

Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon?

Lähemas tulevikus on oodata Euroopa Komisjoni poolt 2011. aastal avaldatud uute riigihankedirektiivide ettepanekute^{*1} vastuvõtmist. Ühe keskse teemana käsitles nimetatud ettepanekuid käesoleva aasta 24.–25. juunil Nottinghami Ülikoolis pealkirja all „Public Procurement: Global Revolution VI“ toimunud järjekordne rahvusvaheline riigihangete konverents.^{*2}

Kas aga direktiivide uue kuue puhul on tõepoolest tegu riigihankeõigusliku revolutsiooniga, nagu konverentsi pealkiri viitab? Ühest küljest on ettepanekuid kirjeldatud kui olulist muudatust peaaegu kõigis riigihanke küsimustes^{*3} ja riigihankeõiguse põhjalikku moderniseerimist.^{*4} Teisest küljest tuleb rõhutada, et suhteliselt suures osas kodifitseerivad eelnõud Euroopa Liidu Kohtu praktikas juba kujundatud õigust. Ei saa jätta mainimata, et eelnõud on saanud ka tõsise kriitika osaliseks liigse detailsuse, keerukuse ja mahukuse tõttu.^{*5}

Peatume alljärgnevalt üksikutel teemadel, mis on Eesti riigihankemaastikul aktuaalsed olnud juba mõnda aega ja milles ettepanekud toovad kaasa praktilisi muudatusi. Ülevaade ei ole siiski kaugeltki ammendav. Lisaks artiklis käsitletavatele teemadele puudutavad eelnõudega planeeritud muutused näiteks sotsiaalteenuste hankimise erireegleid, hankemenetluse liike, elektroonilisi hankeid, hindamisetapi sisu, horisontaalseid eesmärgid, korruptsioonivastaseid reegleid, riiklikku järelevalvet. Lisaks on muidugi uudne kontsessioonide reguleerimine direktiividega. Jätame lugeja otsustada, kas tegemist on pelgalt redaktsiooniliste muudatustega või revolutsiooniliste ideedega või asub tõde kusagil vahepeal.

1. Pakkujate hankest kõrvaldamine

Revolutsiooniliseks võib pidada kahte muudatust, mis puudutavad pakkujate avaliku sektori hange- test kõrvaldamist. Esimest on ilmselt nii mõnedki hankijad pikisilmi oodanud: uudse võimalusena saavad hankijad hankest välja jätta sellised pakkujad, kes on varem hankelepinguid halvasti täitnud. Teine muudatus võimaldab ka kohustuslikus korras (!) hankest kõrvale jäänud pakkujal sinna siiski siseneda:

¹ Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta. KOM(2011) 896 lõplik (edaspidi „riigihanke direktiivi eelnõu“); Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja posti- teenuste sektoris tegutsevate üksuste hankeid. KOM(2011) 895 lõplik (edaspidi „võrgustiku direktiivi eelnõu“); Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. KOM(2011) 897 lõplik (edaspidi „kontsessiooni direktiivi eelnõu“). Eelnõude eestikeelsed tekstid on kättesaadavad riigihanke infoportaalil: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/eelnoud> (16.06.2013).

² Arvutivõrgus: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/events/2012/global-revolution-vi.aspx>.

³ Vt nt riigihangete infoportaal (arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/eelnoud>, 16.06.2013): „Uute direktiividega on oodata muudatusi praktiliselt kõigis riigihankeid puudutavates küsimustes. Eelkõige on eesmärk muuta riigihangete menetlused lihtsamaks ja parandada ligipääsu riigihangete turule väikeste ja keskmise suurusega ettevõtete jaoks. Ettepanekutes sisaldub mitmeid uusi lähenemisi, mis võimaldavad muuta riigihankeid paindlikumaks eesmärgiga saavutada parim tulemus.“

⁴ R. Williams. Commission Proposals to Modernise Public Procurement. – Public Procurement Law Review 2012/3, lk NA101.

⁵ S. Arrowsmith. Modernising the European Union's Public Procurement Regime: a Blueprint for Real Simplicity and Flexibility. – Public Procurement Law Review 2012/3, lk 71–82.

nn *self-cleaning*-kontseptsioon võimaldab pakkujal tõendada, et ta on paranenud ning tuleb hankesse ennistada või jätta sellest kõrvaldamata.*⁶

1.1. Varasem lepingu raske rikkumine

Erasektoris sõlmivad ettevõtjad lepinguid partneritega, keda peavad usaldusväärseks, lähtudes näiteks varasemast kogemusest sama partneriga. Riigihangetes toimub pakkujate usaldusväärse tuvastamine direktiivides ja seaduses täpselt sätestatud kriteeriumite põhjal, näiteks kas maksud on makstud, kas pakkuja on karistatud mõne kuriteo eest, kas pakkuja suhtes on käimas pankrotimenetlus, kas ta on esitanud valeandmeid jne.*⁷ Sellist kõrvaldamise alust, mis võimaldaks arvestada hankija enda varasemat kogemust sama pakkujaga, seni ette nähtud ei olnud.

