

TALLINNA TEHNIKAÜLIKOOL

Majandusteaduskond

Õiguse instituut

Ringo Heidmets

**RIIGIHANGETE SEADUSE RAKENDAMISE
PROBLEMAATIKA LIITLASVÄGEDE KIIRELOOMULISTE JA
ETTENÄGEMATUTE VAJADUSTE KONTEKSTIS**

Magistritöö

Õppekava HAJM08/15, peeriala õigusteadus

Juhendaja: Alar Urm, MD

Tallinn 2018

Deklareerin, et olen koostanud töö iseseisvalt ja olen viidanud kõikidele töö koostamisel kasutatud teiste autorite töödele, olulistele seisukohtadele ja andmetele, ning ei ole esitanud sama tööd varasemalt ainepunktide saamiseks. Töö pikkuseks on 15005 sõna sissejuhatusest kuni kokkuvõtte lõpuni.

Ringo Heidmets

(allkiri, kuupäev)

Üliõpilase kood: 152732HAJM

Üliõpilase e-posti aadress: ringo.heidmets@gmail.com

Juhendaja: Alar Urm, MD:

Töö vastab kehtivatele nõuetele

.....

(allkiri, kuupäev)

Kaitsmiskomisjoni esimees:

Lubatud kaitsmisele

.....

(nimi, allkiri, kuupäev)

SISUKORD

1. HANKEDOKUMENTID JA MENETLUSLIKUD TÄHTAJAD	11
1.1. Tehniline kirjeldus	13
1.2. Hankeleping	16
1.3 Hankemenetluse tähtajad	19
2. SOBILIKUD HANKEMENETLUSE LIIGID LIITLASVÄGEDE TOETAMISEKS	22
2.1. Väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus	24
2.1.1 Riigihangete seaduse § 49 lõike 1 ja § 173 lõike 1 tõlgendamine ja praktika	24
2.1.2 Teised alused	28
2.2. Erandmenetlus klassikalises ning kaitse- ja julgeoleku valdkonnas	32
2.2.1 Erandmenetluse alused klassikalises sektoris	35
2.2.2. Erandmenetluse alused kaitse- ja julgeoleku valdkonnas	38
2.3 Lihthankemenetlus	43
KOKKUVÕTE	47
SUMMARY	54
KASUTATUD ALLIKATE LOETELU	56

SISSEJUHATUS

Iga demokraatliku riigi peamiseks ülesandeks oma kodanike ees võib pidada neile avalike teenuste ja teiste hüvede pakkumist. Nende alla kuuluvad näiteks ühistranspordi korraldamine, tervishoid, logistikasõlmede väljaehitamine koos nende pideva hooldamisega, hariduse tagamine, pensionid, paljud teised sotsiaalsed teenused ja tõhus riigikaitse korraldamine.¹ Tänapäevaks on 28 riiki astunud Euroopa Liitu. Euroopa Liidu peamised ülesanded ühtivad enamasti demokraatlike riikide omadega – pakkuda oma kodanikele mingeid hüvesid. Selleks on kehtestatud üleliiduline reeglistik direktiivide, määruste ja soovituste näol, mille kaudu Euroopa Liit sisuliselt töötabki. Täpsemalt on Euroopa Kohus Euroopa Liidu aluslepingute põhjal välja töötanud võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise aluspõhimõtted, mille eesmärgiks tänapäeva vabas ja piirideta turuga majanduses on turu reguleerimine selliselt, et maksumaksja raha saaks kasutatud tema enda parimate huvide eesmärgil läbipaistvalt, säästlikult ja kontrollitavalt.²

Riigihangete läbiviimist reguleerides, ei tohi turu kaitsmise ja raha säästmise eesmärkide kõrval unustada riigi toimimise peamisi eesmärgi. Riigihangete läbiviimise põhiliseks eesmärgiks võib pidada avaliku sektori põhitegevuse jätkusuutlikkuse tagamist.³ Hangete läbiviimise eesmärgiks ei saa olla erasektorile töö ja käibe pakkumine. Samas ei saa avalik sektor toimida ka ilma erasektorita ja selle tõttu ongi oluline nende kahe koostöö.⁴ Selge on see, et harmoonilise ja kõiki osapooli rahuldava koostöö jaoks on vaja üleliidulisi ja siseriiklikke õigusnorme.⁵ Neid õigusnorme, täpsemalt kaitse- ja julgeoleku valdkonnas tegutsevatele hankijatele kehtestatud norme, nende asjakohasust ja võimalikke puudujääke võrreldes Euroopa Liidu aluslepingutes sätestatud võimalustega, uuribki autor käesolevas magistritöös.

¹ Varusk, M. Ravi rahastamise lepingutega seotud probleeme. Tallinn: Juridica 2014, lk 374

² Lember, P. Horisontaalsed eesmärgid ja hankelepingu esemega mitteseotud hindamiskriteeriumid riigihankemenetluses. Tallinn: Juridica 2013 lk 638

³ Bovis, C. New Public Procurement Regime: A Different Perspective on the Integration of Public Markets of the European Union. Kreeka: The European Public Law 2006, lk 12

⁴ Albert Sanchez Graells. Public Procurement and the EU Competition Rules. Hart Publishing 2011, lk 58

⁵ Bovis, C.H. EU Public procurement law. Second Edition. Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2012, lk 214

Riigihangete läbiviimisel on iga hankemenetluse liigi valimisel kohustuslik riigihangete üldpõhimõtete järgimine, mille hulgas on riigi rahaliste vahendite säästliku ja otstarbeka kasutamise kõrval kohustuslik ka konkurentsi tagamine. Konkurentsiõigusega on hankeõigus seotud ka ajalooliselt kuna hankeõigus on välja kasvanud konkurentsiõigusest.⁶ Konkurentsiõigusest välja kasvanud riigihankeõiguse peamiseks eesmärgiks on konkurentsi kaitse.⁷ Vaba konkurents tagab majanduse toimimise ja see omakorda on alus riigi tõhusaks toimimiseks. Siiski tuleb olukorras, kus vaba konkurentsi kaitse vajadus põrkub riigikaitse ja riigi julgeolu tagamise vajadusega valida olulisem väärtus – selleks on riigikaitse ja riigi julgeolek, sest nendeta ei ole võimalik kaitsta vaba konkurentsi. Konkurentsikaitse on hankeõiguses tagatud eelkõige siis, kui hankija ei saa seada põhjendamatuid turutõkkeid ning peab ostma asju ja teenuseid läbi avaliku konkursi, kui riigihangete läbiviimine on toimunud kontrollitavalt ja läbipaistvalt. Samamoodi peab hankeid läbi viies võimaluse korral tegema hanke osadeks, et hangetes saaksid osaleda ka väiksemad ettevõtted kes näiteks suure aastase käibenõude tõttu muidu hankes kõrvale jääksid.⁸

Üks riigihangete seaduse eesmärkidest on tagada ligipääs riigihangetele ka keskmistele ja väikestele ettevõtjatele. Väiksematele ettevõtjatele hangetel osalemise võimaldamine peab olema seaduspärane, st. see ei tohi toimuda suuremaid ettevõtjaid diskrimineerival viisil.⁹ Näiteks vastupidiselt Euroopa Liidu õigusruumile on USA-s aktsepteeritav säte, mis kohustab hankivaid reserveerima ühe viiendiku hangetest vähemusettevõtjatele. Selline säte ei oleks EL-is aktsepteeritav, kuid samas on lubatud teatud programmide raames reserveerida hankeid puudega inimeste töökodadele.¹⁰ Diskrimineerimine ei tohi toimuda ka piiriüleste pakkujate suhtes. Euroopa Liidu Teataja vahendusel on võimalik liikmesriikides tegutsevatel ettevõtjatel tutvuda kõigis liikmesriigis avaldatavate hanke teadetega.¹¹ Euroopa Liidu Teatajas on kohustuslik avaldada hanketeade juhul, kui hanke piirmäär ületab rahvusvahelise riigihanke piirmäära. Siin kohal soovib autor märkida, et nimetatud kohustus rakendub küll piirmäära ületades, kuid

⁶ Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. Tallinn: Juridica 2007 lk 566

⁷ Saar, K. Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkrentsimuudatusi?. Tallinn: Juridica 2014 lk 423

⁸ Donnelly, Catherine. Remedies in public procurement law in Ireland. P.P.L.R., 2009, lk 8

⁹ Sunnik, R. Avaliku ja erasektori partnerluse alused EL riigihankeõiguse paradigmas. Tartu: Tartu Ülikool magistr töö 2013, lk 38

¹⁰ Simovart, M. A. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. Tallinn: Juridica 2009, lk 150

¹¹ Bovis, C.H. Public Procurement in the EU: jurisprudence and conceptual directions. C.M.L.R., 49, 2012, lk 249

võimalus selle avaldamiseks Euroopa Liidu Teatajas on ka alla nimetatud piirmäära hangete puhul. Iseasi, kas see on otstarbekas lihthangete puhul.

Enamasti on piiriülestel pakkujatel võimalik osaleda asjade soetamise hangetes. Seda selle pärast, et pikaajaliste teenuste osutamise hangete puhul eeldab teises riigis teenuse pakkumine kvalifitseeritud tööjõu olemasolu ning enda töötajate lähetusse saatmise või teises riigis töötajate palkamise tõttu osutuks pakkumus oluliselt kallimaks hanget läbiviiva riigi ettevõtjate omadest. Asjade soetamise hangetes on piiriüleste pakkujate osalemine hangetel märksa tõenäolisem kuna enamasti lisandub toote tehasehinnale vaid transpordikulu ja jäävad ära vaheltkasu võtavad vahendajad.

Alates Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2009/81/EÜ vastuvõtmisest 13. juulil 2009, on liikmesriikidele pandud kohustus ka kaitse- ja julgeoleku valdkonda kuuluvate asjade, teenuste ja ehitustöö soetamisel avada turg konkurentsile. Enne direktiivi jõustumist toimus kaitse- ja julgeoleku valdkonnas hangete läbiviimine reeglina erandite alusel. Erandhangete läbiviimisel ei ole hankijal kohustust avaldada hanketeadet ega järgida seadusest tulenevaid tähtaegasid. Pärast Venemaa sõjalist sekkumist Ukrainas on kogu Euroopas julgeoleku olukord märkimisväärselt muutunud, mille tõttu on Eestisse saabunud ka palju liitlasvägesid, mille vajaduste katmiseks on sageli riigihangete seadusest tulenevate tähtaegade järgimine sisuliselt võimatu. Idanaabri tegevuse tõttu on NATO liikmesriigid otsustanud suurendada sõjalist kohalolu Läänemere regioonis tema heidutamiseks, kollektiivkaitse suurendamiseks ning seeläbi terve piirkonna julgeoleku kindlustamiseks.

Selleks otsustasidki 2016. aasta juunis 28 NATO liikmesriigi liidrid Varssavi tippkohtumisel, et muutunud julgeolekuolukorra tõttu tuleb Eestisse, Lätti, Leetu ja Poola paigutada ühised lahingugrupid. Eestisse paigutatud lahingugrupi eesmärgiks on demonstreerida solidaarsust, tugevdada Eesti iseseisvat kaitsevõimet ning seeläbi heidutada Venemaad ja hoida rahu; teisalt on lahingugrupp vajadusel valmis koos Eesti Kaitsevägega seisma vastu Venemaa agressioonile, et võita aega liitlasvägede saabumiseni.¹² Kauaaegse ja eduka sõjalise koostöö ja ühise mõistmise tulemusena näitasid erilist initsiatiivi juhtriigina Ühendkuningriigid ning panustajariikidena Prantsusmaa ja Taani seda, et just nemad lähetavad oma üksused Eestisse.

¹² Kaitseministeerium. Liitlasväed Eestis. 2017. Kättesaadav: <http://www.kaitseministeerium.com/et/liitlasvaed-eestis> (11.12.2017)

Lisaks Varssavi tippkohtumisel otsustatule, otsustasid NATO liikmesriigid Walesi tippkohtumisel vastu võtta valmiduse tegevuskava. See näeb ette konkreetsed meetmed NATO heidutushoiaku arendamiseks ja kohalolu näitamiseks. Otsustati luua brigaadisuurune ülikiire reageerimisüksus mille eesmärgiks saab olema kohene reageerimine ilma etteteatamise ajata mis tahes kriisile liikmesriigis.

Enamus NATO liikmesriike on ka Euroopa Liidu liikmesriigid, siis tähtajad „ülikiire“ ja „kohene“, on Euroopa Liidu riigihangete direktiivide ja riigihangete seaduste alusel võimalud. Hoolimata üksuse kui tahes heast planeerimisvõimest ei suuda nad praktikas omada laovarukogu oma tegevuse toetamiseks vajalikest asjadest, teenustest ning võimalikest ehitustöödest hetkel, kui neil tekib vajadus reageerimiseks. Euroopa Liidu liikmesriigi hankijatel tuleb üle rahvusvahelise piimäära jäävate riigihangete läbiviimisel järgida riigihangete direktiive, milles sisalduvad muuhulgas formaalsed menetlusreeglid. Isegi kui neil on planeeritud ja varem kõiki menetlusreegleid järgides soetatud varud kuuks ajaks, siis realselt missioonil olles puudub võimalus ette näha, et näiteks nädala aja pärast on missioon läbi, või siis pikeneb aasta võrra. See teadmine, et kaasa võetud asjadest ei piisa, tuleb liiga hilja selleks, et oleks võimalik rakendada riigihanke menetlusi – tekkinud vajadused on vaja koheselt rahuldada.

Lisaks sellele otsustati Walesi tippkohtumisel seda, et NATO idapoolse piiri ääres paiknevatesse riikidesse eelpaigutatakse vajaminev varustus ja relvastus ning, et kuude riiki, seahulgas ka Eestisse luuakse NATO juhtimiselement, mille eesmärgiks saab olema NATO juhtimisstruktuuri uuele julgeolekuolukorrale kohandamine. Kui kiirreageerimise üksuse puhul võib tekkida probleeme asjade soetamisel, siis juhtimiselemendi toimimise, varustuse hoidmise jm puhul on vajalikud ka teenused ja ehitustöö.

Liitlaste kohalolek on Eestile tähtis ja valitsus teeb selleks lisainvesteeringuid. Valitsus on eraldanud 40 miljonit eurot liitlastele vajaliku taristu rajamiseks järgneva viie aasta jooksul. Selle eest rajatakse kasarmu, arendatakse kaitseväge keskpõlügeni ning ehitatakse varustuse ja relvastuse eelpaigutuslaod. Selle kõige korraldamiseks on vaja läbi viia hankemenetlused järgides riigihangete seadusest tulenevaid formaalseid menetlusreegleid ja jäikasad tähtaegu. Samuti rajatakse NATO juhtimiselemendi jaoks vajalik taristu. Eesmärk on olla liitlastele hea võõrustaja, kes tagab liitlasvägedele õigeaks ajaks kõik vajaliku.

Alates 2014. aasta aprillist on Eestis Ameerika Ühendriikide maaväeüksus. Ameerika Ühendriikide kaitsevälased harjutavad koostööd Eesti kaitsevälastega ning viivad läbi mitmekülgset väljaõpet. USA kulutab lähiaastatel kümneid miljoneid dollareid Eesti kaitse tugevdamiseks. Ameeriklaste valmidus investeerida taristusse Eestis on selge sõnum, et liitlane on valmis pikaajaliseks panustamiseks meie julgeoleku kindlustamiseks. Hoolimata sellest, et taristusse investeerimise vahendid tulevad USA valitsuselt, tuleb Eestil korraldada vastavad hankemenetlused.

Alates liitlaste saabumisega 2014 kevadel muutus Ämari lennubaas NATO Balti õhuturbebaasiks. Ämaris paiknevad NATO õhuturbemissiooni teostavad hävitajad tugevdavad Eesti julgeolekut. Alates 2014. aasta kevadest paiknevad Ämaris neljakuuliste rotatsioonide kaupa liitlaste lennukid, lisaks viiakse siinses õhuruumis läbi õhuväe õppusi. Ämari lennubaas on üks Euroopa moodsamaid, seal on väga head teenistustingimused ning kaitseväge on valmis liitlaste lennukite ja tugimeeskonna vastusvõtmiseks ööpäevaringselt. Moodsa lennubaasi jätkusuutliku toimimise üheks eelduseks suurendatud koormuse all on aga täiendava teenindava personali ja hoolduseks vajalike asjade, masinate jm olemasolu - nende hankimise kohustus on Eesti riigil.

