

# Euroopa Liidu õiguse põhi- mõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse näide

## 1. Sissejuhatus

Otsus kellega ja millistel tingimustel lepinguid sõlmida on eraõiguses traditsiooniliselt lepingupoole vaba tahte küsimus. Leping võidakse sõlmida sellega, kes pakub parimaid tingimusi või on valdkonnas tuntud. Leping võidakse sõlmida ka sellega, kelle nägu kõige rohkem meeldib. Riigihankeõiguses piiratakse seda vabadust märkimisväärselt ja hankija allutatakse rangetele reeglitele. Lepinguvabaduse piiramisel riigihankeõiguses on mitu eesmärki, mille prioriteetsus regiooniti ja riigiti erineb. Üheks lähtekohaks on näiteks hankija rahaliste vahendite tõhusam ärakasutamine. Toimiva konkurentsi korral on hankijal eelduslikult rohkem valikuid. Euroopa Liidu tasandil võideldakse eelkõige toimiva siseturu eest. Euroopa Liidu Kohtu sõnul „[l]eping, asutades ühisturu [...] järgib eesmärki ühendada kodused turud üheks turuks, millel on koduse turu omadused“<sup>2</sup>. Piirates hankijate vabadust soodustada lepingute sõlmimist omamaiste pakkujatega, aidatakse kaasa ühise „koduse turu“ tekkimisele. Pikkamööda peame harjuma mõttega, et riigipiire Euroopa Liidu siseses kaubanduses ei ole.

Riigisisesele tõstame esile riigihankeõiguse eesmärki vähendada korrupsiooni. Põhjamaades, kus on pikaajaline läbipaistvuse traditsioon, on usaldus hankijate vastu suur. Läbipaistvus on osa nende õiguskultuurist. Transparency International 2009. aasta korrupsiooni tajumise indeksi kohaselt on Taani teisel ja Rootsi kolmandal kohal vähima korrupsioonitasemega riikidest maailmas, Soome on kuudandal kohal ja Eesti paikneb 27. kohal.<sup>3</sup> Niisiis on läbipaistvuse põhimõte Eestis alles juurdumas, korrupsiooni oht suurem ja selle vältimise vajalikkus on olemuslikult Eestis akuutsem. Korrupsiooni vähendamise ja läbipaistvuse suurendamise eesmärgi saavutamiseks on vajalikud rangemad piirangud ja tugevam järelevalve hankijate tegevuse üle. Meie kontekstis peab hanke tulemus olema küll soodne, aga väga oluline on ka menetluse ausus kui eesmärk omaette. Kas allpool riigihangete rahvusvahelist piirmäära kaaluvad menetluse läbiviimise mugavus ja tõhusus alati üles läbipaistvuse ja korrupsiooniohu? Tuleb leida sobiv tasakaal, et hankemenetlus oleks läbipaistev, kuid selle korraldamine ei muutuks seejuures põhjendamatult kalliks ja konarlikuks.

Üheks valdkonnaks, kus näeme kuritarvituste ohtu, on hankemenetluse liigi valik. Suurima läbipaistvuse tagavad menetlused, mille käigus hanke tingimused on eelnevalt kindlaks määratud, pakkujad esitavad nende tingimuste raames oma pakkumused ja läbirääkimisi ei toimu. Teatud juhtudel nõuab aga konkreetne hankemenetlus läbirääkimiste lubamist. Kuivõrd läbirääkimiste võimalus vähendab läbipaistvust ja suurendab võimalusi kuritarvitusteks, on nende menetluste kasutamine Euroopa Liidu

<sup>1</sup> Autorid tänavad Kadri Tederit, kes on Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna juhtivspetsialist, väärtuslike kommentaaride eest artikli valmimise käigus.

<sup>2</sup> EKo 25.04.1985, 207/83, komisjon vs. Ühendkuningriik. – EKL 1985, lk 1201, p 17.

<sup>3</sup> Arvutivõrgus: [http://www.transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/cpi/2009/cpi\\_2009\\_table](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2009/cpi_2009_table) (11.06.2010).

õiguses rangelt piiratud. Riigihangete seaduse<sup>\*4</sup> (RHS) § 27 lõige 3 võimaldab aga hankijatel kasutada erandlikku väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetlust alati, kui hanke eeldatav maksumus jääb alla rahvusvahelist piirmäära. Meie hinnangul on selline erand suvaline ning vajab muutmist.

Eesti kontekstis on keeruline väita, justkui oleksid allapoole rahvusvahelist piirmäära jäävad hanked piisavalt tähtsusetud, selleks et korrupsiooni ja protektsionismi oht oleks vähetõenäoline. Niisiis oleks mõistlik nõuda hankijatelt, et nad põhjendaksid selgesõnaliselt erandliku menetluse kasutamise vajalikkust ja menetluse valikut juba hanke algstaadiumis.

## 2. Läbirääkimistega menetluste lubatavus Euroopa Liidu õiguses

Hankedirektiivi<sup>\*5</sup> artikkel 28 kohustab hankijaid hankelepingute sõlmimisel kasutama avatud<sup>\*6</sup> või piiratud hankemenetlust.<sup>\*7</sup> Erandlikult sätestab artikkel 28, et artiklis 29 sõnaselgelt sätestatud eriolukordades võivad hankijad hankelepinguid sõlmida võistleva dialoogi alusel ning artiklites 30 ja 31 selgesõnaliselt nimetatud erijuhtudel ja eriolukordades võivad hankijad<sup>\*8</sup> kasutada kas väljakuulutamisega või väljakuulutamisetähtaegidega läbirääkimistega hankemenetlust. Neid kolme menetlust võib seetõttu nimetada läbirääkimistega hankemenetlusteks või veelgi tähendusrikkamalt erandlikeks hankemenetlusteks. Erandlikud hankemenetlused on kujundatud eriliste vajaduste rahuldamiseks, milleks tavamenetlused jäävad puudulikuks. Niisiis tuleb tavamenetlusi tõlgendada kui reeglit ning erandlike hankemenetlusi kui erandit reeglist.<sup>\*9</sup>

Hankijatel on hankedirektiivi artikli 30 lõike 1 järgi õigus kasutada väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetlust neljal alusel:

- a) varasema hanke ebaõnnestumisel;
- b) erandjuhtudel üldise hinnakujunduse võimatuse korral;
- c) hanke tingimuste määratlematuse korral;
- d) teadusuuringute, katsete ja arendustööde puhul (kohaldatav ainult ehitustöödele).