Euroopa Kohtu praktika on praeguseks siiski jõudnud tõdemuseni, et põhimõtteliselt võib pakkuja poolt varasemast hankelepingust tulenenud kohustuste rasket rikkumist käsitada kui eksimust kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu hankedirektiivis*⁸ ettenähtud kõrvaldamise aluse tähenduses ning sellele tuginedes pakkuja menetlusest kõrvaldada.*⁹ Riigihanke direktiivi eelnõu näebki ette võimaluse pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamiseks, kui hankija ja pakkuja vahelise varasema koostöö käigus on pakkuja hankelepingut märkimisväärselt või pidevalt rikkunud.*¹⁰

Idee on kahtlemata hea, kuid ette teeb murelikuks selle rakendamise praktiline külg. Ühest küljest võib sätte rakendamisel hankija jaoks olla probleemne kõrvaldamise põhjendamine. Hankija peab olema suuteline tõendama, et eelmise hankelepingu täitmisel olid vead tõepoolest pakkujast tingitud ning märkimisväärsed või pidevad. Pakkujatele omakorda võib sama reegel meeolehärmi põhjustada just kartuses, et hankija pakutud võimalust kuritarvitab. Teadagi võib lepingu edukat täitmist takistada ka näiteks hanke halb planeerimine, ebapädev tehniline kirjeldus või lihtsalt hankijapoolne viivitus ehk hankijast tingitud asjaolud, mille päädimine pakkuja jaoks negatiivse mõjuga on lubamatu.

Selge on, et alust kõrvaldamiseks ei anna mitte suvaline ebakvaliteetne, ebatäpne või puudustega täitmine ning hoopiski mitte hankijast endast tingitud rikkumised. Samuti ei tohi pakkuja välistamine olla automaatne ega formaalne, vaid – nagu ikka – sisuliselt põhjendatud.*¹¹

Kõrvaldamise aluse efektiivseks rakendamiseks võib hanketurul pidevalt tegutsevatele hankijatele soovitada kõnealuse kõrvaldamisaluslega seonduvat oma sisemises töökorralduses arvestada. Näiteks võib kohustada vastutavaid töötajaid hankelepingu täitmise probleeme piisava detailsusega käsitlema ja fikseerima, tagamaks adekvaatset informatsiooni juhuks, kui uue hanke korraldamisel peaks tekkima vajadus mõne pakkuja kõnealusel alusel kõrvaldamiseks. Rikkumise tõsiduse tuvastamisel võib aga kahtlemata abiks olla valdkonna heade tavade tundmine. Ettenähtavatest raskustest hoolimata tuleb uut kõrvaldamise alust siiski pidada märkimisväärseks sammuks turuolukorra normaliseerimise ja ausa konkurentsi soodustamise suunas.

⁶ Riigihanke direktiivi eelnõu art 55 lg 4.

⁷ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.04.2004, lk 114–240, eestikeelne eriväljaanne: ptk 6, kd 7, lk 132–262, art 45; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, 30.04.2004, lk 1–113, eestikeelne eriväljaanne: ptk 6, kd 7, lk 19–131, art 53–54; riigihangete seaduse (RT I 2007, 15, 76; RT I, 10.07.2013, 5; RHS) § 38 lg 1–2.

⁸ Direktiivi 2004/18/EÜ art 45 lg 2 esimese lõigu p d.

⁹ EKO 13.12.2012, C-465/11, *Forposta SA vs. Poczta Polska SA*, p 29: „[S]eda, kui ettevõtja ei täida oma lepingulisi kohustusi, [võib] põhimõtteliselt käsitada eksimusena kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu.“

¹⁰ Riigihanke direktiivi eelnõu art 55 lg 3 p d.

¹¹ RHS § 38 lg 7; haldusmenetluse seaduse (RT I 2001, 58, 354; RT I, 23.02.2011, 8) § 56 lg 1–3. Vt ka riigihangete vaidlustuskomisjoni (VaKo) 06.07.2012, 133-12/131293, p 9; VaKo 02.07.2012, 126-12/132396, p 7.

1.2. Pakkujate hankemenetluses osalemise võimaluse taastamine

Hetkel kehtiv direktiiv näeb ette neli kõrvaldamise alust (rahapesu, kelmus, korruptsioon, osalemine kuritegelikus organisatsioonis), mille esinemisel on pakkuja hankemenetluses jätkamine ja temaga hankelepingu sõlmimine välistatud.^{*12} Reegel on selge ja üheselt arusaadav. Lisaks on ette nähtud asjaolud, mille korral hankijal on valikuline võimalus otsustada pakkuja kõrvaldamine.^{*13}

Uute riigihanke direktiivi eelnõusse on aga inkorporeeritud Saksa, Austria ja Itaalia kohtupraktikast ja õiguskirjandusest^{*14} pärinev *self-cleaning*-kontseptsioon.^{*15} See tähendab, et juhul, kui pakkuja suudab hankemenetluse raames tõendada, et ta on oma usaldusväarsuse taastanud (end parandanud), tuleb ta menetlusse tagasi võtta – seda nii kohustuslike kui ka valikuliste kõrvaldamise aluste esinemise korral.^{*16} Seega, kuigi ühest küljest kehtivad jätkuvalt kategooriliselt kohustuslikud kõrvaldamise alused, mille tõsistus arvestades puudub hankijatel (ja liikmesriikide seadusandjatel) pakkuja menetlusest kõrvaldamisel igasugune kaalutusõigus, saab hankija teisest küljest kohustuse kaaluda pakkuja hankemenetlusse ennetamist. Seda juhul, kui pakkuja tõendab, et põhjus, miks ta on süüdi tunnistatud rahapesus, kelmuses, korruptsioonis või kuritegelikus organisatsioonis osalemises, on ära langenud ega saa enam korduda.

