduse ja sellega seotud seaduste muutmise seaduse eelnõu ning palus ministeeriumitel esitada ettepanekud 26. aprilliks 2021. a⁹⁰. Eelnõu kohaselt soovitakse muuta ka kaitsehangete väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse korda ning planeeritakse parandada muuhulgas RHS § 173 lg-s 1 sisalduvat nurjunud hanke erandit järgmise sõnastusega:

„Hankijal on õigus korraldada hankemenetlus väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusena, kui:

1) piiratud hankemenetluse, konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse või võistleva dialoogi käigus ei esitatud ühtegi pakkumust ega taotlust või ükski pakkumustest ei vastanud olemuslikult riigihanke alusdokumentides esitatud tingimustele ja hankija vajadustele ning riigihanke esialgseid tingimusi oluliselt ei muudeta;

⁸⁹ M. Kull ja T. Jaansalu. 20.04.2021 (vestluse salvestis magistritöö autori valduses).

⁹⁰ Rahandusministeerium. Eelnõu esitamine kooskõlastamiseks. – Eelnõude infosüsteem: <https://eelvoud.valitsus.ee/main#PTCm9Iri> (24.04.2021).

2) piiratud hankemenetluse, konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse või võistleva dialoogi käigus esitatud pakkumused ei vastanud riigihanke alusdokumentides esitatud tingimustele või kõik taotlused esitati taotlejate poolt, kes kuuluvad või võivad kuuluda kõrvaldamisele käesoleva seaduse § 95 lõike 1 punkti 1, 4 või 5 või lõike 4 alusel või kes ei vastanud kvalifitseerimise tingimustele, ja riigihanke esialgseid tingimusi oluliselt ei muudeta.“⁹¹

Eelnõu seletuskirja kohaselt eemaldatakse sättest viide RHS § 49 lg 1 p-dele 1 ja 2, mis viitab ebatäpselt avatud hankemenetlusele ja kunstiteoste eranditele. Samuti lisatakse antud sättesse eeldus, et nurjunud hanke erandile on võimalik tugineda ka juhul, kui eelnev hange on läbi viidud piiratud hankemenetluse raames. Tegemist on asjakohase parandusega, kuivõrd varasemalt see RHS § 173 lg 1 järgi lubatud polnud, kuid direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 1 seda selgesõnaliselt lubas. Lisaks ebatäpsuste parandusele on Rahandusministeeriumi poolt loodud seadusemuudatusega lisada RHS § 173 uus lõige 2¹, mis kohustab nurjunud hanke erandile tuginedes esitama Euroopa Komisjonile tema nõudmisel aruanne selle kohta, miks väljakuulutamisetähtaajaga hankemenetlust RHS § 173 lg 1 p 1 alusel kasutati. Sellega kõrvaldatakse samuti kehtiva RHS vastuolu direktiiviga 2009/81/EÜ, kuivõrd antud nõue on seni RHS-st põhjendamatult puudunud. Lisaks eeltoodule on seadusemuudatuse kohaselt nurjunud hanke erandi kohaldamise võimalused (st kui ei esitatud ühtegi pakkumust ja kui ükski pakkumus ei vastanud nõuetele) viidud kahe erineva punkti alla, muutes nurjunud hanke kohaldamise kaks iseseisvat alust kahtlemata märksa selgemaks ja arusaadavamaks.

Kokkuvõtlikult on kehtivas RHS sätestatud nurjunud hanke erandi sõnastus on eespool loetletud puuduste tõttu ebaõnnestunud ning see ei ole kooskõlas direktiiviga 2009/81/EÜ. Sellegi poolest on nurjunud hanke erandile on tuginetud ka RKIK poolt läbi viidud riigihangetes ning PPA juristi hinnangul on tegemist ainsa selge alusega, mil töö fookuses olevat hankemenetluse liiki üldse võimalik kasutada on. Ka praktikas nähtub, et antud erandit on hankijad seni ka riigihangetes kasutanud: näiteks on viidud läbi väljakuulutamisetähtaajaga hankemenetlusega riigihangete rasketehnika rentimiseks, kuna esialgse menetluse käigus ei esitatud ühtegi pakkumust.⁹² Kuivõrd väljakuulutamisetähtaajaga hankemenetlusega riigihanke tingimusi saab üksnes kitsalt tõlgendada ning sellele ei tohi juurde mõelda siseriiklikust õigusest

⁹¹ Riigihangete seaduse ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus – eelnõu. – Eelnõude infosüsteem: <https://eelvoud.valitsus.ee/main#PTCm9lri> (24.04.2021), eelnõu p 182.

⁹² Riigihangete register. Rasketehnika rentimine koos valmidusteenusega (viitenumber 202829).

erinevaid täiendavaid tingimusi, peavad kaitsehangete puhul hankijad lähtuma kuni seadusemuudatuse jõustumiseni RHS sõnastatud tingimustest ning tegutsema üksnes riigisisises õiguses ettenähtud raamides. Olukorras, kus Eesti seadusandja on jätnud üle võtmata direktiivis otsesõnu ette nähtud tingimusi (nt Euroopa Komisjonile teate esitamine), on seadusandja laiendanud erandliku hankemenetluse kohaldamise võimalust. Veelgi enam, direktiivi 2009/81/EÜ harmoneerimisel on artikkel 28 lg 1 p-st a tulenevale nurjunud hanke erandile (st kui varem toimunud riigihankele ei esitatud ühtegi pakkumust) lisatud kohustus kaasata esialgsele hankele järgneva väljakuulutamisetähtaajaga riigihankele kõik varasemas riigihankes osalenud ja kvalifitseeritud taotlejad. Tegemist on ilmselge vastuoluga, kuivõrd artiklist 28 lg 1 p-st a tulenev nurjunud hanke alternatiivi puhul ei ole võimalik rääkida ühestki varem esitatud pakkumusest või osalemistaotlusest, mistõttu puudub igasugune võimalus edasiselt kedagi riigihankesse kaasata.

Kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamisetähtaajaga riigihanke korraldamisel nurjunud hanke erand on läbi põimunud erinevatest vigadest, mistõttu RHS § 173 lg 1 p 1 osaliselt kitsendab, kuid samas osaliselt laiendab direktiivist 2009/81/EÜ tulevat erandite kohaldamisala. Ebatäpset ja arusaamatut sõnastust ei ole võimalik tõlgendamise abil kõrvaldada, mistõttu saab puudused ületada üksnes seaduse muutmisega. Nagu eespool mainitud, ei ole liikmesriigil küll kohustust direktiivi sõna-sõnalt üle võtta, kuid seda on teinud näiteks Saksamaa. Seetõttu on ka sealne riigihankeõigus käesoleva magistritöö autori hinnangul fookuses oleva sätte osas märksa selgem ja direktiiviga rohkem kooskõlas olevam kui hetkel Eestis kehtiv RHS § 173 lg 1 p 1. Nimetatud puudused saavad aga magistritöö autori hinnangul kõrvaldatud, kui Rahandusministeeriumi poolt algatatud riigihangete seaduse muudatused seaduseelnõus esitatud sõnastuses saavad parlamendi heakskiidu.

2.2. Teenuste ja ehitustööde kordamise erand

Kehtiv RHS § 173 lg 5 annab kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamisetähtaajaga riigihanke korraldamisel nurjunud hanke erandile tuginedes. Nimelt sätestab RHS § 173 lg 5 p 1, et teenuste või ehitustööde hankelepingu puhul on hankijal õigus korraldada erandlik hankemenetlus juhul, kui samalt pakkujalt tellitakse esialgses projektis või hankelepingus mittesisaldanud, kuid esialgses hankelepingus kirjeldatud teenuste osutamiseks või

ehitustöödeks ettenägematute asjaolude tõttu vajalikuks osutunud teenuseid või ehitustöid. Sellisel juhul ei tohi RHS § 173 lg 5 p 1 järgi täiendavad teenused või ehitustööd ületada 50% esialgse hankelepingu maksumusest ning jälgida tuleb, et antud teenuseid ja ehitustöid ei saa tehniliselt või majanduslikult esialgsest hankelepingu esemest eraldada ilma suurte kuludeta või on täiendavate tööde tellimine hankelepingu täitmiseks vältimatult vajalik. Lisaks sellele annab RHS § 173 lg 5 p 2 veel teisegi teenuste ja ehitustööde kordamise erandi alternatiivi: hankija võib korraldada väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse, kui hankija tellib uusi teenuseid või ehitustöid, mis on seotud samalt pakkuvalt kuni viis aastat varem piiratud või konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse tulemusel sõlmitud hankelepingus tellitud ja esialgse projektiga kooskõlas olevate teenuste või ehitustööde kordamisega.

Antud teenuste ja ehitustööde kordamise erandi aluseks on direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 4. Vaadeldes direktiivist tulenevat erandi sõnastust kehtiva RHS sõnastusega, jääb käesolevale magistritöö autorile silma, et direktiivi harmoneerimisel on tekkinud direktiivi ja kehtiva õiguse vahel ebakõla. Näiteks sätestab direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg b, et uute ehitustööde ja teenuste puhul on lubatud tellida *samalaadseid* ehitustöid või teenuseid. Eesti keele ühendsõnastiku kohaselt tähendab *samalaadne* millegagi sama laadi või laadilt samasugust.⁹³ Seega ei pea samalaadne töö või teenus tähendama varasemaga identset⁹⁴ tööd või teenust. Ometi ei luba aga RHS § 173 lg 5 samalaadsete teenuste ja ehitustööde tellimist, vaid sõnastusest saab lugeda välja üksnes seda, et kordusena tellitud tööd ja teenused täpselt samasugused.

Õigusnormide sõnastuse puhul on oluline sõnakasutus. Küsimusele, milliseid sõnu kasutada, tuleb kindlasti tähelepanu pöörata ka direktiivide ülevõtmisel, kuivõrd ainult nii on võimalik vältida Euroopa Liidu ja riigisisese õiguse vastuolusid. Käesoleval hetkel kehtiva RHS § 173 lg 5 sõnastust saab tõlgendada üksnes viisil, et lubatud on vaid täpselt samasuguste tööde ja teenuste tellimine, kuna sättesse pole lisatud sõna *samalaadne* või selle sünonüüme. Kummastav on antud seadusandja eksimus ka seetõttu, et erandliku hankemenetluse üldnormi, st RHS § 49 lg 5 sõnastuses puudus samuti esialgu viide sellele, et lubatud on samalaadsete teenuste või ehitustööde kordamine, kuid direktiivide 2014/23/EL, 2014/24/EL ja 2014/25/EL

⁹³ Eesti Keele Instituut. Sõnaveeb. Samalaadne. – <https://sonaveeb.ee/search/unif/dlall/dsall/samalaadne/1> (31.01.2021).

⁹⁴ Identne – täpselt ühesugune, üksüheselt vastav. – Eesti Keele Instituut. Sõnaveeb. Identne. – <https://sonaveeb.ee/search/unif/dlall/dsall/identne/1> (24.04.2021).

harmoneerimisel parandati antud viga. Seetõttu muudeti väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke korduva ehitustöö või teenuse erandit 2017. aastal kehtima hakkava riigihangete seadusega, kuid sealjuures ei viidud antud parandus sisse kaitse- ja julgeolekuvaldkonna samasisulisele sättele RHS § 173 lg-s 5. Sellest tulenevalt on kehtiv RHS kitsendanud enda sõnastusega kaitse- ja julgeolekuvaldkonna erandlikku hankemenetluse ehitustööde või teenuste kordamise erandit. Vaadeldes samasisulist sätet Ühendkuningriigi riigihanke õiguses, puudub ka selle riigi ehitustööde ja teenuste erandi sõnastuses viide sõnale *samalaadne* ning korduv hange on lubatud läbi viia üksnes täpselt samasuguste tööde ja teenuste tellimiseks.⁹⁵ Käesoleva magistritöö autor on seisukohal, et kuna direktiivi 2009/81/EÜ ülevõtmisel on jäetud sõnastusse lisamata sõna *samalaadne*, on seadusandja antud väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke kohaldamise erandit sellega iseseisvalt kitsendanud. Kuivõrd kehtib põhimõte, mille kohaselt ei või seaduse osaks lugeda midagi, mis sellesse otsesõnu kirjutatud pole, siis saab ehitustööde või teenuste erandit kasutada kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas üksnes täpselt samasuguste tööde ja teenuste tellimiseks nagu esialgses hankes sätestatud oli. Samalaadse töö või teenuse tellimiseks tuleb kehtiva seaduse järgi korraldada eraldiseisev menetlus, mis aga ei saa olla oluliselt vabamate tingimustega väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke menetlus. Seetõttu puudub hankijal õigus ehitustööde ja teenuste tellimise erandit kohaldada samalaadsete tööde tellimiseks ning korduv hange peab olema täpselt samasuguste tööde ja teenuste tellimiseks.

Lisaks eeltoodule on ehitustööde ja teenuse kordamise erandil veel teisigi puudusi, milles Eesti seadusandja on olulisel määral kitsendanud kehtiva õigusega antud erandi kohaldamise võimalust. Nimelt sätestab direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 4 p b, et väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke korraldamine ehitustööde ja teenuste kordamise erandile tuginedes on võimalik üksnes viie aasta jooksul pärast esialgse riigihankalepingu sõlmimist. Samasugune sõnastus on ka RHS § 173 lg 5 p-s 2. Euroopa Kohus on enda praktikas selgitanud, mis hetkest tuleb ehitustööde ja teenuste kordamise erandis lepingu sõlmimise tähtaega lubada. Nimelt leidis kohus, et korduvhanke tähtaega tuleb hakata arvestama esialgse lepingu sõlmimisest, mitte esialgse lepingu objektiks olnud tööde või teenuste valmimisest. Kohus põhjendas enda seisukohta sellega, et kuivõrd tegemist on erandliku hankemenetluse liigiga ning kõiki tingimusi tuleb kahtluse korral tõlgendada kitsalt, peab ka ajavahemikku piiravat tõlgenduse

⁹⁵ Public Procurement. The Defence and Security Public Contracts Regulations 2011, § 16 lg 1 p d viitab eelnevas hankes teostatud konkreetsete tööde ja teenuste kordamisele: „/---/ to carry out new work or works or provide new services which are a repetition of the work or works carried out or the services provided under the original contract /---/“.

puhul lähtuma kõige kitsamast ehk lühemast ajast. Samuti on Euroopa Kohtu arvates õiguskindluse põhimõttega kooskõlas üksnes selline tõlgendus, et tähtaja kulgemise hetk peab olema kindlalt ja objektiivselt määratletav. Kohtu arvates saab hankelepingu sõlmimise kuupäeva täpselt määratleda, kuid tööde lõpetamise tähtaeg võib olude sunnil muutuda ning see tekitaks tähtaja arvestamisel olulisel määral ebakindlust.⁹⁶

Seega on kehtiva RHS kohaselt väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega riigihangete korduva ehitustöö ja teenuse tellimise erandi puhul oluline, et eelneva ja korduva riigihanke vaheline aeg ei oleks pikem kui viis aastat. Küll aga on direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 4 p b lubanud ka erandkorras viieaastalisest tähtajast kõrvale kalduda, kui arvesse võetakse toodete, seadmete või süsteemide tavapärasest kasutusiga ning tehnilisi probleeme, mis võivad esineda tarnija vahetamisega. Sellist viieaastasest tähtajast kõrvalekaldumise võimalust kehtivast RHS-st ei leia. Kuivõrd seaduse rakendamisel pole lubatud juurde mõelda midagi, mis seaduses otsesõnu puudub, peab Eesti hankija tuginema üksnes siseriiklikus õiguses sätestatule. Tähtajast kõrvale kaldumise võimaluse puudumine aitab ühelt poolt saavutada suuremal määral avatud konkurentsi. Seega annaks tähtajast kõrvale kaldumise võimaluse puudumine vajaminevate korduvate ehitustööde või teenuste tellimisel võimaluse ka teistele pakkujatele, kes suudaks saavutada samaväärset tulemust, kuna hankija saaks korduva hanke viia läbi üksnes täiesti uue ja eraldiseisva riigihankena ning mitte kasutada eelnevat pakkujat väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega menetluses. Selline avatum konkurents on sedavõrd tõenäolisem olukorras, kus esialgsest hankest on tõepoolest viis aastat möödunud, kuna tegemist on üsna pika ajavahemikuga, mil ehitustööde ja teenuste pakkujate hulka võib potentsiaalseid uusi pakkujaid juurde tekkida.