Väljakuulutamisetähtaegidega läbirääkimistega hankemenetluste kasutamise aluste kontekstis rõhutas Euroopa Liidu Kohus veel enne hankedirektiivi kehtestamist korduvalt kahte olulist aluspõhimõtet<sup>\*10</sup>:

- erandlike hankemenetluste kasutamist lubavaid sätteid tuleb tõlgendada kitsendavalt<sup>\*11</sup> ja
- hankija peab tõendama erandlike hankemenetluste kasutamist lubavate aluste esinemist.<sup>\*12</sup>

Eelnimetatud põhimõtted tuginevad arusaamale, et erandlikud menetlused kalduvad kõrvale Euroopa Liidu õiguse üldistest põhimõtetest. Selliste kõrvalekalduvate menetluste puhul tuleb reegleid järgida väga rangelt. Euroopa Liidu Kohus on märkinud, et „[k]ohtupraktika kohaselt tuleb erandeid reeglist, mille eesmärk on tagada asutamislepinguga tunnustatud riigihankelepingute sektorit puudutavate õiguste efektiivsus, tõlgendada kitsalt“<sup>\*13</sup>. Samuti on Euroopa Liidu Kohus korduvalt sedastanud, et erandliku hankemenetluse kasutamine on õigustatud ainult siis, kui kõik menetluse kasutamise eeltingimused on täidetud.

<sup>4</sup> RT I 2007, 15, 76; 2010, 20, 102.

<sup>5</sup> 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 (edaspidi „hankedirektiiv“).

<sup>6</sup> Hankedirektiivi art 1 lg 11 p a sätestab, et avatud menetlus on menetlus, mille puhul võivad pakkumise esitada kõik huvitatud ettevõtjad.

<sup>7</sup> Hankedirektiivi art 1 lg 11 p b järgi on piiratud hankemenetlus menetlus, mille puhul võivad kõik ettevõtjad taotleda osalemist, kuid pakkumise saavad esitada üksnes hankija määratud ettevõtjad.

<sup>8</sup> Siin ja edaspidi on hankedirektiivi termini „ostja“ asemel tulenevalt RHS terminoloogiast kasutatud terminit „hankija“.

<sup>9</sup> Selguse huvides tuleb märkida, et sõna „erand“ tuleb mõista tavatähenduses, mitte RHS §-st 14 tulenevas eritähenduses.

<sup>10</sup> S. Arrowsmith. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Sweet & Maxwell 2005, lk 560.

<sup>11</sup> EKo 17.11.1993, C-71/92, *komisjon vs. Hispaania*. – EKL 1993, lk I-5923, p 36; EKo 03.05.1994, C-328/92, *komisjon vs. Hispaania*. – EKL 1994, lk I-1569, p 15; EKo 28.03.1996, C-318/94, *komisjon vs. Saksamaa*. – EKL 1996, lk I-1949, p 13; EKo 18.11.1999, C-107/98, *Teckal*. – EKL 1999, lk I-8121, p 43; EKo 14.09.2004, C-385/02, *komisjon vs. Itaalia*. – EKL 2004, lk I-8121, p 19; EKo 02.06.2005, C-394/02, *komisjon vs. Kreeka*. – EKL 2005, lk I-4713, p 33.

<sup>12</sup> EKo 10.03.1987, C-199/85, *komisjon vs. Itaalia*. – EKL 1987, lk I-1039, p 14; EKo 18.05.1995, C-57/94, *komisjon vs. Itaalia*. – EKL 1995, lk I-1249, p 23; EKo 08.04.2008, C-337/05, *komisjon vs. Itaalia*. – EKL 2008, lk I-2173, p 57–58.

<sup>13</sup> EKo C-337/05, *komisjon vs. Itaalia*, p 57.

Euroopa Liidu Kohus on eelnimetatud kahte põhimõtet seni käsitletud kohtuasjades, mis hankedirektiivi mõttes on käsitatavad väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlusena.<sup>\*14</sup> Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlus on väljakuulutamise menetlusest veelgi läbipaistmatum ja selles puudub igasugune tõhus pakkujate võistlevus ning konkurents.<sup>\*15</sup>

Väljakuulutamise hankemenetluses avaldatakse erinevalt väljakuulutamise hankemenetlusest hanketeade ja seega on kvalifitseerimistingimustele vastavatel isikutel võimalus esitada taotlus hankemenetluses osalemiseks. Tulenevalt eeltoodust on arvatud, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse puhul ei esine ulatuslikke kõrvalekalduvusi hankedirektiivi üldpõhimõtetest, tegemist on ainult nende põhimõtete modifitseeritud rakendamisega.<sup>\*16</sup>

Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluses puuduvad aga peaaegu täiesti igasugused etteantud reeglid. Seega ei ole väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse korraldamisel konkurentsi, läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtete järgimine tagatud sellisel määral, kui see on täpsete korraldamise reeglitega avaliku ja piiratud hankemenetluse korral.<sup>\*17</sup>

Tuleb mõelda, et läbirääkimiste võimaldamisega vähenevad pakkujate võimalused hankija tegevuse seaduslikkust kontrollida. Seega tuleb ka erandliku menetluse valimise vajalikkust eraldi kontrollida. Erialakirjanduses on asutud seisukohale, et kitsa tõlgendamise ja tõendamiskoormise põhimõtted kehtivad nii väljakuulutamise kui ka väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetluse korral.<sup>\*18</sup> Ka Euroopa Liidu Kohus on kinnitanud, et läbirääkimistega menetlust tuleks pidada erandlikuks ja seetõttu tuleks seda kohaldada üksnes kindlaksmääratud juhtudel.<sup>\*19</sup> Siin peitubki põhjus, miks läbirääkimistega menetluste kasutamise võimalusi ei tohiks meelevaldselt laiendada. Läbirääkimiste võimalus on antud selgetel asjaoludel ja kitsa põhjendusega, võimaldamaks tegeleda konkreetse hanke konkreetsete tavapärasest erinevate vajadustega.

Euroopa Liidu Kohus viitab sealjuures asjade direktiivi<sup>\*20</sup> artikli 6 lõigetele 2 ja 3, millest esimeses on sätestatud väljakuulutamise ja viimases väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamise alused. Eelnevalt tuleneb, et Euroopa Liidu Kohus ei ole eristanud väljakuulutamise ja väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamise alustele kehtivaid üldpõhimõtteid. Võistleva dialoogi sätestamine hankedirektiivis iseseisva hankemenetluse liigina on veelgi kitsendanud väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamisala.<sup>\*21</sup>

### 3. Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse lubatavus Eesti õiguses

RHS lubab erandlikke hankemenetlusi kasutada Euroopa Liidu õigusest oluliselt vabamalt. Nii väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse (RHS § 27 lg 3) kui ka võistleva dialoogi (RHS § 26 lg 3) kasutamine on juhul, kui riigihanke eeldatav maksumus jääb allapoole rahvusvahelisest piirmäärast<sup>\*22</sup>, alati lubatud. Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamisala RHS § 28 lõikes 7 nimetatud lisaalused oluliselt ei avarda, seega nimetatud hankemenetluse kasutamine jääb piiratuks ka juhul, kui hanke eeldatav maksumus jääb allapoole rahvusvahelist piirmäära.