Eelnõu kohaselt peab pakkuja oma usaldusväarsuse taastamiseks tõendama, et on hüvitanud kuriteo või väärtetega põhjustatud kahju, selgitanud põhjalikult rikkumise asjaolusid, tehes uurimisorganitega aktiivselt koostööd, ning rakendanud tehnilisi ning organisatsiooni ja isikutega seotud meetmeid, mis võimaldavad vältida edasisi kuritegusid või väärtetegusid. Hankijad hindavad meetmete piisavust, arvestades süüteo raskust ja asjaolusid. Kui hankija leiab, et võetud meetmetest siiski ei piisa, peab ta oma otsust põhjendama.^{*17}

Kontseptsiooni eelistena tuleb loomulikult nimetada paindlikkust ning suurema konkurentsi tagamist riigihangetel.^{*18} Eriti majandussurutise olukorras, kus pakkujatel võib olla raskusi näiteks õigeaegse maksude maksmisega, on *self-cleaning*-mehhanismi abil võimalik hankemenetluses osalevate pakkujate arvu suurendada ning jõuda tõelise konkurentsi tulemusel hankelepingu sõlmimise ja täitmiseni.

Kriitiliselt tuleb aga suhtuda kontseptsiooni rakendamise praktilistesse väljavaadetes, vähemalt Eesti riigihankemaastikul. Sisuliselt eeldavad *self-cleaning*-meetmed suutlikkust hinnata ettevõtjate sisetähtsusi muudatusi, samuti toimepandud süüteo raskust, mõjusid ja korduvuse tõenäosust. See tähendab hankija poolt uurimisorganite, konkurentsiametite, maksuameti ja kohtute tööga sarnaste toimingute tegemist ja otsusteni jõudmist ning seda kõike riigihankemenetluse kestel. Kui rakendatud meetmed ei ole hankija arvates piisavad, peab ta suutma oma seisukohta haldusaktis põhjendada ning vajadusel vaidlustuskomisjonis ja/või kohtus kaitsta. On ilmne, et kirjeldatud tegevus jääb riigihankemenetlusest kui sellisest kaugele ning osutub tõenäoliselt nii Eesti avaliku sektori hankijatele, vaidlustuskomisjonile kui ka kohtutele tõsiseks proovikiviks.

Lisaks praktilistele raskustele tuleb tõdeda, et vastuoluline on ka muudatuse juurutamise fakt iseenesest: hetkel kehtiv riigihangete direktiiv (2004/18/EÜ) oli seni Euroopa Liidu riigihanke ajaloos esimene, mis kehtestas teatavad kõrvaldamise alused kohustuslikena ja kujundas sellisena esmakordselt range miinimumstandardi, millest alla jäävad pakkujad ei ole riigihangetele teretulnud. *Self-cleaning*-kontseptsioon

¹² Direktiivi 2004/18/EÜ art 45 lg 1.

¹³ Samas, art 45 lg 2.

¹⁴ S. Arrowsmith, H.-J. Prieß, P. Friton. Self-cleaning as a Defence to Exclusion for Misconduct: an Emerging Concept in EC Public Procurement Law. – Public Procurement Law Review 2009/6; H.-J. Prieß, M. R. Stein. Nicht nur sauber, sondern rein: die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch Selbstreinigung. – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2008/4; J. Schramm, J. Aicher, M. Fruhmann, R. Thienel. Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar. Wien: Springer 2005, lk 739 ja 742; N. Ohrmann. Self-Cleaning in Public Procurement Law. – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2010/4.

¹⁵ Eesti keeles on kontseptsiooni tähenduses viidatud „ise olukorra parandamiseks võetud“ ja „usaldusväarsuse taastamise“ meetmetele. Vt T. Karineem. *Self-cleaning* kontseptsioon kui pakkuja võimalus hankelt kõrvaldamist vältida. Magistritöö. Tartu Ülikool 2012, lk 3; K. Teder. Hankemenetlusest kõrvaldamise alused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses: maksude ja maksete tasumise kohustus vabatahtliku kõrvaldamise alusena. Magistritöö. Tartu Ülikool 2012.

¹⁶ Riigihanke direktiivi eelnõu art 55 lg 4. Võrgustiku direktiivi eelnõu nimetab kohustusliku kõrvalejätmise kohustust ja vastavalt ka usaldusväarsuse taastamise meetmete aktsepteerimise kohustust vaid avaliku sektori hankijate hulka kuuluvate võrgustikusektori hankijate puhul. Vt võrgustiku direktiivi põhjendused lg 40, 41, art 74 lg 1.