Olukord oleks hankija vaatenurgast kahtlemata negatiivsem juhul, kui korduva töö või teenuse tellimine uuelt ettevõttelt tähendaks märkimisväärseid tehnilisi probleeme ning nende vältimiseks suuremaid väljaminekuid. Selliste probleemide vältimiseks ongi direktiivi 2009/81/EÜ artiklist 28 lg 4 p-st b tulenev erandist kõrvalekaldumise võimalus loodud. Kuna aga Eestis kehtiv RHS viie aasta pikkusest ajaperioodist kõrvale kalduda ei luba, tuleb siinsetel kaitsehangete läbiviijatel lähtuda korduvate ehitustööde ja teenuste erandile tuginedes üksnes

⁹⁶ Antud asjas ei vaielnud pooled küll kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas korduva ehitustöö või teenuse erandi kohaldamise üle, vaid tegemist oli väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega riigihanke üldist regulatsiooni puudutava normiga. Samas leiab antud magistr töö autor, et Euroopa Kohtu antud seisukohta saab analoogia korras kohaldada ka kaitsehangete puhul, kuivõrd kohtu seisukohtade aluseks on üldised erandliku hankemenetluse põhimõtted, mis kehtivad ka kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas riigihanketele. – EK C-385/02, p-d 31-39.

RHS sõnastusest, et korduva hanke saab väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanget kasutades läbi viia vaid siis, kui sellele on eelnenud kuni viis aastat varem samasuguste tööde tellimise hankeleping.

Veel teinegi oluline erinevus direktiivi 2009/81/EÜ ning kehtivas RHS sätestatud ehitustööde ja teenuste kordamise erandis seisneb puudulikus direktiivi ülevõtmises. Nimelt sätestab direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 4 p b, et ehitustööde ja teenuste kordamiseks vajaliku väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke võib läbi viia juhul, kui hankija on varasemas riigihankes teavitanud sellise menetluse kasutamise võimalusest ning esialgse hankelepingu eeldatava maksumuse hulka on arvestatud ka korduvate ehitustööde ja teenuste eeldatav maksumus. Tegemist on selgesõnalise tingimusega, et vältida olukordi, kus väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust hakatakse kuritarvitama ning kasutama olukordades, kus tegelikult on uue hanke korraldamine ainuõige võimalus. Seega tingimus, et korduvhanke kohaldamise võimalus ning selle maksumus on juba eelnevalt hanke maksumuse sisse arvestatud ja sellest on pakkujat teavitatud, kitsendab võimalusi, et hankija hakkab erandile tuginedes eelistama juba olemasolevat pakkujat, kellega ta on varasemalt koostööd teinud.⁹⁷ Ilma olulise põhjuseta juba varasemate tarnijate eelistamine on aga selgelt vastuolus direktiivi 2009/81/EÜ eesmärgiga avada Euroopa Liidus kaitsevaldkonna turg ning soodustada ka kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas kaupade ja teenuste vaba liikumist. Käesoleva magistritöö autor on seisukohal, et direktiivist 2009/81/EÜ tulenevad korduvate ehitustööde ja teenuste erandi tingimused on vajalikud Euroopa Liidu üldiste põhimõtete, st ka ühisturu ja avatud konkurentsi tagamiseks. Kahetsusväärsetel kombel on aga antud tingimused kehtivas RHS kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke regulatsioonis täielikult välja jäänud. Sellega on seadusandja laiendanud olulisel määral ehitustööde ja teenuste kordamise erandi kohaldamisvõimalust. Antud puudused on sedavõrd kummalised, et nii väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse üldnormis RHS § 49 lg-s 5 kui ka võrgustikusektori analoogses sättes, (RHS § 156 lg 1 p-s 6) on antud tingimused mainitud, mistõttu on sarnase sisuga sätted RHS üldosas ning kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hangete regulatsioonis põhjendamatult erinevad.

Märkimisväärne on seegi, et direktiivi 2009/81/EÜ artiklist 28 lg 4 b tuleb otsesõnu, et ehitustööde ja teenuste kordamise erand on lubatud juhul, kui eelnev riigihange on viidud läbi

⁹⁷ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. [Volume 1], p 1080.

kas piiratud menetluse, väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse või võistleva dialoogi alusel. Kehtiv RHS § 173 lg 5 p 2 sätestab aga seevastu, et uusi teenuseid ja ehitustöid võib väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke kaudu tellida siis, kui eelnevalt on sõlmitud hankelepingle kas piiratud või konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse tulemusel. Seega on seadusandja direktiivi 2009/81/EÜ harmoneerimisel jätnud normi sõnastusse lisamata võistleva dialoogi, kitsendades sellega antud ehitustööde ja teenuste kohaldamise erandi kasutamist veelgi. Magistritöö autori arvates peab antud puuduse likvideerima RHS muudatusega, kuivõrd puudub mistahes põhjus, miks kaitsehangetel väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke korduva ehitustöö ja teenuse erand ei peaks kohalduma, kui varasem riigihange on toimunud võistleva dialoogi raames. Kuna kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete menetluste liigid on niigi juba RHS ja direktiivi 2009/81/EÜ järgi piiratud ehk piirduvad piiratud hankemenetluse, konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja võistleva dialoogiga, kitsendab selline puudus kehtivas Eesti õiguses kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete läbiviimise võimalust veelgi.

Rahandusministeeriumi poolt algatatud RHS muutmise eelnõu puudutab ka ehitustööde ja teenuste kordamise erandit, muutes kehtivat RHS § 173 lg 5 p 2 sõnastust järgmiselt:

„2) uusi teenuseid või ehitustöid, mis seisnevad samalt pakkujalt piiratud või konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse või võistleva dialoogi tulemusel sõlmitud hankelepingle alusel tellitud ja esialgse projektiga kooskõlas olevate samalaadsete teenuste või ehitustööde kordamises, kusjuures esialgses hanketeates on teavitatud sellise hankelepingle sõlmimise võimalusest ja esialgse hankelepingle eeldatava maksumuse hulka on arvestatud ka järgnevate teenuste või ehitustööde kogumaksumus.“⁹⁸

Eeltoodule tuginedes soovib Rahandusministeerium laiendada senist ehitustööde ja teenuste kordamise erandit ning lubada seeläbi antud erandile tuginedes tellida samalaadseid tooteid. Lisaks sellele on ehitustööde ja teenuste erandit täiendatud ning lisatud sättesse ka olukord, et eelnev hankepingle on sõlmitud võistleva dialoogi tulemusel. Seega on ministeeriumi kavatsuseks kõrvaldada antud erandis olevad ilmselged vead. Samuti lubab uus Rahandusministeeriumi poolt pakutud sõnastus kõrvale kalduda viie aasta pikkusest tähtajast,

⁹⁸ Riigihangete seaduse ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus – eelnõu. – Eelnõude infosüsteem: <https://eelvoud.valitsus.ee/main#PTCm9Iri> (24.04.2021), p 185.

kui see on erandjuhtudel põhjendatud, kuivõrd seaduseelnõu kohaselt täiendatakse RHS § 173 ning lisatakse juurde lõige 6, mis lubab RHS § 173 lg 5 p 2 erandile tugineda ka hiljem kui viis aastat hankelepingu sõlmimiselt, kui see on toodete, seadmete või süsteemide eeldatava kasutusega kooskõlas ning võiks põhjustada tehnilisi probleeme.⁹⁹ Antud täienduse näol on tegemist sõna-sõnalt direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 4 p b sõnastusega, mistõttu oleks täiendav lõige kooskõlas direktiiviga 2009/81/EÜ.

Kokkuvõtlikult esineb kehtivas väljakuulutamiseta läbirääkimistega kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete regulatsioonis mitmeid märkimisväärsed puudusi ka RHS § 173 lg-s 5 sätestatud ehitustööde ja teenuste kordamise erandis. Eesti seadusandja on direktiivist 2009/81/EÜ tuleneva regulatsiooni harmoneerimisel siseriiklikusse õigusesse mitmel korral eksinud, kui on jätnud üle võtmata antud erandi kohaldamiseks vajalikud tingimused nagu korduva hanke lubatavuse kokkulepe esialgses riigihankes ja korduva hanke maksumusega arvestamise esmase hanke maksumuses. Erandi kohaldamiseks vajalike tingimuste üle võtmata jätmine lihtsustab suurel määral Eestis väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke korraldamist, mis aga iseenesest tekitab teiste liikmesriikidega võrreldes ebavõrdse olukorra. Seetõttu on puuduste tõttu Eesti riigi kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete kordamise erandi kasutamine lubatud rohkematel juhtudel kui seda Euroopa Liidu õigus lubab, kuid sarnase regulatsiooniga Euroopa Liidu ühisturul ei tohiks see nii olla.

Lisaks sellele esineb kehtiva RHS § 173 lg-s 5 selliseid vastuolusid, millel puudub mõistlik seletus. Selliseks puuduseks on näiteks sätte sõnastus, mille järgi peavad kordushankes tellitud tööd ja teenused olema varasema riigihankega täpselt samasugused või ka asjaolu, et korduv hanke erand on kohaldatav RHS § 173 lg 5 p 2 järgi vaid juhul, kui eelnev hange on läbi viidud kas piiratud hankemenetluse või konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse käigus. Seadusandja on jätnud üle võtmata ka viie aasta pikkuse ajapiirangust kõrvalekaldumise võimaluse, mis kitsendab ehitustööde ja teenuste kordamise erandi kohaldamist võrreldes direktiivist tulenevaga. Samas võib sellisel kitsendusel olla ka positiivne mõju, tagades ausama ja läbipaistvama konkurentsi, kui hankija peab pärast viie aasta möödumist korraldama siiski uue riigihanke. Nimetatud puuduste kõrvaldamiseks ning Eesti regulatsiooni ühtlustamiseks on

⁹⁹ *Ibidem*, p 186.

Rahandusministeeriumil kavas ehitustööde ja teenuste kordamise erandi sätteid parandada ja käesoleval hetkel kehtivad vastuolud direktiiviga 2009/81/EÜ kõrvaldada.

2.3. Asendamise ja täiendamise erand

Lisaks eelnevates peatükkides analüüsitud ehitustööde ja teenuste kordamise erandile ja nurjunud hanke erandile on Eesti seadusandja võtnud puudustega Eesti RHS-sse üle ka asendamise ja täiendamise erandi kohaldamise tingimused. Käesolev peatükk analüüsib, millised puudused esinevad antud erandi regulatsioonis ning kas ja kuidas on neid võimalik seaduse rakendamisel ületada.

Direktiiv 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 3 p a sätestab, et kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas on lubatud väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihange olukorras, kus soovitakse osta lisatarneid asjadele, mis on mõeldud tavaliste toodete või seadmete osaliseks asendamiseks või nende täiendamiseks. Asendamise ja täiendamise erandi puhul on artikli 28 lg 3 p a järgi oluline jälgida, et tarnija vahetamine tooks kaasa varem soetatud seadmete või toodete ühildamatuse või ebaproportsionaalsed tehnilised raskused nende käitamisel või hooldamisel. Lisaks sellele on direktiivi 2009/81/EÜ artikli 28 lg 3 p a järgi seadmete asendamise ja täiendamise erand lubatud juhul, kui uuendavate riigihankelepingute kehtivusaeg ei ole pikem kui viis aastat. Direktiiv lubab aga viieaastasest tähtajast kõrvale kalduda erandjuhtudel, kui arvesse võetakse toodete, seadmete või süsteemide tavapärase kasutusega või võimalikke tehnilisi probleeme. Direktiivi 2009/81/EÜ põhjenduse p 51 järgi on antud erandile tuginemine õigustatud olukordades, kus teiselt pakkuvalt toodete ostmise võib tähendada tehnilist kokkusobimatust ja ebaproportsionaalsust. Seega on erand loodudki olukordadeks, kus vajadus on tekkinud olemasoleva süsteemi uute komponentide lisamiseks või süsteemi terviklikuks uuendamiseks ning uutel asjadel peab ühilduma juba olemasoleva varustusega. Kuivõrd kaitsetehnika iseenesest on pika elueaga (mõningatel juhtudel 30–50 aastat), annab antud erand sellist tehnikat märkimisväärselt paindlikumalt kasutada, lubades hõlpsasti juba olemasolevat tehnikat uuendada, parandada ja täiendada.¹⁰⁰ Samas annab see ka suurema võimaluse erandlikku hankemenetluse liigi kasutamist kuritarvitada.¹⁰¹

¹⁰⁰ B. Heuninckx. A Primer to Collaborative Defence Procurement in Europe Troubles. Achievements and Prospects. (2008) 17 Public Procurement Law Review 123.

¹⁰¹ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. [Volume 2], p 230.

Nimetatud asjade asendamise ja täiendamise erand on põhjendatud olukordades, kus on kindel, et varasema hanke võitja suudab pakkuda asjade täiendamisel või asendamisel kõige paremat hinna-kvaliteedi suhet. Samas on õiguskirjanduse kohaselt jätkuvalt ebaselge, kuidas peab hankija käituma olukorras, kus samu esemeid suudab pakkuda ka mõni teine ettevõtte. Erandliku hankemenetluse kitsast tõlgendusest lähtudes on võimalik tõlgendada seda ühest küljest selliselt, et väljakuulutamisetähtaajaga riigihange asendamise ja täiendamise erandile tuginedes ei ole lubatud olukordades, kui mitmed turuosalisel suudavad pakkuda kas täpselt samasuguseid või vähemalt sama kvaliteediga tooteid. Teine tõlgendusvõimalus on, et asjade asendamise ja täiendamise erand on lubatud ka olukordades, kui mõni teine ettevõtte pakub samaväärseid tooteid, kuid nende kohaldamine olemasolevasse süsteemi tähendaks ebamõistlikult suuri kulusid.¹⁰²

Ka kehtivas RHS § 173 lg-s 4 on sätestatud kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete asendamise ja täiendamise erandi kohaldamise tingimused. Nimelt ütleb RHS § 173 lg 4, et asjade hankelepingu sõlmimisel on võimalik väljakuulutamisetähtaajaga riigihange hankemenetluse kohaldamine, kui asju ostetakse samalt pakkujalt juba varem ostetud asjade asendamiseks või nende täiendamiseks ning seda seetõttu, et vastasel juhul ei sobiks asjad kas tehniliselt kokku või mille käitamine ja hooldamine tooks kaasa ülemääraseid tehnilisi raskusi. Samas on märkimisväärne, et Eesti seadusandja on RHS § 173 lg 4 järgi lubanud asendamise ja täiendamise erandi kohaldada vaid siis, kui täiendava hankelepingu kestus ei ületa viit aastat. Sellest tähtajast kõrvalekaldumisi pole kehtivas RHS ette nähtud, kuigi direktiiv 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 3 p a seda otsesõnu lubab. Seega on tegemist sarnase puudusega, nagu esines ehitustööde ja teenuste korduse erandi puhul, kus Eesti seadusandja samuti ei olnud direktiivi 2009/81/EÜ harmoneerimisel võtnud üle ka direktiivis oleva ajapiirangust kõrvale kaldumise võimalust (vt käesoleva magistritöö peatükk 2.2). Sarnaselt ehitustööde ja teenuste korduse erandi kitsendusele tähendab ka antud asendamise ja täiendamise erandi kitsendamine ühelt poolt positiivset Euroopa Liidu ühtse siseturu vaatenurgast, kuid samas ka negatiivset hankija jaoks, kellele ajapiirangust kõrvalekaldumise võimaluse puudumine võib tähendada mitmeid ebamugavusi. Direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 3 p a kohaselt võib senise riigihankelepingu ja uue hankelepingu vahele jääv aeg olla pikem kui viis aastat, kui võetakse arvesse nii toodete, seadmete ja süsteemide kasutusaega, aga ka tehnilisi probleeme. Kui korduva hanke erandi

¹⁰² S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. [Volume 1], p 1081.

puhul on võimalus, et samaväärsed ehitustöid või teenuseid suudab pakkuda ka mõni teine ettevõtte, siis juba olemasolevate asjade täiendamise vajadus iseenesest tähendab seda, et hanke eesmärgiks ongi soetada samasuguseid esemeid samalt tootjalt. Ka asendamise puhul ei ole hankija eesmärgiks ilmselt mingisuguse eseme varude asendamine teistsuguste toodetega, vaid siiski sama pakkuja poolt pakutavaga. Vaid nii on võimalik tagada, et liikmesriigi kaitseks ja julgeolekuks vajalik varustus oleks ühtne kvantitatiivselt, aga ka kvaliteedi poolest. Seetõttu on käesoleva magistritöö autori arvates RHS § 173 lg-st 4 tuleneva asjade asendamise ja täiendamise erandi puhul põhjendatud kehtiva RHS muutmise ning selle täiendamine võimalusega, mis annab asjade asendamisel ja täiendamisel kõrvale kalduda viie aasta pikkusest ajaperioodist erandjuhtudel, mil see on põhjendatud seadmete kasutusajaga ning tehniliste probleemidega.

Märkimisväärne on, et kuigi korduvate ehitustööde ja teenuste puhul ei ole sarnaselt Eesti õigusele lubatud direktiivis 2009/81/EÜ tulenevast ajapiirangust kõrvale kalduda, siis asendamise ja täiendamise erandi puhul on Ühendkuningriigi õiguses kõrvalekalded lubatud erandlike asjaolude ilmnemisel.¹⁰³ Milliseid asjaolusid aga erandlikeks peetakse, on Ühendkuningriigi õigus jätnud vabaks. Samal ajal on ka Saksamaa kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamisetähtaegidega riigihangete puhul asendamise ja täiendamise erandi viie aasta pikkusest tähtajast kõrvalekaldumine lubatud erandjuhtumitel, kuid nende seadusandja on täpsustanud erandjuhtumite kohaldamise võimalusi. Nimelt tuleb sellisel juhul arvesse võtta asjade kasutusiga ning asjade vahetamisest põhjustatud tehnilisi raskusi.¹⁰⁴ Seega vastab Saksamaa õigus sisuliselt üks-ühele direktiivi 2009/81/EÜ artikli 28 lg 3 p a sõnastusele.