Seega on RHS koostamisel väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlus tehtud piiranguteta kättesaadavaks kõikide väiksema tähtsusega hankemenetluste korral. Hankijal on võimalik piiratud läbipaistvusega ning selgete reeglitega hankemenetluses kaasa aidata mõne valitud ettevõtja hanke-

<sup>14</sup> Varasemates hankedirektiivides asusid väljakuulutamise ja väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamise alused samades artiklites ning nende kohta kasutati direktiivides ühtset nimetust „läbirääkimistega menetlus“. Hankedirektiivis käsitletakse väljakuulutamise ja väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlusi eraldi artiklites, kuigi ka hankedirektiivi art 1 lg 11 p d ei erista neid samal määral, kui nt võistlevat dialoogi.

<sup>15</sup> S. Arrowsmith (viide 10), lk 609.

<sup>16</sup> Samas, lk 561.

<sup>17</sup> Samas, lk 560.

<sup>18</sup> B. Heuninckx. A Note on Case Commission v. Italy (C-337/05). – Public Procurement Law Review 2008/5, lk 190.

<sup>19</sup> EKO C-337/05, komisjon vs. Itaalia, p 56–58.

<sup>20</sup> Nõukogu direktiiv 93/36/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord. – ELT L 199, 09.08.1993, lk 1–53.

<sup>21</sup> M. Mugur. Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamise alused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja PhD Carri Ginter. Tartu Ülikool. Tallinn 2009, lk 19.

<sup>22</sup> 31. mai 2010. a seisuga on piirmäär asjade ja teenuste puhul, kui hankijaks on riik või riigiasutus, 1 955 825 krooni, linna- või vallavalitsuse või kohaliku omavalitsuse asutuse ja teiste puhul 3 019 794 krooni, ehitustööde puhul kõikidele hankijatele 75 807 777 krooni.

menetluses edukaks osutumisele. Selle tõendamise on teistel pakkujatel aga peaaegu võimatu. Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlus võimaldab hankijatele suuremat diskretsiooni hanketingimuste muutmisel ja läbirääkimistel, kuid seetõttu ka suuremat vabadust esitada konfidentsiaalset informatsiooni eelistatud pakkujale. Seetõttu ei ole väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluses läbipaistvuse põhimõtte ja võrdse kohtlemise põhimõtte tagatud sellisel määral, kui avatud või piiratud hankemenetluses. Lisaks puudub tõhus järelevalve selle üle, mis läbirääkimistel toimub ning millist informatsiooni vahetatakse. Tulemusena on Eestis tegemist menetlusega, mille üle sisuline järelevalve puudub. Selliselt puudub pakkujatel tõhus võimalus kaitsta oma õigusi pahatahtliku hankija vastu. See annab selge võimaluse kuritarvitusteks.

Pakkujate võrdse kohtlemise, tõhusa konkurentsi ja riigihanke läbipaistvuse põhimõtte järgimine aitavad kaasa nii riigihankemenetluse eesmärgi saavutamisele kui ka riigihangete korraldamise käigus hõlpsasti ilmneva korruptsiooni tõkestamisele.<sup>\*23</sup> Seega riigihangete üldpõhimõtete nõudeid arvestades peaks erandlike asjaolude puudumisel hankijate valikuvõimalus piirduma tavapäraste avatud ja piiratud hankemenetlusega. Pakkujate õiguskaitse vähendamine ilma objektiivse põhjendusega on suvaline ja seetõttu vastuolus proportsionaalsuse põhimõttega ning õigusega seaduse ja riigivõimu kaitsele.

## 4. Eelarvepõhine erand ei arvesta riigihankeõiguse eesmärkidega

Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamine on asjakohane just erakordselt keerukate hankemenetluse korral<sup>\*24</sup>, mille jaoks avatud hankemenetlus ei ole piisavalt paindlik.<sup>\*25</sup> Tekkib küsimus, miks peaks hankija kasutama keerukate hangete jaoks mõeldud menetlust olukorras, kus hange ise ei ole keerukas? Võiks ju eeldada, et paljudel juhtudel on väiksema väärtusega hanked ka olemuslikult lihtsamad. Väiksema maksumusega kaasnevad üldjuhul ka väiksemad rahalised riskid. Väiksemad riskid vähendavad määramatust ning vajadust erakordselt keerukate õiguslike või tehniliste tingimuste väljatöötamise järele läbirääkimiste käigus. Ka on väiksema maksumusega hangete arv suurem ja seeläbi väheneb tõenäosus, et iga üksik hange oleks piisavalt erilaadne. Niisiis ei too hanke väiksem maksumus *per se* endaga automaatselt kaasa läbirääkimiste kasutamise vajadust.

Miks siis ikkagi lubab meie seadusandja riigihankeõiguse üldiseid põhimõtteid riivava erandliku hankemenetluse vaba kasutamist allpool rahvusvahelist piirmäära? Loogilisi põhjendusi on sellele väga raske leida. Siiski ei saa õigusi piirav säte, mis võib kaasa tuua ühe pakkuja kaudse eelistamise teisele, olla meelevaldne. Põhiseaduse<sup>\*26</sup> §-dest 13 ja 14 tulenevalt ei saa seadusandja teadlikult ja mõjuva põhjuseta luua menetlust, mis ei ole tõhus ja läbipaistev.

RHS eelnõu seletuskirja kohaselt on uue riigihangete seaduse eelnõu koostamisel juhitud järgmistest eesmärkidest:

- täita kohustus võtta üle uued riigihangete direktiivid;
- muuta selgemaks, paindlikumaks ja läbipaistvamaks hankemenetluse korraldamise reeglid;
- lihtsustada reegleid hangete korraldamisel allpool rahvusvahelist piirmäära.<sup>\*27</sup>

RHS eelnõu seletuskirjas viidatakse, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise võimaldamine alati, kui riigihanke eeldatav maksumus on rahvusvahelisest piirmäärast väiksem, muudab riigihanke korraldamise lihtsamaks.<sup>\*28</sup> Mingeid konkreetsemaid kaalutlusi selle kohta seletuskirjas ei leidu. Ka Rahandusministeeriumi koostatud riigihangete korraldamise juhise selgitab, et „[s]eadus annab hankijatele oluliselt suurema vabaduse oma hangete kavandamisel, hankemenetluse valikul ja hankemenetluse protsessis“<sup>\*29</sup>.