¹⁷ Riigihanke direktiivi eelnõu art 55 lg 4.

¹⁸ T. Karineem (viide 15), lk 13, 18; H.-J. Prieß. Warum die Schadenswiedergutmachung Teil der vergaberechtlichen Selbstreinigung ist und bleiben muss. – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2012/7, lk 425.

sisuliselt minetab sellise toimiva miinimumstandardi ning võimaldab kõikidel ettevõtjatel siiski nii-öelda tagaukse kaudu riigihangetele pääseda. Sellega tekib teatud mõttes topeltstandard, kus range miinimumstandard ühel ajal kehtib ja ei kehti ka.^{*19}

2. Pakkuja isikut iseloomustavad andmed kui osa pakkumusest

Riigihangete praktikas on pikka aega olnud aktuaalne küsimus, kas pakkumuste hindamise kriteeriumide hulgas on õiguspärane kasutada pakkujat kui ettevõtjat iseloomustavaid näitajaid, näiteks referentse, meeskonna kogemust jms. Pärast Euroopa Kohtu lahendit *Lianakise*^{*20} kohtuasjas kinnistus seisukoht, et pakkuja isikuga seonduvad tingimused kuuluvad arvestamisele vaid kvalifitseerimise, mitte aga pakkumuste hindamise etapis. Nende kahe etapi sisu peab olema rangelt eristatud või eristatav.^{*21}

Kvalifitseerimist tuleb eristada pakkumuste võrdlemisest selleks, et anda kõikidele sarnase, miinimumnõuetele vastava kvalifikatsiooniga pakkujatele võrdsed võimalused lepingu saamiseks hinna või pakkumuse sisuliste omaduste võrdluse kaudu. Konkureerivad omavahel tooted (tööd, teenused), mitte nende pakkujad. Vastavalt näeb ka riigihangete seadus ette, et pakkuja kogemust ja pakkumuse sisu hinnatakse hankemenetluse rangelt eri etappides: pakkuja kogemust mõõdetakse kvalifitseerimise käigus^{*22} ning sellest sõelast edasipääsenute pakkumusi kontrollitakse ja võrreldakse järgmises etapis.^{*23}

Samas tuleb tõdeda, et **ausa** konkurentsi edendamine võib asjaoludest sõltuvalt õigustada turuosaliste varasema kogemuse arvestamist – nimelt juhul, kui väljaspool riigihanket on selline praktika vastavas valdkonnas normiks. Just sellisel juhul saab hankija maksumaksja raha eest osta võimalikult kvaliteetset ja hea hinnaga toodet või teenust.

Siinjuures on oluline mainida, et kirjanduses on eristatud *Lianakise* lahendi rangemat ja leebemat tõlgendust. Rangem, sõnasõnaline tõlgendus välistab pakkuja kvalifikatsiooni iseloomustavate näitajate arvestamise pakkumuse hindamisel mistahes tingimustel.^{*24} Meie hinnangul võib selline range tõlgendus kohati viia selleni, et hanke tulemuseks ei ole tegelikult objektiivselt parim pakkumus. Leebema tõlgenduse järgi ei ole pakkuja isikut iseloomustavate näitajate kasutamine mitte absoluutselt välistatud, vaid võib olla lubatav sõltuvalt konkreetse kriteeriumi kasutamise eesmärgist. Ka pakkuja isikuga seotud hindamiskriteeriumit võib pidada õigustatuks, kui selle abil tuvastatakse **pakkumuse** tugevus võrreldes konkurentide pakkumustega. Kui pakkujate suutlikkuse, s.o kvalifitseerimise miinimumnõuetele vastavuse selgitamine on pakkumuste tugevuste võrdlemisest eristatud, siis võib pakkumuste tugevuse mõõtmine toimuda selliste näitajate abil, mis sisult on sarnased kvalifitseerimiskriteeriumitele, näiteks meeskondade tugevus ja kogemus.^{*25}

See tõdemus ei puuduta mitte kõiki valdkondi ühtmoodi. Näiteks valmistoote ostmisel ei mõjuta tootja või edasimüüja varasem kogemus reeglina hanke tulemust, vähemalt mitte niivõrd arvestataval määral kui teenuse tellimise protsessis. Samas on valdkondi, kus pakkuja isikut (kogemust, meeskonda, võimekust) on sisuliselt raske, ebamõistlik või võimatu eraldada hankelepingu esemest. Eriti kehtib see tugevamat loomingulist elementi sisaldavate teenuste puhul, näiteks programmeerimis- või tõlketeenused, samuti projekteerimistööd. Selliste hangete puhul oleks kooskõlas *Lianakise* reegli leebema tõlgendusega ilmselt õigustatud pakkujat iseloomustavate andmete kasutamine hindamiskriteeriumitena, kui need tingimused

¹⁹ K. Teder (viide 15), lk 36–37.

²⁰ EKo 24.01.2008, C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon ja Nikolaos Vlachopoulos vs. Dimos Alexandroupolis jt.*

²¹ Vt selle kohta ka RKHKo 3-3-1-79-03, p 12; RKHKo 3-3-1-2-12, p 15; RKHKo 3-3-1-65-11, p 26.