Kehtiv RHS § 173 lg 4 kohaselt võib kaitsehankeid korraldada väljakuulutamisetähtaegidega menetlust kasutades ka RHS § 49 lg 3 p-s 3 ja lg-s 4 sätestatud alustel. Eesti seadusandja on viidanud RHS § 49 lg 3 p-le 3, mille tulemusel on ka kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihankeid lubatud väljakuulutamisetähtaegidega menetlust kasutades kaubabörsil soetatavate kaupade ostmiseks ehk erandi kasutamine on põhjendatud olukordades, kus asju ostetakse otse tooraineturult, kauplemisplatvormi kaudu või

¹⁰³ Public Procurement. The Defence and Security Public Contracts Regulations 2011, § 16 lg 3.

¹⁰⁴ VSVgV § 12 lg 2 p a.

energiabörsilt.¹⁰⁵ Sellega tagatakse, et riigihanke käigus ei luua dubleerivat konkurentsi, kuna vastavatele turgudele endile on omane pakkujate konkurents.¹⁰⁶

RHS § 173 lg 4 viide RHS § 49 lg 3 p-le 3 on kooskõlas direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 3 p b sõnastusega, mis lubab kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas erandlikku hankemenetlust kasutada „tooraineturul noteeritud ja sealt ostetud toodetest koosnevate tarnete puhul“. Samas teeb kehtiv RHS § 173 lg 4 viite sama seaduse § 49 lg-le 4, mille kohaselt on väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke korraldamine põhjendatud olukorras, „kui asju või teenuseid ostetakse soodsatel tingimustelt isikutelt, kelle suhtes on algatatud likvideerimismenetlus, või pankrotihaldurilt võlausaldajatega sõlmitud kokkuleppe jõustamiseks“. Antud erandile tuginemise puhul tuleb igal konkreetsel juhul põhjendada, milles seisneb eriti soodsatel tingimustel kaupade ja teenuste ostmise. Lisaks sellele ei tohi õiguskirjanduse kohaselt tingimused olla pelgalt soodsad, vaid tehing peab toimuma oluliselt parematel tingimustel kui see tavapärastes turutingimustes toimuks.¹⁰⁷

Ka direktiiv 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 3 annab kaitse- ja julgeolekuvaldkonna asjade riigihangete puhul võimaluse tugineda erandile, kui asju soetatakse soodsatel tingimustel äritegevust lõpetavalt tarnijalt, pankrotihaldurilt või likvideerijatelt, võlausaldajaga sõlmitud kokkulepete või sarnaste menetluste alusel. Kuivõrd kehtiva RHS § 49 lg 4 sõnastuse järgi on väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke korraldamine lubatud vaid likvideerimismenetluse käigus või pankrotihaldurilt ning sõnastus ei viita ka võimalusele sarnaste menetluste käigus asjade ostmisele, siis on kehtiva RHS § 173 lg 4 kohaldamisvõimalus pealtnäha mõnevõrra kitsam kui seda lubab direktiiv 2009/81/EÜ. Saksamaa riigihangete õiguses on sealne seadusandja sõnastanud äritegevuse lõpetamisel soetavate asjade erandi direktiivi 2009/81/EÜ sõnastusega sarnaselt, märkides sättes, et kaupade ostmise on lubatud väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke korras äritegevuse lõpetavalt ettevõtjalt, pankrotihaldurilt või muu sarnase menetluse raames.¹⁰⁸ Käesoleva magistritöö autori seisukoha kohaselt on viited juba olemasolevatele normidele igati põhjendatud ning tavapärane osa Eesti normitehnikast, kuid viidete kasutamisel peab seadusandja põhjalikumalt analüüsima ka viitena kasutatava sätte kooskõla selle sättega, kuhu

¹⁰⁵ M. Parind. RHS § 49/48.

¹⁰⁶ J. Gonzales Garcia in M. Trybus, R. Caranta *et al.* EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond. Bruylant 2014, p 72.

¹⁰⁷ M. Parind. RHS § 49/50.

¹⁰⁸ VSVgV § 12 lg 2 p c.

viide soovitakse lisada. Lisaks sellele peab jälgima viitena kasutatava sätte paiknemist õigusaktis ning olema kindel, et see haakub ning on korrektne ka loodava sättega. Põhjendatud ei ole viite kasutamine üksnes seepärast, et juba kord loodud sättes on kasutatud sarnast sõnastust või reguleeritud sarnast olukorda. Kui olukordade kasutamisevõimalused on siiski sedavõrd erinevad, tuleb viitele lisada täiendusi või kaaluda üldse viite kasutamata jätmist. Kehtivas RHS on mitmeid puudusi olemasolevate viidetega ning need peab kõrvaldama seaduse parandustega.

Magistritöö autori arvates on põhjendatud RHS § 173 lg 4 tõlgendamine viisil, mis lubab kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihankeid läbi viia väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust kasutades olukordades, kus hankija saab soodsatel tingimustel kaupu ka nendelt ettevõtetelt, kes on enda tegevust lõpetamas. Seda justnimelt seetõttu, et äriseadustiku kohaselt toimub ettevõtte tegevuse lõpetamine alati likvideerimismenetluse raames¹⁰⁹ ning seetõttu sisaldub Eesti õiguse kohaselt ettevõtte likvideerimine niikuinii ettevõtte tegevuse lõpetamise protsessis. Likvideerijate ülesandeks ongi lisaks tegevuse üldisele lõpetamisele, sissenõutavaks muutunud võlgade sissenõudmisele ja võlausaldajate nõuete rahuldamisele müüa ka ettevõtte vara.¹¹⁰ Seega tuleb RHS § 173 lg 4 ja RHS § 49 lg 4 tõlgendamisel lähtuda olemasolevast sõnastusest ning Eesti õigusest, mille kohaselt tähendab ettevõtte tegevuse lõpetamine likvideerimist.

Märkimisväärne on, et asjade asendamise ja täiendamise erand on otseselt seotud kaitsehangete ühe olulise tunnustega – tarnekindlusega. Nimelt on RHS § 175 lg 3 kohaselt tarnekindluse eesmärgiks tagada usaldusväärne ja õigeaegne tarnekindlus ka hoolduse, paranduse ja varuosade puhuks. Seetõttu saab hankija RHS § 175 lg 2 p 6 järgi nõuda kinnitust asjade hooldamiseks, uuendamiseks või kohandamiseks või RHS § 175 lg 2 p 8 järgi kinnitust selleks, et pakkuja annab kõikide varuosade, komplektide ja kaitsevarustuse joonised, litsentsid ja kasutusjuhendid hankijale siis, kui pakkuja enam ei suuda ise neid enam hankijale pakkuda. Tarnekindlust peetakse eriti oluliseks Euroopa Liidu piirialade riikides (sh Baltimaade riikides), kus riikide geograafiline asukoht teeb liikmesriike eriti haavatavaks embargodele. Seetõttu eeldatakse, et liidu piirialadel pööratakse tarnekindlusele ka suuremat tähelepanu kui seda teevad Euroopa Liidu sisealade riigid.¹¹¹ Seega nii RHS § 175 lg 6 ja 8 tarnekindluse nõuetel

¹⁰⁹ ÄS § 205 ja § 368 kohaselt toimub nii osaühingu kui ka aktsiaseltsi lõpetamine likvideerimismenetluse käigus.

¹¹⁰ Vastav õigus tuleneb näiteks osaühingu likvideerijatele ÄS § 209 lg-st 2, aktsiaseltsi likvideerijatele ÄS § 372 lg-st 2.

¹¹¹ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. [Volume 2], p 149.

kui ka RHS § 173 lg 4 alusel väljakuulutamisetä läbirääkimistega riigihanke korraldamise aluse eesmärgiks on tagada pikaajalise militaarvarustuse puhuks pakkujapoolne täiendav tugi selleks, et esemed oleksid töökorras pikemaajaks. Niisiis täiendavad nii asjade asendamise ja täiendamise erand kui ka tarnekindlustuse nõuded teinetest, pakkumaks hankijale võimalikult suurt kindlust. Kuivõrd aga kehtiv RHS § 173 lg 4 ei ole täielikult kooskõlas direktiiviga 2009/81/EÜ, puudub hankijal seeläbi võimalus igal juhul saada pika kasutuseaga kaitsetehnikale tugi. Seetõttu ei täida direktiiviga 2009/81/EÜ vastuolev asjade asendamise ja täiendamise erand kaitsehangete ideoloogia olulist osa – tarnekindlust.

RKIK on korduvalt kasutanud RHS § 173 lg-st 4 tulenevat asjade asendamise ja täiendamise erandit, põhjendades väljakuulutamisetä läbirääkimistega riigihanke korraldamise vajadust justnimelt olemasoleva tehnikaga ühildamise vajadusega. Nii näiteks soetas 2019. aastal RKIK Viper sukeldumissüsteemide varuosade ja hoolduskomplekte ning põhjendas RHS § 173 lg 4 erandit sellega, et pakkuja vahetumine tooks kaasa olemasoleva mereväele mittemagnetiliste hingamisaparaatide täieliku väljavahetamise ja oluliselt suurema rahalise kulu.¹¹² Sarnaseid tehniliste põhjuste tõttu olemasoleva varustusega ühildamise olulisust toodi välja ka RKIK keskmaa õhuseiresüsteemi varuosade¹¹³, JAVELIN matkeseadme¹¹⁴, SAAB simulatsioonisüsteemide¹¹⁵ ning metallidetektorite¹¹⁶ soetamise riigihangete menetluseliigi selgitustes. Seega näitab praktika, et asjade asendamise ja täiendamise erand on praktikas levinud ning militaarvarustuse puhul seadmete ja tehnika töökindluse säilitamiseks äärmiselt oluline. Sestap on oluline ka antud erandi kooskõla direktiiviga 2009/81/EÜ.

Rahandusministeeriumi poolt algatatud riigihangete seaduse muutmisel on tehtud ministeeriumi poolt ettepanek parandada ka asjade asendamise ja täiendamise erandi sätet, st RHS § 173 lg 4 sõnastust järgmiselt:

„Asjade hankelepingu sõlmimise korral on hankijal õigus lisaks käesoleva paragrahv lõikes 1 sätestatud alustele korraldada hankemenetlus väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlusena käesoleva seaduse § 49 lg 3 punktis 3 ja lõikes 4 sätestatud alustel, samuti juhul, kui asju ostetakse samalt pakkujalt varem ostetud asjade

¹¹² Riigihangete register. Viper sukeldumissüsteemid (viitenumber 208773).

¹¹³ Riigihangete register. Keskmaa õhuseiresüsteemi elutsükli tagamine (viitenumber 216599).

¹¹⁴ Riigihangete register. JAVELIN imitaator (viitenumber 215859).

¹¹⁵ Riigihangete register. SAAB simulatsioonisüsteemide ning tõusvate ja liikuvate sihtmärkide ostmise ja hooldus (viitenumber 228044).

¹¹⁶ Riigihangete register. Metallidetektorid (viitenumber 223852).

osaliseks asendamiseks või täiendamiseks ja pakkuja vahetumise tõttu tuleks osta teistsuguste tehniliste omadustega asju, mis ei oleks olemasolevate asjadega tehniliselt kokkusobivad või mille käitamine ja hooldamine tooks kaasa ülemääraseid tehnilisi probleeme. Sellise täiendava hankelepingu kestus ei või ületada viit aastat, välja arvatud erandjuhtudel, arvestades toodete, seadmete või süsteemide eeldatavat kasutust ja ning tehnilisi probleeme, mida pakkuja vahetamine võiks põhjustada.“¹¹⁷

Nagu nähtub muudatusettepanekust, on Rahandusministeeriumi kavatsus kõrvaldada kehtiva RHS § 173 lg-st 4 tuleneva asjade asendamise ja täiendamise erandi vastuolud kaitsehangete direktiivi 2009/81/EÜ. Nii näiteks lubatakse seadusemuudatuse eelnõu järgi edaspidi ka antud erandi puhul viie aasta pikkusest ajast kõrvale kalduda, kui see on põhjendatud. Antud paranduse sisseviimine on kahtlemata oluline kaitsevaldkonna tehnikat silmas pidades, kus erinevate osade ja varustuse kokkusobimine on hädavajalik süsteemi enda toimimiseks.

Kokkuvõtlikult on kehtivas RHS § 173 lg-st 4 tuleneva väljakuulutamisetähtaajaga riigihange kohaldamiseks oleva asjade asendamise ja täiendamise erandil mõned aspektid, mis vajavad Eesti seadusandja tähelepanu. Sarnaselt ehitustööde ja teenuste kordamise erandile, ei ole kehtivas RHS lubatud viieaastasest tähtaajast kõrvale kalduda, kuigi seda lubab direktiiv 2009/81/EÜ. Kui ehitustööde ja teenuste kordamise erandi puhul võib selline erandi kohaldamisvõimaluste kitsendamine täita avatud konkurentsi eesmärki, siis asjade asendamisel või täiendamisel on otstarbekas lubada hankijatel ka erandjuhtudel viie aasta pikkusest ajaperioodist kõrvale kalduda. Niiviisi on võimalik tagada Eesti hankijatele võimalus hõlpsasti enda olemasolevat varustust täiendada või parandada samasuguste kaupadega. See on omakorda tähtis kaitse- ja sõjaotstarbeliste vahendite varu ühtluse ja kvaliteedi aspektist. Kehtivast viie aasta pikkusest ajaperioodi kõrvalekalldumise lubamine on sedavõrd mõistlikum ka seetõttu, et kui hankija sooviks on täiendada varustust või asendada olemasolevat varu erinevaga, puudub hankijal kohustus viia riigihange taas läbi juba varasema pakkujaga. Selle asemel saab hankija korraldada täiesti uue ja eraldiseisva riigihanke. Seetõttu on käesoleva magistr töö autori arvates põhjendatud kehtiva RHS § 173 lg 4 muutmise, lisades seadusesse direktiivist 2009/81/EÜ tuleneva võimaluse erandjuhtudel mööda vaadata esialgse hankelepingu viie aasta pikkusest ajast. Antud muudatus on planeeritud ka

¹¹⁷ Riigihangete seaduse ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus – eelnõu. – Eelnõude infosüsteem: <https://eelroud.valitsus.ee/main#PTCm9Iri> (24.04.2021), p 184.

Rahandusministeeriumi poolt algatatud riigihangete seaduse muutmise eelnõusse, mistõttu peaks vastuolu direktiiviga 2009/81/EÜ parlamendi heakskiidul saama kõrvaldatud.

3. Kaitsehanked ettenägematutes olukordades

3.1. Kriisiolukorra erand

Nagu korduvalt eespool selgitatud, on väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihange oma olemuselt äärmiselt erandlik hankemenetluse liik. Isegi hea planeerimisega juures võib siiski hankijatel ette tulla olukordi, kus riigihanke läbiviimise vajadust ei osatud ette näha ning vajaminevaid asju või teenuseid on hankijal vaja äärmiselt kiiresti. Ootamatused on aktuaalsed ka kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ning seda eriti konfliktisituatsioonides, kus liikmesriigil tuleb kiiresti reageerida. Direktiiv 2009/81/EÜ võimaldab hankijal soetada kaitseotstarbelisi asju ning tellida nendega seotud teenuseid juhuks, kui äärmise vajaduse või kriisiolukorra tõttu ei ole hankijal võimalik kinni pidada tavapäraest riigihanke tähtaegadest. Eesti seadusandja on küll direktiivi ülevõtmisel kehtivas RHS ette näinud äärmise vajaduse erandi (RHS § 173 lg 1 p 3), kui samas puudub seaduses kriisiolukorra regulatsioon. Käesolev peatükk vaatlebki kaitsehangete läbiviimise võimalusi ettenägematutes olukordades ning vastab küsimusele, kas kriisiolukorra puhul saab hankija tugineda äärmise vajaduse erandile, et täita olukorrast tingitud hankevajadus võimalikult kiirelt.