Nimetatud eesmärgid seonduvad eelarveõigusliku riigihankeõigusega. Enamiku Euroopa Liidu liikmesriikide riigisisese riigihankeõiguse juured pärinevad eelarveõigusest.<sup>\*30</sup> Riigihankeid käsitati riigi-

<sup>23</sup> E. Andresen. Riikliku järelevalve probleem riigihangete seaduses. – Riigikogu Toimetised 2002 (5).

<sup>24</sup> Hankedirektiivi art 30 lg 1.

<sup>25</sup> S. Arrowsmith (viide 10), lk 561.

<sup>26</sup> RT 1992, 26, 349; 2007, 33, 210.

<sup>27</sup> Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde, 16.01.2006, lk 2. Arvutivõrgus: <http://www.fin.ee/?id=76401> (31.05.2010).

<sup>28</sup> Samas, lk 2.

<sup>29</sup> Rahandusministeerium. Riigihangete juhise (täiendatud 03.04.2009), lk 5. Arvutivõrgus: <http://www.fin.ee/?id=76401> (31.05.2010).

<sup>30</sup> T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistr töö. Juhendaja prof A. Reenumägi. Tallinn 2006, lk 4.

eelarves ettenähtud vahendite kasutamisenä. Riigihangete regulatsiooni ülesandeks oli tagada rahaliste vahendite kõige ratsionaalsem ja säästlikum kasutamine. Seetõttu ei võimaldatud ettevõtjatel nõuda, et tellijad hankereeglites kinni peaksid, samuti piirati pakkujate võimalusi pöörduda oma õiguste kaitseks kohtusse.<sup>\*31</sup> Ka RHS eelviidatud eesmärgid – hankijate suurem vabadus hangete korraldamisel ja hankemenetluse valimisel, paindlikkus, lihtsus – tunduvad järgivat riigihankeõiguse eelarveõiguslikku, traditsioonilist käsitlust. Seejuures keskendutakse üksnes hankemenetluse kulude vähendamisele, riskides samas hankelepingu madala hinna saavutamise eesmärgi ohustamisega.

Euroopa Liidu õigus on seda traditsioonilist riigihangete käsitlust kardinaalselt muutnud. Muutust on kirjeldatud kui paradigma vahetust riigihankeõiguses: riigihankeõiguse eelarvekeskselt käsituselt on üle mindud ettevõtjakesksele käsitusele, milles riigi majanduspoliitiliste ja fiskaalhuvide asemel domineerivad ettevõtjate majandushuvid. Pakkujatel ja taotlejatel on õigus nõuda, et tellijad kohtleksid neid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tagaksid ausa ja läbipaistva hankemenetluse. Seda tagavad lisaks Euroopa Liidu toimimise lepingu<sup>\*32</sup> (ELTL) sätetele, mis üldjuhul reguleerivad piiriüleste juhte, hankedirektiivid, mis laiendavad riigihanke põhimõtteid läbivalt riigisisesele hankeõigusele. Nõude mittetäitmise korral on ettevõtjatel õigus pöörduda oma õiguste kaitseks kohtusse või riigihankevaidlusi lahendavasse organisse.<sup>\*33</sup>

Euroopa Liidu Kohus sedastas kohtuasjas *Pressetext Nachrichtenagentur*, et riigihankeid käsitlevate Euroopa Liidu õigusnormide põhieesmärk on teenuste vaba liikumise ning avatud ja ausa konkurentsi tagamine kõikides liikmesriikides.<sup>\*34</sup> Mõlema eesmärgi saavutamiseks kohaldatakse Euroopa Liidu õiguses eelkõige kodakondsuse alusel mittediskrimineerimise ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtteid ning viimasest tulenevat läbipaistvuse tagamise kohustust.<sup>\*35</sup> Liikmesriikides tuleb lepingute sõlmimisel riigi nimel või piirkondlike või kohalike omavalitsuste või avalik-õiguslike isikute nimel kohaldada ELTL põhimõtteid.

ELTL põhivabadustes ning nendest välja arendatud võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, läbipaistvuse ja konkurentsi tagamise põhimõtetes on nähtud paradigmat vahetuse algeid. Euroopa Liidus saavad nii üksikisikud kui ka juriidilised isikud vahetult tugineda siseturuvabadustele, samuti mittediskrimineerimise põhimõttele. See isikutele antud võimalus kandus edasi vabaduste elluviimiseks vastuvõetud riigihankedirektiividesse.<sup>\*36</sup>

Hankemenetluse vaba valikuga kaasnevat võimalust protektsionismiks ilmestab lihtne näide olukorrast, kus pakkuja asub teises liikmesriigis. Oletame, et hankija on pahatahtlik ja valib läbirääkimistega hankemenetluse selleks, et muuta hankes osalemine vähem atraktiivseks just teisest riigist pärit pakkujale. Avatud menetluse korral tuleks pakkujal lihtsalt koostada ja esitada pakkumus. Läbirääkimiste lubamisega sunnitakse pakkujat paratamatult osalema mitmeetapilistel läbirääkimistel. Sellega kaasneb rida ebamugavusi pakkuja töötajatele ning oluline lisakulu igakordsete sõidu- ja majutuskuludena ning tõlkekuludena, mida omamaisel pakkujal kanda ei tule. Tegemist on olukorraga, kus suhteliselt suurte tehingute puhul on hankijal võimalus luua omamaisele pakkujale eeliseid, ilma et selleks oleks objektiivsest avalikust huvist kantud vajadust. Omamaiste pakkujate mitte-eelistamine on Euroopa Liidu riigihankeõiguse üheks eesmärgiks.<sup>\*37</sup> Euroopa Liidu riigihangete direktiivid sunnivad hankijaid omamaiste pakkujate eelistamise asemel lähtuma majanduslikest kaalutlustest.<sup>\*38</sup> Lubades hankemenetluse liigi juhuvalikut, võimaldab riigisisene õigus selgelt teistest liikmesriikidest pärinevate pakkujate kaudset diskrimineerimist, mis on vastuolus siseturu reeglitega.

Ka võistleva dialoogi lubatavuse osas RHS-s võib täheldada vastuolu hankedirektiivi põhimõtetega. Nimelt lubab RHS § 26 lõige 3 hankijal korraldada hankemenetluse alati ka võistleva dialoogina, kui riigihanke eeldatav maksumus on väiksem rahvusvahelisest piirmäärast. Ka võistleva dialoogi kasutamine peaks olema põhjendatud ainult eriolukordades ja keerukate lepingute puhul.<sup>\*39</sup> Samas on

<sup>31</sup> M. Baron. Das neue Kartellgesetz. Einführung in die 6. GWB-Novelle und das Vergaberecht. Bonn 1996, lk 49. Viidatud T. Ojasalu (viide 30), viite nr 2 kaudu.