2017. aasta kevadel Eestisse saabunud ja Tapal, Kaitseväge 1. jalaväebrigaadi koosseisus tegutseva liitlaste pataljoni lahingugrupi suurus on ligi 1200 kaitsevälast. Ühendkuningriik panustab rohkem kui 800 kaitsevälasega, kelle käsutuses on muuhulgas tankid Challenger 2, jalaväe lahingumasinad Warrior ning liikursuurtükid AS90. Prantsusmaa panus lahingugruppi on 300 kaitsevälasega üksus, mille relvastuses on tankid Leclerc, jalaväe lahingumasinad VBCI ja soomukid VAB. Prantslased teenivad Tapal kaheksa kuud, neid vahetab välja taanlaste üksus. Iseseisvat lahinguvõimet omaval maaväe pataljoni lahingugrupil on olemas kogu soomusüksusele iseloomulik tehnika ning relvastus: lahingutankid, jalaväe lahingumasinad, liikursuurtükid, tankitõrje- ja õhutõrjerelvad, pioneerisoomukid ja palju muud tehnikat.

Käesoleva magistritöö hüpotees on, et Riigikogu ei ole 14.06.2017 vastu võetud ja 01.09.2017 jõustunud riigihangete seaduse koostamisel arvestanud Euroopa Liidu Toimimise Lepingu artikli 346 lõike 1 punktist b) ning 26.02.2014 Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2014/24/EL preambula lõikest 13 ja artikkel 1 lõikest 3 tuleneva õigusega võtta vastu täiendavaid meetmeid riigi oluliste julgeolekuhuvid kaitseks. Vastuvõetud riigihangete seadus ei võimalda tagada liitlasvägedele asjade, teenuste ja ehitustööde hankimist vajaliku kiirusega ja selle tõttu ei saa

Eesti, kui Põhja-Atlandi Lepingu Organisatsiooni (NATO) liikmesriik korrektselt võõrustada liitlasvägesid, kelle vajadused meie riigis viibides on kaootilised ning vajavad tihti peale kohest rahuldamist. Riigihangete seaduses sätestatud tähtajad ei võimalda Eestil korrektsel viisil käituda sõjaliste liitlaste usaldusväärse partnerina.

Töös püstitatud hüpoteesi kontrollimiseks püstitas autor järgnevad küsimused:

Kas seadusandja on kasutanud Euroopa Liidu Toimimise Lepingu artikli 346 lõike 1 punktist b) ning 26.02.2014 Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2014/24/EL preambula lõikest 13 ja artikkel 1 lõikest 3 tuleneva õigusega võtta vastu selliseid meetmed, mida ta peab vajalikuks riigi oluliste julgeolekuhuvide kaitseks?

Kui ei, siis kas riigihangete seadust tuleks muuta seoses liitlasvägedega kerkinud probleemiga, kus nende ettenägematud ja kiireloomulisi vajadusi ei saa vajalikul viisil rahuldada?

Kas kehtiv õiguskord võimaldab liitlasvägede vahendite eest Eestis hankida neile kiireloomuliselt asju, teenuseid ja ehitustöid?

Töö kirjutamisel on kasutatud kvantitatiivset uurimismeetodit koos andmete analüüsiga. Kvalitatiivse uurimismeetodi kasuks otsustas autor selle tõttu, et käesolevas magistritöös püstitatud uurimisprobleemi lahendamiseks oli vaja analüüsida hetkel kehtivat seadust ja leida, kas selle kehtestamisel on arvestatud ka riigikaitse vajadustega. Töö kirjutamisele aitas kaasa kriitiline sisuanalüüs kontrollimaks ette antud stsenaariumite võimalikke tulemusi kehtivas õiguskorras.

Autor läheb analüüsi käigus üldiselt üksikule. Tulenevalt uurimisprobleemi spetsiifikast annab autor esimeses peatükis ülevaate riigihanke õiguses esinevast probleemist läbi riigihangete seaduse, hankedokumentide ning seaduse rakendamise praktika. Lisaks sellele käsitleb autor esimeses peatükis kolme enimlevinud riigihanke menetluse liiki analüüsides nende võimalikku rakendamist käesolevas töös püstitatud probleemi lahendamisele sisustades seda peatüki alguses antud baasinformatsiooniga. Olles analüüsinud ja jõudnud järeldusteni kolme peamise hankemenetluse liigi ja nendega kaasnevate kohustuste, nagu hankedokumentide koostamise keerukus ja ajaraam ning menetluslikud tähtajad, jõuab autor teises peatükis alternatiivsete riigihankemenetluse liikide analüüsini antud teema kontekstis ja esitab võimalikke lahendusi.

Peamisteks allikateks käesoleva töö koostamisel on Juridica artiklid, hankeõiguse valdkonna kirjandus ja eelretsenseeritud teaduslikud artiklid. Lisaks ka Euroopa Liidu hankeõigust kirjeldavad allikaid. Tagamaks töö aktuaalsust on enamuse kasutatud allikatest mitte rohkem, kui 4 aasta vanused.

Käesoleva töö teema on aktuaalne kuna selle hüpoteesi õigsuse korral on Eesti Vabariik olukorras, kus on reeglina võimatu korrektselt tagada liitlasvägede tähtaegne toetamine. See avaldab mõju riigi julgeolekule. Olukord, kus liitlasvägede vajadused jäävad rahuldamata, kahjustab Eesti Vabariigi ja NATO usaldusväarsust ja mainet ning ohustab Eesti Vabariigi suveräänsust.

1. HANKEDOKUMENTID JA MENETLUSLIKUD TÄHTAJAD

Kuivõrd enamus hankemenetluse liike eeldavad hankedokumente, tuleb selgitada nende iseloomu. Hanketeade koos hankedokumentidega (sh tehnilise kirjelduse ja lepingu projektiga) moodustavad terviku. Hanketeade sisaldab pakkuja kehtestatud kvalifitseerimistingimusi, pakumusele sätestatud vastavustingimusi, maksumuse vormi, hindamiskriteeriume jm. Oluline on rangelt eristada kvalifitseerimistingimusi pakumuse vastavustingimustest.¹³ Hankedokumentides peavad kajastuma kõik sellised nõuded, mida hanketeates pole kas otstarbekas või võimalik esitada.¹⁴ Pakumuse koostamisel on nii pakkuja kui ka hankija kohustatud järgima kõike seda mis on nii hanketeates kui ka hankedokumentides sätestatud. Võimalike dubleerimise käigus tekkinud vastuolude korral on juhitudakse hanketeates sätestatud tingimustest ning on keelatud lähtuda näiteks hankemenetluse käigus antud hankija selgitustest.¹⁵

Hetkel kehtiva õiguskorra kohaselt sarnanevad hankedokumentid HMS § 52 lõike 1 punkti 2 mõistes eelhaldusaktiga kuna mõlemal juhul on eelnevalt selge lõpliku haldusotsuse sisu. Samas tuleb meeles pidada, et hankemenetlus on lepingueelsete läbirääkimiste seadusega sätestatud kord, mitte haldusmenetlus. Sageli peetakse hankemenetlust ekslikult haldusmenetluseks, vastupidist sätestab HMS § 2 lõige 2.

Riigikohus on jõudnud seisukohani, et hankedokumentid on siduvad nii hankijale kui ka pakkujaile nii kaua, kuniks neid pole osaliselt või täielikult kehtetuks tunnistatud.¹⁶ Kui riigihangete seaduses ei ole sätestatud teisiti või kui asjakohane teave ei ole avaldatud

¹³ RKHKo 3-3-1-2-12, p 15.1. Kättesaadav: <http://www.riigikohus.ee/?id=11&tekst=RK/3-3-1-2-12> (14.12.2017)

¹⁴ Minumets, D. Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Kirjastus Juura 2014, lk 201.

¹⁵ RKHKo 3-3-1-24-13 p 32. Kättesaadav: <http://www.riigikohus.ee/?id=11&tekst=RK/3-3-1-24-13> (14.12.2017), RKHKo 3-3-1-65-11, p 26. Kättesaadav: <http://www.riigikohus.ee/?id=11&tekst=RK/3-3-1-65-11> (14.12.2017), VAKO 26.01.2011 otsus nr 5-11/122349 p 7, VAKO 16.11.2009 otsus nr 229-09/114320 p 10. Kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee/register/RegisterHanked.html> otsides viitenumbri järgi (15.12.2014) (14.12.2017), VAKO 11.02.2010 otsus nr 20-10/116448 p 8. Kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee/register/RegisterHanked.html> otsides viitenumbri järgi (15.12.2017)

¹⁶ RKHKo 3-3-1-99-09, p 16. Kättesaadav: <http://www.riigikohus.ee/?id=11&tekst=RK/3-3-1-99-09> (14.12.2017)

hanketeates, loetleb RHS § 77 lõige 4 hankedokumentide miinimumnõuded. Üheks peamiseks dokumendinõudeks võib pidada tehnilist kirjeldust, mille eesmärk on anda pakkujale detailne ja üheselt mõistetav kirjeldus sõlmitava hankelepingu eseme kohta. Tehniline kirjeldus peab eelkõige andma ülevaate eseme omadustest, funktsioonidest ja kogusest. Tehnilise kirjelduse koostamisele sätestab nõuded ja piirangud RHS § 87 - 89.

Tehniline kirjeldus peab olema kirja pandud selliselt, et seda ei oleks võimalik mitmeti mõista.¹⁷ Autori tööalases praktikas on tulnud ette probleeme, kus on tellitud seadme hooldus, kuid pole sätestatud hooldusintervalle. Kui intervallid pole nimetatud võib hankes pakkuja, kes tegi pakkumuse arvestades kõige vähema arvu hoolduskordadega. Igal seadmel on mõistlik ja tehniliselt põhjendatud hooldevälp, teenuse tellimisel oleks selle pidanud tehnilises kirjelduses märkima. Sellise olukorra lahendab mõnes mõttes lepingu projekt, kus peab tingimata olema sätestatud töövõtja vastutus seadme korrasoleku ja jätkusuutliku töö eest. Kui seadmega peaks midagi juhtuma, siis on täitja kohustatud selle töökorda tegema lepingus sätestatud tähtaja jooksul. Selline olukord tekitab lisakoormust ning oleks võinud ära jääda hinnalt järgmise pakkujaga, kes arvestas tihedama hooldamisega. Kaitsejõudude kasutuses olevad seadmed ja tehnika on tihtipeale unikaalsed ja liitlasvägede tehnika omadused ei ole teada, samas peab selle hoolduse tagama koheselt, sest hooldamises ei ole võimalik teha pausi kuniks koostatakse hankedokumente ja viiakse läbi hankemenetlus.

Nagu eelmisest lõigust võib järeldada, on teiseks väga oluliseks hankedokumentide osaks hankelepingu projekt. Lepingu projekt võib olla nii täielik, sisaldades kõik hankelepingu olulised tingimused, kui ka osaline, kus on ära toodud vaid olulised tingimused. Viimast versiooni saab kasutada näiteks läbirääkimistega menetluste puhul, kus hanke ese ei ole täielikult kirjeldatud ja hankija on võimeline paika panema vaid olulised tingimused. Raamlepingu projektide esitamisel tuleb kindlasti veenduda, et oleks võimalikult lihtsalt ja arusaadavalt kirjeldatud raamlepingu alusel sõlmitavate hankelepingute kord.¹⁸ Hankelepingud alates 20 000 EUR tuleb sõlmida kirjalikult. Alla selle jäävad tehingud võib vormistada näiteks kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis tellimiskirjade vahendusel RHSi mõistes.

¹⁷ VAKO 18.01.2012 otsus nr 2-12/127986, p 11.2. Kättesaadav: [https://riigihanked.riik.ee/register/VaidlustusOtsing.result.\\$DirectLink.sdirect?sp=1112364&sp=1362045](https://riigihanked.riik.ee/register/VaidlustusOtsing.result.$DirectLink.sdirect?sp=1112364&sp=1362045) (12.12.2017)

¹⁸ Suurkivi, K. Hankelepingu ülevõtmine. Tallinn: Juridica 2013 lk 668

Peale tehnilise kirjelduse ja lepingu projekti tuleb hankedokumentides välja tuua ka pakkumuse vormistamise ja esitamise nõuded. Tulenevalt Euroopa Liidu direktiividest on suund e-hangete läbiviimise poole, mistõttu on hakanud järk-järgult kaduma vajadus hankedokumentides pakkumuse esitamise ja vormistamise nõudeid nõuete sätestamiseks.¹⁹ Seda selle pärast, et e-riigihangete registris on ees kindel raamistik, mis ei lase pakkujal vormikohatut pakkumust esitada.²⁰ Samas on see võimalus hankijal alati olemas kehtestada vormistusnõudeid näiteks lisades enda koostatud hinnapakumuse tabeli. Säärane vajadus võib tekkida keerulisemate hangete puhul, kus nõuetekohase pakkumuse saab esitada vaid mitme tasandiga tabelleid täites. Hetkel ei võimalda riigihangete e-keskkond tihti piisava keerukusega maksumuse vormi koostada.

Eelneva põhjal võib järeldada, et hanketeate üheks põhiliseks ülesandeks on anda teada võimalikele pakkujatele läbiviidavast hankest ja selle osalemistingimustest. Hankedokumentide eesmärgiks on sätestada detailsemad tingimused hangitavatele asjadele, teenustele või ehitustöödele. Nimetatud detailsed tingimused on eelkõige suunatud nendele pakkujatele, kes hanketeates toodud nõuetele vastavad ja edasises hankemenetluses osalevad. Hankedokumentide koostamine on aeganõudev ülesanne, mida liitlasvägede kiireloomuliste ja ettenägematute vajaduste rahuldamise kontekstis pole tihti võimalik teha.

Hankedokumentide koostamisele kehtivad erinevad nõuded vastavalt menetlusliigile. Näiteks on hankija kohustatud dokumendid esitama koos hanketeatega avatud hankemenetluses ja väljakuulutamise hankemenetluse puhul. Seega tuleb need koostada juba enne hankemenetluse alustamist. Piiratud menetluse ning väljakulutamise läbirääkimistega menetluse puhul tuleb hankedokumentid esitada pakkujatele hiljemalt hankes osalemise taotluste esitamise kuupäevaks. Hankedokumentid koostatakse kirjalikus vormis või vastavalt RHS-s ja selle alusel sätestatud õigusaktides sätestatud tingimustele elektroonilises vormis eeldusel, et hankija on eelnevalt hanketeates märkinud menetlustüübiks e-menetluse tulenevalt riigihangete seaduse § 77 lõikest 1.

1.1. Tehniline kirjeldus

¹⁹ Bof, F. Previtali, P. National models of public (e)- procurement in Europe. Itaalia: IBIMA Publishing 2010, lk 11

²⁰ Eadie, R. Perera, S. Heaney, G. Analysis of the use of e-procurement in the public and private sectors of the uk construction industry. Inglismaa: Journal of Information Technology in Construction 2011, lk 673

Tehnilise kirjelduse esitamise nõue tuleneb RHSi § 77 lõike 4 punktist 1. Tehniline kirjeldus tuleb esitada koos hankedokumentidega ja see peab olema vastavuses RHS §-des 87-89 sätestatud reeglitega. Tehniline kirjeldus on oma olemuselt hangitavate asjade, teenuste või ehitustööde omaduste kirjeldus. Sellega tutvumisel peab pakkuja olema võimeline üheselt mõistma, mis on läbiviidava hanke eesmärk, sellele sätestatud nõuded ning kogus või maht. Tehnilise kirjelduse põhjalt peab pakkuja olema võimeline hindama seda, kas ta on suuteline pakkuma hankijale tema vajadustele vastavat asja ja ühtlasi suutma ka anda pakutavale asjale adekvaatse hinna.²¹

Tehniline kirjeldus peab olema koostatud kasutades vastavas valdkonnas tegutsevale isikule arusaadavat terminoloogiat ja täpsuse astet. See omakorda eeldab hankijalt teatud tasemel pädevate isikute olemasolu. See võib olla probleemiks hankijatele kes peavad hankima väga erinevaid asju ja teenuseid. Näiteks ostma asju toiduainetest kuni keeruliste tehnoloogiliste seadmeteni. See eeldab hankijalt kvalifitseeritud tööjõu olemasolu, kes suudavad koostada tehnilisi kirjeldusi vastavalt seadusest tulenevatele nõuetele ja täpsusastmele. Hanget läbi viiva isiku kaasamine tehnilise kirjelduse koostamisele ei ole tingimata vajalik, kuid näiteks hindamiskriteeriumite sätestamisel tugevalt soovitatav. Hindamiskriteeriumite sätestamisel tuleb arvestada, et madalaim hind hindamiskriteeriumina on sobiv eelkõige üldlevinud toodetele ja teenustele.²² Tehnilise kirjelduse koostamisel peab lähtuma selle eesmärgist, et pakkujad saaksid pakkumuse koostamisel arvestada kõigi tööde ja kohustustega, mis sõlmitava hankelepingu alusel tuleb täita ja hinnata selle alusel hankelepingu täitmise kulusid ja nõuetekohase täitmise võimalikkust.²³

Järelikult ei ole aktsepteeritav tehniline kirjeldus sellisel kujul, kus on jäetud mingi parameeter orienteeruvaks või pandud sõltuvusse pakkujast mitteolenevatest asjaoludest. Piisava täpsusastmega, üheselt mõistetava ja põhjaliku tehnilise kirjelduse koostamine on aeganõudev protsess, mis eeldab erialaseid teadmisi. Hankija ei saa nimetada toodet ja küsida sellele lihtsalt

²¹ Koninck, C.D., Flamey, P. „European Public Procurement Law. Part II – Remedies. The European Public Procurement Remedies Directives and 15 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities. Text and analysis.“ Kluwer Law International, 2009, lk 36

²² Trepte, P. Public Procurement in the EU: A Practitioner’s Guide. Oxford: Oxford University Press 2007, lk 463.