Direktiivist 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 1 p c lubab kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke viia läbi kriisiolukorra erandile tuginedes. Nimelt on direktiivi järgi antud erandliku hankemenetluse läbiviimine õigustatud, kui kriisiolukorrast tingitud vajadus ei võimalda kinni pidada piiratud hankemenetluses või väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses nõutavaid tähtaegu. Antud tähtaegade puhuks viitab artikkel 28 lg 1 p-st c tulenev väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke kriisiolukorra erand omakorda direktiivi artikkel 33 lg-le 7, mille alusel on kiireloomuliste olukordade tõttu nii piiratud menetluse ja väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse korral lubatud osalejatel määrata lühemaid tähtaegu. Nimelt on selle sätte alusel kiireloomulistes olukordades lubatud lühendada osalemistaotluse laekumise tähtaega, kuid see ei või teate klassikalise edastamise korral olla lühem kui viisteist päeva alates teate lähetuskuupäevast või elektroonilise teate edastamise korral lühem kui kümme päeva. Samuti lubab antud säte kiireloomulistel olukordadel lühendada piiratud menetluste pakkumuste laekumistähtaega, kuid see ei tohi olla lühem kui 10 päeva alates pakkumiskutse esitamisest. Seega on Euroopa Liidu seadusandja näinud direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 33 lg-s 7 ette kiireloomulisteks sündmusteks

võimalused piiratud menetluse ja väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse tähtaegade lühendamises, kuid kui ka need ei ole piisavad, on hankijal võimalus kasutada erandkorras väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanget. Eeltoodust lähtuvalt on seadusandja näinud kriisiolukordadeks ette mitu etappi, mis tuleb hankijal läbida enne, kui tal avaneb võimalus kasutada kõige erandlikumat ja läbipaistmatumat riigihanke korda ehk väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust.

Lähtudes direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 1 p c sõnastusest, tuleb kriisiolukorra erandi kohaldamiseks täita mitu eeldust:

- a) tegemist on kriisiolukorraga;
- b) asjade soetamine või teenuste tellimisel esineb kiire vajadus;
- c) kiireloomulisuse tõttu pole piisav piiratud menetluse või väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse tähtajad, sh piisavad pole ka direktiivi piires sätestatud lühendatud tähtajad.

Vaadeldes kehtivat RHS § 173, ei leia antud sättest kriisiolukorra erandit, kuivõrd Eesti seadusandja on jätnud direktiivi 2009/81/EÜ harmoneerimisel Eesti õigusesse antud sätte üle võtmata. Erandi puudumine kehtivast Eesti õigusest on sedavõrd kummastavam, kuna selle üle võtmata jätmist ei ole seadusandja selgitanud ka RHS seletuskirjades. Seetõttu puudub teadmine selle kohta, miks antud säte riigisisises õiguses puudub.

Nagu eespool selgitatud, on direktiividest tuleneva õiguse harmoneerimine kohustuslik nende liikmesriikide suhtes, kellele see on adresseeritud, kuid sealjuures saab liikmesriik ise valida selle vormi ja meetodi.¹¹⁸ Kuigi direktiivid ei ole otsekohalduvad, on mõningatel juhtudel on direktiivide vahetu õigusmõju lubatud. Vahetule mõjule on võimalus tugineda aga vaid juhul, kui direktiiviga on antud üksikisikule õigusi ning seetõttu saab vahetule õigusmõjule tugineda vaid eraõiguslik isik.¹¹⁹ Kuna kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihankeid ei vii läbi eraõiguslikud isikud, puudub riigil ja siinsetel kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete korraldajatel võimalus kriisiolukorrale tugineda ka läbi direktiivi vahetu mõju.

¹¹⁸ EK C-217/97, p-d 31-32; C-343/08, p-d 40-41.

¹¹⁹ EK C-188/89, p 20, C-413/15, p 25, VAKO 16.06.2017, 85-17/185011, p 30.

Vestluses PPA hanke- ja lepingutalituse juristi M. Kulliga selgus, et kuivõrd käesoleval hetkel pole Eesti lähiajaloos olnud mingisuguseid siseriiklikke kriise, pole PPA puudust tundnud kriisiolukorra erandist.¹²⁰ Vaatamata sellele, et seni ei ole Eesti pidanud seisma silmitsi kriisisituatsioonidega, on käesoleva töö autori arvates tegemist siiski riigi julgeolekuhuvidest lähtuvalt olulise sättega, mille puudumise tõttu on Eesti kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete läbiviimine erakorralistes sündmuses oluliselt piiratum, kui seda direktiiv ette näeb. Antud vastuolu tuleks magistritöö autori hinnangul esimesel võimalusel kõrvaldada, kuna justnimelt sellele erandile tuginedes oleks riigil märksa lihtsam sõjalistele olukordadele kiiresti reageerida ja seeläbi vajalikke asju või teenuseid tellida. Antud kriisiolukorra erandi kohaldamise võimalust peeti oluliseks ka toona, mil ühtset kaitsehangete regulatsiooni Euroopa Liidus looma hakati. Nimelt leidsid liikmesriigid juba direktiivi vastuvõtmisele eelnevatel konsultatsioonidel, et ühtse kaitsehangete regulatsiooni eesmärgiks peab olema tagada kaitse- ja julgeolekuvaldkonna teabe konfidentsiaalsus ning varustuskindlus kriisiolukordades.¹²¹ Ka õiguskirjanduses on toonitatud kaitsevaldkonna toodete ja teenuste hankimise olulisust kriisisituatsioonides.¹²²

Direktiiv 2009/81/EÜ on defineerinud kriisi mõiste kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete kontekstis. Artikkel 1 p 10 kohaselt loetakse kriisiks igasugust olukorda nii liikmesriigis kui ka kolmandas riigis, kus on toimunud kahjustav sündmus. Toimunud sündmuse ulatus peab olema antud definitsiooni kohaselt oluliselt suurem igapäevases elus toimuvatest kahjustavatest sündmustest ning see peab oluliselt ohustama või piirama isikute elu ja tervist, mõjutama vara väärtust ning nõudma elanikkonna varustamiseks täiendavate meetmete kasutuselevõttu. Kriisiks loetakse ka selliseid olukordi, kus niisuguse kahjustava sündmuse toimumine on tõenäoline, samuti on kriisiolukordadega tegemist relvastatud konfliktide ja sõdade korral. Lähtudes kriisiolukorra mõistest, ei tähenda kriis kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete puhul üksnes sõjalist konflikti, vaid ka igasuguseid teisi ettenägematuid olukordi, kus ohus on elanike tervis ja elu või isikute vara ning nende kaitseks peab riik võtma kasutusele lisameetmeid. Sealjuures tuleb aga meeles pidada, et direktiivi 2009/81/EÜ artiklist 2 ja kehtiva RHS §-st 169 kaitse- ja julgeolekuvaldkonna reguleerimisalast lähtuvalt kohalduvad antud

¹²⁰ M. Kull ja T. Jaansalu. 20.04.2021 (vestluse salvestis magistritöö autori valduses).

¹²¹ C. Kennedy-Loest, N. Pourbaix. The new EU Defence Procurement Directive. ERA Forum (2010) 11: 399-410, p 404.

¹²² J. Edwards. The EU Defence and Security Procurement Directive: A Step Towards Affordability? London: Chatham House 2011, p 5.

valdkonna riigihangete sätted üksnes sellistele hangetele, mille käigus soetatakse kaitse- või sõjaotstarbelisi asju, nende osi või tellitakse kaitse- või sõjaotstarbeliste ehitustööde teostamist või muid teenuseid. Seega on kaheldav, kas direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 1 p-st c tulenev kriisiolukorra erand oleks asjakohane näiteks ennenägematute ilmastikutingimuste poolt põhjustatud kahjude või COVID-19 pandeemia kiireloomuliste isikukaitsevahendite ja vaktsiini tarnimiseks. Käesoleva magistritöö autor on seisukohal, et kui kehtivas RHS oleks sätestatud kaitse- ja julgeolekuvaldkonna kriisiolukorra erand, poleks justnimelt kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete kitsast reguleerimisalast lähtuvalt sellisel juhul siiski võimalik näiteks tervishoiukriisi või looduskatastroofi poolt põhjustatud kahjude vältimiseks ja likvideerimise jaoks vajalikke hankeid läbi viia. Isegi kui direktiivi 2009/81/EÜ kriisiolukorra mõiste definitsioon võimaldaks tõlgendada kriisi laiemalt kui pelgalt relvakonflikt, oleks kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihanke reguleerimisalaga vastuolus nende asjade ja teenuste tellimine, mis otsesõnu kaitsevaldkonnaga ei seostu. Antud seisukoht ei tähenda muidugi seda, et hankijal puuduks igasugune võimalus reageerida näiteks tervishoiukriisile või looduskatastroofidele, kuna hankijal on igal juhul võimalus viia kiirendatud korras läbi ka klassikalise sektori riigihankeid, mis kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete regulatsiooni alla ei kuulu. Nii näiteks säilib hankijal võimalus kasutada väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust tavakorras, tuginedes sealjuures näiteks RHS § 49 lg 1 p-s 3 sätestatud äärmise vajaduse erandile.

Kriisiolukorra mõiste puhul on oluline tähele panna ka seda, et kriisi definitsioon direktiivis 2009/81/EÜ hõlmab kriise nii liikmesriigis endas kui ka kolmandates riikides. Direktiivi 2009/81/EÜ põhjenduse p-s 54 on selgitatud, et lubatud on kriisiolukorrana tõlgendada ka juhtumeid, kus liikmesriik peab sekkuma kriisiolukorda välismaal, viies näiteks läbi rahuvalveoperatsiooni. Välismaa alla tuleb lugeda aga nii Euroopa Liidu liikmesriike ennast kui ka kolmandaid riike. Seega on pidanud Euroopa Liidu seadusandja põhjendatuks erandliku menetluse kasutamist ka väljaspool riiki ennast toimuvate kriisidega toimetulekuks, kuivõrd sellised suuremahulised operatsioonid võivad tähendada kiiresti täiendavate varude ja varustuse hankimist. Lähtudes ELL artikkel 3 lg-st 2, moodustab liit oma kodanike vabadusel, turvalisusel ja õigusel rajaneva sisepiirideta ala ning artikkel 3 lg 5 kohaselt toetab liit muuhulgas rahu ja turvalisust. Seega on ka turvalisus üks osa liidu väärtustest ning kaitsehangete direktiivi 2009/81/EÜ artiklis 28 lg 1 p c sätestatud kriisiolukorra erandi näol on tegemist olulise vahendiga, mille laiem eesmärk on tagada Euroopa Liidu üht eesmärki – turvalisust.

Kriisiolukorra erandi puudumine kehtivast RHS on kummastav, kuna samas võib kehtiva RHS § 175 alusel hankija seada kaitsehankele omaseid tingimusi, mis on suunatud tarnekindluse tagamisele ettenägematutes hädaolukordades, sõjaseisukorra ajal või kriisiolukordades. Seega on seadusandja pidanud oluliseks anda kaitsevaldkonna hankijatele võimaluse seada tarnekindluse tingimusi kriisiolukordades, kuid samas ei ole väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses pidanud vajalikuks kriisiolukorra erandit sätestada. Sellisel vastupidisel tegevusel ei ole mingisugust mõistlikku põhjendust. Tarnekindluse tagamiseks on RHS § 175 lg 2 p 4 alusel hankijal õigus nõuda ühe hankelepingtongimusena hankija kinnitust, et pakkuja tarnib vajalikke tooteid ja teenuseid ka hädaolukorras, erakorralise seisukorra või sõjaseisukorra ajal lisavajaduste rahuldamiseks. RHS § 175 lg 2 p 5 annab hankijale võimaluse nõuda pakkujalt, et sarnane kinnitus esitataks pakkuja asukohariigi pädeva asutuse poolt. Väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke kriisiolukorra erand tõstatubki eeskätt olukordades, kus pakkuja ei ole aga suutnud enda tarnekindlust tagada, mistõttu on kriisiolukorra erandi näol tegemist väga olulise osaga kaitsehangete ideoloogiast. Nimelt viitab direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 1 p c võimalusele kasutada kriisiolukorra erandit direktiivi artiklis 23 p-s d sätestatud juhtudel ehk olukordades, kus pakkuja ei kinnita pakkumuses, et ta on valmis looma või säilitama mahtu, kui ostjal on tekkinud kriisioludest lähtuvalt lisavajadused. Seega võib kriisiolukorra erandi puudumine mõjutada suuresti neid olukordi, kus konflikt on puhkenud, kuid olemasoleva riigihanke tarded pole tarnekindluse kinnituse puudumise tõttu kindlad. Sellist olukorda ei saa aga ükski liikmesriik magistritöö autori hinnangul endale lubada.

Euroopa Liidu seadusandja on pidanud direktiivi 2009/81/EÜ põhjenduse p-des 8-9 oluliseks välja tuua, et just riigi suveräänsuse, aga ka liidu enda autonoomia jaoks on kaitse- ja julgeolekuvarustus olulise tähtsusega, mistõttu on põhjendatud erinõudmiste seadmine antud valdkonna riigihangetele, seda eriti tarnekindluse ja teabeturbe valdkonnas. Ka Euroopa Komisjon on enda tarnekindluse juhises selgitanud, et tarnekindlus on oluline eeskätt kriisiolukordades, kus õigeaegne tarne võib olla suisa elutähtis. Samuti on komisjon pidanud tarnekindlust oluliseks kaitse- ja julgeolekuvaldkonna kaitseotstarbeliste vahendite seisukohast, kuna nende äärmiselt pikk kasutusiga vajab pidevat logistilist tuge ja uuendamist.¹²³ Kuivõrd tarnekindluse kinnitus iseenesest puudutab üksnes võimalikus tulevikus tekkivat sündmust, siis saab kinnitus olla üksnes pakkuja end sõna. Samas muutub kinnitus pärast hankelepingu

¹²³ Directorate General Internal Market and Services. Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of Defence and security. Guidance Note. Security of Supply, p 1.

sõlmimist lepingu osaks, mistõttu võtab pakkuja enda selgesõnalise kinnitusega kohustuse kriisiolukorras hankijat vajadusel täiendavalt varustada.¹²⁴ Nagu eespool selgitatud, annab kriisiolukorra erand hankijale võimaluse kasutada väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanget nendes erakorralistes olukordades, kui pakkuja siiski ei suuda enda antud kinnitust täita ning esineb kiireloomuline vajadus riigihanke korraldamiseks. Seega on kehtivas RHS sätestatud kaitse- ja julgeolekuvaldkonna pakkujal kohustus kinnitada enda võimekust pakkuda hankijale tuge ka kriisiolukordades, kuid reaalses olukorras, kus pakkuja siiski ei suuda enda lubatud täita ning Eesti hankijal puudub sel hetkel võimalus kiireloomulises olukorras vajaminevaid vahendeid või teenuseid hankida väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke kaudu. Tagamaks võimalikult laiapõhjalise võimaluse riigil ennast kriisiolukordades kaitsta, peaks käesoleva töö autori arvates kriisiolukorra erandi RHS harmoneerima ning sõnastama selle niiviisi, et see lubab hankijal reageerida ka olukordades, kus pakkuja kinnitus tarnekindluse kohta ei kehti.

Rahandusministeeriumi poolt algatatud riigihangete seaduse muutmise seletuskirja kohaselt lisatakse kehtivasse RHS § 173 lg 1 p 4 võimalus kasutada väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ka kriisiolukorrast tuleneva kiireloomulise olukorra tõttu.¹²⁵ Ministeerium nendib seletuskirjas, et senini on antud kriisiolukorra erand kehtivas RHS-s puudunud. Vaadeldes aga Rahandusministeeriumi seadusemuudatuse ettepaneku eelnõud ennast, on teinud ministeerium ettepaneku muuta RHS § 173 lg 1 p 5 järgmiselt:

„hankelepingu kiire sõlmimine on vajalik kriisiolukorrast tingitud kiireloomulisuse või hankijast sõltumatute ettenägematute sündmuste tagajärjel tekkinud äärmise vajaduse tõttu, mis ei võimalda kinni pidada käesoleva seaduse §-s 94, § 125 lõikes 4 või §-s 174 sätestatud tähtaegadest.“¹²⁶

Seadusemuudatuse sõnastuse kohaselt on ministeeriumi ettepanek ühes sättes kajastada nii kriisiolukorra erandit kui ka hetkel kehtivas RHS § 173 lg 1 p-s 3 sätestatud äärmise vajaduse erandit. Tegemist on aga kaitsehangete direktiivis 2009/81/EÜ ette nähtud kahe eraldiseisva

¹²⁴ M. Parind. RHS § 175/24.

¹²⁵ Rahandusministeerium. Seletuskiri riigihangete seaduse ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu juurde. – Eelnõude infosüsteem: <https://eelroud.valitsus.ee/main#PTCm9lri> (24.04.2021), p 184, lk 39.

¹²⁶ Riigihangete seaduse ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus – eelnõu. – Eelnõude infosüsteem: <https://eelroud.valitsus.ee/main#PTCm9lri> (24.04.2021), p 182.

väljakuulutamiset läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamise alusega, mille eeldused ei ole üks-ühele samad (vt lisaks peatükk 3.2 äärmise vajaduse erandi kohaldamise eeldustest). Veelgi enam, Rahandusministeeriumi poolt pakutud sõnastus viitab RHS §-le 94, mis sätestab pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste esitamise tähtajad piiratud ja konkurentsipõhises läbirääkimistega hankemenetluses, innovatsioonipartnerluses ja võistlevas dialoogis. Lähtudes aga kehtivast RHS §-st 172 ja direktiivi 2009/81/EÜ artiklist 25, ei ole kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete läbiviimine lubatud innovatsioonipartnerlust kasutades, mistõttu on ebatäpne pakutud seadusemuudatuse sõnastus. Seetõttu ei lahenda Rahandusministeeriumi poolt riigihangete seaduse muutmise eelnõus pakutud lahendus igakülselt ja täpselt kehtivas RHS olevat puudujääki.