²² RHS-d § 39–41.

²³ RHS § 47 lg 1, § 50.

²⁴ R. Karro. Majanduslikult soodsaim pakkumus ja pakkumuste hindamise kriteeriumid. – *Juridica* 2011/10, lk 755–758.

²⁵ R. Karro. Majanduslikult soodsaim pakkumus riigihankes. Magistritöö. Juhendaja Mari Ann Simovart. Tartu Ülikool, õigusteaduskond Tallinnas, eraõiguse instituut 2011; R. Karro (viide 24), lk 755–758; K. Kruger. Superiority in Experience and Skills May Distinguish a Better Tender Bid! Critical reflections from Norway on the Lianakis ruling. – *Public Procurement Law Review* 2009/3, lk 139, 141, 145; P. Lee. Implications of the Lianakis Decision. – *Public Procurement Law Review* 2010/2, lk 48; W. Timmermans, T. Bruyninckx. Selection and Award Criteria in Belgian Procurement Law. – *Public Procurement Law Review* 2009/3, lk 136.

on sisustatud ja seatud eesmärgiga hinnata pakkumuse kvaliteeti ning järelkult võimaldavad hankijal tuvastada, milline esitatud pakkumustest on majanduslikult soodsaim.^{*26}

Uued eelnõud sätestavadki otsesõnu võimaluse arvestada pakkumuse hindamisel teatavatel juhtudel muuhulgas pakkumuse teinud isikut (ettevõtjat) iseloomustavaid näitajaid. Riigihanke direktiivi eelnõu artikli 66 lõike 2 punkti b^{*27} kohaselt võib majanduslikult soodsaima pakkumuse teenuste hankelepingute ja ehitustööde projekteerimise puhul kindlaks teha, võttes arvesse asjaomast lepingut täitma määratud töötajate töökorraldust, kvalifitseeritust ja kogemusi. Seeläbi saavad hankijad võimaluse valida lepingupartnereid, kelle pakkumus tõenäoliselt annab parima võimaliku tulemuse, ning pakkujad saavad võimaluse konkureerida turuolukorda arvestades loogilistel tingimustel. Kvalifitseerimine ja hindamine peavad sealjuures olema jätkuvalt eraldiseisvad või eristatavad sammud, millest esimene kontrollib pakkujate miinimumvõimekust, teine võrdleb pakkumusi ning seab need pingeritta ausate ja objektiivsete, kuigi osaliselt pakkuja isikut puudutavate tingimuste alusel.

Õigusega valida parim pakkumus pakkuja meeskonna näitajate põhjal kaasneb ka kohustus sellest pakkumuse osast hankelepingu täitmise käigus kinni pidada. Nimelt riigihanke direktiivi eelnõu artikli 66 lõike 2 punkti b^{*28} kohaselt ei ole pakkujal võimalik vabalt muuta pakutud meeskonna koosseisu. Kui eduka pakkumuse valik on rajanenud töötajate töökorralduse, kvalifitseerituse või kogemuse hindamisel, siis võib kõnealuseid töötajaid asendada üksnes hankija nõusolekul. Nõusoleku andmisel või sellest keeldumisel peab hankija kontrollima, et asendamine tagaks samaväärse töökorralduse ja kvaliteedi. Ei hankijal ega pakkujal ei ole siinkohal voli otsustada teisiti ning näiteks omavahelisel kokkuleppel aktsepteerida meeskonna mittekohast muutust. Kui pakkumuste võrdlemisel konkurentsieelse andnud meeskond lepingu täitmise faasis neid nõudeid arvestamata muutuks, oleks tegu hankelepingu olulise muudatusega ning selle asemel tuleks uue eelnõu kohaselt korraldada uus hange.^{*29}

3. Hankija otsemaksed alltöövõtjatele

Mõni aasta tagasi tõusis Eestis riigihangetes väga teravalt allhankijate kasutamise probleemistik, sealhulgas peatöövõtjate võimetus raskenenud majandusolukorras alltöövõtjatele riigihanke alusel tehtud tööde eest maksta. Kõlasid ettepanekud, et kaitsmaks alltöövõtjaid peatöövõtjate omavoli eest ja garanteerimaks väljateenitud tasu, peaks riigihangete seadus võimaldama hankijail tasuda otse alltöövõtjale.^{*30}

Tänane seadus hankijale alltöövõtjate otsetasustamise võimalust ette ei näe. Küll aga pakuvad väike- ja keskmise suurusega ettevõtjaid alltöövõtjate huvides sellise võimaluse uued direktiivide eelnõud. Täpsemalt annavad eelnõud liikmesriikidele **võimaluse** näha ette selline otsemaksete teostamise mehhanism, kus alltöövõtjale tasutakse taotluse esitamisel teostatud töö eest otse, ning kehtestatakse ka reeglid alusetute maksete vaidlustamiseks peatöövõtja poolt. Kui hankelepingu olemus otsemakseid lubab, tuleb otsemaksete kord hankedokumentides ette näha ning alltöövõtja vastava taotluse korral maksab hankija otse alltöövõtjale lepingu täitmise käigus peatöövõtjale tarnitud asjade, tehtud ehitustööde või osutatud teenuste eest.^{*31}

Seega ei tulene direktiivide eelnõudest alltöövõtjate otsetasustamise kohustust, kuid liikmesriikide võimuses on selline võimalus seadustada ja reguleerida teostamise täpne kord. Kui liikmesriik otsemaksete võimaluse kasuks otsustab, on see seotud kolme peamise tingimusega:

- (a) hankelepingu olemus võimaldab otsemakseid,
- (b) hankedokumentides on sätestatud otsemaksete täpne kord ning
- (c) alltöövõtja on teinud vastava taotluse.