²³ VAKO 08.08.2011 otsus nr 155-11/126583 p 7. Kättesaadav: [https://riigihanked.riik.ee/register/VaidlustusOtsing,result.\\$DirectLink.sdirect?sp=1110504&sp=1334145](https://riigihanked.riik.ee/register/VaidlustusOtsing,result.$DirectLink.sdirect?sp=1110504&sp=1334145) (14.12.2017) ja VAKO 08.07.2011 otsus nr 131-11/122948, p 12. Kättesaadav: [https://riigihanked.riik.ee/register/VaidlustusOtsing,result.\\$DirectLink.sdirect?sp=1110124&sp=1264705](https://riigihanked.riik.ee/register/VaidlustusOtsing,result.$DirectLink.sdirect?sp=1110124&sp=1264705) (14.12.2017)

hinda. Hankija peab kirjeldama toodet läbi tehniliste omaduste ja funktsionaalsete nõuete. Liitlasvägede vajaduste kontekstis pole piisavalt põhjaliku tehnilise kirjelduse koostamiseks aega.

Paratamatult võib esineda nii hankijast, kui ka pakkujast mitteolenevaid sündmusi, mis muudavad hankelepingu täitmise selle kehtivuse jooksul ühe poole jaoks koormavamaks, kui ennist kokku sai lepitud.²⁴ Kirjeldatud olukord võib tekkida näiteks seoses enamuse asjade hinda mõjutava kütusehinna tõusu või langusega, põllumajandustoodete hangetel on alati riskiks põud jne. Ka eespool mainitud paratamatuse üle võib tekkida vaidlusmoment näiteks selle üle, mis hetkest on tegu äririskiga ning mis ajast alates on tegu vääramatu jõuga võlaõigusseaduse tähenduses.

Riigihangete direktiivi 2014/24/EL artikkel 42 ning võrgustikudirektiivi artikli 62 toovad õiguskorda täpsemad nõuded tehnilise võimekuse tõendamiseks. Hankijal on erinevalt varem kehtinud seadusest õigus nõuda pakkujatel näiteks tunnustatud asutuste katsearuandeid ja teisi selliste asutuste väljastatud tõendeid tõendamaks pakkuja pakkumuse tehnilist vastavust hankedokumentides ja hanketeates sätestatud nõuetele. Kuivõrd ei ole sätestatud tingimusi, millele üks ja teine tunnustatud asutus peaks vastama selleks, et lugeda tema poolt väljastatud tõend õiguspäraseks või mitte, peab hankija aktsepteerima ka samaväärsete organisatsioonide sertifikaate.²⁵ Autor on seisukohal, et see on positiivne muudatus, mis annab hankijale suuremad võimalused tagamaks kindlustunne hanke eesmärgi saavutamise osas kuna seni on pahatihti ainukeseks võimaluseks küsida pakkujapoolset kinnitust pakkumuse tehnilisele kirjeldusele vastavuse kohta.

Kui nõuetekohaseks loetakse ka kindla tunnustatud asutusega samaväärse asutuse väljastatud sertifikaate või tõendeid, siis samaväärsuse nõue laieneb ka tõendile endale. Juhul, kui mõnel ettevõtjal ei ole võimalik sertifikaatidele või katsearuannetele ligi pääseda kas näiteks piirangute või tähtajalistel põhjustel, on hankijal kohustus leppida ka muu asjakohase tõendiga nagu näiteks tootja tehnilise toimikuga vms.

²⁴ Simovart, M. A. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Tallinn: Juridica 2012 lk 85

²⁵ Šipilov, V. Euroopa Liidu direktiivide horisontaalne kohaldatavus. Tallinn: Juridica 2010, lk 387

Täiendava võimalusena tõi direktiiv 2014/24/EL võimaluse hinnata tootmisprotsessiga otseselt seotud tegureid. Ennist võis hankija sätestada tootmisprotsessile nõudeid pakkumuse vastavustingimuste all kehtestades kriteeriumiks mõne ISO standardile vastavuse sertifikaadi esitamise. Sätestatud kriteeriumi eelduseks on see, et nad oleksid läbivalt seotud hanke esemega. Nimetatud täiendava hindamiskriteeriumi toomine kehtivasse õiguskorda välistab edaspidise vajaduse hankijatel nõuda ja pakkujatel esitada tõendeid või sertifikaate, mis hõlmavad kogu tootjapoolset tootmisprotsessi, kuid mis tihtipeale ei väljenda vähimalgi viisil hanke eseme kvaliteeti ega omadusi.²⁶

Eelneva põhjal on selge, et täiendavate võimaluste lisandumine pakutavate asjade või teenuste tehniliste omaduste vastavuse kontrollimiseks on positiivne, kuid see toob samaaegselt kaasa lisakoormuse hankijale. Liitlasvägede kiireloomuliste vajaduste rahuldamise kontekstis raskendavad lisanõuded hankedokumentides hankija tööd liitlasvägede ajakohase toetamise kontekstis. Ainukese võimaliku probleemina näeb autor hankijal lasuvat kohustust hinnata esitatud tõendeid. See, et tunnistada samaväärsena esitatud tõendit nõutuga samaväärseks eeldab hankijalt kindlasti valdkonnaga süvendatult tutvumist. Organisatsioonides, kus hangete läbiviimine on tsentraliseeritud ja hankeid viivad läbi konkreetseid hankeesemeid mittetundvad isikud, võib sellest saada probleem. Hoolimata sellest on autor veendunud, et uued riigihanke direktiivid tagavad endisest oluliselt paremad võimalused pakkumuste vastavuse sisuliseks kontrollimiseks.

1.2. Hankeleping

Riigihangete seaduse § 77 lõike 4 punkti 4 kohaselt koosneb hankedokument muuhulgas ka hankelepingu projektist või vähemalt selle olulisematest tingimustest. Kirjeldatud peab olema kõik seoses hanke esemega ja võimalikult täpselt jättes välja detailid, mille kohta soovib hankija võistlevaid pakkumusi.²⁷ Riigihangete seaduse § 8 lõike 1 kohaselt on hankeleping hankija ja ettevõtja vahel sõlmitud rahaliste huvidega seotud leping, sealhulgas kontsessioonileping, mille esemeks on asjad, teenused või ehitustööd. Riigihangete seadusele vastava kirjaliku hankelepingu projekti koostamisega kaasnev ajakulu on liitlasvägede ettenägematute ja

²⁶ Karro, R. Majanduslikult soodsaim pakkumus ja pakkumuste hindamise kriteeriumid. Tallinn: Juridica 2011 lk 754

²⁷ Simovart, M. A. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. Tallinn: Juridica 2010 lk 252

kiireloomuliste vajaduste kontekstis kriitiline. Hankijatel võivad olla küll teatud lepingute põhjad, kuid kuna liitlasvägede vajadused on iga kord väga erinevad, pole neist tihti kasu.

Hankelepingu liigi kohta saab informatsiooni hankedokumentide kaudu tehes selgeks hanke eseme.²⁸ Tulenevalt hanke eseme määratlemisest selgub ka sõlmitava hankelepingu liik võlaõigusseaduse mõistes. Hankelepingu sisu reguleerib võlaõigusseadus ja muud lepinguid reguleerivad seadused, hankelepingu muutmise kohta on riigihangete seaduses täiendav regulatsioon. Näiteks kohaldub teenuste ja ehitustööde tellimise hankelepingutele VÕS 36. peatükk, mis reguleerib käsundus- ja töövõtulepinguid.

Pakkuja on kohustatud pakkumust esitades üle võtma kõik hanketeates ja hankedokumentides esitatud tingimused. Kuivõrd lepingu projekt on osa hankedokumentidest, kuuluvad ka seal sisalduvad sätted pakkuja poolt üle võtmisele ja järgimisele. Sellest tulenevalt ei ole pakkujal võimalik pakkumust esitades esitada täiendavaid tingimusi, see muudaks pakkumuse mittevastavaks. Hankijal on samas kohustus tagada, et projektis toodud sätted ei läheks vastuollu lepinguliigile kohaldatavas VÕS peatükiga ega hea tavaga, sest hankelepingus sisalduvad tingimused ei või olla ebamõistlikult koormavad kummalegi poolele.²⁹ Lepingu projekti, olles hankedokumentide osa, on võimalik pakkujal või taotlejal ka soovi korral riigihangete seaduse toodud tingimustel VAKOs vaidlustada.³⁰

Hankelepingu projektis sisalduvad tingimused ei tohi olla ebamõistlikud ega liialt koormavad kuna sellisel juhul oleks tegu potentsiaalsete pakkujate arvu piiramisega ning vastuolus ka konkurentsi efektiivse ärakasutamise põhimõttega.³¹ Kehtivas õiguses on tekkinud arusaam, et üldjuhul alluvad valdav enamus hankemenetluse tulemusena sõlmitavad hankelepingud vaid VÕS-s sätestatud tüüptingimuste regulatsioonile, sest pakkujate ja taotlejate võimalused lepingutingimuste kujunemist sisuliselt mõjutada või nende üle läbi rääkida on sõltuvalt menetlusliigist tavaoludes sõlmitava lepinguga võrreldes oluliselt piiratud.³² Sellest tulenevalt

²⁸ Ginter, C. Parrest, N. Simovart, M. A. Kontsessiooni vastuoluline regulatsioon Eesti õiguses. Tallinn: Juridica 2012, lk 286

²⁹ Minumets, Kulm, op. cit., lk 207. ja Simovart, M. A. Lepingu muutmise nõue riigihankelepingu kohustuste vahekorra muutumise korral. Tallinn: Juridica 2008 lk 223

³⁰ Rahandusministeerium. Riigihangete juhise. Tallinn 2014, lk 158

³¹ Volf, S. Eraõiguslik juriidiline isik hankijana riigihangete seaduse tähenduses. Tartu: Tartu Ülikool magistr töö 2013, lk 4

³² M. A. Simovart. 2008. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. Juridica nr 1, lk 32

peab hankija lepingu projekti koostades hoolimata oma väga tugevast positsioonist hoiduma sellest, et poolte õiguste ja kohustuste tasakaal lepingus on rikunud võis sellest, et tekivad vastuolud lepingu tõlgendamisel või lepingus on tühiseid tüüptingimusi. Hankeleping on tänu sellele, et see koostatakse hankija poolt ja pakkujal ei ole selles võimalik kaasa rääkida tüüptingimustega leping VÕS mõttes ja sellele kohaldub VÕS § 35-45 tüüptingimustega lepingute kohta sätestatu.

Hankija peab lepingu projekti koostamisel meeles pidama, et seal sätestatu peab mõlema poole suhtes tasakaalus olema, kuivõrd see muutub nii hankijale endale, kui ka edukale pakkujale hiljem siduvaks.³³ Hankelepingu projekti, olles riigihanke hankedokumentide oluliseks osaks, saab muuta vaid neil samadel tingimustel, mis on sätestatud riigihangete seaduses hankedokumentide muutmise kohta. Nimetatud muutmise võimalus on siiski hankemenetluse kestel. Pärast lepingu sõlmimist tohib lepingut muuta üksnes riigihangete seaduse §-s 123 sätestatud korras. Viidatud paragrahv sätestab laiemad võimalused hankelepingu muutmiseks, kui vana seadus. Hankelepingu muutmiseks peab siiski olema seadusest tulenev põhjus ja tuleb silmas pidada, et muudatus ei tohi asetada hanke võitnut isikut teiste hankes osalenutega võrreldes soodsamasse olukorda, seega kritiseeritav on täiendava tähtaja andmine, tasu suurendamine, lisatöö tellimine, tehniliste tingimuste pehmendamine ja muu, mida võib pidada hanke võitjale soodsama olukorra loomisena.

Hankeleping on oma olemuselt hankija ja edukaks kuulutatud pakkuja vaheliste õigusi ja kohustusi sisaldav dokument ning on siduv mõlemale poolele.³⁴ Kuivõrd pakkuja on kohustatud pakkumust esitades üle võtma kõik hanketeates ja hankedokumentides sätestatud tingimused andes VÕS-i mõistes omapoolse nõustumise lepingu sõlmimiseks, on sõlmitava hankelepingu lahutamatuks osadeks ka hankedokumentid koos tehnilise kirjeldusega. Selle tõttu võib teatud ulatuses hankemenetlust samastada lepingueelsete läbirääkimistega VÕS-i mõistes.³⁵

Täiendavalt eeltoodule tuleb hankelepingu projektis lahti kirjutada arvelduse kord, tagatised, leppetrahvid, tähtajad, vastutus ja muud poolte õigussuhte olulised aspektid, mis reguleerimist vajavad.

³³ Teumer, S., Lichere, F (editors). Enforcement of the EU public procurement rules. Djof Publishing. Kopenhagen, 2011, lk 133

³⁴ Härginen, A. Simovart, M. A. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon?. Tallinn: Juridica 2013, lk 632

³⁵ Värk, R. Kahju hüvitamise nõue lepingueelsete kohustuste rikkumisel. Tallinn: Juridica 2009, lk 390

Hankedokumentide koostamine on mahukas ja aeganõudev töö ning see on olulise tähtsusega hilisemas võlasuhtes hankija ja pakkuja vahel. Hankedokumentide koostamise nõude kehtib enamuse hankemenetluse liikide puhul. Hankedokumentid tuleb hankijatel koostada avatud-, piiratud- ja konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse puhul. Lisaks tuleb need koostada ka innovatsioonipartnerluse ja võistleva dialoogi läbiviimise korral, kuid neid rakendatakse praktikas veel vähe. Ainuke hankemenetlus, mille puhul hankedokumentide koostamise nõuet tulenevalt riigihangete seaduse § 72 lõikes 1 pole, on väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus. Hoolimata sellest, et hankijatel on enamasti iga hankemenetluse liigi läbiviimiseks tekkinud aastate pikkuse praktika tulemusena hankedokumentide põhjad, on iga hankemenetlus oma liigist olenemata erinev ning nende koostamine eeldab rohket tööd. Ajalist ressursi aga liitlasvägede koheste vajaduste rahuldamisel on vähe või see üldse puudub, sest asju oli juba „eile vaja“.

1.3 Hankemenetluse tähtajad

Täiendavalt hankedokumentide (sh tehnilise kirjelduse) koostamise nõudele on hankemenetluste puhul kohustuslik arvestada ka menetluslike tähtaegadega. Tulenevalt riigihangete seaduse § 174 lõikes 1 peab hankija kaitse- ja julgeoleku valdkonnas piiratud- või konkurentsipõhist läbirääkimistega alla rahvusvahelist piirmäära riigihanke menetlust läbi viies andma pakkujatele vähemalt 15 päevase tähtaja pakkumuste esitamiseks. Juhul kui riigihanke eeldatav maksumus ületab rahvusvahelist piirmäära, milleks on kaitse- ja julgeoleku valdkonnas asjade ja teenuste puhul 418 000 eurot, peab pakkujatele andma 30-päevase pakkumuste esitamise tähtaja. Ehitustööde puhul on minimaalseks pakkumuste esitamise tähtajaks üle rahvusvahelise piirmäära riigihangete puhul 45 päeva. Autori praktilikal põhinedes ületavad liitlasvägede tarvis tehtavad ostud pea pooltel juhtudel rahvusvahelise piirmäära ja seega kulub pakkumuste esitamiseks üle kuu aja. Kui lisada juurde veel aeg, mis kulub hankedokumentide koostamiseks ja majasiseseks kooskõlastamiseks, kulub mainitud menetluste formaalsete tähtaegade järgimiseks vähemalt 2 kuud.