Kokkuvõtlikult puudub Eesti hankijatel igasugune võimalus kasutada kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas väljakuulutamiset läbirääkimistega riigihanget kriisiolukorra erandile tuginedes, kuna RHS puudub sellekohane säte. Tegemist on ilmselge puudusega, mistõttu on Eesti seadusandja direktiivi 2009/81/EÜ ülevõtmisel Euroopa Liidu õigusega eksinud. Kuigi Rahandusministeerium on selgelt välja öelnud, et kehtiv RHS on vastuolus direktiiviga 2009/81/EÜ selles osas, et ei sätesta väljakuulutamiset läbirääkimistega hankemenetluse ühe alusena kriisiolukorra erandit, pole siiski ministeeriumi poolt pakutud muudatusettepanek täpne. Seetõttu tekiks kriisiolukorra erandi lisamisel RHS § 173 lg 1 p 5 ebatäpsused ja vastuolud kaitsehangete põhimõtetega. Seega leiab käesoleva töö autor, et Rahandusministeeriumi poolt pakutud viis kriisiolukorra erandi sisse toomisel RHS-sse vajab veel täiendavat analüüsi ning sõnastuse muutmist.

Järgnevaga analüüsib antud magistritöö kehtivas RHS § 173 lg 1 p-s 3 sätestatud äärmise vajaduse erandit, vaadeldes, kas säte on kooskõlas direktiiviga 2009/81/EÜ ning vastab normitehnilistele reeglitele. Samuti analüüsib töö autor, kas olukorras, kus kehtivas RHS ei ole sätestatud kriisiolukorra erandit, annaks kriisiolukordades riigihankeid läbi viia RHS § 173 lg 1 p-s 3 sätestatud äärmise vajaduse erandile tuginedes või on tegemist sedavõrd erinevate alustega, mistõttu puudub kaitse- ja julgeolekuvaldkondadel väga olulise alusel esinemisel kiiresti riigihanke korraldamise võimalus.

3.2. Äärmise vajaduse erand

Direktiiv 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 1 p-st d tuleneb väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke äärmise vajaduse erand, mille kohaselt on erandlikku menetlust kasutades riigihanke korraldamine lubatud ootamatute sündmuste tagajärjel tekkinud kiireloomulise olukorra tõttu. Äärmise vajaduse erandi puhul on oluline, et tekkinud olukord ei saanud olla ettenähtav ning need ei tohi mingil juhul johtuda hankijast endast. Lisaks sellele on antud erandile tuginemine lubatud vaid juhul, kui kiireloomulise sündmuseks vajaminevate asjade, teenuste või ehitustööde tellimine ei ole võimalik teiste lubatud menetluste tähtaegu silmas pidades.¹²⁷ Äärmise vajaduse erandi leiab RHS § 173 lg 1 p-st 3, mille kohaselt on väljakuulutamisteta läbirääkimistega hankemenetlus on lubatud ka hankijast sõltumatute ettenägematute sündmuste tagajärjel tekkinud äärmise vajaduse tõttu, kui ei ole võimalik kinni pidada RHS §-s 93, 94 või 174 sätestatud tähtaegadest. Viide RHS §-le 93 on aga väär.

Nimelt on kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hangete puhul on direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 25 näinud ette erisuse, mille kohaselt võib kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hanked korraldada üksnes piiratud menetlust, väljakuulutamisega läbirääkimistega menetlust, võistlevat dialoogi ning erand korras väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust kasutades. Seega ei näe direktiiv ette avatud hankemenetluse kasutamist kaitse- ja sõjalisotstarbeliste kaupade ostmisel ning nendeks vajalike teenuste tellimisel. Ka kehtivas RHS §-s 172 on direktiivi ülevõtmisega kooskõllaliselt sätestatud, et justnimelt direktiivi artiklist 25 nimetatud hankemenetluse liigid on kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas lubatud. Antud põhimõtet, mille kohaselt pole kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangetes võimalik avatud hankemenetlust kasutada, on küll korduvalt õiguskirjanduses kritiseeritud¹²⁸, kuid samas on arusaadav, miks selline regulatsioon on vastu võetud. Justnimelt kõrgendatud salajasuse, aga ka riigi kaitse- ja julgeolekuhangete tundliku iseloomu tõttu on mõistetav, miks liikmesriikide (sh Eesti) huvides ei ole kaitsehangetes lähtuda ainuüksi avatud konkurentsi ja läbipaistvuse printsiibist, vaid selle asemel kasutada võimalikult efektiivse ja liikmesriigi vajadustest lähtuva tulemuse saamiseks piiratumaid menetlusi.¹²⁹ Ka kaitsehangete täiendavad tingimused salastatud teabele, tarnekindlusele ning teabeturbele on peaasjalikult kaitsehangete sisu tundlikkuse tõttu. Euroopa Liidu ja selle liikmesriikidest

¹²⁷ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. [Volume 1], p 1072.

¹²⁸ M. Trybus. Buying Defence and Security in Europe. The EU Defence and Security Procurement Directive in Context. Cambridge University Press 2014, p 318.

¹²⁹ Steinicke/Vesterdorf (ed), p 1323.

tööstusettevõtete esindajates koosnevad töögrupid märkisid direktiivi 2009/81/EÜ koostamise eel, et kuigi kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete puhul peavad menetluse viisid tagama ka läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise põhimõtteid, peaks siiski olema lubatud suuremas ulatuses läbirääkimistega menetluste läbiviimine.¹³⁰ Seetõttu leiti direktiivi 2009/81/EÜ vastu võtmisel, et tavapärasest piiratumad ja läbipaistmatumad riigihanked on õigustatud avaliku julgeoleku seisukohast, samuti peab kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete puhul olema lubatud kõrgemad tarnekindluse nõudmised või riikide suveräänsuse kaitseks suurem konfidentsiaalsus.¹³¹ Antud põhimõtteid arvesse võttes sätestaski Euroopa Liidu seadusandja kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete direktiiviga 2009/81/EÜ, et kaitsehangete korral avatud hankemenetluse kasutamine ei ole lubatud.

Ometigi on direktiivi 2009/81/EÜ ülevõtmisel tehtud Eesti seadusandja poolt kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetluse regulatsioonis mitmel korral vigu, viidates avatud hankemenetluse sätetele, mis tegelikkuses ei ole kaitsehangete puhul asjakohased ning mida pole võimalik üldse rakendada. Nii näiteks leiab äärmise vajaduse erandi sõnastusest, aga ka näiteks RHS § 173 lg 1 p-st 2 tuleneva õhu- ja relvajõudude erandist vääralt viite avatud hankemenetluse tähtaegu reguleerivale RHS §-le 93. Kuivõrd aga kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete puhul ei ole avatud hankemenetluse kasutamine RHS § 172 alusel lubatud, tuleb antud sättele viide jätta mõlema nimetatud erandi rakendamisel tähelepanuta ning seaduse muutmisel ebaõige viide sättest eemaldada. Rahandusministeeriumi poolt algatatud riigihangete seaduse muutmise seletuskirjast leiab, et seaduse muutmise käigus eemaldatakse kaitsevaldkonna riigihangete sätetest viited §-le 93, kuna need ei ole asjakohased.¹³² Seega on seadusandja võtnud eesmärgiks nimetatud ebatäpsus õigusest eemaldada.

Vastavalt RHS § 173 lg 1 p-le 3 on seadusandja sätestanud kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega riigihanke äärmise vajaduse erandi eeldused järgmiselt:

- a) esineb hankelepingu sõlmimise kiireloomulisus;

¹³⁰ Euroopa Ühenduste Komisjon. Roheline raamat. Kaitsealased riigihanked. 23.09.2004, lk 10.

¹³¹ Direktiivi 2009/81/EÜ põhjendus p 16.

¹³² Rahandusministeerium. Seletuskiri riigihangete seaduse ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu juurde. – Eelnõude infosüsteem: <https://eelvoud.valitsus.ee/main#PTCm9lri> (24.04.2021), p 182, lk 39.

- b) hankalepinguga sõlmimise kiire vajadus on tekkinud hankijast sõltumatute ja ettenägematute sündmuste tagajärjel;
- c) äärmine vajadus ei võimalda kinni pidada lühendatud tähtaegadega riigihangete menetlustest.

RHS § 173 lg 1 p 3 eeldused on samasisulised RHS § 49 lg 1 p-s 3 sätestatud äärmise vajaduse eeldustega. Seetõttu võib ka kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangetes äärmise vajaduse erandi eelduste lahtimõtestamiseks kasutada tavapäraste riigihangete kohtupraktikat ja kirjandust. Käesoleva töö autor märgib, et hankalepingute sõlmimise kiireloomulisuse kohta on kirjutanud Tartu Ülikoolis magistritöö Kristina Randveer, kes oma töös keskendub muuhulgas väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetluse äärmise vajaduse erandile ning selle eeldustele.¹³³ Seetõttu ei pea antud magistritöö autor vajalikuks korrata eelnevas magistritöös analüüsitut, vaid annab käesolevas peatüki vaid põgusa ülevaate äärmise vajaduse erandi kohaldamise võimalustest ning analüüsib põhjalikumalt antud sätet kaitse- ja julgeolekuvaldkonna kontekstist.

Üheks äärmise vajaduse erandi kohaldamise eelduseks on ettenägematu sündmuse esinemine. Hankedirektiivi 2014/24/EL selgitab, et ettenägematute asjaolude all saab mõista neid asjaolusid, mida hankija ei saanud ka põhjaliku ettevalmistustööd tehes ette näha, kui ta on võtnud arvesse nii olemasolevaid vahendeid, konkreetse projekti olemust, valdkonna häid tavasid kui ka mõistlikku tasakaalu lepingu sõlmimise ettevalmistava protsessile kulunud ressursside ja lepingu eeldatava maksumuse vahel.¹³⁴ Ka Tallinna Halduskohus on selgitanud enda praktikas, milles seisneb ettenägematu asjaolu. Nimelt on kohtu arvates ettenägematu sündmuse puhul tegemist määratlemata õigusmõistega ning selle sisustamine sõltub iga konkreetse juhtumi asjaoludest.¹³⁵ Ka riigihanke vaidlustamist ei saa lugeda ettenägematuks sündmuseks. Nimelt lasub hankijal hanke ettevalmistamisel muuhulgas hoolsuskohustus ning seetõttu peab hankija läbi mõtlema, kas riigihanget võidakse vaidlustada ning kuidas vaidlustused mõjutavad riigihanget ajaliselt.¹³⁶ Olukorras, kus riigihanke kiire elluviimine on konkreetse hanke puhul eriti oluline, lasub hankijal kohustus riigihanke korraldamist alustada

¹³³ Randveer, K. Hankalepingu sõlmimise kiireloomulisus Eestis ja Euroopa Liidus. Magistritöö. Juhendaja Carri Ginter. Tartu: Tartu Ülikool 2019.

¹³⁴ Direktiivi 2014/24/EL põhjendus p 109.

¹³⁵ TlnHKo 3-15-1706, p 19, TlnHKo 3-16-2129, p 14.5; TlnHKo 3-18-2743, p 13.

¹³⁶ TlnHKo 3-17-2743, p 17.

selle võrra varem.¹³⁷ Igal juhul lasub hankijal eraldiseisvalt kohustus tõendada põhjuslikku seost ettenägematu sündmuse ja kiireloomulisuse vahel.¹³⁸

Lisaks eelnevale ettenägematu ootamatu sündmuse esinemisele on äärmise vajaduse erandi kohaldamine eelduseks olukord, kus asja ostmine või teenuse tellimine kiireloomulisus on juba olemas ehk vajadus erandliku menetluse kasutamiseks on tekkinud.¹³⁹ Kui aga riigihanke saab läbi viia ka kiirendatud või lihtmenetluste abil, kus tähtajad on tavapärasest lühemad, ei ole tegemist kiireloomulise olukorraga ning väljakuulutamisetähtaajade läbimistega menetlus ei ole lubatud.¹⁴⁰ Isegi kui sellises olukorras väljakuulutamisetähtaajade läbimistega menetlusliiki hankija siiski kasutab ning läbimistega ise kujunevad pikemaks kui kiirendatud menetlused, on Euroopa Kohtu arvates olnud väljakuulutamisetähtaajade läbimistega hankemenetluse kasutamine õigusvastane.¹⁴¹ Ka õiguskirjanduses on toonitatud, et äärmise vajaduse erandi kasutamine on lubatud vaid juhul, kui ka lühendatud tähtaegade menetlused ei ole olukorra lahendamiseks ning hankevajaduse täitmiseks piisavad.¹⁴²

Ka õiguskirjanduses on jaatatud, et praktikas on pahatihti keeruline eristada äärmise vajaduse erandit kriisilukorraerandist.¹⁴³ Direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 1 p-st c tuleneva kriisilukorra erandi puhul on oluline, et riigihanke korraldamise kiireloomulisus on tingitud kriisist endast. Sellisteks olukordadeks on näiteks mujal riigis eskaleerinud konflikt, kuhu liikmesriik saadab enda väeüksuse rahu tagamiseks, või liikmesriigi enda territooriumil toimunud terrorirünnak.¹⁴⁴ Kriis iseenesest ei pea tähendama pikaajalist situatsiooni, kuid sellest tingitud äärmise vajadus nõuab kiiret reageerimist, mistõttu tuleb jätta kõrvale tavapärased hankemenetluse tähtajad.¹⁴⁵ Kui lähtuda direktiivi 2009/81/EÜ kriisi definitsioonist¹⁴⁶, ei kujuta kaitse- ja julgeolekuvaldkonna kriisierand endast mitte üksnes sõjalisi konflikte, vaid ka teisi olukordi, kus isikute endi elud või nende vara on ohus. Veelgi enam, kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihanke korraldamine on lubatud nii kaitse- ja

¹³⁷ TlnHKO 3-18-2743, p 17.

¹³⁸ EK C-294/02, p 40.

¹³⁹ Randveer, K. Hankelepingu sõlmimise kiireloomulisus Eestis ja Euroopa Liidus. Magistr töö. Juhendaja Carri Ginter. Tartu: Tartu Ülikool 2019, lk 29.

¹⁴⁰ EK C-126/03, p 23.

¹⁴¹ EK C-352/12, p 52.

¹⁴² S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. [Volume 1], p 1073.

¹⁴³ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. [Volume 2], p 229.

¹⁴⁴ Direktiivi 2009/81/EÜ põhjendus p 53; M. Trybus. Buying Defence and Security Regulations – The EU Defence and Security Procurement Directive in Context. Cambridge University Press 2014, Ch 7, s.3.4.2.

¹⁴⁵ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. [Volume 1], p 1329.

¹⁴⁶ Direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 1 p 10.

sõjaliseotstarbeliste asjade ning teenuste ja nende osade tellimisel kui ka mittesõjalise julgeoleku valdkonnas. Viimane on lubatud vaid juhul, kui antud hangetel on kaitsealaste riigihangetega sarnased tunnused ning nende hanke eesmärk on kaitsta liidu ja/või liikmesriigi julgeolekut oma territooriumil või kaugemal. Sellisteks mittesõjalisteks julgeolekuvaldkonna hangeteks on näiteks piirikaitset ja politseitööd hõlmavad riigihanked.¹⁴⁷ Seega, kuna riigikaitse iseenesest on väga lai, hõlmates väga paljusid hankijaid (st mitte üksnes Kaitseväge ja -liitu, vaid ka Politsei- ja Piirivalveametit ning kohalikul tasemel korrakaitset)¹⁴⁸, pole kriisiolukorra erandi kehtestamine vajalik mitte üksnes riigi suveräänsuse kaitseks, vaid ka siseriiklikult rahu ja korra tagamiseks.

Osalt on magistritöö autori arvates võimalik tõmmata paralleele kiireloomulise vajaduse ja kriisiolukorra vahele, kuivõrd sõjalised konfliktid või rahuvalvemissioonid tähendavad esmalt seda, et konflikt ise enesest on juba eskaleerinud või selle tõenäosus väga suur, mistõttu on vajalik täiendavate meetmete kasutuselevõtt. Kuna aga kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hangete reguleerimisala on piiratud vaid kaitseotstarbeliste vahenditega, peab ka RHS § 173 lg 1 p-i 3 tõlgendama viisil, et sellega on lubatud kasutada vaid kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas vajalike asjade ja teenuste tellimiseks.