<sup>32</sup> Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. – ELT C 83, 30.03.2010, lk 1–388.

<sup>33</sup> T. Ojasalu (viide 30), lk 4–5.

<sup>34</sup> EKo C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, p 31. Vt ka EKo C-26/03, *Stadt Halle*, p 44.

<sup>35</sup> EKo C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, p 32. Vt ka EKo C-275/98, *Unitron Scandinavia ja 3-S*, p 31; EKo C-324/98, *Telaustria*, p 60 ja 61; EKo C-496/99, *komisjon vs. CAS Succhi di Frutta*, p 108 ja 109.

<sup>36</sup> T. Ojasalu (viide 30), lk 4–5.

<sup>37</sup> G. Gruber, T. Gruber, A. Mille, M. Sachs. Public Procurement in the European Union. BWV Berliner Wissenschafts-Verlag 2006, lk 79.

<sup>38</sup> EKo 22.05.2002, C-18/01, *Korhonen*. – EKL 2003, lk 1-5231, p 52; EKo 27.02.2003, C-373/00, *Adolf Truley*. – EKL 2003, lk 1-1931, p 42.

<sup>39</sup> Samale järeldusele jõudis võistleva dialoogi suhtes ka T. Saul. Vt T. Saul. Võistlev dialoog Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja PhD Carri Ginter. Tartu Ülikool. Tallinn 2007, lk 14.

võistleva dialoogi menetlus paremini reglementeeritud ja läbipaistvam ning seega järgib rohkem riigi-hankemenetluse üldpõhimõtteid.<sup>\*40</sup>

Läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtted aitavad vähendada protektsionismi ja korrupsiooni nii Euroopa Liidu kui ka puhtalt riigisisel tasandil. Sarnaselt hankijaga, kes eelistab omamaist pakkujat, võib hankija eelistada pakkujat kohaliku omavalitsuse territooriumilt ja seeläbi pärssida riigisisest konkurentsi. Niisiis ei tingi fakt, et hange jääb allapoole rahvusvahelist piirmäära, seda, et riigihanke-õiguse muud eesmärgid peale rahaliste eesmärkide muutuksid ülearuseks. Hankemenetluse eesmärgid ei piirdu puhtalt rahaliste vahendite säästliku ja otstarbeka kulutamise kaalutlustega. Seega tuleb RHS § 27 lõike 3 kehtestamise puhtalt rahalist eesmärki pidada vananenuks. Lisaks puuduvad põhjendused, mis selgitaksid seadusandja poolt ühe eesmärgi selget eelistamist teistele. Euroopa Liidu Kohus märkis kohtuasjas *Bent Moustén Vestergaard*, et

„[k]uiugi teatavad lepingud jäävad tõepoolest riigihankeid puudutavate ühenduse direktiivide kohaldamisalast välja, peavad neid lepinguid sõlmivad tellijad siiski kinni pidama asutamislepingu alussätetest“<sup>\*41</sup>.

RHS § 16 kordab sama põhimõtet, viidates allapoole riigisisest hankemenetluse korraldamise piirmäära<sup>\*42</sup> jääva hanke puhul kohustusele järgida riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid. Seadus ei sätesta, et rahaliste vahendite säästlik kasutamine on eelistatud võrreldes teiste eesmärkidega. Fakt on aga see, et ei RHS seletuskirjas ega ka Rahandusministeeriumi koostatud riigihangete juhises<sup>\*43</sup> ei ole näidatud, et hangete korraldamise lihtsuse ja paindlikkuse eesmärke oleks kaalutud riigihangete üldpõhimõtetega. Ei ole esitatud kaalutlusi ega teostatud analüüsi, mis annaksid alust arvata, et § 28 lõikes 7 erandi sätestamine oleks proportsionaalne võrreldes sellega kaasnevate ohtudega läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttele. Seejuures on seletuskirjas hankemenetluse korraldamise reeglite läbipaistvus seaduse eesmärgina eraldi märgitud. Ometi on see eesmärk jäetud RHS § 28 lõikes 7 langetatud valikuga seostamata.

Lisaks puudub igasugune selgitus, miks lubatakse suuremat lihtsust menetluse liigi valikul just lähtuvalt rahvusvahelisest piirmäärast. Rahvusvahelised piirmäärad arvestavad muuhulgas suurriikide mastaape. Hange, mis Saksamaal ei vääri tähelepanu, võib olla Eesti mastaape arvestades märkimisväärse tähtsusega.<sup>\*44</sup> Ka Euroopa Komisjon on oma tõlgendavas teatises märkinud, et „[i]ga tellija peab ise otsustama, kas leping võiks teiste liikmesriikide ettevõtjatele huvi pakkuda. Komisjoni arvates peab see otsus põhinema konkreetsete asjaolude hindamisel, nagu seda on lepingu objekt, selle hinnanguline maksumus, asjaomase sektori eripära (turu suurus ja struktuur, kaubanduslikud tavad jne) ja tegevuskoha geograafiline asukoht“<sup>\*45</sup>. Seega ei saa pidada ilmselgeks, et allpool rahvusvahelist piirmäära olevad hanked on Eestis sellised, mille korraldamisel võiks või tuleks tõhususe kaalutlusi arvestades tagada hankijatele oluliselt vabamad käed. Lihtsuse või paindlikkuse eesmärki *per se* ei saa käsitada piisava argumendina riigihangete üldpõhimõtete piiramisel. Järelikult on RHS § 27 lõike 3 kehtestamisel tegemist seadusandja juhuvalikuga. Allapoole rahvusvahelist piirmäära jäävate hangete puhul väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse lubamine ilma täiendavate eeltingimusteta on toimunud motiveerimatult.

Lisaks puuduvad objektiivsed põhjused vähem läbipaistva menetluse piiranguteta kasutamiseks. Ei saa eitada seda, et väiksema eeldatava maksumusega hangete puhul võiks hankijatele anda vabamad käed selles, kuidas menetlust läbi viia. Hankele kuluv ressurss ei tohiks olla liiga suur võrreldes hanke suhtelise väärtusega. Siit tuleneb näiteks loogika, mille kohaselt on RHS §-s 15 sätestatud lisaks rahvusvahelistele piirmääradele ka riigisiselised piirmäärad. Allpool neid piirmäärasid kohalduvad hankele üksnes hankemenetluse üldised põhimõtted (RHS § 16 lg 1).

Riigihangete seaduses sätestatud vabadus kasutada piiramatult suletumat menetlust ei ole seotud hangete suhtelise odavusega. Näiteks ei ole ehitustööde rahvusvahelise piirmäära summa 75 807 777 krooni

<sup>40</sup> European Commission. Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, p 1. Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf) (11.06.2010).