²⁶ Samas.

²⁷ Analoogete reegli sätestavad võrgustiku direktiivi eelnõu art 76 lg 2 p b ja kontsessiooni direktiivi eelnõu art 39 lg 4 p b.

²⁸ Analoogete reegli sätestavad võrgustiku direktiivi eelnõu art 76 lg 2 p b ja kontsessiooni direktiivi eelnõu art 39 lg 4 p b.

²⁹ Riigihanke direktiivi eelnõu art 72 lg 1, võrgustiku direktiivi eelnõu art 82 lg 1, kontsessiooni direktiivi eelnõu art 42 lg 1. Vt ka allpool pkt 5.

³⁰ Vt nt A. Stadnik. Uus firma jätkab Facio võtetega. – Äripäev, 06.11.2012. Arvutivõrgus: <http://www.ap3.ee/?PublicationId=31503ED6-39D4-4163-9D98-74AA1E3959CE&paperarticleid=3A54F5A9-5613-496E-BB67-88B993F02DA7> (15.03.2010); V. Koorits. Riik kaalub alltöövõtjate petjatele hankekeeldu. – E24. Äri uudised, 15.03.2010. Arvutivõrgus: <http://www.e24.ee/236972/riik-kaalub-alltoovotjate-petjatele-hankekeeldu/> (11.12.2013).

³¹ Riigihanke direktiivi eelnõu art 71 lg 2, võrgustiku direktiivi eelnõu art 81 lg 2.

On kaalukaid argumente, mis meie arvates õigustavad selle süsteemi rakendamist ka Eestis. Esmalt tuleks alltöövõtjatele otsemaksete tegemist soosida juba põhjusel, et selline mehhanism kaotab osutatud teenuste eest maksmata jätmise ohu, tagades väikestele ja keskmise suurusega ettevõtjatele suurema majanduskindluse. Ühtlasi lisab mehhanism hankelepingu täitmise faasi läbipaistvust, mis teatavasti on üks riigihangete aluspõhimõtted, kuid just lepingu täitmise faasis kahetsusväärset tähelepanuta jäänud. See kõik toob riigihankelepingu täitmisel juurde paindlikkust ja efektiivsust, mida lepingusuhetes reeglina seostatakse positiivsema majanduskeskkonnaga. Kolmandaks ei saa vähetähtsaks pidada väike- ja keskmise suurusega ettevõtjate kaitset kui horisontaalset eesmärki, mida riigihangete kaudu on võimalik edukalt teostada.^{*32} Sealjuures ei ole otsemaksete võimaluse puhul tegemist mitte niivõrd väike- ja keskmise suurusega ettevõtjate eelistamisega, kuivõrd nende õiglast kohtlemist tagava tingimusega, mistõttu ei teki ka horisontaalsete eesmärkide puhul tavapärasest küsimust võimaliku vastuolu kohta riigihanke üldpõhimõtetele.^{*33}

4. Hankelepingute muutmise selgem ja paindlikum regulatsioon

Tavapärastes ärisuhetes on lepingute muutmise vajadus ja võimalus majanduslik paratamatus, mille teostamiseks piisab enamasti lepingupoolte ühisest tahtest.^{*34} Muutmise võimalus tagab lepinguliste suhete paindlikkuse ja dünaamilisuse^{*35}, kaitstes seeläbi nii lepingupoolte huve kui ka õiguskäivet laiemalt. Riigihankelepingute puhul on aga olukord sootuks teine.

Hankelepingu muutmise teeb probleemseks asjaolu, et lepingut muutes kujundatakse sisuliselt ümber riigihanke algsed tingimused. Oleks muudatuse sisu avaldatud juba hanke tingimustena, võinuks pakkujate ring olla erinev ja/või võitjaks osutada keegi teine. Sellepärast ongi Euroopa Liidu riigihankeõiguse kohtupraktikas kujunenud hankelepingu olulise muutmise keeld: keelatud on muudatused, mille avaldamisel hanke tingimustena oleks hankes olnud teisi osalejaid või oleks hanke saanud võita teine pakkuja.^{*36} Mitteiluliste muudatuste tegemine hanke tulemust tõenäoliselt muutnud ei oleks ja seetõttu on selliste muudatuste (täienduste, täpsustuste) tegemine lepingus lubatud.^{*37}

Direktiivide eelnõud seadustavadki kohtupraktikas kujundatud reegli, mille kohaselt on hankelepingu olulised muudatused võrdsustatud uue hankelepingu sõlmimisega ning nõuavad sellisena uut hanke menetlust.^{*38} Sama reegel kehtib ka kontsessioonide kohta.^{*39} Eelnõu kohaselt peetakse hankelepingu muudatust oluliseks, kui