Lisaks eelmises lõigus mainitud menetluslikele tähtaegadele on hankijatel kohustus arvestada ka kohustusliku ooteajaga, sest hankija ei või anda nõustumust hankelepingu sõlmimiseks enne 14 päeva möödumist riigihangete seaduse § 104 lõikes 8 nimetatud eduka pakkuja kõrvaldamata jätmise ja kvalifitseerimise otsuse kohta teate esitamisest. Riigihangetes, mille eeldatav

maksumus on väiksem kui rahvusvaheline piirmäär, kohaldab hankija kümnapäevast ooteaega.³⁶ Riigihangete seaduse § 120 lõike 4 kohaselt on enne ooteaja möödumist sõlmitud hankeleping tühine. Oluline on, et erinevalt riigihangete seaduse §-des 31 ja 121 toodud lepingu tühisuse alustest, mida saab tuvastada vastavalt riigihangete seaduse § 197 lõike 3 punktile 1 riigihangete vaidlustuskomisjon, on enne kohustusliku ooteaja möödumist sõlmitud lepingute tühisus automaatne. Kui eespool käsitletud menetluslikele tähtaegadele lisada kohustuslik ooteaeg enne hankelepingu sõlmimist, kulub nimetatud hankemenetluste läbiviimiseks vähemalt 3 kuud.

Seadusest tulenevatele tähtaegadele peab alati arvestama juurde võimaluse, et hankemenetluse kestel võib tekkida vajadus hanketeate ja/või –dokumentide muutmiseks riigihangete seaduse § 81 alusel. Riigihanke alusdokumentide muutmisel tuleb arvestada sellega, pärast selle tegemist peab pakkujatel jääma pakkumuste esitamiseks vähemalt pool vastava hankemenetluse pakkumuste esitamise tähtajast arvestades muudetud alusdokumentide elektrooniliselt kättesaadavaks tegemisest. Kui aega jääb vähem, tuleb hankijal pikendada pakkumuste esitamise tähtaega. Selline vajadus võib hankemenetluse jooksul esineda mitmeid kordi ja selle tõttu on hankemenetluse kestust raske prognoosida. Liitlasvägede siinviibimise perioode arvestades tuleb üksuste vajadused rahuldada jooksvalt ning mitme-kuulised ooteajad ei ole võimalikud.

Hankemenetluse kestust mõjutab lisaks eelpool toodule ka vaidlustamine. Ammendav loetelu asjadest, mida saab vaidlustada on sätestatud riigihangete seaduse § 185 lõikes 2. Vaidlustuskomisjon on kohustatud tegema otsuse vaidlustuse sisulise lahendamise kohta 30 päeva jooksul puudusteta vaidlustuse laekumisest arvates ning praktikas kulub see aeg reeglina ära. See sisaldab poolte ära kuulamist ja neilt dokumentide ning selgituste küsimist, istungi aja etteteatamine (reeglina vähemalt 1 nädal) ja pärast istungit otsuse ootamist (praktikas 1-2 nädalat). Hankija ei või jätkata peatatud riigihanget ega anda nõustumust hankelepingu sõlmimiseks enne 14 päeva möödumist riigihangete seaduse § 197 lõike 1 punktis 4 või 5 nimetatud vaidlustuskomisjoni otsuse teatavaks tegemisest. Hankija jaoks tähendab see, et vaidlustusmenetlusele kulub vähemalt 1,5 kuud. Esitatavate vaidlustuse arvu ei saa piirata ja alati on võimalus, et hankemenetluses esitatakse mitu vaidlustust. Vaidlustuse oht on suurem, kui hankedokumentid (eriti tehniline kirjeldus) on koostatud hankija poolt kiirustades ajalise surve

³⁶ Riigihangete seadus. RT I, 01.07.2017, 1 § 120 lõige 2

tõttu.³⁷ Ajaline surve liitlasvägede vajaduste rahuldamisel on aga selline, et 1,5 kuune viivitus võib tähendada, et vajadus teenuse saamiseks on lõppenud, sest liitlasüksus on lahkunud või siis on hankeprobleemi tõttu tekkinud mingi asja või teenuse puudumise tõttu tavapärase toimimise või isegi lahinguvõimekuse piirang.

Eelneva pinnal on selge, et liitlasvägede vajaduste rahuldamine hankemenetlustega, mis eeldavad hankedokumentide koostamist ja menetluslike tähtaegasid, ei ole reeglina võimalik. Sellest tulenevalt keskendub autor järgnevates peatükkides väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse, lihthanke menetluse ja erandhankemenetluse sätetele tuues välja nende kitsaskohad liitlasvägedele soetamise kontekstis ning võimalikud ettepanekud nende muudatuseks tulevate võimalike seadusmuudatuste tarvis.

³⁷ RKHKo 3-3-1-79-03, p 11. Kättesaadav: <http://www.riigikohus.ee/?id=11&tekst=RK/3-3-1-79-03> (14.12.2017), VAKO 10.03.2011 otsus nr 23-11/122289, p 14.2 (16.12.2017)

2. SOBILIKUD HANKEMENETLUSE LIIGID LIITLASVÄGEDE TOETAMISEKS

Esimeses peatükis käsitletu pinnalt on selge, kui palju ressursi(eelkõige ajalist) kulub avatud-, piiratud ja konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluste läbiviimiseks. Enamus sellest kulub menetluslike tähtaegade peale ja osa kindlasti ka hankija sisemiste menetlustoimingute läbiviimiseks. Kõige positiivsema stsenaariumi korral kulub üle rahvusvahelise piirmäära ulatuvate riigihangete läbiviimiseks vähemalt 3 kuud ja seda olukorras, kus menetluse kestel puudub vajadus hanke teate või hankedokumentide muutmiseks ning hankemenetluses ei esitata ühtegi vaidlustust.

Selles peatükis käsitleb autor väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust, erandhankemenetlust ning lihthankemenetlust. Erinevalt klassikalises sektoris läbiviidavatest menetlustest, puudub kaitse- ja julgeoleku valdkonnas sisuliselt riigihanke piirmäära. Riigihanked asjade ja teenuste soetamiseks alates 60 000 kuni 417 999.99 eurot viiakse läbi lihthangetena ning alates 418 000 eurot kuulub riigihange juba rahvusvahelisse piirmäära. Ehitustööde lihthanked kaitse- ja julgeoleku valdkonnas viiakse läbi 300 000 kuni 5 548 000 euro ulatuses. Säärane erisus kaitse- ja julgeoleku valdkonda reguleerivas riigihangete seaduses hõlbustab nimetatud valdkonnas tegutsevate hankijate tööd, kuid ei lahenda käesolevas töös tõstatatud probleemi täielikult, sest liitlasvägede vajadused asjade ja teenuste osas on reeglina suurusjärgudes, mille väärtus on mõõdetav miljonites eurodes või ei kvalifitseeru kaitse- ja julgeoleku valdkonna alla.

Kaitse- ja julgeoleku valdkonnas on väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse läbiviimise aluseid rohkem, kui klassikalises sektoris tulenevalt riigihangete seaduse §-st 173. Väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus on kõige piiravam menetluslik riigihangete seaduse mõistes kuna selle puhul ei avaldata hanketeadet. Hanketeadet avaldamata ei teki võimalust avalikule konkurentsile. Väljakuulutamiseta hankemenetlus algab hankedokumentide esitamisega piisavat majanduslikku ja finantsseisundit ning tehnilist ja kutsealast pädevust omavatele ettevõtjatele. Sisuliselt algab menetlus koheselt läbirääkimistega hankelepingu

projekti üle. Läbirääkimiste käigus selgub muuhulgas ka hangitava hüve hind. Kuna tegu on kõige piiravama menetlusega riigihangete seaduses, siis selle läbiviimise alused on ranged ning peavad tihtipeale omavahel esinema kumulatiivselt. Lisaks sellele sisaldavad konkreetsete sätete punktid iseendas mitut erinevat alatingimust.³⁸ Võrreldes varem kehtinud seadusega on uues riigihangete seaduses täiendavad alused väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetluse läbiviimiseks. Uued alused on seotud üldjuhul eelnenud menetluste ebaõnnestumisega seoses esitatud pakkumuste mittevastavusega ning selle tõttu pole neist abi käesolevas magistritöös püstitatud probleemi lahendamiseks. Väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetluse läbiviimisel tuleb arvestada sellega, et seaduses ei ole sätestatud sellele menetlusliigile konkreetseid piirmäärasid. Hoolimata sellest tuleb meeles pidada, et kui mõnele ettevõtjatele on Eestis antud tootja poolt ainuõigus tema toote edasimüümiseks, aga hanke maksumus ületab rahvusvahelist piirmäära, siis on tõenäoline, et Euroopa mastaabis on ka teisi selliste õigustega ettevõtjaid. Näide on Canon'i printerite hooldusõigus – seda kellele see on antud, saab kontrollida Canon'i kodulehelt ja kui kutsuda väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetlusele osalema kõik Eesti ettevõtjad, kellele see hooldusõiguse litsents on antud tuleb jälgida, et planeeritav kulu hoolduse peale ületab rahvusvahelist piirmäära, sest vastasel juhul tuleb menetlusele kaasata kogu Euroopa Liidu ettevõtjad, kellele säärane litsents on väljastatud.

Käesolevas töös püstitatud probleemi lahendamiseks kõige tähtsama menetlusliigina käsitleb teine alapeatükk erandhankemenetlust. Erandhankemenetlust kui terminit riigihangete seadus ei sisalda, sest selle läbiviimisel ei rakendata riigihangete seadust ning hankemenetlust kui niisugust ei toimugi.³⁹ Võrreldes väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetlusega on erandhankemenetlus veel reeglivabam ning selle tulemusena sõlmitavate lepingute kohta puudub aruandluskohustus riigihangete registris. Sarnaselt väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetlusele on ka erandhankemenetluse puhul toodud kaitse- ja julgeoleku valdkonda reguleerivasse riigihangete seaduse jakku täiendavad alused võrreldes klassikalise sektoriga. Oluline on märkida, et kaitse- ja julgeoleku valdkonna erandhankemenetluse aluseid võib rakendada üksnes kaitse- ja julgeoleku valdkonna spetsiifilisi esemeid soetades, mis on nimetatud riigihangete seaduse § 169 lõikes 1. Kaitse- ja julgeoleku valdkonna esemeteks loetakse erinevalt varasemalt kehtinud seadusest ka riide- ja erivarustust ning tulenevalt Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2009/81/EÜ eessõna lõikest 12 ka selle hooldamist.

³⁸ Riigihangete seadus. RT I, 01.07.2017, 1 § 173 lg 1 p 2

³⁹ Riigihangete seadus. RT I, 01.07.2017, 1 § 11 lg 1 ja § 170 lg 1

2.1. Väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlus

Tulenevalt sellest, et väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlus on kõige vähem läbipaistev ja kõige paindlikum hankemenetluse liik, on selle kasutamise alused kõige piiratumad ning lubatud ainult väga erandlikel juhtumitel. Selle menetlusliigi puhul ei pea hankija avaldama hanketeadet e-riigihangete registris.

Riigihangete seaduses toodud väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluse läbiviimise aluseid tuleb alati tõlgendada kitsendavalt ja alati tuleb veenduda, et sama eesmärki ei saaks saavutatud mõne vähem piirava menetlusliigi valiku korral.⁴⁰ Selle menetlusliigi valiku korral lasub hankijal kohustus tõendada ja põhjendada selle rakendamise vajalikkust ja lubatavust. Seda tuleb teha riigihanget alustavas haldusaktis. Väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluse läbiviimise kord on võrdlemisi vaba. Seda reguleeritakse üldjuhul hankekorras, mille koostamise kohustus on kõigil hankijatel, kelle eelarveaastas planeeritavate asjade ja teenuste riigihangete eeldatav kogumaksumus ületab 80 000 eurot või ehitustööde riigihangete eeldatav kogumaksumus ületab 500 000 eurot.⁴¹ Sellise erandliku menetlusliigi kohaldamine peaks piirduma ainult olukordadega, kus hanke väljakuulutamine ei ole võimalik äärmiselt kiireloomulise olukorra tõttu, mis on põhjendatud avaliku sektori hankijale ettenägematutest ja temast sõltumatute asjaoludest või kui algusest peale on selge, et väljakuulutamine ei aitaks konkurentsi suurendada või saavutatud paremat hanketulemust, eelkõige seetõttu, et objektiivsetel asjaoludel leidub ainult üks ettevõtja, kes suudab lepingut täita.⁴² Käesoleva magistritöö kontekstis on see oluline, sest liitlasvägede vajaduste rahuldamine on reeglina äärmiselt kiireloomuline.

2.1.1 Riigihangete seaduse § 49 lõike 1 ja § 173 lõike 1 tõlgendamine ja praktika

Väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise õiguslikud alused on sätestatud riigihangete seaduse §-des 49 ja 173, neid võib rakendada üksnes erandlikel juhtudel. Euroopa Liidu õiguse kohaselt tuleb loodud erandeid tõlgendada alati kitsendavalt.⁴³ Juhul, kui hankija ei suuda veenduda ja ära põhjendada, et mõni seaduses toodud alustest esineb, on soovitatav alati otsustada mõne teise hankemenetluse liigi kasuks. Samas on riigihangete seaduse §-ga 76 loodud

⁴⁰ Arrowsmith, S. The law of Public and Utilities Procurement. Sweet and Maxwell 2005, London, lk 54

⁴¹ Riigihangete seadus. RT I, 01.07.2017, 1 § 9 lg 1

⁴² Minumets, D. Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Kirjastus Juura 2014, lk 465

⁴³ Minumets, D. Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Kirjastus Juura 2014, lk 465

võimalus vabatahtliku teate esitamiseks. Sellega antakse huvitatud isikutele võimalus vaidlustada seda menetlusliigi kasutamise valikut hankelepingu sõlmimiseks ning veel enam, sellise vabatahtliku teate avaldamine välistab täielikult hiljem hanketeate avaldamata jätmisest tingitud võimaluse tugineda mõnel huvitatud isikul hankelepingu tühisusele.

Läbirääkimistega hankemenetluse, kui erandliku hankemenetluse kasutamise aluste juures suuri muudatusi uute direktiivide ja uue seaduse alusel ei ole. Lisandunud on täpsustus, mille kohaselt on kunstialaseks põhjuseks ka unikaalse kunstiteose loomine või omandamine. Samuti on muudatus tehtud direktiivis 2004/18/EÜ ja riigihangete seaduses olnud uute teenuste või ehitustööde tegemises teatud protsendi (direktiivis 50 protsenti, riigihangete seaduses 20 protsenti) ulatuses esialgselt hankelepingust ettenägematute asjaolude tõttu, mis enam kõnealuse menetluse aluste hulgas ei ole, kuivõrd seda käsitletakse nüüd hankelepingu muutmisena riigihangete seaduse §-i 123 kohaselt.

Tulenevalt riigihangete seaduse § 49 lõikest 1 on hankijal õigus korraldada riigihange väljakuulutamisetähtaegaga läbirääkimistega hankemenetlusena, kui avatud või piiratud hankemenetluse käigus ei esitatud ühtegi pakkumust ega taotlust või kõik esitatud pakkumused olid riigihanke alusdokumentidele mittevastavad või kõik taotlused esitati taotlejate poolt, kes kuuluvad või võivad kuuluda kõrvaldamisele riigihangete seaduse § 95 lõike 1 või 4 alusel või kes ei vasta kvalifitseerimise tingimustele, ja riigihanke esialgseid tingimusi oluliselt ei muudeta.⁴⁴ Seadus ei ava seda, mida tähendab „olemuslikult“, kuid eesti keele seletava sõnaraamatu kohaselt on selleks „iseloom, loomus, tuum; eseme või nähtuse sügavate, püsivate omaduste ja suhete kogum, mis määrab tema eksistentsi, iseloomu ja arenemise“. Sõna „olemuslik“ tähendab „iseloomulik, oluline, olemust haarav või kajastav“.