<sup>41</sup> EKo 03.12.2001, C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*. – EKL 2001 lk I-9505, p 20. Vt ka EKo C-324/98, *Telaustria*, p 60.

<sup>42</sup> Vastavalt RHS § 15 lg 1 on riigihanke hankemenetluse korraldamise, ehitustööde kontsessiooni andmise ja ideekonkursi korraldamise kohustuse maksumuse piirmäär 2008. aastal ja hiljem alustatud riigihangete puhul asjade ja teenuste hankelepingute ning ideekonkursi korral 40 000 eurot, ehitustööde hankelepingute ja ehitustööde kontsessiooni korral 250 000 eurot.

<sup>43</sup> Rahandusministeerium. Riigihangete juhised (viide 29).

<sup>44</sup> Riigihangete rahvusvahelised piirmäärad on ilmselt paika pandud lähtuvalt Euroopa Liidu liikmesriikide keskmisest majanduslikust ja geograafilisest suurusel. On selge, et suuremates liikmesriikides ei teki ettevõtjatel niisama lihtsalt vajadust allapoole rahvusvahelist piirmäära jäävate hangete puhul teise liikmesriiki pakkumust tegema minna. Balti riikide geograafilist ja majanduslikku väiksust arvestades on olukord teistsugune: riigipiiride ületamisest on huvitatuid ka väiksemamahuliste tehingute puhul.

<sup>45</sup> Komisjoni tõlgendav teatis, milles käsitletakse ühenduse õigust lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega, 2006/C 179/02. – ELT C 179, 01.08.2006, lk 2–7.

tavamõistes tähtsusetult väike. Võrdluseks on Riigikontrolli 2010. aasta eelarveliste kulude summa 58 105 579 krooni<sup>\*46</sup> ning Riigikohtu 2010. aasta eelarveliste kulude summa 64 400 001 krooni.<sup>\*47</sup> Seega ei ole rahvusvaheline piirmäär maamärgiks, millest allpool tuleks lugeda rangelt seadust järgiva hankemenetlusega kaasnevad kulud ebamõistlikult suureks. Lisaks ei sisalda seadus ega seletuskiri ühtegi viidet kalkulasioonile, mis näitaks piiratud menetluste vaba kättesaadavusega kaasnevat rahalist säästu. Puuduvad arvestused, milles võrreldaks seda säästu hankelepingute eeldatava maksumusega. Sellises kontekstis jääb piiravamate menetluste vaba lubamine seadusandja juhuvalikuks, millele on raske leida kaalutletud õigustusi.

## 5. Jhuvaliku õigus on piiratud muude õiguslike lahendustega

Hankedirektiiv ei kohusta liikmesriike kohaldama direktiivi, kui hanke eeldatav maksumus jääb allapoole artiklis 7 nimetatud rahvusvahelisi piirmäärasid. Samas, riigihankeõiguse printsiibid ei ole olulised üksnes direktiividest üle võetud õiguse õigeks kohaldamiseks, vaid printsiipe tuleb arvestada ka Euroopa Liidu riigihankedirektiivide reguleerimisalasse mittekuuluvate hangete puhul.<sup>\*48</sup>

Kohustus järgida riigihangete korraldamisel objektiivsuse, erapooletuse ja mittediskrimineerimise põhimõtteid ei laiene mitte ainult hankelepingutele, mis jäävad Euroopa Liidu hankedirektiivide kohaldamisalasse, vaid ka kõikidele muudele hankelepingutele, mida sõlmivad isikud, kes on hankedirektiivide kohaselt käsitatavad hankijatena.<sup>\*49</sup> Euroopa Liidu Kohus märkis kohtuasjas *Parking Brixen*<sup>\*50</sup>, et hoolimata faktist, et avaliku teenuse kontsessioonid asuvad Euroopa Liidu kehtiva hanke-regulatsiooni kohaselt väljaspool teenuste direktiivi<sup>\*51</sup> kohaldamisala, peavad avaliku teenuse kontsessioone sõlmivad hankijad siiski kinni pidama ELTL põhimõtetest üldiselt ja eriti päritoluriigi põhjal mittediskrimineerimise põhimõttest.<sup>\*52</sup> Seega peab riigihankeõiguse põhimõtete järgimine olema tagatud kõikide hankemenetluste korral, sh ka allapoole rahvusvahelist piirmäära jäävate hangete puhul.

Mööname, et hankedirektiiv ei kohusta seadusandjat rakendama direktiiviga kirjeldatud konkreetseid menetlusi allpool rahvusvahelisi piirmäärasid. Selliselt jääb seadusandjale võimalus kehtestada teistsugused menetlused ja teha muid seadusandlikke valikuid. Seadusandja jääb seotuks riigihankeõiguse ja siseturu üldiste põhimõtetega. Eesti seadusandja ei ole vabadust kehtestada teistsugused menetlused ja teha muid seadusandlikke valikuid kasutanud. Selle asemel on kopeeritud hankedirektiivi menetlusi, sidudes nad samas kunstlikult lahti nende rakendamise eeldustest. Olukord, kus seadusandja rakendab vabatahtlikult mõnda Euroopa Liidu lahendust liikmesriigi kompetentsis oleva õigusküsimuse lahendamiseks, on Euroopa Liidu Kohtu praktikas rangelt reguleeritud. Kuulsas kohtuasjas *Leur-Bloem* rõhutas kohus, et sellistel juhtudel kuulub riigisisese õiguse tõlgendamine Euroopa Kohtu pädevusse:

„[...] Euroopa Kohus on [ELTL] artikli [267] alusel pädev tõlgendama ühenduse õigust, kui [...] olukorda ei reguleerita otseselt ühenduse õigusega, kuid kui riigisisene seadusandja on direktiivi sätteid riigisisesse õigusse üle võttes otsustanud käsitleda nii puhtalt riigisiseseid olukordi kui ka direktiiviga reguleeritud olukordi samal viisil ja kohandanud seega riigisiseseid õigusnorme vastavalt ühenduse õigusele.“<sup>\*53</sup>

Sama põhimõtet on Euroopa Liidu Kohus korduvalt kinnitanud ja selgitanud seda hiljuti kohtuasjas *Poseidon Chartering*:

„Juhul kui riigisisese õiguses järgitakse puhtalt riigisisest laadi olukordade reguleerimisel ühenduse õiguses sätestatud selleks, et vältida eelkõige diskrimineerimist või mis tahes konkurentsimoonusi, siis on lahknevate tõlgenduste vältimiseks tulevikus ilmselt ühenduse huvides

<sup>46</sup> 2010. aasta riigieelarve seaduse (RT I 2009, 67, 459) § 1 osa 3.

<sup>47</sup> Samas, osa 5.

<sup>48</sup> T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. – *Juridica* 2007/8, lk 564.