- (a) selle avaldamine esialgses hankemenetluses oleks muutnud hanke tulemusi;
- (b) lepingu muudatus kallutab majanduslikku tasakaalu pakkuja kasuks;
- (c) lepingusse lisatakse muudatusega uusi asju, teenuseid või ehitustöid, mida esialgu hankes ette ei nähtud;
- (d) muudatusega vahetatakse lepingupartnerit, v.a ettevõtja maksejõuetuse korral, kui lepingu muid tingimusi ei muudeta;
- (e) muudatuse rahaline väärtus ületab riigihanke rahvusvahelise piirmäära või on suurem kui 5% hankelepingu esialgsest maksumusest.

³² Vt samal teemal: T. Kotsonis. Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy: Towards a More Efficient European Procurement Market. – Public Procurement Law Review 2011/3, lk NA53–54.

³³ Väikeettevõtjate kaitse kohta Euroopa Liidu riigihankeõiguses vt M. Burgi. Small and Medium-sized Enterprises and Procurement Law – European Legal Framework and German Experiences. – Public Procurement Law Review 2007/4, lk 284–294.

³⁴ Vt ka K. Hartley, M. W. Liljenbol. Changes to Existing Contracts under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender. – Public Procurement Law Review 2013/2, lk 51.

³⁵ M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu Ülikooli Kirjastus 2010, lk 122.

³⁶ EKO 19.06.2008, C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs. Austria Vabariik, APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur*, p 35–37. Sama teema põhjaliku analüüsi vt A. Brown. When do Changes to an Existing Public Contract Amount to the Award of a New Contract for the purpose of the EU procurement rules? Guidance at last in case C-454/06. – Public Procurement Law Review 2008/6, lk NA253–267; M. A. Simovart. Amendments to Procurement Contracts: Estonian Law in the Light of the *Pressetext* Ruling. – *Juridica International* 2010 (XVII), lk 151–160.

³⁷ S. T. Poulsen. The Possibilities of Amending a Public Contract without a New Competitive Tendering Procedure under EU Law. – Public Procurement Law Review 2012/5, lk 170.

³⁸ Riigihanke direktiivi eelnõu art 72 lg 1, võrgustiku direktiivi eelnõu art 82 lg 1.

³⁹ Kontsessiooni direktiivi eelnõu art 42 lg 1.

Muudatust ei peeta siiski oluliseks, kui muutmise võimalus või alus on hankedokumentides sätestatud **selgete, täpsete ja ühemõtteliste** tingimustega või kui selle tingisid ettenägematud asjaolud, mida „hoolas hankija ei saanud ette näha“, lepingu üldist olemust ei muudeta ning hankelepingu maksumus ei suurene üle 50% esialgsest maksumusest. Omakorda erandina on hankelepingu muutmine välistatud, kui seeläbi püütakse heastada pakkuja töös esinevaid puudusi või hüvitada hinnatõusu kahjulikke tagajärgi.^{*40}

Eesti praegune õigus kehtestab lepingute muutmiseks äärmiselt jäiga ja kitsendava režiimi. Nimelt on hankelepingu muutmine lubatud vaid juhul, kui muutmise tingivad objektiivsed ja ettenägematud asjaolud ning muutmata jätmine seaks ohtu selle eesmärgi saavutamise, milleks hange välja kuulutati (RHS § 69 lg 3). RHS § 69 lõike 4 kohaselt tuleb muudatuse lubatavust selgitada lähtuvalt sellest, kas sama eesmärki on võimalik saavutada uue menetlusega või ei. Kui kõrvutada nimetatud võimalused direktiivi eelnõus toodud muutmise reeglistikuga, on Eesti seaduse kitsendav iseloom ilmne. Näiteks on RHS § 69 lõikes 3 sätestatud objektiivse ja ettenägematu asjaolu reeglina sarnane põhimõtte aktsepteeritud ka direktiivis, kuid vaid ühe, mitte ainsa õigustatud muutmise juhuna. Erinevalt Euroopa Liidu riigihankeõiguses kujundatud ja uutes direktiivides sätestatud reeglitest ei tee Eesti seadus mingeid mööndusi muudatuse ebaolulisusest tulenevalt. Seaduses ei ole ka otseselt sätestatud võimalust muuta hankelepingut hanketingimustes ettenähtud alustel, mida küll Riigikohus oma praktikas on legaalsena tunnustanud.^{*41}