Tulles tagasi liitlasvägede kiireloomuliste ja kaootiliste (st, et hanke esemete iseloom varieerub ühest äärmusest teise) vajaduste rahuldamise juurde, siis see väljakuulutamisetähtaegaga läbirääkimistega hankemenetluse alus ei ole lahendus tõstatatud probleemile, sest tegemist oleks uue hankemenetluse algatamisega tulenevalt riigihangete seaduse § 49 lõikest 1. See tähendab, et hankijal on kohustus eelmine hankemenetlus riigihangete registris lõpetada ja esitada riigihanke aruanne. Tulenevalt sellest, et see alus eeldab eelnenud avaliku hanke ebaõnnestumist, ei ole antud riigihankemenetluse liik lahendus uuritava probleemi lahendamiseks.

⁴⁴ Riigihangete seadus. RT I, 01.07.2017, 1 § 49 lg 1 p 1

Järgmise alusena selle menetlusliigi valikul on riigihangete seaduses nimetatud võimalus sõlmida hankeleping ainult ühe pakkujaga tehnilistel või ainuõiguste, sealhulgas intellektuaalomandi õiguste kaitsega seotud põhjustel ja konkurentsi puudumine ei tulene riigihankes esitatud tingimuste kunstlikust kitsendamisest, või kunstilistel põhjustel, sealhulgas unikaalse kunstiteose või kunstilise esituse loomisel või omandamisel. Sätte sõnastusest ei tulene, et see oleks kasutatav ka siis, kui selle menetlusliigi valikuga kaasneks majanduslik soodsus. Tuleb uurida, kas hankeeset on Eestis või Euroopas suuteline teostama vaid üks pakkuja või pakkujate ring. Kui näiteks Eestis teadaolevalt on ainuõiguse tõttu suuteline mingit teenust osutama vaid üks pakkuja, kuid riigihanke eeldatav maksumus ületab rahvusvahelist piirmäära, tuleb veenduda, et Euroopa Liidus veel pakkujaid ei ole. Siinkohal on oluline, et kui näiteks selle teenuse osutamine eeldab Eestis töötajate füüsilist kohaolu, siis reeglina ükski välismaa pakkuja ei saa pakkuda konkurentsivõimelist hinda võrreldes Eesti pakkujaga ja tekib küsimus, kas teatud teenuste hankimise puhul on üleüldse mõistlik konkurentsi avamine euroopa turule. Käesolevas töös püstitatud probleemi lahendamise valguses võib sellest hankemenetluse liigi alusest olla kasu üksnes väga spetsiifilisi võimekusi hankides, mis on toodetud ja patenteeritud ühe ainuõigust omava tootja poolt.

Kolmas alus riigihangete seaduse § 49 lõike 1 kohaselt on see, kui hankelepingu kiire sõlmimine on vajalik hankijast sõltumatute ettenägematute sündmuste tagajärjel tekkinud äärmise vajaduse tõttu, mis ei võimalda kinni pidada riigihangete seaduse §-des 92–94 sätestatud tähtaegadest. See alus sisaldab nelja alatingimust, mis peavad olema kumulatiivselt esindatud selleks, et seda rakendada: a) hankelepingu sõlmimise vajadus on kiire, b) vajadus on tekkinud hankijast sõltumatutest sündmustest, c) need asjaolud peavad olema olnud hankija jaoks ettenägematud ning d) lepingu kiire sõlmimiseks peab olema äärmine vajadus. Kui esimesed kolm alatingimust on iseenesest mõistetavad, siis neljanda ehk äärmise vajaduse tõlgendamine võib praktikas kujuneda subjektiivseks, seda ei sisusta ka riigihangete seadus. Euroopa kohtupraktika kohaselt tähendab äärmine vajadus seda, et hankevajadus tuleb täita viivitamatult. Teisalt jällegi olukorras, kus kaitse- ja julgeoleku valdkonna hankijal esineb mõne sektorispetsiifilise hanke eseme hankimiseks äärmine vajadus, saab ta seda autori hinnangul teha juba erandhankena § 11 lõige 1 punkti 20 alusel, sest see oleks tõenäoliselt vajalik riigi oluliste julgeolekuhuvide kaitsmiseks ja julgeolekuhuvide ei saa tagada vähem sekkuvate meetmetega.

Oluline on, et aluseks ei saa pidada halba planeerimist. Tuleb hinnata, kas asjade ja teenuste soetamise või ehitustööde teostamise vajadus tekkis hankijast sõltumatutest ettenägematutest sündmustest ning eksisteerib äärmine vajadus hankelepingu kiireks sõlmimiseks.

Püstitatud uurimisküsimusele vastuse leidmiseks on käsitletud säte oluline. Riigi Kaitseinvesteeringute Keskus ülesandeks on Kaitseministeeriumile ja selle valitsemisala riigiasutustele riigihangete korraldamise teenuse osutamine ka siis kui tuleb hankida liitlasvägede tarvis asju, teenuseid ja ehitustöid. Paljude hangete tarvis tuleb sisend aegsasti, kuid tihti viimasel hetkel. Praktika pinnalt ei saa nõustuda, et liitlasti puudutavate kiireloomuliste vajaduste taga on puudulik planeerimine. Liitlasväed on inimesed, kes tulevad Eestisse riiki tundmata, võtavad kaasa teatud koguse igapäevaeluks vajalikke ressursse ning panevad kirja ja edastavad oma planeeritavad vajadused Riigi Kaitseinvesteeringute Keskusele tuleviku tarvis (toiduained, teenused, hooned). Reaalne ülevaade vajaminevast selgub alles kohapeal ja jooksvalt ning sellest tuleneb asjade kiireloomulisus. Vastuvõetamatu oleks olukord, kus ühisõppuste läbiviimiseks vajalike asjade taotlemisel saaksid nad vastuse, et asjad tulevad 3 kuu kuni 2 aasta pärast (vt ptk 1).

Peale sisendi esitamist Riigi Kaitseinvesteeringute Keskusele on asjade, teenuste ja ehitustööde hankimine keskuse ülesanne. Riik on olukorras, kus peab hankeid tegema tavapärasest kordades lühema ajaperioodi jooksul, sest vastasel juhul võib sattuda ohtu kas toiduvaru, hoonete kütmine, mõne ühisõppuse läbiviimine või muu, mis ohustaks kaudselt või otseselt riigi julgeolekut.

Vaadates käsitletud sätte nelja alust, siis kahtlemata esineb hankelepingu sõlmimise kiire vajadus. Hankelepingu sõlmimise kiire vajaduse põhjendatust on autor ülal käsitlenud.

Teiseks eelduseks on, et vajadus on tekkinud hankijast sõltumatutest asjaoludest. Kas olukorras, kus üks hankija Euroopa Liidu riigihanke direktiivide mõistes (liitlasvägede riigihankeid läbiviiv pädev ametiasutus) on aastatetaguse koostöölepe alusel delegeerinud hangete läbiviimise konkreetse üksuse tarvis teisele hankijale - Riigi Kaitseinvesteeringute Keskusele ja viimasel esineb probleem riigihangete seaduses sätestatud menetluslike tähtaegade rakendamisel, siis kas tegu on hankijast sõltumatute asjaoludega? Kas hankijast sõltumatute asjaoludega on tegu siis, kui hankija, kes on delegeerinud hangete läbiviimise teisele hankijale, ei ole objektiivsetel põhjustel võimeline edastama sisendit hanke läbiviimiseks? Kui hankimine on delegeeritud teisele asutusele, siis neid aluseid justkui ei esine. Autor on seisukohal, et üks hankija ei saa

tugineda teise hankija suhtes esinevatele riigihankemenetluse alustele. Samas, kui on sõlmitud koostöökokkulepe ja keskus on valmis liitlaste eest hankeid läbi viima, kuid sisend selleks tuleb liiga hilja riigihangete seaduses sätestatud tähtaegade järgimiseks, siis on keskus olukorras, kus hankelepingu sõlmimise kiire vajadus on temast sõltumatu. Samas leiab autor, et ka sellisel juhul oleks tegu ühe hankija tuginemisel teise hankija menetlusliigi alustele ning oleks seeläbi vastuolus riigihanke direktiivide eesmärgiga.

Kolmandaks eelduseks on, et asjaolud, mis tingivad hankelepingu kiire sõlmimise vajaduse, peavad olema hankija jaoks ettenägematud. Autor leiab, et olukorras, kus keskus hankijana saab sisendi liiga hilja on see asjaolu objektiivsetel põhjustel ettenägematu.

Neljanda eeldusena on sätestatud hankelepingu sõlmimise vajaduse äärmise vajaduse olemasolu. Autor on eespool käsitlenud, kuidas mõista sõna „äärmine“. Ka siinkohal on oluline eristada kahte hankijat. See, mis on liitlasvägede kui hankija jaoks äärmine vajadus, ei ole automaatselt tema esindaja äärmine vajadus. Autor leiab, et üks hankija ei saa tugineda hankemenetluse läbiviimise liigi valikult teise hankija alustele – antud juhul siis väljakuulutamiseta läbirääkimistega riigihanke menetlusele.

Kokkuvõtvalt riigihangete seaduse § 49 lõikes 1 (samas sõnastuses ka kaitse- ja julgeolekuvaldkonna jaoks § 173 lõige 1) toodud alustel ei ole võimalik käesolevas töös püstitatud probleemi lahendada. Hoolimata sellest, et Riigi Kaitseinvesteeringute Keskusel esineb põhjendatud vajadus lepingu kiire sõlmimise vastu ja põhjus on tema jaoks ettenägematu, ei täida ta kahte ülejäänud alust, mis on hankijast sõltumatud asjaolud ja äärmine vajadus. Hankijast sõltumatute asjaoludega pole tegemist ka selle pärast, vastupidise tõlgenduse korral saaksid hankijad ka siseriiklikult üksteisele kehva planeerimise korral kiireloomulisi hankeid delegeerida selleks, et vältida riigihangete seaduses sätestatud menetluslike tähtaegasid. Delegeerival hankijal võib tõesti esineda delegeerimise hetkeks äärmine vajadus, kuid see ei tähenda automaatselt, et hanget läbi viival asutusel see vajadus eksisteeriks.

2.1.2 Teised alused

Täiendavalt käesoleva töö punktis 2.1.1 käsitletud väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse alustele on asjade hankelepingu sõlmimisel hankijal õigus kasutada ka riigihangete seaduse § 49 lõikes 3 ja 4 ning § 173 lõikes 3 ja 4 toodud aluseid. Neid aluseid saab kasutada, kui: 1) hankelepingu esemeks olevaid asju toodetakse üksnes teadusuuringute, katsete,

õppe- või arendustegevuse eesmärgil ja hankelepingu ese ei hõlma asju, mida toodetakse tulu saamiseks masstoodanguna või teadusuuringute või arendustegevusega seotud kulude katmiseks, 2) asju ostetakse samalt pakkujalt varem ostetud asjade osaliseks asendamiseks või täiendamiseks ja pakkuja vahetumise tõttu tuleks osta teistsuguste tehniliste omadustega asju, mis ei oleks olemasolevate asjadega tehniliselt kokku sobivad või mille käitamine ja hooldamine tooks kaasa ülemääraseid tehnilisi probleeme, 3) asju ostetakse kaubabörsi, 4) asju ostetakse eriti soodsatel tingimustel isikult, kelle suhtes on algatatud likvideerimismenetlus, või pankrotihaldurilt võlausaldajatega sõlmitud kokkuleppe jõustamiseks või kui 5) kui tellitakse uurimis- ja arendusteenust.⁴⁵ Kuivõrd autori praktikas pole ette tulnud ühtegi juhtu, kus liitlasvägedel oleks midagi ülal loetletud asjadest vaja olnud, ei aita nende sätete analüüsimine käesolevas töös püstitatud probleemi lahendamisele kaasa ning sellest tulenevalt ei pea autor vajalikuks neid põhjalikumalt analüüsida.

Teenuste või ehitustööde hankelepingu sõlmimisel on hankijal õigus lisaks juba peatükis 2.1.1 analüüsitud alustele korraldada riigihange väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetlusena, kui tellitakse uusi teenuseid või ehitustöid, mis seisnevad samalt pakkujalt väljakuulutatava hankemenetluse tulemusel kuni kolm aastat varem sõlmitud hankelepingu alusel tellitud ja esialgse projektiga kooskõlas olevate samalaadsete teenuste või ehitustööde kordamises, kusjuures esialgses hanketeates peab olema teavitatud sellise hankelepingu tingimustest ja sõlmimise võimalusest väljakuulutatava hankemenetluse tulemusel. Lisaks on teenuste hankelepingu sõlmimisel hankijal õigus lisaks juba käsitletud alustele korraldada riigihange väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetlusena, kui hankeleping sõlmitakse riigihangete seaduses sätestatud korras korraldatud ideekonkursi võitjaga või ühega võitjatest ja selline tingimus oli sätestatud ideekonkursi kutses. Kui hankeleping sõlmitakse ühega ideekonkursi võitjatest, peetakse läbirääkimisi kõigi võitjatega. Uute ja täiendavate ehitustööde või teenuste tellimiste lepingu puhul on tegu sisuliselt esialgse lepingu täiendamisega, kuid hoolimata selles tuleb hankijal uuesti kontrollida pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamise aluste esinemist riigihangete seaduse § 95 kohaselt. Seda selle pärast, et säärased pakkuja kui juriidilise isiku omadused on ajas muutuvad, on võimalik, et tal on tekkinud maksuvõlg või mõni muu kõrvaldamise alus peale esialgsel lepingu allkirjastamist. Oluline on ka see, et sellisel puhul ei ole hankija seotud enam esialgses riigihankes kehtestatud kvalifitseerimise tingimustega. Selle aluse kasutamisest võib olla abi liitlasvägede kiireloomuliste vajaduste rahuldamisel juhul, kui

⁴⁵ Riigihangete seadus. RT I, 01.07.2017, 1. § 49 lg 3 ja 4 ning § 173 lg 3 ja 4

seda tehakse viimase abinõuna Kaitseväe enda nimel sõlmitud lepingute alt liitlasvägedele teenuste või ehitustööde tellimisel.

Kaitse- ja julgeoleku valdkonnas on teenuste või ehitustööde hankelepingu sõlmimisel hankijal õigus lisaks käsitletud alustele korraldada hankemenetlus väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlusena, kui tellitakse samalt pakkujalt esialgses projektis või hankelepingus mittesisaldunud, kuid esialgses hankelepingus kirjeldatud teenuste osutamiseks või ehitustöödeks ettenägematute asjaolude tõttu vajalikuks osutunud täiendavaid teenuseid või ehitustöid kuni 50 protsendi ulatuses esialgse hankelepingu maksumusest, kusjuures täiendavaid teenuseid või ehitustöid ei saa tehniliselt või majanduslikult esialgse hankelepingu esemest eraldada ilma hankijale suuri kulusi põhjustamata või täiendavad teenused või ehitustööd on esialgse hankelepingu täitmiseks vältimatult vajalikud. Lisaks ka kui tellitakse uusi teenuseid või ehitustöid, mis seisnevad samalt pakkujalt kuni viis aastat varem piiratud või konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse tulemusel sõlmitud hankelepingu alusel tellitud ja esialgse projektiga kooskõlas olevate teenuste või ehitustööde kordamises.

Sarnaselt täiendavalt käsitletud asjade soetamise väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluse alustele leiab autor, et selles lõigus nimetatud aluste sügavam analüüsivajadus puudub. Seda selle pärast, et liitlasvägede puhul toimuvad kõik hanked nende jaoks esmakordselt ja ei ole võimalik rakendada täiendavate tööde või teenuste sätete. Samamoodi ei puutu liitlasvägedele hankides hankija kokku ideekonkurssidega, sest üldjuhul tahetakse töökindlaid standarditele vastavaid asju, mis ühilduks olemasolevatega ja nii puudub ka ruum innovatsiooniks.