<sup>49</sup> J. A. M. Molina. The New Spanish Public Sector Procurement Law (Act 30/2007 of October 30). – *Public Procurement Law Review* 2008/6, lk 286.

<sup>50</sup> EKo 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen*. – EKL 2005, lk I-8585, p 46.

<sup>51</sup> Nõukogu direktiiv 92/50/EMÜ, 18. juuni 1992, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord. – ELT L 209, 24.07.1992.

<sup>52</sup> Vt ka EKo C-324/98, *Telaustria*, p 60; EKo 21.07.2005, C-231/03, *Coname*. – EKL 2005, lk I-7287, p 19.

<sup>53</sup> EKo 17.07.1997, C-28/95, *Leur-Bloem*. – EKL 1997, lk I-4161, p 34.

ühenduse õigusest tulenevate sätete ja mõistete ühetaoline tõlgendamine, olenemata sellest, millistel asjaoludel neid kohaldatakse.<sup>54</sup>

Seega juhul, kui liikmesriik on otsustanud riigisiseste olukordade reguleerimisel kasutada Euroopa Liidu õiguses sätestatud, tuleb kopeeritud sätteid ja mõisteid kohaldada vastavalt Euroopa Liidu Kohtu juhistele ka puhtalt riigisisestes olukordades. See toob endaga kaasa piirangud hankemenetluse liigi valikul. Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse korraldus on riigihangete seaduses reguleeritud samamoodi nii hankedirektiivi kui ka riigisisese õiguse kohaldamisalasse jäävate hangete puhul, v.a eelmainitud RHS § 27 lõige 3, mis oluliselt laiendab erandliku hankemenetluse kohaldamisala.

Lisaks *Leur-Bloemi* kohtuotsusele tuleb arvestada ka konteksti, millele tuginedes on Euroopa Liidu Kohus piiranud hankemenetluse liikide valikut. Nimelt tuginevad piirangud eelkõige läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttele. Riigihangete seadus omakorda sätestab, et nimetatud aluspõhimõtted kehtivad kõikide riigihangete suhtes, sh hangete suhtes, mis jäävad allapoole rahvusvahelist piirmäära. Seega tuleb riigihankeõiguse üldpõhimõtteid ja nende tõlgendamise aluseks olevat Euroopa Liidu Kohtu praktikat kohaldada ka hankemenetluse liigi valikul. Siin ilmneb vastuolu üldpõhimõtete kohaldamise kohustuse ning RHS § 27 lõikesse 3 juhuvalikul sisestatud erandi vahel. Puudub igasugune alus arvata, et hange, mille eeldatav maksumus ületab eespool näidetena välja toodud Riigikohtu või Riigikontrolli aastaelarvet, kuid jääb allapoole rahvusvahelist piirmäära, oleks niivõrd tähtsusetu, et oht läbipaistvusele ja võrdsele kohtlemisele oleks olemuslikult väike.

Riigihangete korraldamise kohustuse igasugune puudumine allpool hankedirektiivi kohaldamisala oleks olulises vastuolus Euroopa Liidu üldiste põhimõtetega.<sup>55</sup> Igasuguste riigihankereeglite puudumine looks tõenäoliselt eeliseid sama liikmesriigi pakkujatele, sest avalik sektor ostaks kaupu ja teenuseid tõenäoliselt riigisisestelt ettevõtjatel. ELTL artikkel 34 (endine art 28) keelab liikmesriikidevahelised koguselised impordipiirangud ja kõik samaväärse toimega meetmed. Euroopa Liidu Kohus selgitas kohtuasjas *Dassonville*, et nimetatud määratlus katab kõiki liikmesriikide poolt kaubandusele kohaldatud reegleid, mis võivad otseselt või kaudselt takistada kaupade või teenuste vaba liikumist.<sup>56</sup> Hankemenetluse reeglite puudumise kaudu eeliste loomine riigisisestele ettevõtjatele oleks seega vastuolus ühisturu eesmärkidega.

Nagu eespool selgitatud, on väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse korraldamisel riigihangete üldpõhimõtete kohaldamine piiratud, järelikult piiratakse pakkujate õigust läbipaistvale ja isikuid võrdselt kohtlevale hankemenetlusele. Riigihankeõiguse muutunud eesmärged arvestades ei ole hankija huvi paindliku hankemenetluse vastu piisav põhjus pakkujate õiguste piiramiseks. Sarnaselt on erialakirjanduses Hispaania õiguse kohta arvatud, et erandlike hankemenetluste vaba kasutamise lubamine väiksema maksumusega hankelepingute puhul seab tõsiselt ohtu riigihangete üldiste printsiipide järgimise.<sup>57</sup>

Niisiis ei ole hankijal, sõltumata RHS § 27 lõike 3 sõnastusest, vabad käed hankemenetluse liigi valikul. Eelnevast nähtuvalt on piiratud menetluse juhuvalik tõenäoliselt vastuolus läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttega ning kaupade vaba liikumist ja teenuste osutamise vabadust reguleerivate ELTL sätetega. Üheks vastuolu vältimise võimaluseks oleks kasutada kooskõlalist tõlgendamist ning piirata hankemenetluse liigi valikut hankija kohustusega oma valikut objektiivsete asjaoludega põhjendada. Sellist lahendust toetab muuhulgas Riigikohtu praktika, kus on selgitatud hankija kohustusi väljapoole tavamenetlusi jäävate hangete korraldamisel. Riigikohtu otsuse kohaselt on hankija selliste hangete puhul muuhulgas seotud õiguse üldpõhimõtete ja hea halduse põhimõttega. Asjaolu, et ostjal on hankemenetluse kujundamisel avar kaalutlusruum, ei tähenda, et ostja poleks kohustatud järgima kaalutlusreegleid. Hankemenetluse kujundamisel peab ostja teostama oma sellekohast diskretsioonivolitust õiguspäraselt, sealhulgas arvestama diskretsiooni piire ja eesmärged. Ostja tegevus hankemenetluses ei tohi olla meelevaldne<sup>58</sup>. Paratamatult kujutab hankemenetluse liigi valik endast kaalutluse teostamist hankija poolt. Kuivõrd hankemenetluse liigi valik ei tohi olla meelevaldne, on õigustatud nõuda hankijalt, et ta põhjendaks RHS § 27 lõike 3 raames tavapärasest piiratuma menetluse kasutamist. Hankija peab selgitama, miks tavalised avatud menetlused ei ole konkreetsel juhul otstarbekad ning on vaja teha kompromisse läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtte arvelt. Selleks et tagada pakkujate tõhus õiguskaitse, peab hankija need põhjendused esitama menetluse varajases staadiumis, s.t hanke teates. Praktikaks oleks menetluse liigi valiku üle võimalik teostada riiklikku järelevalvet **ex officio või pakkujate kaebuse alusel algatatud menetluses**. Põhjenduste puudumisel tuleb tõlgendada RHS § 27 lõiget 3 kooskõlas RHS §-ga 3 ja Euroopa Kohtu praktikaga ning tunnistada piiratuma hankemenetluse liigi valik meelevaldseks ja ebaseaduslikuks.