2020. aastal viis RKIK läbi kaks väljakuulutamisetähtaegaga läbirääkimistega riigihanget, mille hankemenetluse liigi valiku põhjendusse oli välja toodud kriisiolukorrast tingitud kiireloomulisus. Üheks selliseks hankeks oli transpordilennukile An-2 mootori riigihange, milles hankija põhjendas menetluse liiki järgmiselt: „Kriisiolukorrast tingitud kiireloomulisus ei võimalda järgida piiratud hankemenetlustes või konkurentsipõhise läbirääkimistega Hankemenetluses nõutavaid tähtaegu. Hankelepingu kiire sõlmimine on vajalik hankijast sõltumatute ettenägematute sündmuste tagajärjel tekkinud äärmise vajaduse tõttu.“¹⁴⁹ Kuivõrd kehtiv RHS ei maini kordagi sõna kriisiolukord ega selgita selle tähendust, ei ole magistritöö autori arvates hankija antud menetluseliigi põhjendust koostades lähtunud ilmselt direktiivi 2009/81/EÜ artiklist 28 lg 1 p-st c tulevast kriisiolukorra erandist, vaid kasutanud sõna *kriisiolukord* üksnes ettenägematute sündmuste kirjeldamiseks. Teisel juhul, mil RKIK kasutas väljakuulutamisetähtaegaga läbirääkimistega riigihanget, viis asutus läbi NorLense telklinnaku

¹⁴⁷ Direktiivi 2009/81/EÜ põhjendus p 11.

¹⁴⁸ Directorate General Internal Market and Services. Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security. Guidance Note. Field of application, p 6.

¹⁴⁹ Riigihangete register. Riigi Kaitseinvesteeringute Keskuse riigihange An-2 mootori hankimiseks (viitenumber 225923).

püstitamise, töövõime tagamise, maha võtmise ning kasutusjärgse hoolduse.¹⁵⁰ Ka selle riigihanke puhul põhjendas hankija menetlusliigi valikut ettenägematute sündmuste tagajärjel tekkinud kiireloomulisusega. Tegemist oli COVID-19 pandeemiast tingitud olukorraga, kus Saaremaal ulatuslikult levima hakanud viiruse tõttu vajas sealne haigla lisavõimekust välihaigla näol.¹⁵¹

Julgeolekuvaldkonna tundlikkuse tõttu puudub käesoleva magistritöö autoril teave selle kohta, et hinnata, kas transpordilennuki mootori vahetuse riigihanke korraldamise olukord vastavad kriisiolukorra ja kiireloomulisuse eeldustele. Autori hinnangul saab aga jaatada kiireloomulisust pandeemiast tingitud olukorras, kus Kaitsevägele kuuluv telklinnak sai kasutust välihaiglana. Ka Euroopa Komisjoni seisukoha kohaselt on väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamine õigustatud vahend tervishoiukriisidele (nagu seda oli ka COVID-19 pandeemia) reageerimiseks.¹⁵² Sellise hanke puhul saab töö autori hinnangul isegi rääkida kriisiolukorrast direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 1 p-i 10 tähenduses ja kriisiolukorrast tingitud kiireloomulisusest, mistõttu oleks saanud antud hanke läbi viia ka kriisiolukorra erandile tuginedes, kui kehtiv RHS oleks seda võimaldanud. Samas olid antud konkreetse olukorra puhul täidetud ka äärmise vajaduse erandi tingimused, mistõttu oli hankijal võimalus ka äärmise vajaduse erandile tuginedes väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihange korraldada.

Eeltoodust lähtuvalt on justkui võimalik RHS § 173 lg 1 p-s 3 sätestatud äärmise vajaduse erandile tuginedes osaliselt viia riigihangeid läbi kriisiolukordade hankevajaduste täitmiseks. Ka hankejuristi M. Kulli sõnul lähtuks PPA sisejulgeolekukriisi puhkemisel kriisiolukorra erandi puudumisel justnimelt äärmise vajaduse erandist.¹⁵³ Vaadeldes ka 2020. aastal RKIK poolt läbi viidud hankeid, on äärmise vajaduse erandit samuti praktikas tervishoiukriisi puhuks kasutatud. Samas ei pruugi äärmise vajaduse erand olla siiski igaks olukorraks piisavalt paindlik, kuivõrd selle eeldusteks on mitte üksnes kiireloomulisus, vaid ka ettenägematud olukorrad, mida hankija ei saanud hoolsuskohustust täites isegi ette aimata. Lisaks sellele on selliste olukordade praktika väga marginaalne, mistõttu pole korrektne ühe läbi viidud

¹⁵⁰ Riigihangete register. Riigi Kaitseinvesteeringute Keskuse riigihange NorLense telklinnaku püstitamise, töövõime tagamise, maha võtmise ning kasutusjärgse hoolduse tellimiseks (viitenumber 221868).

¹⁵¹ R. Vinni. Saarlastele appi: välihaigla saab Saaremaal tuleristsed. – Saarte Hääl. – <https://saartehaal.postimees.ee/6939582/valihaigla-saab-saaremaal-tuleristsed> (24.04.2021).

¹⁵² Euroopa Komisjoni teatis. Euroopa Komisjoni suunised riigihangete raamistiku kasutamise kohta COVID-19 kriisiga seotud hädaolukorras. – ELT C 108 I/01, 01.04.2020.

¹⁵³ M. Kull ja T. Jaansalu. 20.04.2021 (vestluse salvestis magistritöö autori valduses).

riigihanke põhjal põhjanevat järeldust teha. Äärmise vajaduse erandi (aga ka teiste erandite puhul) peab hankija suutma tõendada antud eelduste täitmist¹⁵⁴ ning just sellega võib esineda probleeme, kui kriisiolukorra erandit soovitakse äärmise vajaduse erandi eelduste kaudu läbi viia. Pealegi annab eraldiseisev kriisiolukorra erand kaitse- ja julgeolekuvaldkonnale suurema kindluse relvakonfliktide ning kriisiolukordades tarneraskuste tekkimisel, mistõttu oleks tagatud suuremal määral riigi võimekus kaitsta enda suveräänsust, kõrvaldada julgeolekuohte ning olla liikmesriikidele tugev partner, kes suudab ka välisriikide julgeoleku kaitseks kiiresti reageerida. Lisaks sellele on tarnekindluse probleemide korral hankijal keeruline tugineda äärmise vajaduse erandile, kuivõrd antud erandi puhul tekib küsimus, kas ettenägematuks olukorraks saab pidada situatsiooni, kus pakkuja on kinnitanud kriisiolukorraks vajaminevaid lisatarnete täitmist.

Nagu eelnevas, aga ka käesolevas peatükis selgitatud, pole direktiivi 2009/81/EÜ artiklist 28 lg 1 p-st c tuleneva kriisiolukorra erand ja artiklist 28 lg 1 p-st d tuleneva äärmise vajaduse erand oma sisult alati identsed, kuigi pahatihti on nende eristamine keeruline. Kui äärmise vajaduse puhul on hankevajadus iseenesest tekkinud hankijast sõltumatute ja ettenägematute olukordade tulemusel, siis kriisiolukorra erandi puhul on oluline selgeks teha, kas tegemist on kaitsehangete direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 1 p-s 10 sätestatud kriisiolukorraga ehk 1) tegemist on kahjustava sündmusega, 2) see mõjutab oluliselt isikute elu ja tervist või nende vara väärtust, 3) vajalik on kasutusele võtta täiendavad lisameetmed. Seetõttu pole võimalik kriisierandit liigitada äärmise vajaduse erandi alla ning tagamaks maksimaalselt liikmesriikide kaitse- ja julgeolek, on oluline kehtestada riigihangete regulatsioonis mõlemad erandid.

Kokkuvõtlikult on kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hankijal küll teatud kriisiolukordades võimalik tugineda väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke äärmise vajaduse erandile ning nagu näitab praktika, on seda ka reaalse vajaduse tõttu tehtud. Samas on tegemist sedavõrd olulise väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse alusega, mis tuleb viivitamata RHS-s sätestada. Nimelt pole kriisiolukorra erand tähtis mitte pelgalt seetõttu, et sõjaseisukord või hädaolukord oma olemuselt vajab kiiret reageerimist, vaid ka seetõttu, et kriisiolukorra erand annaks hankijale võimaluse väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanget läbi viia olukorras, kus vajaliku varustuse või teenuse tellimiseks on küll pakkuja olemas, kuid pakkuja ei suuda enda tarnekindlust tagada. Seetõttu on käesoleva magistritöö autor seisukohal, et

¹⁵⁴ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. [Volume 1], p 1063.

kriisiolukorra erandi üle võtmine kehtivasse RHS pakuks hankijatele märksa ulatuslikumat tuge sõja- ja relvakonfliktidele reageerimiseks, kui seda kehtiv RHS võimaldab.

KOKKUVÕTE

Euroopa Liidu ühes aluseesmärgiks on pakkuda liikmesriikidele ühtset siseturgu, kus tagatud on nii isikute, kaupade, teenuste kui ka kapitali vaba liikumine. Ühisturu reguleerivad mitmed õigusakti, millest üks osa on riigihangete korraldamist reguleerivad direktiivid. Kuivõrd liikmesriikide riigihankeõigus põhineb suuresti Euroopa Liidu õigusel, tuleb riigihangete korraldamisel igal juhul meeles pidada ka Euroopa Liidu õiguse põhimõtteid.

Eesti seadusandja võttis 2012. aastal RHS-s muudatustega üle kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangetele keskenduvast direktiivist 2009/81/EÜ tuleneva õiguse. Seeläbi on kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas lubatud erandlike asjaolude esinemisel kasutada kõige läbipaistmatumat ning konkurentsi piiravat hankemenetlust – väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanget. Kuivõrd tegemist on erandliku menetluse liigiga, on selle kasutamine lubatud üksnes direktiivides sätestatud tingimustel. Liikmesriikidel puudub õigus erandliku menetluse kasutamise tingimusi muuta või neid täiendada ning kahtluste korral tuleb kõiki tingimusi tõlgendada kitsalt. Eespool öeldut arvesse võttes on oluline, et liikmesriikide õigus vastaks Euroopa Liidu õigusele. Ainult nii on võimalik tagada, et sel viisil riigihanked toimuvad üle terve liidu ühetaoliselt ning kuskil pole hankijad või pakkujad paremas positsioonis kui mujal.

Käesoleva magistritöö eesmärgiks oli analüüsida, kas kehtivas RHS on kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke regulatsioon piisavalt täpne, arusaadav ning kooskõlas direktiiviga 2009/81/EÜ. Töö hüpoteesiks oli, et hetkel kehtiva RHS kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete peatükis sätestatud väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse säte, st RHS § 173 ei ole kooskõlas direktiiviga 2009/81/EÜ, kuna Eesti seadusandja ei ole täielikult üle võtnud direktiivi artiklist 28 tuleneva regulatsiooni. Seetõttu on õigusselguse saavutamiseks vaja muuta kehtivat RHS §-i 173. Kuna Rahandusministeeriumi eestvedamisel saadeti 2021. a kevadel ministeeriumitele tutvumiseks riigihangete seaduse muutmise eelnõu, mis kätkes endas ka kaitsehangetes väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke korraldamise korras muudatuste tegemist, püstitas töö autor veel hüpoteesi: planeeritavad muudatused kõrvaldavad olemasolevad vastuolud kaitsehangete direktiiviga 2009/81/EÜ. Kuivõrd kaitsehangete sisu tundlikkuse tõttu on hankijal õigus kehtestada täiendavad tingimused salastatud teabe konfidentsiaalsuse ja tarnekindluse tagamiseks, oli magistritöö kolmandaks hüpoteesiks, et ebaselge ja direktiiviga 2009/81/EÜ

vastuolus oleva RHS § 173 tõttu puudub hankijal võimalus tagada kaitsehangete väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses igakülgne teabeturve ja tarnekindlus ning seetõttu kannatavad kaitsehangete ideoloogilised eesmärgid.

Magistritöö autori arvates on antud magistritöö täitnud oma eesmärgi, tuues välja RHS § 173 nii sisulised kui ka normitehnilised puudused ning pakkudes välja, mil viisil on antud puudusi võimalik kõrvaldada. Töö esimene hüpotees, mille kohaselt on kehtiv RHS § 173 vastuolus direktiiviga 2009/81/EÜ, pidas paika. Nii näiteks puudub antud erandliku hankemenetluse kasutusvõimaluse õigusselgus seetõttu, et Eesti seadusandja on püüdnud ühendada nurjunud hanke erandi direktiivist tulenevad kaks alternatiivi üheks sätteks. Kuna aga kaks alternatiivi on sedavõrd erineva sisuga ning nende ühisosa on raske leida, ei ole magistritöö autori hinnangul põhjendatud kahe alternatiivi ühendamine üheks sätteks. Kahe omavahel sobimatu erandi üheks sidumine on tekitanud olukorra, kus seadusandja on jätnud üle võtmata ka mitmed nurjunud hanke erandi olulised tingimused. Seeläbi on kehtiv RHS märkimisväärselt lihtsustanud nurjunud hanke erandi kasutamist, kuid Euroopa Liidu ühtse regulatsiooni kehtestamiseks pole selline siseriiklik õiguse lihtsustamine lubatav. Rahandusministeeriumi poolt koostatud riigihangete seaduse muutmise eelnõu alusel on kavas parandada ka RHS § 173 lg 1 p-s 1 sätestatud nurjunud hanke erandi vastuolusid direktiiviga 2009/81/EÜ. Magistritöö hinnangul on planeeritud muudatused vajalikud ning piisavad, lahendamaks senised vastuolud kaitsehangete direktiiviga.

Kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke korra teevad ebaselgeks ka normides esinevad mitmed viited. Töö autor nendib, et sätetes viidete kasutamise näol pole tegemist millegi keelatudga, kuid sealjuures peavad olema viidatud sätted kooskõlas selle normiga, kus viidet kasutatakse. Kehtivast RHS §-st 173 leiab aga mitmeid viiteid avatud hankemenetluse sätetele, näiteks sisaldab RHS § 173 lg 1 sissejuhatav lause viidet RHS § 49 lg-le 1. Kuivõrd kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas on vaikivateks menetlusliikideks piiratud hankemenetlus või väljakuulutamisega läbirääkimistega menetlus ning avatud hankemenetluse kasutamine ei ole lubatud, on RHS §-s 173 olevad viited avatud hankemenetlustele ebakorrektsed. Väärtõlgendusi lubavate viidete asemel tuleks magistritöö autori hinnangul parandada seaduse sõnastusi, mistõttu kehtiv RHS-s kaitse- ja julgeolekuvaldkonna regulatsioon vajab normitehnika eeskirjadega kooskõlla viimist. Riigihangete seaduse muudatuste kavatsuses on pööratud samuti tähelepanu ebatäpsetele viidetele ja loodetavast eemaldatakse väärad viited RHS §-st 173 pärast parlamendi poolt heakskiidu saamist.

Lisaks normitehnilistele puudustele sisaldab RHS § 173 mitmeid vastuolusid direktiivist 2009/81/EÜ tuleneva õigusega, millega on Eesti seadusandja kitsendanud või hoopis laiendanud välja kuulutamisetähtaegade läbiviimise menetluse kasutamise võimalusi. RHS § 173 lg 5 lubab erandlikku hankemenetlust kasutada ehitustööde ja teenuste kordamise erandile tuginedes. Selline korduv hange peab aga toimuma viie aasta möödumisel esialgsest hankest. Kui direktiiv 2009/81/EÜ lubab viie aasta pikkusest ajaperioodist kõrvale kalduda erandlike asjaolude esinemisel, siis kehtiv RHS seda ei võimalda. Samasugune puudus esineb ka RHS § 173 lg-s 4 reguleeritud asjade asendamise ja täiendamise erandi normis, kuivõrd Eesti seadusandja ei ole ka sellel juhul direktiivi ülevõtmisel lubanud viie aasta pikkusest ajaperioodist kõrvale kalduda, kuigi direktiiv 2009/81/EÜ seda otsesõnu lubab. Seaduse rakendajal on keelatud mõelda seadusesse juurde tingimusi, mis seal otsesõnu ei ole. Samuti pole riigil kui hankijal võimalik tugineda ka direktiivi vahetule mõjule. Seetõttu on kehtiva RHS kohaselt nii ehitustööde ja teenuste kordamise erandi kui ka asjade asendamise ja täiendamise erandi kohaldamisvõimalus kitsam, kui direktiivis ette nähtud. Sellise puuduse saab ületada üksnes seaduse muudatuse teel, mistõttu on magistr töö autori arvates põhjendatud antud erandites vajalike muudatuste tegemine. Kaitseotstarbeliste asjade asendamise ja täiendamise aspekti puhul on oluline märkida, et liikmesriigi enda huvides võib olla võimalikult ühtse, omavahel sobitava ja samasuguse kvaliteediga varustuse omamine. Nii Ühendkuningriigi kui ka Saksamaa õigus on lubanud hankijal viie aasta pikkusest ajaperioodist erandjuhtudel kõrvale kalduda, mistõttu on puuduliku Eesti õiguse tõttu Eesti hankijad halvemas positsioonis. Konkurentsivõime tagamiseks on Rahandusministeeriumi kavatsus lubada erandjuhtudel kõrvale kalduda seni kehtinud viie aasta pikkusest ajaperioodist. Käesoleva töö autori hinnangul on selline seadusemuudatus nimetatud erandites põhjendatud ja otstarbekas.