Sellisenähtel võib Eesti normistikku juba praegu pidada Euroopa Liidu riigihankeõiguse üldpõhimõtetega vastuolus olevaks. Riigihanke tõhusa rakendamise printsiibist tulenevalt lasub liikmesriikidel kohustus tagada, et hankereeglistik töötaks direktiivide eesmärkide, sealhulgas ausa konkurentsi soodustamise suunas, mitte neile vastu. Seetõttu tuleb taunida igasugust hanke reeglistikku ja praktikat, mis takistab, piirab või moonutab konkurentsi.^{*42} Lepingute muutmise vabaduse põhjendamatut piiramist võib meie hinnangul käsitada aga konkurentsi moonutamisenähtel. Ei saa ignoreerida tõsiasja, et hankelepingute mingis ulatuses muutmine on sageli vajalik normaalse lepingulise (koos)töö tagamiseks^{*43}, seda eriti mõnedes valdkondades (nt ehituse ja IT-lepingud) ja pikaajaliste lepingute puhul.^{*44} Kui sellises valdkonnas sõlmitakse leping teadmises, et selle mõistliku muutmise võimalus sisuliselt puudub, ei vasta lepingu sisu enam normaalses konkurentsiolukorras sõlmitud lepingu tunnustele. Näiteks on hind kalkuleeritud vajaliku reservi arvestades ja on sellevõrra kõrgem. Lepingu täitmist hakkavad mõjutama kaalutlused, mis ei ole niivõrd suunatud lepingu tegeliku eesmärgi efektiivsele saavutamisele, vaid seadusega võimaldatud napis tegevusruumis laveerimisele. Sotsiaal-majanduslikus mõttes ei saa hoopiski soovitavaks pidada olukorda, kus hankija loobub lepingu muutmise ja jätkab lepingu täitmist sobimatutel tingimustel pelgalt kartusest hankereegleid rikkuda.^{*45}

Eespool toodust järeldame, et Euroopa Liidu riigihankeõigusega kooskõla tagamiseks peab hankelepingu muutmine olema piiratud täpselt direktiivides sätestatud standardite kohaselt ja mitte enam. Kehtivas redaktsioonis on RHS § 69 lõiked 3 ja 4 tarbetult ranged.^{*46} Uute eelnõude valguses vajab hankelepingute muutmise riigisisene režiim hädasti ülevaatamist ning mõistlikku leevendamist. Muutmise üldise keelu eelduse asemel, mille praegu põhinevad RHS § 69 lõiked 3 ja 4, peaks lähtuma eeldusest, et asjaoludest tulenevalt põhjendatud lepingumuudatuste tegemine peab olema võimalik tingimusel, et hanke tingimusi oluliselt ei muudeta. Selline eeldus toetab konkurentsi soodustavat hankimist. Lisaks vajavad analüüsi ebaseadusliku muudatuse tagajärjed ja sellega seonduva õiguskaitse küsimused, mille käsitus jääb käesolevast artiklist siiski välja.

⁴⁰ Riigihanke direktiivi eelnõu art 72 lg 2–6, võrgustiku direktiivi eelnõu art 82 lg 2–6, kontsessioonid direktiivi eelnõu art 42 lg 2–6. Eelnõudes sätestatud hankelepingu muutmise reeglite põhjalikku analüüsi vt K. Hartlev, M. W. Liljenbol (viide 34), *passim*; S. Treumer. Regulation of Contract Changes Leading to a Duty to Retender the Contract: The European Commission's proposals of December 2011. – Public Procurement Law Review 2011/21, lk 153, *passim*.

⁴¹ RKKKo 3-3-1-31-11, p 21

⁴² A. S. Graells. Public Procurement and the EU Competition Rules. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2011, lk 189.

⁴³ K. Hartlev, M. W. Liljenbol (viide 34), lk 5; S. T. Poulsen (viide 37), lk 167–168.

⁴⁴ S. T. Poulsen (viide 37), lk 171–172, 176–177; M. A. Simovart (viide 35), lk 123–124.

⁴⁵ K. Hartlev, M. W. Liljenbol (viide 34), lk 52.

⁴⁶ Vt samal teemal ka M. A. Simovart (viide 36), lk 157–160; M. A. Simovart (viide 35), lk 141–146.

5. Kokkuvõte

Kuigi uute direktiivide eelnõud on Euroopas saanud tõsise kriitika osaliseks liigse detailsuse, keerukuse ja mahukuse tõttu, tuleb Eesti riigihankemaastikul muret tekitavate küsimuste valguses eelnõudes väljapakutud lahendusi olulises osas pidada positiivseks sammuks edasi. Artiklis on käsitletud eelnõudest tulevaid võimalusi (hankija varasema kogemuse arvestamine pakkuja kvalifikatsiooni hindamisel, hankija poolt alltöövõtjatele otse maksmise võimalus ning hankelepingu muutmise selgem ja paindlikum reeglistik), mis meie hinnangul leevendavad praegu kehtiva riigihangete reeglistiku mitmeid kitsaskohti.

Siiski on põhjust ka kriitikaks. Muret tekitab eelnõuga väljapakutud *self-cleaning*-kontseptsiooni rakendamine. Kuigi kontseptsiooni eesmärk on üllas, saaks sama eesmärki saavutada ka hankijaid vähem koormavate lahendustega. Rangest reeglist pehme erandi tegemine muudab niigi keerulise riigihanke menetluse veelgi keerulisemaks.

Autoritest: Kadri Härginen on Tartu Ülikooli õigusteaduskonna doktorant ning töötab advokaadina advokaadibüroos SORAINEN.

Mari Ann Simovart on Tartu Ülikooli õigusteaduskonna dotsent.