<sup>54</sup> EKo 16.03.2006, C-3/04, *Poseidon Chartering*. – EKL 2006, lk I-2505, p 16.

<sup>55</sup> S. Arrowsmith (viide 10), p 183.

<sup>56</sup> EKo 11.07.1974, 8/74, *Procureur du roi vs. Dassonville*. – EKL 1974, lk 837, p 5.

<sup>57</sup> J. A. M. Molina (viide 49), lk 286.

<sup>58</sup> RKHKo 15.03.2006, 3-3-1-5-06, p 15.



## 6. Kokkuvõte ja ettepanekud

RHS § 27 lõige 3 ei ole tänasel kujul õigustatud ning tuleks segaduste vältimiseks kehtetuks tunnistada. Hankijatel on kohustus tõendada erandliku väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise aluste olemasolu alati, kui hanke eeldatav maksumus ületab riigihanke korraldamise piirmäära ja hankija soovib kasutada väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlust.

Juhul kui seadusandja soovib kehtestada odavamate hangete lihtsustatud menetluse võimaluse, tuleks teha asjakohane uuring ning selgitada välja, millisest summast/olukorrast lähtuvalt on põhjendatud erandite kehtestamine. Alles seejärel saaks otsustada, milliseid lisaõigusi hankijatele anda, lähtudes eeldusest, et piirang peaks vastama proportsionaalsuse nõudele. Piirangute kehtestamiseks ei piisa üksnes eesmärgi olemasolust – põhjendada tuleb ka valitud meetodi sobilikkust, vajalikkust ja mõödudust. Näiteks ei sobiks väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse lubamine, saavutamaks säästu hankemenetluse läbiviimisel, kui puuduvad argumendid, mis näitavad, et see menetlusliik on teistest menetlustest vähem kulukas.

Kui eesmärgiks on muuta hankijale menetlus mugavamaks, tuleks kontrollida, millisest summast ja hetkest alates kaalub hankija mugavus üles ohu ausale konkurentsile ja läbipaistvusele. Riigihangete seaduse seletuskirja väide, justkui oleks üheks eesmärgiks lihtsustada reegleid allapoole rahvusvahelist piirmäära jäävate hangete korraldamisel, jääb deklaratiivseks seni, kuni ei ole võimalik näidata vastava erandi positiivset mõju hankemenetlusele. Juhul kui tõepoolest peaks selguma, et väljakuulutamise ja läbirääkimistega menetlus on hankijale rahaliselt soodsam, võib kaaluda RHS § 27 lõike 3 kohaldamiseks eraldi piirmäära kehtestamist, mis jääks riigihangete korraldamise riigisisese ja rahvusvahelise piirmäära vahele.<sup>59</sup> Selliselt saaks riik üheselt määrata, millisest hetkest kaalub mugavus üles näiteks korruptsiooniohu. Nimetatud lahendus oleks siiski problemaatiline, kuivõrd veelgi väiksema eeldatava maksumusega hankemenetlused oleksid eelduslikult veelgi lihtsamad ning nende puhul ei oleks paindliku hankemenetluse kasutamine ilmselt vajalik.

Juhul kui kindlaks sooviks on kehtestada lihtsamad reeglid hangete korraldamiseks allpool rahvusvahelisi piirmäärasid, tuleks seda ka teha. Kaaluda võiks ka täiendavate hanke korraldamise reeglite kehtestamist alla rahvusvahelist piirmäära jäävatele väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlustele.<sup>60</sup>

Hanke läbiviimise korra, hankija dokumenteerimis- ja teavitamiskohustuse reguleerimisel muutuks kõnealune hankemenetlus läbipaistvamaks ning isikute võrdne kohtlemine oleks rohkem tagatud. Selle lahenduse miinuseks on asjaolu, et hankemenetluse iseloom muutuks oluliselt. Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetlus sisuliselt samastuks võistleva dialoogiga. Nimetatud lahendus oleks problemaatiline ka seepärast, et allapoole rahvusvahelist piirmäära jäävad ja seega väiksema eeldatava maksumusega hankemenetlused oleksid täpsemini reglementeeritud kui ülespoole rahvusvahelisi piirmäärasid jäävad hankemenetlused. Lisaks tekitaks hankemenetluste paljusus segadust juba niigi keerukas menetluste rägastikus. Tulemusena ei tooks selline muudatus kaasa oodatud lihtsust ja soodsust.

Viimasena teeme ettepaneku kaaluda võimalust kujundada konkreetne strateegia, muutmaks Eesti riigihankemenetlus üheks Euroopa eeskujuks. Eesti majanduse väiksus ja paindlikkus loovad unikaalse platvormi selleks, et muuta menetlus läbipaistvaks ja tõhusaks. Erandite juhusliku kehtestamise asemel võiks seada standardi, mille kohaselt toimub hankemenetlus reeglina avatud menetlusena. Hanked, millel puudub üldine riigihankekohustus, tuleks avaldada ühtses registris, vältimaks kokkumängu ja suurendamiseks konkurentsi. Riigipoolset *ad hoc* kontrolli hangete läbiviimise üle tuleks tõhustada. Saades ise läbipaistvuse ja tõhususe etaloniks, on meil võimalus aidata kaasa siseturu arengule ning toetada meie ettevõtjate käekäiku kogu Euroopas. See teeniks lisaks Euroopa eesmärkidele ka selgeid riigisiseseid sihte.

### Autoritest:

*LL.M.* Mihkel Mugur on AS Merko Ehitus õigusdirektor.

*Ph.D., LL.M.* Carri Ginter on Tartu Ülikooli õigusteaduskonna Euroopa õiguse dotsent. C. Ginter on vandeadvokaat ja advokaadibüroo SORAINEN partner.

<sup>59</sup> Näiteks Soome riigihangete seadus võimaldab hankijatel kasutada läbirääkimistega hankemenetlust ilma piiranguteta juhul, kui hanke eeldatav maksumus on kuni 500 000 eurot. Nimetatud summat ületavatele, kuid allapoole rahvusvahelist piirmäära jäävatele hankemenetlustele näeb Soome seadus ette eelkõige hanke keerukuse või valdkonnaga seotud piirangud. Vt *Laki julkisista hankinnoista, voimaan 1.6.2007*, § 66 lg 2.

<sup>60</sup> Sellist teed on läinud näiteks Taani ja Rootsi.