Kuigi riigihangete läbiviimine eeldab põhjalikku eeltööd ning hankija poolt kogu protsessi oskuslikku planeerimist, võivad hankijad olla vahel silmitsi ootamatute olukordadega, millele tuleb kiiresti reageerida. Ettenägematud olukorrad on aktuaalsed ka kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hankijatele ning seda eriti konfliktisituatsioonides. Sellisteks puhkudeks on Euroopa Liidu seadusandja sätestanud direktiivis 2009/81/EÜ nii äärmise vajaduse kui ka kriisiolukorra erandi. Eesti seadusandja on küll kehtivasse RHS § 173 lg p 3 kaudu üle võtnud äärmise vajaduse erandi, kuid puudub kriisiolukorra erand. Seega on ühe direktiivist tuleneva sätte ülevõtmata jätmisel Eesti eksinud direktiivi harmoneerimisel.

Direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 1 p-st c tulenev kriisiolukorra erand kujutab iseenesest kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hankijale võimalust soetada kaitseotstarbelised asjad või nendega seotud teenused väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetlust kasutades, kui esineb kriisiolukord ning seetõttu on vaja kiiresti riigihange läbi viia. Direktiivi 2009/81/EÜ põhjenduste kohaselt on kriisi puhul tegemist igasuguse olukorraga, kus inimese elu või tervis või neile kuuluv vara on ohus ning ohu kõrvaldamiseks peab riik kasutusele võtma lisameetmeid. Ka sõda või relvakonflikt on kriisiolukorra kohaldamise eelduseks, samuti kuulub kriisiolukorra alla olukord, kui hankija ei suuda tagada kriisisituatsioonis tarnekindlust. Tagamaks Eestile võimalikult ulatuslikud võimalused reageerida kriisiolukordadele ka kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas, tuleb käesoleva magistritöö autori hinnangul direktiivi 2009/81/EÜ artikkel 28 lg 1 p-st c tulenev kriisiolukord Eesti õigusesse üle võtta. Ka Rahandusministeeriumi poolt koostatud riigihangete seaduse eelnõu nendib, et puuduv kriisiolukorra erand tuleb RHS-sse lisada, kuid seaduseelnõu kohaselt kavatsetakse ühe sättega hõlmata nii kriisiolukorra erandit kui ka äärmise vajaduse erandit. Kuivõrd aga tegemist on kahe iseseisva väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega riigihanke kohaldamise alusega ning nende eeldused ei ole üks-ühele samad, pole magistritöö autori hinnangul Rahandusministeeriumi poolt pakutud lahendus mõistlik. Veelgi enam, seadusemuudatuse eelnõu sõnastuse kohaselt viitaks kriisiolukorra ja äärmise vajaduse erandi ühine säte RHS §-le 94, mis ei sobi aga kaitsevaldkonna riigihangete regulatsioonile. Seetõttu tuleks töö autori arvates riigihangete seaduse muutmisel põhjalikult analüüsida kriisiolukorra erandit ning sõnastada see korrektselt ja eraldiseisvalt äärmise vajaduse erandist.

Lisaks kriisiolukorra erandile võimaldab ootamatute sündmuse korrale reageerida ka äärmise vajaduse erandit kasutades. Selle alusel on hankijal lubatud väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega riigihange korraldada, kui esineb hankelepingu sõlmimise kiireloomulisus, kiire vajadus on tekkinud hankijast sõltumatute ja ettenägematute sündmuste tagajärjel ning hankijal ei ole võimalik riigihanget korraldada lühendatud tähtaegadega riigihangete abil. Äärmise vajaduse erandit on enda riigihangetes kasutanud üks Eesti peamisi kaitsehankeid korraldav RKIK. Nimelt on antud asutus viinud 2020. aastal läbi mitu väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega riigihanget, mille hankeliigi põhjenduses on tuginenud kiireloomulisele vajadusele ja suisa kriisiolukorra esinemisele. Kuna kehtiv RHS ei maini kordagi sõna kriisiolukord, saab kriisiolukorda RKIK sõnastuses tõlgendada kui hankijast sõltumatute ja ettenägematute sündmuse üht põhjendust. Ka PPA hanke- ja lepingutalituse juristi M. Kull

hinnangul kasutaks PPA sisejulgeoleku kriisi tekkimisel äärmise vajaduse erandit, kuna kriisiolukorra erandit ei ole Eesti seadusandja kehtivas RHS sätestanud. 2020. aastal läbi viidud riigihankeid uurides leidis magistr töö autor, et mõningatel juhtudel on tõepoolest võimalik kriisiolukordade riigihankeid tõlgendada kui äärmise vajaduse erandi alla liigituvaid olukordi. Kuna aga äärmise vajaduse erand eeldab, et selle on põhjustanud sündmus, mida hankija ise ei saanud kuidagi mõjutada ning mida ta hoolsuskohustust järgides ei saanud ette näha, siis ei pruugi relvastatud konflikti situatsioonideks vajamineva varustuse või teenuse hankimine olla alati kooskõlas äärmise vajaduse kohaldamise eeldustega. Lisaks sellele võimaldaks kriisiolukorra erandit kasutada tarnekindluse probleemide korral, mis ei ole asjakohane ega ka õiguspärane äärmise vajaduse erandi kasutamisel.

Kokkuvõtlikult on käesoleva magistr töö sissejuhatuses esitatud põhisesiukohad töö autori hinnangul pidanud paika: kehtivas RHS § 173 esineb mitmeid vastuolusid ja puudusi, mistõttu pole Eesti kaitse- ja julgeolekuvaldkonna väljakuulutamisetähtsusega riigihanke korraldamise tingimused täies ulatuses kooskõlas direktiiviga 2009/81/EÜ. Kuigi osasid puudusi annab ületada tõlgendamise teel, vajab autori hinnangul õigusselguse loomiseks riigihangete seaduse muutmist. Seega selles osas vastas magistr töös leitud sissejuhatuses püstitatud hüpoteesile. Töö teise hüpoteesiks sõnastas magistr töö autor, et Rahandusministeeriumi poolt planeeritavad muudatused kõrvaldavad RHS §-s 173 olemasolevad vastuolud kaitsehangete direktiiviga 2009/81/EÜ. Antud hüpotees ei pidanud aga täielikult paika: kui suures osas pakutud seadusemuudatused tõepoolest kõrvaldaksid olemasolevad puudused, siis kriisiolukorra erandi sätestamine äärmise vajaduse erandiga ühes sättes ei ole aga magistr töö autori seisukohalt mõistlik. Töö autor leiab, et kriisiolukorra erand on erinev äärmise vajaduse erandist, mistõttu on põhjendatud erandi sõnastamine eraldiseisva normina. Ka töö kolmas hüpotees, mille kohaselt kahjustub direktiiviga 2009/81/EÜ vastuolus olev RHS § 173 tõttu kaitsehangetes oluline teabeturve ja tarnekindlus, pidas paika üksnes osaliselt. Asjade asendamise ja täiendamise erandi väärade harmoneerimise ning kriisisituatsiooni erandi puudumise tõttu ei ole tõepoolest võimalik kaitsevaldkonna hankijal saada täit kindlust, et pakkuja suudab tarneid tagada kas äärmuslikus olukorras või siis, kui vaja on tagada pikaajalise kaitsetehnika töökindlus ka aastate pärast. Samas ei leidnud magistr töö autor, et kehtiva RHS § 173 vastuolude tõttu esineks oht, et ekslike normide tõttu pääseks riigi julgeoleku tarbeks mõeldud salastatud teabele ligi sellised pakkujad, kes tegelikult sellele juurdepääsu ei tohiks saada. Seega ei täida vastuoluline väljakuulutamisetähtsusega riigihanke regulatsioon täielikult kaitsehangeteks vajalikku tarnekindlust.

Lõpetuseks usub käesoleva magistritöö autor, et käesolev magistritöö annab ulatusliku ülevaate kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete erandlikust menetlusest üldisemalt, aga ka selle regulatsiooni õiguslikest probleemidest ning nende võimalikest lahendustest. Magistritöö autor avaldab lootust, et planeeritava RHS muudatustega kõrvaldatakse senised vastuolud ning kaitsevaldkonna hankijatel avanevad edaspidi märksa laiemad võimalused kasutada kaitsehangetes väljakuulutamisetähtaegide läbirääkimistega riigihanke menetlust.

SUMMARY

Negotiated procedure without prior publication – current regulations, alteration intentions and relation to ideologies of defence procurement

One of the basic objectives of the European Union is to provide a joint internal market to all of its members, where the free mobility of persons, goods, services and capital is guaranteed. There are several legislative acts that regulate this market, one part of which consists of directives regulating the public procurement process. The fact that member nations' public procurement law is based largely on European Union law, means that public procurement procedures must also take into account the principles of EU law.

By introducing amendments to the Public Procurement Act in 2012, the Estonian legislator assumed control of the directive 2009/81/EC, which focuses on public procurement in the fields of defence and security, as well as assuming control over the public procurement directive 2014/24/EC in 2017. This allows the defence and security fields, in cases where exceptional circumstances present themselves, to use the most opaque and competition-hindering procurement procedure - negotiated procedure without prior publication. Insofar as this is a special type of procedure, it can only be used when the terms of the directive allow it. Member nations are prohibited from altering or improving the terms of use of these special procedures, interpreting the terms set as restrictively, as possible. Taking into account the aforementioned, it is paramount that the member nations' law is in accordance with EU law. This is effectively the only way of ensuring that public procurement is handled in the same fashion union-wide, making sure that procurers or tenderers are not in a favored position anywhere.

Member states of the EU are required to harmonize the directive-based law into national law, where the nation is welcome to choose the way and shape of doing so. To ensure the application of directive-based law and the similarity in regulations across the board, the law behind integrating the directives must be clear and concise enough. The aim of the Master's thesis at hand was to analyze whether the regulation regarding the negotiated procedure without prior publication in the fields of defence and security within the current Public Procurement Act is clear, understandable and in accordance with directive 2009/81/EC. The hypothesis of this

thesis was that Public Procurement Act provision § 173, handling negotiated procedure without prior publication in the fields of defence and security within the current Public Procurement Act is not in accordance with directive 2009/81/EC, since the Estonian legislator has not implemented the entirety of the regulations from article 28 of the directive. This means that to achieve legal clarity, changes to Public Procurement Act §173 must be made. Since, with the initiative of the Ministry of Finance in the spring of 2021, a draft with changes to the Public Procurement Act was sent out to be looked over by the other ministries which included in it changes to the procedure of negotiated procedure without prior publication in the fields of defence and security, the author also hypothesized that the changes planned would remove any discrepancies with directive 2009/81/EC.

The author of this thesis finds that the thesis has fulfilled its aim, mapping shortcomings in both the substantive and legislative technique of Public Procurement Act § 173. In this way, there is no legal clarity regarding the uses of exclusive procurement procedures due to the Estonian Legislator's attempt to merge two alternatives of a failed procurement exception into one provision. These two alternatives are different enough in their content and there are little to no similarities, that the merging of these into a single provision is unsubstantiated. This merging has created a situation where the legislator has failed to integrate numerous essential terms regarding an exception for a failed procedure of procurement. In this way the current Public Procurement Act has made it considerably easier to use the exception of a failed procurement process, but to enforce unilateral regulations in the EU, this kind of national simplification can not be allowed. Based on the draft drawn up by the Ministry of Finance to alter the public procurement act, it also plans to alter Public Procurement Act § 173 subsection 1 clause 1 which has discrepancies with directive 2009/81/EC regarding the exception of failed procurements. The thesis at hands finds the planned alterations necessary and sufficient enough to solve the discrepancies with the directive. 2009/81/EC.

The negotiated procedure without prior publication in the fields of defence and security is also made more opaque through the numerous cited sources when talking about provisions. The author of the thesis would like to state that using citations in provisions is not prohibited, but the cited sources must also be in accordance with the regulation, that is using the citation. In the current Public Procurement Act § 173, a number of citation refer to open procedure, for example the opening sentence of Public Procurement Act § 173 subsection 1 contains a reference to Public Procurement Act § 49 subsection 1. Taking into account that in the fields of

defence and security, the default types of procedure are either restricted procedures or competitive procedures with negotiation and the use of open procedure is not allowed, we can say that Public Procurement Act § 173 referring to open procedure is incorrect. Instead of using misleading references, the author of this thesis suggests that existing legislature should be amended and the current regulation of the fields of defence and security needs to be coordinated with the rules of proper legislative technique. In the proposed amendments, the emphasis was on improper citations and incorrect citations will be removed from Public Procurement Act § 173 after it is approved by the parliament.

In addition to shortcomings in regards to legislative technique, Public Procurement Act § 173 contains a number of inconsistencies in regards to directive 2009/81/EC, with which the Estonian legislator has either shrunk or more often expanded the ways in which the negotiated procedure without prior publication can be used. Public Procurement Act § 173 subsection 5 permits the use of exceptional procedures basing it on an exception regarding entrusted works and services. This kind of entrusted procedure must take place after five years have passed from the original procurement procedure. Whereas directive 2009/81/EC allows deviations from the original 5-year period under exceptional circumstances, then the current Public Procurement Act has no such option. A similar situation can be found in Public Procurement Act subsection 4, which regulates the exception regarding the provisions for supplementing and replacing, where the Estonian legislator has not allowed to deviate from the same 5-year period, which is implicitly permitted by directive 2009/81/EC. The author of the law is not allowed to come up with terms that are not implicitly there. In the similar spirit, a country as a contractor can not rely on the immediate influence of the directive. This is why the current Public Procurement Act limits the exceptions for entrusted works and services as well as the exception for supplementing and replacing in a narrower sense than it is supposed to according to the directive. This kind of shortcoming can only be fixed through amendments, which is why the author of this Master's thesis finds that it is crucial to change the mentioned exceptions. From the aspect of replacing and supplementing defence-related items, it is important to mention that it is in the member nation's personal interest to possess inventory that is as common, interconnected and similar in quality, as possible. In both UK and German law, there is an opportunity to deviate from the 5-year period as an exception, meaning that Estonian contractors are in a disadvantaged position. To guarantee that we stay competitive, the Estonian Ministry of Finance is planning on allowing the exception regarding the 5-year period. The author of this thesis finds this amendment both reasonable and appropriate.

Even though public procurement assumes within it thorough preparatory work as well as skillful planning on behalf of the contractor, contractors can sometimes encounter unpredictable situations needing prompt action. Unforeseen situations are also applicable for contractors in the fields of defence and security, especially in situations of conflict. For these cases, the EU legislator has laid out the exceptions of extreme urgency and crisis in directive 2009/81/EC. The Estonian legislator has integrated the exception of extreme urgency but there is nothing for exceptions of crisis. In doing this, Estonia has made an error when it comes to harmonising the directive with national law.

The crisis exception is an opportunity for the defence or security contractor to procure inventory or services regarding defence using negotiated procedure without prior publication, in the case of crisis, where a procedure must be carried out expeditiously. Directive 2009/81/EC article 1 subsection 10 defines a crisis as “any situation in a Member State or third country in which a harmful event has occurred which clearly exceeds the dimensions of harmful events in everyday life and which substantially endangers or restricts the life and health of people, or has a substantial impact on property values, or requires measures in order to supply the population with necessities”. A war or armed conflict can also be a prerequisite to use the exception of crisis, also regarded as a crisis is a situation where the contractor can not guarantee supply in crisis. To provide Estonia with as wide an array as possible regarding moments of crisis, the author of this Master’s thesis finds that Estonia should integrate the clause regarding critical situations from directive 2009/81/EC article 28 subsection 1 point c. The Ministry of Finance’s draft of amendments to Public Procurement Act also points out that the exception regarding critical situations should be added to the Public Procurement Act, but the legislation is currently written as such that one regulation handles both extreme urgency and crises. Due to the fact that these are two separate grounds for negotiated procedure without prior publication with differing prerequisites, the author of this thesis finds that the Ministry of Finance’s proposed solution is not reasonable. Furthermore, the wording of the draft indicates that Public Procurement Act § 94 would be used for the exceptions of extreme urgency as well as crises, which is not in accordance with the procedural regulations of the defence field. Due to this, the author of the thesis finds that when looking to amend the public procurement act, an in-depth look should be had at the exception of critical situations and it should be worded correctly and separately from the exception of extreme urgency.

In addition to the exception of critical situations, an unexpected situation can be handled by relying on the exception of extreme urgency. On these grounds, the contractor is allowed to use negotiated procedure without prior publication if the procurement contract is urgent, if the urgency is due to matters unaffiliated with the contractor or as a result unforeseen events and the contractor can not use a procurement contract using a curtailed time limit.

The exception of extreme urgency has been used by one of Estonia's main defence contractors, the Centre for Defence Investments. In 2020, the centre has used a number of negotiated procedures without prior publication, basing their claim on extreme urgency and even a critical situation being in effect. Since the current Public Procurement Act does not mention critical situations once, it can be viewed as an independent and unforeseen event from the contractors point of view. Analysing the procedures mentioned, the author found that in some cases it is possible to interpret the procedures in critical situations as situations that would rather categorise under extreme urgency. Since the exception of extreme urgency assumes that this situation has come about due to circumstances that the contractor could not influence and could not see coming due to following the rules of due diligence, the procurement of inventory or services for situations of armed conflict may not always be in accordance with the assumptions of extreme urgency. Additionally, this allows the contractor to use the exception of critical situations to address problems of supply guarantee, which does not itself fulfill the assumptions of extreme urgency.