Juhul, kui hankija soovib riigihanke korraldada väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlusena riigihangetes, mille eeldatav maksumus jääb alla rahvusvahelise piirmäära, on seadusesse toodud üsnagi pikk ja ammendav loetelu selle võimalustest. Lisaks juba käsitletud alustele on hankijal õigus korraldada riigihanke väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlusena alla rahvusvahelise piirmäära, kui:

- 1) hankelepingu ese on litsents kasutada raamatukogu dokumente või andmebaasi;
- 2) asju ostetakse väga lühikese aja jooksul pakutud eriti soodsat võimalust ära kasutades tavalisest turuhinnast oluliselt madalama hinnaga;
- 3) asju ostetakse või teenuseid või ehitustöid tellitakse diplomaatilise esinduse jaoks välisriigis;

- 4) asju ostetakse või teenuseid tellitakse kinnipidamisasutuselt või selle tootmisüksusi haldavalt riigi äriühingult käesoleva seaduse § 5 lõike 2 punktides 1 ja 2 nimetatud hankija poolt;
- 5) hankelepingu ese on õhustransporditeenused;
- 6) hankelepingu ese on arhivaal, teavik, teavikute kasutuslitsents või muuseumikogusse arvatav kultuuriväärtusega asi ja hankijaks on muuseum, arhiiv või raamatukogu;
- 7) hankelepingu ese on teadus- ja arendustegevuseks otseselt kasutatav asi ja hankijaks on teadus- ja arendustegevuse korralduse seaduse alusel atesteeritud teadus- ja arendusasutus;
- 8) asju ostetakse seoses lavastuse või kontsertkava ettevalmistamise ja läbiviimisega ning hankijaks on etendusasutus;
- 9) ostetakse toidukaupu, või
- 10) võistleva dialoogi, innovatsioonipartnerluse või konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse käigus ei esitatud ühtegi pakkumust ega taotlust või kõik esitatud pakkumused olid riigihanke alusdokumentidele mittevastavad või kõik taotlused esitati taotlejate poolt, kes kuuluvad või võivad kuuluda kõrvaldamisele riigihangete seaduse § 95 lõike 1 või 4 alusel või kes ei vasta kvalifitseerimise tingimustele, ja riigihanke esialgseid tingimusi oluliselt ei muudeta.⁴⁶

Kõigist nendest alustest pakub vähesel määral abi käesolevas töös püstitatud probleemi leevendamiseks ainult üks. Nimelt tohib väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse liiki kasutades osta toidukaupu kuni rahvusvahelise piirmäärani, milleks on asjade puhul klassikalises sektoris 135 000 eurot. Kuivõrd üheks oluliselt osaks liitlasvägede vajadustest on toiduained, saab seda rakendada. Selle sätte alusel läbiviidava väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse tulemusena saab soetada ühes kalendriaastas vaid kuni 134 999.99 euro eest. Kuivõrd liitlasvägede arv on tuhandetes, siis sellest on abi vaid lühikeseks ajaks. See ajaperiood, mis selle summaga kaetud saab ei piisav rahvusvahelise hankemenetluse läbiviimiseks, mis teadupärast võtab aega minimaalselt 3 kuud. Seda sätet saab rakendada siis ainult äärmistel juhtudel, kui muud üle ei jää. Samas saab idee poolest seadusega vastuollu minemata korraldada ühe sellise menetluse aasta lõpus ja teise kohe järgmise aasta alguses. Võimalik, et sellest ajavahemikust piisab juba rahvusvahelise hanke läbiviimiseks.

Teised välja toodud alla rahvusvahelise piirmäära jäävad väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse alused ei ole antud töö probleemi lahendamise koha pealt olulised, sest selliseid

⁴⁶ Riigihangete seadus. RT I, 01.07.2017, 1 § 50

hüvesid ei ole autorile teadaolevalt liitlasvägedel vaja olnud ja selle tõttu ei pea autor vajalikuks neid pikemalt käsitleda.

Kokkuvõtvalt saab siin alapeatükis käsitletu pinnalt asuda seisukohale, mille kohaselt väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse liigi kasutamisest on liitlasvägede kiireloomuliste ja ettenägematute vajaduste katmisel abi üksnes toiduaine hankimisel. Riigihangete seaduse § 50 punkti 9 alusel võib toiduainete riigihankeid, mille eeldatav maksumus jääb alla rahvusvahelist piirmäära, milleks on 135 000 eurot, hankida kasutades väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus. Kuivõrd aga liitlasvägede vajadused ka selles kategoorias on oluliselt suuremad, on selleks abi ainult väheseks ajaks, millest ei pruugi piisata isegi paralleelselt samal ajal rahvusvahelise hankemenetluse läbiviimiseks. Väljakuulutamiseta läbirääkimistega, kui konkurentsi kõige enam piirava menetlusliigi läbiviimine on iseenesest üsnagi lihtne. Riigihangete seaduse kohaselt algab see menetlus koheselt hankelepingu läbirääkimistega pakkujatega, kelle majanduslik ja finantsseisund ning tehniline ja kutsealane pädevus on hankelepingu nõuetekohaseks täitmiseks eeldatavalt piisavad. Menetluse käigus võib kõrvale kalduda ka riigihangete seaduse §-s 45 toodud teabevahetuse nõuetest.⁴⁷ See tähendab seda, et puudub kohustus anda pakkujatele 3 tööpäeva täpsustuse esitamiseks, kuid see tuleb sätestada juba esialgsetes hankedokumentides, kui nad koostatakse. Läbirääkimiste käigus võib hankija küsida ka enda sätestatud tähtjaks pakkumusi, kuid see pole kohustuslik riigihangete seaduse § 72 lõike 5 kohaselt. Oluline on hankijal meeles pidada, et ainuke kohustuslik asi mida ta pakkujate suhtes kontrollima peab, on riigihangete seaduse § 95 lõikes 1 sätestatud hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puudumist. Võrreldes varem kehtinud seadusega on riigihanke direktiivid toonud riigihangete seadusesse sisse hankija õiguse loobuda hankedokumentide koostamisest, mis teinekord oma sisunõuetega võivad üsnagi palju aega võtta.

2.2. Erandmenetlus klassikalises ning kaitse- ja julgeoleku valdkonnas

Riigihangete seaduse §-d 11 ja 170 sätestavad erandid seaduse kohaldamisest, mille korral riigihangete seaduse kohaldamine ei ole erinevatel põhjustel asjakohane ega annaks vajalikku tulemust. Käesolevas peatükis uurib autor kõiki erandmenetluse läbiviimise sätteid eesmärgiga

⁴⁷ Minumets, Diana. Ettevõtja seisundit kirjeldavate dokumentide kohta selgituste nõudmine riigihankemenetluses. Tallinn: Juridica 2016, lk 29

leida lahendus liitlasvägede kiireloomuliste ja ettearvamatute vajaduste rahuldamise kontekstis. Erandhankemenetluse puhul puuduvad riigihanke läbiviimisel tähtjad ja kõik muu riigihangete seadusest tulenev. Ainult eranditega kaetud juhtudel võib hankija põhimõtteliselt loobuda riigihangete üldpõhimõtete järgimisest, sest tegemist on hangetega, kus lähtumine turu konkurentsiolekorrast ei ole võimalik või mõistlik või ei ole riigihanke korraldamine võimalik seoses hankelepingu eset puudutava konfidentsiaalse informatsiooni hoidmisega. Erandmenetluse puhul saab hankija põhjendatud juhtudel sõlmida otselepinguid, millede kestvus isegi ei ole reguleeritud. Sellest tulenevalt on võimalik sõlmida ka tähtjatuid lepinguid, mis on küll riigihanke õigus üldpõhimõtetega vastuolud, kui mille sõlmimisel ka riigihangete seaduses sätestatud korda ei rakendada. Erandeid puudutavaid sätteid tuleb alati tõlgendada kitsendavalt, st erandi kohaldamine on lubatud siis ja sellises ulatuses, et see tagab erandiga kaitstava õigushüve realiseerimise. Kui erandi rakendamine ei hoia vastavat negatiivset tagajärge ära ja vastava õigushüve kaitsmine on võimalik ka avaliku riigihankeprotseduuri käigus, siis ei ole ka alust erandit rakendada. Samuti on riigihangete seaduse kohaldamisalast väljas hankelepingud, mis on seotud riigisaladusega või salastatud välisteabega riigisaladuse ja salastatud välisteabe seaduse tähenduses või Eesti Panga turvalisuse või avaldamisele mittekuuluva teabega või kui lepingu täitmine eeldab kooskõlas õigusaktidega eriliste turvalisusnõuete täitmist või kui erandi kohaldamine on otseselt vajalik riigi oluliste huvide kaitsmiseks.⁴⁸

Kuigi Euroopa Liidu Toimimise Lepingu kohaselt ei pea ükski liikmesriik avaldama informatsiooni, mis on seotud eriliste turvalisuse nõuete täitmise ja riigi oluliste huvide kaitsega, ei saa seda õigust tõlgendada liiga laialt. Peab kaaluma võimalusi, kas hanke korraldamise puhul on oluliste huvide kaitsmine ja turvameetmed siiski võimalikud. Käesoleval juhul võiks tuua näite kaasusest, kus Itaalia ostis ilma hankemenetlust korraldamata sõjaväelise ja tsiviilcorpuse tarbeks helikopterid. Tegemist oli nn „kaheotstarbeliste” helikopteritega, mis mõeldud tsiviil- ja vajadusel sõjalisel otstarbel kasutamiseks. Oluline on märkida, et EÜ artikli 296 lõike 1 punkti b kohaselt võib iga liikmesriik võtta vastu meetmeid, mida ta peab vajalikuks oma oluliste julgeolekuhuvide kaitseks ja mis on seotud relvade, laskemoona või sõjavarustuse tootmise või kaubandusega, tingimusel, et need meetmed ei avalda ebasoovitavat mõju selliste toodete konkurentsitingimustele ühisturus, mis ei ole mõeldud spetsiaalselt sõjaliseks otstarbeks.

⁴⁸ Näiteks sedastas Euroopa kohus kohtuasjas C-337/05, et erandit on võimalik kasutada vaid siis, kui erandi alusel hangitavaid asju kasutatakse hankija poolt üksnes sõjaliseks otstarbeks. Viidatud Euroopa Kohtu lahendis arutleti sõdurite poolsaabaste hankimise üle, kus kohus leidis, et kuna neid hankija sõnul hakatakse kasutama sõdurite poolt ka puhkusel, ei olnud erandi kasutamine õigustatud. Seega, kuna ostetud asju kasutati lisaks sõjalistele eesmärkidele ka tsiviileesmärkidel, ei olnud erandi kohaldamine õigustatud.

Kõnealused tooted peavad olema mõeldud spetsiaalselt sõjaliseks otstarbeks. Sellest tuleneb, et niisuguse varustuse ostmise, mille sõjalisel otstarbel kasutamine ei ole kindel, peab tingimata toimuma riigihankelepingute sõlmimise korra kohaselt. Hanget ei pea korraldama, kui hange tehakse sisuliselt ELTL kooskõlas oleva välislepingu, rahvusvahelise organisatsiooni erimenetluse alusel või sõjaväeüksuste paigutamise seotud välislepingu alusel. Riigihangete seadus ei kohaldu ka kinnisvara või sellega seotud õiguste omandamisega seotud lepingutele.

Kaitse- ja julgeoleku valdkonda kuuluvate toodete all mõeldakse Euroopa Liidu Nõukogu 15.04.1958 otsusega nr 255/58⁴⁹ vastu võetud relvade, laskemoona ja sõjavarustuse nimekirjas sisalduvaid asju. Otsuse kohaselt tohivad liikmesriigid hankedirektiivi 2009/81 EU oma õiguskorda implemteerimisel piirduda ainult selle nimekirjaga. Nimekirjas on ainult tooted, mis on toodetud, projekteeritud või arendatud üksnes sõjaliseks eriotstarbeks. Kuid mainitud direktiivi preambula lõike 10 kohaselt, arvestades tehnoloogia, riigihankepoliitika ja ka sõjaliste nõuete arengut, millega kaasneb muuhulgas ka uut liiki varustuse väljatöötamise (näiteks droonid), tuleb seda nimekirja tõlgendada laiendavalt.⁵⁰ Lisaks sellele, hõlmab see kaitse- ja julgeoleku riigihankeid reguleeriv direktiiv ka tooteid, mis esialgu küll projekteeriti tsiviilkasutuseks, kuid mis on aja möödudes ümber tehtud selliselt, et seda saab kasutada sõjaliseks otstarbeks kas relva, laskemoona või sõjavarustusena. Sõjalistele korpustele tsiviilotstarbeliseks kasutamiseks helikopterite tarnimine peab vastama samadele eeskirjadele.⁵¹ Kaitseotstarbelise varustusega otseselt seotud asjad hõlmavad lisaks ka näiteks eritööriistu ja – masinaid, mis on vajalikud sellise varustuse tootmiseks ja hooldamiseks. See tähendab ka lisavarustust, näiteks lahingus osalevate õhusõidukite pilootide spetsülikondi ja -kiivreid. Kaitseotstarbelise varustusega otseselt seotud teenused hõlmavad näiteks sõjaliste õhusõidukite, tankide või lahingulaevade jne põhjalikku ülevaatus ja remonti. Kaitseotstarbelise varustusega otseselt seotud ehitustööd võivad olla näiteks sõjalise varustuse laborite ehitamine. Kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete reeglitega on hõlmatud kaitseotstarbelise varustuse elutsükli kõikide etappide kohta hankelepingute sõlmimine. Direktiivi kohaselt hõlmab see teadus- ja arendustegevust, tööstuslikku arendamist, tootmist, parandamist, uuendamist, muutmist, hooldamist, logistikat, väljaõpet, katsetamist, kasutuselt kõrvaldamist ja hävitamist. Need etapid hõlmavad näiteks uuringuid, hindamist, ladustamist, transporti, integreerimist, hooldust,

⁴⁹ Otsus, milles kehtestatakse asutamislepingu endise artikli 223 (praegu artikkel 296) lõike 1 punkti b sätete kohaldamisalasse kuuluvate toodete (relvad, laskemoon ja sõjatehnika) loetelu (doc. 255/58). 15. aprilli 1958. aasta protokoll: doc. 368/58

⁵⁰ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ preambula lg 10

⁵¹ Euroopa Kohtu 8. aprilli 2008. a otsus kohtuasjas C-337/05: Euroopa Komisjon vs Itaalia.

demonteerimist, hävitamist ja kõiki muid algele projekteerimisele järgnevaid teenuseid. Silmas tuleb pidada, et kõnealused ehitustööd, teenused ja asjad peavad olema seotud kaitseotstarbelise varustusega nii, et iseseisvalt ei omaks need mingit tähendust. Selline seos võib tuleneda muuhulgas kasutustingimuste eesmärgist.

Euroopa Liidu tasemel hinnatakse, et suurem osa kaitsehankeid korraldatakse tulevikus direktiivi alusel avalikena. Siiski mõeldakse, et alati tehakse teatud osa hankeid erandi alusel, kuivõrd riikide julgeolek, mis jääb iga liikmesriigi ainuvastustuseks nii kaitse- kui ka julgeolekuvaldkonnas, tingib hangete salastatuse.⁵² Sellest hoolimata on käesoleva töö autori hinnangul jäetud see võimalus kasutamata kaitse- ja julgeoleku valdkonna erandhanke aluste sätestamisel.

2.2.1 Erandmenetluse alused klassikalises sektoris

Klassikalises sektoris riigihanked läbi viies ei ole hankija kohustatud järgima riigihangete seaduses sätestatud korda juhul, kui on täidetud mõni riigihangete seaduse § 11 lõikes 1 toodud erandmenetluse alustest. Võrreldes kuni 31.08.2016 kehtinud riigihangete seadusega, kus oli 13 erandit, on uues seaduses klassikalise sektori erandmenetluse aluseid 21. Järelikult on lisaks varem kehtinud alustele vajadus täiendavate aluste järgi, sest teatud teenuste hankimise puhul ei ole võimalik ja otstarbekas riigihangete läbiviimise üldpõhimõtete järgimine. Hea näide on seadusesse lisandunud õigusteenuse soetamise erand. See on ka igati loogiline, sest õigusteenuse ostmine avalikul turul ei ole kõige mõistlikum tulenevalt valdkonna spetsiifikast – kui osta kõige odavamast või kiiremast teenust, pole tulemused kuigi paljulubavad. Autor soovib siinkohal rõhutada, et erandmenetluse aluste esinemisel on hankija täielikult vabastatud riigihanke üldpõhimõtete järgimisest, kuid juhul kui menetlusse kaasatakse mitu potentsiaalset pakkujat, peab hankija siiski kehtestama menetluse korra ja sellest kinni pidama, sest vastasel juhul võivad pakkujad pöörduda Rahandusministeeriumi poole järelevalvemenetluse algatamiseks või esitada kohtusse hagi.

Riigihangete seaduse § 11 lõike 1 punkti 1 kohaselt ei ole hankija kohustatud järgima riigihangete seaduses sätestatud korda juhul, kui sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk on

⁵² Riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskiri. 113 SE. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=1424299&u=20120209143353> (16.12.2017)

pakkuda või käitada avalikkusele kättesaadavaid elektroonilise side võrke või pakkuda avalikkusele elektroonilise side teenust. Kuivõrd liitlasv egede puhul selliste teenuste osutamine nende poolt on v alistasud, ei pea autor vajalikuks seda sätet täiendavalt anal uusida.

Sama paragrahvi sama lõike punkti 2 kohaselt ei pea hankija riigihangete seaduses sätetatud korda järgima, kui hankeleping sõlmitakse Eesti ja ühe või mitme kolmanda riigi vahelises välislepingus sätetatud reeglite kohaselt ja hankelepingu eset kasutavad lepingupooled ühiselt või oma ühise projekti tarbeks. Kolmandaks riigiks riigihanke direktiivide ja seaduse mõistes on siis riigid, kes ei kuulu Euroopa Liitu, Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriikide hulka ega Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga hinenud riikide hulka. Võrreldes Euroopa Liidu liikmesriikidega, lisandub riigihangete direktiivide kohaldamisalasse Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriikidena Island, Norra ja Liechtenstein. Maailma Kaubandusorganisatsiooni (WTO) riigihankelepinguga hinenud riikidena lisanduvad Armeenia, Kanada, Hiina, Iisrael, Jaapan, Korea, Moldova, Montenegro, Uus Meremaa, Singapur, S veits, Ukraina ja Ameerika Ühendriigid. See tähendab, et mitte ükski Euroopa Liidu liikmesriikidest ega nimetatud riik ei kvalifitseeru riigihanke õiguse mõistes kolmandaks riigiks. Kuivõrd kõik siiani Eestisse saabunud liitlasväed kuuluvad nimetatud riikide hulka, ei saa selles lõigus mainitud erandhanke alust rakendada ja sellest tulenevalt ei pea autor vajalikuks seda täiendavalt käsitleda.

Riigihangete seaduse § 11 lõike 1 punkt 3 kohaselt ei pea riigihangete seaduses sätetatud korda rakendama, kui leping sõlmitakse rahvusvahelise organisatsiooni kohustusliku erimenetluse alusel. Seega juhul, kui lepingu või kokkuleppe sõlmimise menetluses ei ole järgitud väga konkreetseid rahvusvahelise organisatsiooni poolt kehtestatud protseduurireegleid, ei ole võimalik erandit kohaldada.⁵³ Autor on seni oma riigihanke õiguse praktiseerimise ajal kokku puutunud vaid ühe sellise organisatsiooniga, milleks on NATO Support and Procurement Agency (NSPA), ehk Põhja Atlandi Lepingu Organisatsiooni Toetuse ja Hangete Agentuur. See agentuur on spetsialiseerunud kaitse- ja julgeoleku valdkonna riigihangetele ning nad omavad põhjalikke tehnilisi teadmisi tehniliste kirjelduste koostamiseks enamuse maailmas toodetavate militaarkaupade kohta. Nagu nimest võib järeldada, saavad selle agentuuri kaudu hankeid läbi viia üksnes NATO liikmesriigid. Praktikas n aab see välja selliselt, et enne hankega alustamist tuleb NATO liikmesriigil kanda kogu riigihange eeldatav maksumus nende kontole koos

⁵³ Riigihangete seaduse 450 SE seletuskiri lk 27

administreerimiskuludega. Kuivõrd läbi selle agentuuri soetavad asju suured NATO liikmesriigid nagu Ameerika Ühendriigid, Saksamaa ja Prantsusmaa ning teevad seda väga suurte summade eest, ületavad Eesti puhul administreerimiskulud pahatihti riigihanke eeldatavat maksumust. Sellest tulenevalt ei saa Eesti selle agentuuri olemasolemisest kuigi palju kasu. Kuivõrd NSPA tegeleb üksnes kaitse- ja julgeoleku valdkonna hangetega ja Eestis viibivate liitlasvägede vajadused langevad reeglina klassikalisse sektorisse, leiab autor, et sellest sättest pole abi käesolevas töös püstitatud probleemi lahendamiseks.

Riigihangete seaduse § 11 lõike 1 punkti 4 kohaselt ei pea riigihangete seaduses sätestatud korda rakendama juhul, kui leping sõlmitakse sõjaväeüksuste paigutamise seotud välislepingu alusel. Välisleping peab kvalifitseeruma välislepinguks välissuhtlemisseaduse alusel.⁵⁴ Riigihangete seaduse eelnõu seletuskirja kohaselt selle sätte kohaldamise alus sama punkti 3 omaga, kuid see välisleping peab käsitlema sõjaväeüksuste paigutamist. Riigihangete seaduse § 14 lõige 1 punkt 4 põhineb riigihanke direktiivi 2014/24/EL artikkel 17 lõike 1 punktil b), mille kohaselt direktiivi ei kohaldata selliste kaitse- või julgeolekuaspekte sisaldavate riigihankelepingute suhtes, mille sõlmimisel või korraldamisel avaliku sektori hankija peab kohaldama käesoleva direktiiviga kaetust erinevat hankemenetlust, mis on kehtestatud sõjaväeüksuste paigutamist käsitlevas rahvusvahelises lepingus või kokkuleppes, mis on seotud liikmesriigi või kolmanda riigi äriühingutega. Kui kaks liikmesriiki sõlmivad omavahel sõjaväeüksuste paigutamist käsitleva lepingu, millega nad muuhulgas lepivad kokku ühiste eesmärkide nimel soetatavate hüvede menetluse korra, siis on selge, et ettevõtjad, kellelt neid hüvesid soetama hakatakse, kvalifitseeruvad riigihanke direktiivi mõistes „liikmesriigi või kolmanda riigi äriühinguks“. Kuivõrd selles lõigus käsitletava erandmenetluse eeldus ei ole, et sõlmitava lepingu üheks pooleks peab olema kolmas riik, saab seda alust autori hinnangul edukalt kasutada liitlasvägede ettenägematute ja kaootiliste vajaduste rahuldamiseks. Selle sätte rakendamiseks piisab üksnes riigihangete seaduse § 3 punkt 2 kohaldamisalasse jäävate riikide vahelisest lepingust või kokkuleppes, mis reguleerib sõjaväeüksuste paigutamist ja avaldab mõju liikmesriigi või kolmanda riigi äriühingutele.

Praktikas on autor kokku puutunud mitmete liikmesriikide vaheliste sõjaväeüksuste paigutamist reguleerivate lepingute ja kokkulepetega, kuid kahjuks mitte ükski neist ei sisalda endas ühiste eesmärkide nimel soetatavate hüvede menetluslikke reegleid. Sõlmitud lepingud ja kokkulepped

⁵⁴ Riigihangete seaduse 450 SE seletuskiri lk 27

reguleerivad ühiste eesmärkide nimel soetatavate asjade peatükis üksnes seda, kumb pool, kas võõrustav või võõrustaja riik, on kohustatud need hüved hankima. Sellest tulenevalt ei kvalifitseeru juba sõlmitud lepingud riigihanke direktiivi mõistes sõjaväeüksuste paigutamist reguleerivaks lepinguks või kokkuleppeks, mis sisaldaks endas kohustuslikke menetlusreegleid.

Autori hinnangul on käesolevas töös püstitatud probleemi üks võimalik põhjus, et riikidevahelistes kokkulepetes pole reguleeritud ühiste hüvede tarvis läbiviidavate menetluste korda. Sellest tulenevalt teeb autor ettepaneku lisada tulevikus sõlmitavatele lepingutele regulatsioon, mille kohaselt juhul, kui võõrustav riik võtab kohustuse hangete teostamiseks, sätestatakse ka hangete menetlemise kord.

Autor rõhutab, et juba sõlmitud lepingute ja kokkulepete muutmine selliselt ei ole lubatud, sest riigihanke direktiivide kohaselt ei tohi sõlmitava lepingu ja kokkuleppe eesmärk olla direktiivide kohaldamisalast kõrvale kaldumine. Kui nüüd täna sõlmida lepingu muudatus või lisakokkulepe, oleks selle eesmärk puhtalt see, et kõrvale kalduda riigihanke direktiivide kohaldamisalast.

Riigihangete seaduse § 11 lõikes 2 punktid 5-21 käsitlevad erandmenetluse aluseid asjade ja teenuste soetamiseks nagu, olemasoleva ehitisega seotud õiguste omandamine, meediateenuse osutaja leidmine, vahekohtu- või lepitusteenuse soetamine, õigusteenus, laenuleping, tööleping jpm. Kuivõrd ükski neist ei aita kaasa käesolevas töös püstitatud probleemi lahendamisele, sest need ei ole seotud seni üles kerkinud ja võimalike liitlasvägede vajadustega, ei pea autor vajalikuks neid ükshaaval analüüsida.

2.2.2. Erandmenetluse alused kaitse- ja julgeoleku valdkonnas

Riigihangete seaduse § 170 lõike 1 kohaselt ei ole hankija kohustatud kohaldama riigihangete seaduses sätestatud korda, kui leping sõlmitakse ühe või mitme Euroopa Liidu liikmesriigi ja ühe või mitme kolmanda riigi vahel sõlmitud rahvusvahelisest kokkuleppes tuleneva erimenetluse alusel. Selle erisuse puhul on oluline, et leping või kokkuleppe, mis ei sisalda konkreetset hankelepingu sõlmimise korda, ei lange selle erandi alla. Näiteks ei sobi selle rakendamiseks mõne kolmanda riigiga sõlmitud vastastikuse mõistmise memorandum (*inglise keeles memorandum of understanding*) juhul, kui ta ei sisalda mõlema poole ühiste huvide tarvis tehtavate soetuste menetluslikku korda ega hankereegleid. Sellisel puhul peavad mõlemad memorandumi pooled sõlmima hankelepinguid vastavalt oma riigis kehtestatud hankereeglitele.

Nimetatud memorandumite sõlmimisel eesmärgiga sellele sättele tugineda tuleb järgida põhimõtet, mille kohaselt ei või liikmesriigid endale võtta rahvusvahelise õiguse alusel kohustusi, mis on vastuolus Euroopa Liidu direktiividega või korrigeerida nende kohaldamisala. Samas ei ole sättes piiranguid lepingu objektile ehk erandhanke esemele ning sellest tulenevalt võib see leping käsitleda ükskõik millist kaitse- või julgeolekuküsimust.

Kuivõrd seda sätet saab rakendada üksnes liikmesriigi ja ühe või mitme kolmanda riigi vahel sõlmitud lepingu puhul, ei aita säte lahendada käesolevas töös püstitatud probleemi. Selle sätte rakendamiseks peab olema vastastikuse mõistmise memorandum sõlmitud Eesti ja mõne riigihanke direktiivide mõistes kolmanda riigi vahel. Sätet saaks teoreetiliselt rakendada mõne sellise liikmesriigiga sõlmitud vastastikuse mõistmise memorandum alusel, kes kuulub küll NATO-sse, kuid mitte Euroopa Liidu riigihanke direktiivide kohaldamisalasse. Reeglina on vastastikuse mõistmise memorandumites kirjas ühiste soetuste peatükis, et võõrustava riigi kohustus on ühiste huvide tarvis soetuste korraldamine olenemata sellest, kes realselt soetatava eest tasub. Autor teeb ettepaneku lisada edaspidi sõlmitavate memorandumitesse, et võõrustaja riik teeb riigihanked vastavalt tema volitatud ametiasutuse hankekorra erandhankemenetluse sätetele. Samas soovib autor rõhutada, et säärase muudatuse tegemine juba kehtivasse memorandumisse ei oleks lahendus, sest kaitse- ja julgeoleku valdkonna riigihanke direktiivi 2009/81 EU artikkel 11 kohaselt ei või mitte ühtegi direktiivi reguleerimisalast välja jätud eeskirjadest, menetlustest, programmidest, kokkulepetest, kordadest või riigihankelepingutest kasutada direktiivi sätete kohaldamise vältimiseks. See tähendab seda, et sellise memorandumi muudatuse tegemise eesmärk ei tohi olla riigihanke direktiivide reeglistikust kõrvale kaldumine.

Riigihangete seaduse § 170 lõike 1 punkti 2 kohaselt ei ole hankija kohustatud riigihangete seaduses sätestatud korda rakendama, kui sõlmitav riigihanke leping on seotud luure- või vastuluuretegevusega, sealhulgas julgeolekuasutuse või Kaitseväe luuretegevusega. See punkt on kooskõlas Euroopa Liidu riigihanke direktiivi 2009/81 EU artikkel 13 punktiga b), mille kohaselt seda direktiivi ei kohaldada luuretegevusega seotud riigihankelepingute sõlmimiseks. Autor leiab, et direktiivi selle punkti sõnastus ei ole arusaadav, sest juhul, kui riigihanke direktiivi ega riigihangete seadust mõne lepingu sõlmimiseks ei kasutata, siis ei saa tegu olla ka riigihankelepinguga. Luuretegevusega seotud lepingud on olemuselt sellised, et neis ei saa arvestada läbipaistvuse ja olemasoleva konkurentsi ärakasutamise põhimõtteid. Seda punkti saavad rakendada hankijad, kes sõlmivad lepinguid luureteenistuste spetsiifilist kaupade, ehitustööde või teenuste hankimiseks. Lisaks on võimalik, et luureteenistused sõlmivad iseenda

tegevusega otseselt seotud hankelepinguid. Selle erandi alla kuuluvad kõikide luuretegevustega seotud soetused hoolimata sellest, kas seonduv teenistus või asutus vastutab konkreetse luuretegevuse eest (sõjaline, julgeoleku-, kriminaal- või välisluuretegevus) või on spetsialiseerunud teatavatest allikatest informatsiooni kogumisele (nt satelliitluure või signaalluure). Samas tuleb arvestada, et erandiga on hõlmatud ainult sellised hanked, mis on seotud luuretegevusega.⁵⁵

Kuivõrd selle erandmenetluse aluse, kui ka seaduse eelnõu seletuskirja sõnastusest tulenevalt hõlmab see kõike luuretegevusse puutuvat, tuleb sätte rakendamisel meeles pidada hankedirektiivide üldpõhimõtet erandite rakendamisel, mille kohaselt tuleb kõiki erandi aluseid tõlgendada kitsendavalt ja analüüsida, kas saaks sama eesmärgi saavutada mõne vähem piirava meetmega. See erandhanke alus on abiks käesolevas töös püstitatud probleemi lahendamisel, kuid üksnes ulatuses, mis on seotud luuretegevusega.

Riigihangete seaduse § 170 lõike 1 punkti 3 kohaselt ei ole hankijad kohustatud järgima riigihangete seaduses sätestatud korda juhul, selle järgimine kohustaks hankijat andma teavet, mida ta peab riigi oluliste julgeolekuhuvide vastaseks. See erand on riigihangete seadusse tulnud Euroopa Liidu Toimimise Lepingu artikli 346 lõike 1 punktis a alusel, mille kohaselt ei ole ükski liikmesriik kohustatud avaldama Euroopa Liidule sellist informatsiooni, mida ta peab oma oluliste julgeolekuhuvide vastaseks. Peamine erinevus on see, et ELTL artikli 346 lõike 1 punktis a mainitakse ainult õigust informatsiooni mitte avaldada, kuid ei mainita edasisi meetmeid, mis võivad seonduda avaldamata jätmisega. Seepärast sätestab direktiiv ja selle alusel eelnõu selgesõnaliselt seose informatsiooni mitteavaldamise ja riigihangete seaduse mittekohaldamise vahel. Täpsustus on vajalik ka väga salajaste ja mittesõjalise julgeoleku valdkonnas sõlmitavate hankelepingute puhul, mis ei ole hõlmatud ELTLi artikli 346 lõike 1 punktiga b.⁵⁶

Selle erandiga on hõlmatud lepingud, mis on nii tundlikud, et oleks sobimatu kohaldada riigihangete seadust, hoolimata selle spetsiifilisusest, näiteks eriti tundlike ostude puhul, mis eeldavad väga kõrget konfidentsiaalsustaset, näiteks ostud, mille eesmärk on piirikaitse või võitlus terrorismi või organiseeritud kuritegevuse vastu, mis on seotud krüptimisega või mõeldud

⁵⁵ Riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskiri. 113 SE. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=1424299&u=20120209143353> (16.12.2017)

⁵⁶ Riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskiri. 113 SE. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=1424299&u=20120209143353> (16.12.2017)

spetsiaalselt varjatud tegevuseks või muuks sama tundlikuks tegevuseks, mida teostavad politsei- ja julgeolekujõud. Liitlasvägede vajadused on üldjuhul vähem tundlikumad, sest ega ka nemad ise ei soovi meile avaldada enda tundlikku informatsiooni. Need soetused teevad nad tõenäoliselt juba enne tulekut koduriigis ära või siis tagantjärele ja lasevad selle Eestisse transportida. Sellest tulenevalt ei ole sellest erandi alusest abi käesolevas töös püstitatud probleemi lahendamisel.