In summary, the main positions presented in the introduction of the of this Master's thesis, have been substantiated: a number of shortcomings and contradictions can be found in the current Public Procurement Act § 173, which means that Estonia's terms for using negotiated procedures without prior publication in the fields of defence and security are not in accordance with directive 2009/81/EC. Although some shortcomings can be overcome through interpretation, the public procurement act needs to be amended to achieve legal clarity. In this regard, the findings of the thesis answer the hypothesis posed in the introduction. As the other hypothesis, the author of this thesis posed the idea that the amendments presented by the Ministry of Finance would remove the contradictory claims found in Public Procurement Act § 173 according to directive 2009/81/EC. This hypothesis was not fully supported: in large part, the amendments would take care of the shortcomings, but regarding the regulation of the exception of critical situations, it is not reasonably done. The author of this Master's thesis finds that separating the exceptions of critical situations and extreme urgency are different in nature,

which is why they deserve to be separated as regulations. Third hypothesis was also not fully supported. The information security and security of supply were violated only partially. Indeed, the lack of harmonization of the substitution and supplementation exception and the absence of a crisis exception do not allow the contracting authority to have full assurance that the tenderer will be able to guarantee supplies either in extreme situations or when long-term defence equipment needs. At the same time, the author of the master's thesis did not find that due to the contradictions of Public Procurement Act, there is a risk that due to erroneous norms classified information intended for national security may be accessed by providers who should not actually have access to it.

The author of this Master's thesis believes that the thesis at hand provides an extensive overview of the exceptional processes regarding the fields of defence and security, as well as the problems of the regulation's legal problems and possible solutions to them.

LÜHENDID

1. EK – Euroopa Kohus;
2. EL – Euroopa Liit;
3. ELL – Euroopa Liidu leping;
4. ELTL – Euroopa Liidu toimimise leping;
5. HÕNTE – hea õigusloome ja normitehnika eeskiri;
6. lg – lõige;
7. nt – näiteks;
8. p – punkt;
9. PPA – Politsei- ja Piirivalveamet;
10. RHS – riigihangete seadus;
11. RKIK – Riigi Kaitseinvesteeringute Keskus;
12. sh – sealhulgas;
13. TlnRKM – Tallinna Ringkonnakohtu määrus;
14. TlnHKO – Tallinna Halduskohtu otsus;
15. TlnRKO – Tallinna Ringkonnakohtu otsus;
16. VAKO – Vaidlustuskomisjon;
17. VSVgV – *Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit);*
18. vt – vaata;
19. ÄS – äriseadustik.

KASUTATUD ALLIKAD

Normatiivaktid

1. 13. juuli 2009. a Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ. – ELT L 216, 20.08.2009.
2. 26. veebruari 2014. a Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014.
3. 26. veebruari 2014. a Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014.
4. 26. veebruari 2014. a Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks 2004/17/EÜ. – ELT L 94, 28.3.2014.
5. Euroopa Liidu lepingu konsolideeritud versioon. – EÜT C 2020, 7.6.2016.
6. Euroopa Liidu nõukogu 15.04.1958. a otsus 255/58, millega kehtestatakse aluslepingu endise artikli 223 lõike 1 punkti b reguleerimisalasse kuuluvate toodete (relvad, laskemoon ja sõjatehnika) loetelu.
7. Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 326, 26.10.2012.
8. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134. 30.04.2004.
9. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.04.2004.
10. Hea õigusloome ja normitehnika eeskiri. Vastu võetud Vabariigi Valitsuse 22. detsembri 2011. a määrusega nr 180.– RT I, 29.12.2011, 228.
11. Riigihangete seadus. – RT I, 08.07.2020, 8.
12. The Public Contracts Regulations 2015 No. 102. – <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/102/introduction>. (24.04.2021).
13. Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009

über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit). – <http://www.gesetze-im-internet.de/vsvgv/BJNR150900012.html> (24.04.2021).

14. Äriseadustik. – RT I 1995, 26, 355.

Kohtulahendid

15. EK C-126/03

16. EK C-157/06

17. EK C-188/89

18. EK C-19/13

19. EK C-199/85

20. EK C-217/97

21. EK C-23/07

22. EK C-239/06

23. EK C-246/12

24. EK C-26/62

25. EK C-284/05

26. EK C-294/02

27. EK C-294/05

28. EK C-336/12

29. EK C-337/05

30. EK C-340/02

31. EK C-343/08

32. EK C-352/12

33. EK C-385/02

34. EK C-413/15

35. EK C-615/10

36. EK C-84/03

37. EK C-91/92

38. TlnHKo 3-15-1706

39. TlnHKo 3-15-1709

- 40. TlnHKO 3-16-2129
- 41. TlnHKO 3-17-2743
- 42. TlnHKO 3-18-2743
- 43. TlnRKM 3-17-769
- 44. TlnRKO 3-15-1709
- 45. TlnRKO 3-15-853
- 46. TlnRKO 3-16-2129
- 47. VAKO 16.06.2017, 85-17/185011

Riigihangete alusdokumendid

- 48. Riigihangete register. JAVELIN imitaator (viitenumber 215859).
- 49. Riigihangete register. Keskmaa õhuseiresüsteemi elutsükli tagamine (viitenumber 216599).
- 50. Riigihangete register. Metallidetektorid (viitenumber 223852).
- 51. Riigihangete register. Rasketehnika rentimine koos valmidusteenusega (viitenumber 202829).
- 52. Riigihangete register. Riigi Kaitseinvesteeringute Keskuse riigihange An-2 mootori hankimiseks (viitenumber 225923).
- 53. Riigihangete register. Riigi Kaitseinvesteeringute Keskuse riigihange NorLense telklinnaku püstitamise, töövõime tagamise, maha võtmise ning kasutusjärgse hoolduse tellimiseks (viitenumber 221868).
- 54. Riigihangete register. SAAB simulatsioonisüsteemide ning tõusvate ja liikuvate sihtmärkide ostmise ja hooldus (viitenumber 228044).
- 55. Riigihangete register. Viper sukeldumissüsteemid (viitenumber 208773).

Kirjandus ja muud allikad

- 56. Andresson, J.J. Cold War Dinosaurs or High-Tech Arms Providers? The West European Land Armaments Industry at the Turn of the Millennium. Occasional Paper No 23, (WEU Institute for Security Study, 2001).

57. Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. [Volume 1]. Sweet & Maxwell/Thomson Reuters 2014.
58. Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement. Regulations in the EU and UK. [Volume 2]. Third Edition. Sweet & Maxwell 2018.
59. Communication from the Commission: European defence – industrial and market issues – Towards an EU Defence Equipment Policy. COM(2003)113, 11 March 2003.
60. Communication from the Commission: The Challenges Facing the European Defence-Related industry, a Contribution for Action at the European level. COM(96)10, 24 January 1996.
61. Craig, G., de Burca, P. EU Law: Text, Cases and Materials. 5th ed. Oxford University Press 2011.
62. Dehn, G. (ed). Blowing the Whistle on Defence Procurement (Speaking Up by Sector). Public Concern at Work 1995.
63. Directorate General Internal Market and Services. Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of Defence and Security. Guidance Note. Security of Supply.
64. Edwards, J. The EU Defence and Security Procurement Directive: A Step Towards Affordability? London: Chatham House 2011.
65. Eesti Kaitsevägi. Operatsioonid. – <https://mil.ee/operatsioonid/#t-operatsioonid-alates-1995> (24.04.2021).
66. Eesti Keele Instituut. Sõnaveeb. Identne. – <https://sonaveeb.ee/search/unif/dlall/dsall/identne/1> (24.04.2021).
67. Eesti Keele Instituut. Sõnaveeb. Samalaadne. – <https://sonaveeb.ee/search/unif/dlall/dsall/samalaadne/1> (24.04.2021).
68. Euroopa Komisjoni teatis. Euroopa Komisjoni suunised riigihangete raamistiku kasutamise kohta COVID-19 kriisiga seotud hädaolukorras. – ELT C 108 I/01, 01.04.2020.
69. Euroopa Ühenduste Komisjon. Roheline raamat. Kaitsealased riigihanked. 23.04.2004.
70. European Commission. Communication on the results of the consultation launched by the Green Paper on Defence Procurement and on the future Commission initiatives. COM(2005)626, 6 December 2005.
71. European Commission. The Challenges Facing the European Defence-Related industry, a Contribution for Action at the European Level. COM(96) 10, 24 January 1996.
72. European Defence Agency Press Release. EDA Welcomes European Commission Move on Defence Procurement Rules, 6 December 2005.

73. European Defence Agency Press Release. EU Governments Agree Voluntary Code for Cross-Border Competition in Defence Equipment Market. 21 November 2005.
74. Flournoy, M., Smith, J. *et.al.* European Defense Integration: Bridging the Gap between Strategy and Capabilities. Center for Strategic and International Studies, 2005.
75. Georgopoloulus, A. Defence Procurement and EU Law (2005)30 European Law Review 559.
76. Georgopoloulus, A. The Commission's Green Paper on Defence Procurement. (2005)14 Public Procurement Law Review NA24.
77. Heidmets, R. Riigihangete seaduse rakendamise probleematika liitlasvägede kiireloomuliste ja ettenägematute vajaduste kontekstis. Magistritöö. Juhendaja Alar Urm. Tallinn: Tallinna Tehnikaülikool 2018.
78. Heuinckx, B. A Primer to Collaborative Defence Procurement in Europe Troubles. Achievements and Prospects. (2008)17 Public Procurement Law Review.
79. Heuinckx, B. Defence Procurement and the European Defence Equipment Market: the Virtues of Kissing the Frog. (2015)4 Public Procurement Law Review.
80. Heuinckx, B. Defence Procurement in the EU: Time to Listen to the Wake-Up Calls (2006)7 Business Law International 208.
81. Heuinckx, B. Defence Procurement Law in Europe – The Role of International Organisations. Third Public Procurement Research Students Conference.
82. Heuinckx, B. Security of Supply on Offsets in Defence Procurement: What's New in the EU? (2014)23(2) Public Procurement Law Review.
83. Heuinckx, B. Towards a Coherent European Defence Procurement Regime? European Defence Agency and European Commission Initiatives. (2008)17(1) Public Procurement Law Review.
84. Jaago, K.-S. Ülevõtmisperioodil riigihangete mõju riigisisesele õiguskorrale. – Juridica 2015/3.
85. Kaitseministeerium. Eesti kaitsekulud aastal 2021. – <https://kaitseministeerium.ee/et/eesmargid-tegevused/kaitse-eelarve> (24.04.2021).
86. Kennedy-Loest, C., Pourbaix, N. The new EU Defence Procurement Directive. ERA Forum (2010) 11: 399-410.
87. Komisjoni soovitus, 12. juuli 2004, siseturgu mõjutavate direktiivide siseriiklikesse õigusaktidesse ülevõtmise kohta (2005/309/EÜ). – ELT 16.4.2005.
88. Kull, M. ja Jaansalu, T. 20.04.2021 (vestluse salvestis magistritöö autori valduses).

89. Luik, J. Eesti Afganistani missioon oli Eesti jaoks väga tähtis. – Eesti Rahvusringhääling 15.04.2021.
90. Maruste, R. Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja -vabaduste kaitse. Juura 2004.
91. Maulny, J-P. *et.al.* Cooperative Lessons Learned: How to Launch a Successful Co-Operative Programme. Final Report for Study 06-EDA-008 (IRIS/CER/DGAP/IAI, 2006).
92. Mawdsley, J., Quille, G. *et.al.* Equipping the Rapid Reaction Force – Options for and Constraints on a European Defence Equipment Strategy, Paper 33. (Bonn International Centre for Conversion 2003).
93. Mikli, S. Kui kaugel Euroopa Liidu õigus saab järsku igapäevatöö osaks: probleeme Euroopa Liidu õiguse ülevõtmisel ja rakendamisel õiguskindluse põhimõtte kontekstis. – Juridica 2015/3.
94. Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014.
95. Neuman, S. Defense Industries and Dependency: Current and Future Trends in the Global Defense Sector. (International Relations and Security Network, 2006).
96. Parind, M. Autoriõiguse kaitse kui väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise alus. Magistritöö. Juhendaja Kadri Matteus. Tallinn: Tallinna Ülikool 2016.
97. Politsei- ja Piirivalveamet. Riigihanked. – <https://www.politsei.ee/et/riigihanked> (24.04.2021).
98. Politsei- ja Piirivalveameti arendusosakonna eelarvebüroo juhataja 31.01.2020. a otsus nr 20-1.1/5-1. Politsei- ja Piirivalveameti hankeplaan 2020.
99. Politsei- ja Piirivalveameti arendusosakonna eelarvebüroo juhataja 27.01.2021. a otsus 20-1.1/6-2. Politsei- ja Piirivalveameti hankeplaan 2021.
100. Rahandusministeerium. 2019. aasta riigihangete statistiline kokkuvõte (aprill 2020) ja 2018. aasta riigihangete statistiline kokkuvõte (juuli 2019). – <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/riigihankemaastiku-kokkuvotted> (24.04.2021).
101. Rahandusministeerium. Eelnõu esitamine kooskõlastamiseks. – Eelnõude infosüsteem: <https://eelnoud.valitsus.ee/main#PTCm9lri> (24.04.2021).
102. Rahandusministeerium. Seletuskiri riigihangete seaduse ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu juurde. – Eelnõude infosüsteem: <https://eelnoud.valitsus.ee/main#PTCm9lri> (24.04.2021).
103. Randveer, K. Hankelepingu sõlmimise kiireloomulisus Eestis ja Euroopa Liidus. Magistritöö. Juhendaja Carri Ginter. Tartu: Tartu Ülikool 2019.

104. Riigi Kaitseinvesteeringute Keskus. Organisatsioon. –
<https://www.kaitseinvesteeringud.ee/organisatsioon/> (24.04.2021).
105. Riigi Kaitseinvesteeringute Keskus. Tagasivaade aastale 2020. –
<https://www.kaitseinvesteeringud.ee/tagasivaade-aastale-2020/> (24.04.2021).
106. Riigihangete seaduse ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus –
eelnoõu. – Eelnõude infosüsteem: <https://eelnoud.valitsus.ee/main#PTCm9lri>
(24.04.2021).
107. Riigihangete seaduse muutmise seadus (113 SE). Seletuskiri.
108. Riigihangete seaduse muutmise seadus (450 SE). Seletuskiri.
109. Riigikogu Kantselei, Justiitsministeerium, Riigikantselei. Normitehnika
käsiraamat. –
https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/heaoigusloomejanormitehnikaeeskiri.pdf (24.04.2021).
110. Riigikogu. Riigihangete seaduse muutmise seadus 113 SE. Eelnõu menetluse
käik. – <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/5498ac05-bc6e-7882-13a3-328366ee31f2/Riigihangete%20seaduse%20muutmise%20seadus> (24.04.2021).
111. Schmitt, B (rapporteur). Defence Procurement in the European Union – The
Current Debate (Institute for Security Studies, 2005).
112. Sildam, T. Eesti ei läinud Afganistani demokraatiat viima. – Eesti
Rahvusringhääling (18.04.2021).
113. Simovart, M. A., Parind, M. Riigihangete seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura
2019.
114. Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. (ed). Brussels Commentary. EU Public
Procurement Law. C. H. Beck, Hart, Nomos 2018.
115. Trybus, M. Buying Defence and Security in Europe. The EU Defence and
Security Procurement Directive in Context. Cambridge University Press 2014.
116. Trybus, M. Defence Procurement: The new Public Sector Directive and
Beyond. (2004)13 Public Procurement Law Review 198.
117. Trybus, M. European Defence Procurement law – International and National
Procurement Systems as Models for a Liberalised Defence Procurement Market in
Europe (1999).
118. Trybus, M. European Defence Procurement law – International and National
Procurement Systems as Models for a Liberalised Defence Procurement Market in
Europe (London: Kluwer Law International, 1999).

119. Trybus, M., Caranta, R. *et al.* EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond. Bruylant 2014.
120. Välisministeerium. Eesti osalemine tsiviilmissioonidel ja EL sõjalistel operatsioonidel. – <https://vm.ee/et/eesti-osalemine-rahvusvahelistel-tsiviilmissioonidel> (24.04.2021).
121. Van Eekelen, W. The Parliamentary Dimension of Defence Procurement – Requirements, Production, Cooperation and Acquisition. Occasional Paper – No 5 (Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2005).
122. Vinni, R. Saarlastele appi: välihaigla saab Saaremaal tuleristsed. – Saarte Hääl. – <https://saartemaal.postimees.ee/6939582/valihaigla-saab-saaremaal-tuleristsed> (24.04.2021).
123. Vlachos, K. Safeguarding European Competitiveness – Strategies for the Future European Arms Production and Procurement. Occasional Paper No 4 (WEU Institute for Security Studies, 1998).
124. Wolsztynski, R. The French Air Force: European Integration Factors. (2006) 8(3) RUSI Defence Systems.