Hankija ei ole kohustatud riigihangete seaduses sätestatud korda rakendama ka juhul, kui leping sõlmitakse sellise uurimis- ja arendustegevusel põhineva koostööprogrammi raames, kus osalevad vähemalt kaks Euroopa Liidu liikmesriiki uue toote väljatöötamiseks ja vajaduse korral selle toote elutsükli hilisemate etappide jaoks. Arvestades liitlasvägede vajadusi Eestis viibides, siis sellise uurimis- ja arendustegevusega, mis langeks selle erandi alla, pole veel ette tulnud ning sellest tulenevalt ei pea autor vajalikuks seda sätet pikemalt analüüsida.

Tulenevalt riigihangete seaduse 170 lõike 1 punktist 5 ei ole hankija kohustatud riigihangete seaduses sätestatud korda rakendama, kui mõnes välisriigis, välja arvatud Euroopa Liidu liikmesriik, sõlmitakse leping, mis puudutab mittesõjaliste asjade ostmist või teenuste või ehitustööde tellimist logistilisel otstarbel ja mida täidetakse, kui väed paigutatakse väljapoole Euroopa Liidu territooriumi, ning mis tuleb operatiivvajaduste tõttu sõlmida operatsioonide piirkonnas asuva ettevõtjaga. Kuivõrd säte ise sedastab, et lepingu sõlmimise asukohaks peab olema mõni riik, mis ei ole Euroopa Liidus, siis ka sellest sättest ei ole abi käesolevas töös.

Käsitatud paragrahvi sama lõike punkti 6 kohaselt ei pea riigihangete seadust rakendama juhul, kui riik hankijana sõlmib lepingu teise riigiga, millelt ostetakse või tellitakse selliseid kaitseotstarbelisi asju, mis on projekteeritud või kohandatud sõjaliseks otstarbeks ning mis hõlmab laskemoona, lõhkeainet, relvastust, inseneri-, side- ja seirevarustust, riide- ja erivarustust, maismaa-, mere- ja õhusõidukeid, nendega seotud remondi- ja hooldusvahendeid ja muid sõjalistel eesmärkidel kasutatavaid materjale, sealhulgas selle mis tahes osa, koostisosa ja alamkoost või üks neist. Säte põhineb Euroopa Liidu riigihanke direktiivi 2009/81 EU artikli 13 punktil f) ja on üle võetud riigihangete seadusesse samas sõnastuses. Sama sätte alusel on võimalik liitlasvägedel soetada riigihanke direktiive järgimata Eesti riigilt poolte kokkuleppel hädavajalikke asju, kui neid müüa on. Praktikas on seda rakendatud, kuid see viib vältimatult olukorrani, kus liitlased tellivad Kaitseministeeriumi valitsemisala raamlepingute mahu täis. Lepingu sõlminud asutustel on kohustus omada täpset ülevaadet, et lepingute alusel ei tellita rohkem, kui lepingu aluseks oleva riigihanke hanke teates märgitud eeldatav maksumus. Tegu on

sisuliselt riikidevahelise riigivara võõrandamisega riigihangete seadusel alusel.⁵⁷ Siinkohal soovib autor kasutada seda võimalust üksnes väga äärmistel juhtudel ja lühiajaliselt. Oluline on, et selle sätte alusel saab aidata erandkorras üksnes Euroopa Liidu liikmesriigist pärit liitlasvägesid.

Lisaks juba käsitletud sätetele saab hankija riigihangete seaduses sätestatud korda rakendamata tellida ka finantsteenuseid § 170 lõike 1 punkti 7 alusel. Kuivõrd see säte ei ole isegi kaudselt seotud liitlasvägedega ei pea käesoleva töö autor vajalikuks seda sätet analüüsida.

Selle peatüki põhjal saab väita, et Eesti seadusandja ei ole kasutanud võimalust vastu võtta Euroopa Liidu Toimimise Lepingu artikli 346 lõike 1 punkti b) ning 26.02.2014 Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2014/24/EL preambula lõike 13 ja artikkel 1 lõike 3 alusel selliseid meetmeid, mida oleks vaja kaitse- ja julgeoleku valdkonda kuuluvate asjade, teenuste ja ehitustööde kiireloomuliseks hankimiseks liitlasvägede ettenägematute vajaduste kontekstis. Seadusandja on erandhanke alused võtnud üle direktiivist tihti sõnastust muutmata. Olukorras, kus liitlasvägedel on vaja midagi ettenägematult (planeerimata) ja kiiresti hankida, on see abiks üksnes siis, kui tegemist on luuretegevusega või, et liitlasväed saaksid riigihangete seaduse § 170 lõike 1 punkti 6 alusel midagi Eesti riigilt osta. Riigihangete seadusesse üle võetud direktiivi 2014/24/EL põhjal on loodud võimalus direktiivi kohaldamisalast välja jäävate riikidega sõlmida selliseid kokkuleppeid, mis reguleerivad ühiste soetuste tarvis läbiviidavaid menetlusi. See tähendab seda, et direktiivi mõistes hankija ja kolmas isik võivad sõlmida kokkuleppe, mille kohaselt nad ühiste eesmärkide nimel tehtavate soetuste puhul direktiivi ei järgi. Autori ettepanek on, et tulevikus sõlmitavad rahvusvahelised kokkulepped sätestataks, et soetusi tehtaks vastavalt võõrustava riigi pädeva ametiasutuse hankekorra erandhangete läbiviimise sätetele. Autor on seisukohal, et see ei oleks vastuolus ka fundamentaalsete riigihankeõiguse üldpõhimõtetega, sest sõlmitava hankelepingu eest tasuks direktiivi mõistes kolmas riik.

Kuivõrd riigihangete seaduse § 2 lõike 1 kohaselt on eesmärk tagada hankija rahaliste vahendite läbipaistev, otstarbekas ja säästlik kasutamine, isikute võrdne kohtlemine ning konkurentsi efektiivne ärakasutamine riigihankel, teeb autor ettepaneku ühtlasi ka seaduse muutmiseks selliselt, et olukorras, kus Euroopa Liitu kuuluvad liitlasväed suunduvad lähetusse liikmesriiki

⁵⁷ Trepte, P. Regulating procurement. Understanding the ends and means of public procurement regulation. Oxford University Press, 2004, lk 27

võib selle üksuse teenindamiseks vajalikke asju ja teenuseid hankida riigihangete seadust kohaldamata. Sellise täienduse saaks §-i 170 teha ELTL artikkel 346 artikkel 1 punkti b) alusel, sest tegu oleks meetmega, mis aitaks kaitsta Eesti riigi olulisi julgeoleku huve ja seda on ka juba tehtud riigihangete seaduse § 11 lõike 1 punkti 4 puhul klassikalisse sektorisse kuuluvate hanke esemete suhtes.

2.3 Lihthankemenetlus

Lihthankemenetlus jõudis riigihangete seadusesse 01.01.2012 jõustunud seadusmuudatusega. Kuni selle ajani tuli alla riigihanke piirmäära jäävate soetuse puhul lähtuda üksnes riigihanke üldpõhimõtete. Seadusmuudatuse koostajate selgituse kohaselt tingis lihthanke menetluskorra kehtestamise hankijate praktiline soov saada selgemad juhised alla riigihanke piirmäära jäävate hankelepingu sõlmimisele kohalduvatest nõuetest, sest hankijate hinnangul polnud riigihanke korraldamise üldpõhimõtted nende nõuete määratlemiseks piisavad, olid umbmäärased ja tekitasid põhjendamatuult palju vaidlusi.⁵⁸

Lihthangete läbiviimist reguleerib riigihangete seaduse § 125. Lihthankemenetlus algab reeglina hanketeate avaldamisega riigihangete registris ning lõpeb riigihangete seaduse § 73 lõikes 3 sätestatud alustel. Lihthankemenetluse puhul puudub kohustus hanke teate avaldamiseks juhul, kui lihthankemenetlus viiakse läbi väljakuulutamisetähtaegadega läbirääkimistega hankemenetlusena. Selleks peab esinema vähemalt üks riigihangete seaduses § 49 lõigetes 1 ja 3-5 või § 50 sätestatud alus või siis, kui hanke teatega alustatud lihthankemenetluse käigus ei esitatud ühtegi taotlust ega pakkumust või riigihanke alusdokumentides esitatud tingimustele vastavat taotlust või pakkumust ja riigihanke esialgseid tingimusi oluliselt ei muudeta.⁵⁹

Lihthanke menetluse saab läbi viia, kui eeldatav maksumus jääb alla siseriikliku hankemenetluse piirmäära. Nii vanad kui ka uued Euroopa Liidu riigihangete direktiivid reguleerivad riigihangete läbiviimist, mille maksumus jääb üle rahvusvahelise piirmäära. Klassikalises sektoris saab lihthanke menetlusena tulemusena ühes kalendriaastas sõlmida asjade ja teenuste soetamisel lepinguid konkreetse hanke eseme suhtes 30 000 kuni 60 000 euro, ehitustööde puhul 60 000 kuni 150 000 euro ulatuses. Kaitse- ja julgeoleku valdkonnas saab asju ja teenuseid soetada

⁵⁸ Minumets, D. Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Kirjastus Juura 2014, lk 124

⁵⁹ Riigihangete seadus. RT I, 01.07.2017, 1. § 125 lg 3

lihthanke tulemusena 60 000 kuni 418 000 euro ning ehitustöid tellida 300 000 kuni 5 225 000 euro eest ühes kalendriaastas.

Erinevalt avalikust, piiratud ja konkurentsipõhisest läbirääkimistega hankemenetlusest erineb lihthankemenetlus selle poolest, et hankijal on õigus määrata riigihanke alusdokumentides lihthankemenetluse kord, see on seadusega reguleerimata. Oluline on märkida, et tegu on õiguse, mitte kohustusega, sest hankijal on õigus ka kasutada lihthanke läbiviimisel nii avatud hankemenetlust kui konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetlusemenetlust. Lisaks sellele on hankijal õigus pidada lihthankes läbirääkimisi või korraldada see järjestikuste etappidena. Oluline on, et hankija on reeglid eelnevalt läbi mõelnud ning need ka lihthanke hanketeates, lihthanke dokumendis või hankekorras kirja pannud.⁶⁰ Autor soovib siinkohal rõhutada, et juhul kui lihthankemenetlus viiakse läbi vastavalt hankija enda kehtestatud hankekorrale, on hankijal kohustus rangelt ka sellest kinni pidada tulenevalt vaidlustuskomisjoni praktikast.⁶¹ Kui kõik huvitatud isikud on teadlikud menetlusreeglitest, tagab see riigihangete läbipaistvuse, avalikkuse, kontrollitavuse ja pakkujate võrdse kohtlemise. Tulenevalt riigihangete seaduse 125 lõikes 4 on hankijal kohustus hanketeates määrata pakkumuste või taotluste esitamist mõistlik tähtaeg. Seda tehes on hankijal kohustus arvestada sõlmitava hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde iseloomuga. Samas seab löige ranged menetluslikud tähtajad – nimelt ei tohi asjade ja teenuste hankimisel olla pakkumuste esitamise tähtaeg lühem kui 5 päeva ning ehitustööde puhul lühem kui 15 päeva. Nimetatud menetluslikud tähtajad sellises sõnastuses lisandusid uue seadusega, vanas seaduses oli minimaalseks tähtajaks nii asjade, teenuste kui ka ehitustööde hankelepingute sõlmimisel 4 päeva. Lisaks sellele on hankijal kohustus kontrollida enne hankelepingu sõlmimist eduka pakkuja suhtes riigihangete seaduse § 95 lõikes 1 sätestatud hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puudumist. Võrreldes varem kehtinud riigihangete seadusega rakendub uue seaduse alusel läbiviidavatele lihthankemenetlustele kohustuslik 5 tööpäevane ooteaeg, mis hakkab jooksma hankemenetluses edukaks tunnistamise otsusest teatavaks tegemisest, mis reeglina tähendab hankija jaoks siiski 7 päevast ooteaega. Koos pakkumuste esitamise tähtaja ja kohustusliku ooteajaga kulub menetluslike tähtaegade peale asjade ja teenuste puhul 10 kuni 12 ning ehitustööde hankelepingute sõlmimisel kuni 22 päeva. Sellele lisanduvad veel hankija asutusesisesed dokumentide kooskõlastusringid ning selle pinnalt

⁶⁰ Rahandusministeerium. Riigihangete juhised. Tallinn 2014, lk 78

⁶¹ VAKO 16.05.2011 otsus nr 97-11/-

asub autor seisukohale, et ideaalolukorras, kus ei lihthanke alusdokumente ega hankemenetluses tehtavaid otsuseid ei vaidlustada, kulub menetluse läbiviimiseks vähemalt 3 kuni 5 nädalat.

Arvestades asjaoluga, et liitlasvägedel vajaminevad hanke esemed klassifitseeruvad eelkõige klassikalisse sektorisse, kus saab asju ja teenuseid konkreetse hanke eseme suhtes soetada kuni 60 000 euro ja ehitustöid kuni 150 000 euro eest ning nende hankemenetluste läbiviimise peale kulub ideaalses olukorras 3 kuni 5 nädalat, ei aita lihthankemenetlus käesolevas töös püstitatud probleemi lahendamisele kaasa. Seda osaliselt selle pärast, et liitlasvägede vajadused ületavad kehtestatud lihthanke piirmäärasid reeglina mitmekordselt ja teiselt selle pärast, et sagedased on olukorrad, kus nad ei ole objektiivsetel põhjustel võimelised sisendit õigeaegselt esitama. Lihthankemenetlus pakub töös püstitatud probleemile vaid lühiajalist leevendust, sest sõlmitavate lepingute maht on nii kiire täituma tulenevalt lihthanke piirmäärast, et selle ajaga ei saa riigihangete seadusest tulenevate riigihanke menetluste tähtaegade tõttu suuremamahulisi lepingud sõlmida. Sisuliselt on tegu olukorraga, kus samal ajahetkel esineb vajadus nii lihthanke dokumentide, kui ka riigihanke alusdokumentide koostamiseks kuna on teada, et lihthanke tulemusena sõlmitava lepingu maht saab tõenäoliselt täis isegi enne, kui riigihanke piirmäär ületava hankemenetluse tulemusena lepinguni jõutakse.

Samas on Riigikohus on kohtuasjas nr 3-3-1-65-11 märkinud järgmist:

„Kollegiumi hinnangul ei ole õiguspärane korraldada uut hankemenetlust sama eseme suhtes, mille üle toimub vaidlus vaidlustuskomisjonis või kohtus. Seaduslikkuse ja hea halduse põhimõtetega ei ole kooskõlas hankemenetluse läbiviimine tegeliku kavatsuseta hankelepingut sõlmida. [...] Sama eseme suhtes mitme paralleelse hankemenetluse läbiviimisel puudub vähemalt ühes hankemenetluses hankeeseme tegeliku soetamise kavatsus. Pelgalt uue hankemenetluse alustamine ja selle registreerimine uue viitenumbri riigihangete registris ei tähenda, et tegemist oleks uue riigihankega RHS § 2 lg 2 mõttes.“ Järelikult juhul, kui hankijal on kavatsus hankeleping sõlmida mõlema paralleelselt käimasoleva hankemenetluse tulemusena, on see lubatud. Kirjeldatud tegevuskava, kus paralleelselt asutakse koostama nii lihthankemenetluse, kui ka avatud hankemenetluse riigihanke alusdokumente, on käesolevas töös püstitatud probleemi lahendamiseks rakendatav vaid erandlikel juhtudel, mille peale liitlasvägedel väga suuri summasid ei kulu. Probleem on endiselt olemas asjade suhtes nagu toiduained, treeningkeskused, logistilised hüved jpm, kus summad ületavad kordades riigihanke rahvusvahelist piirmäär ja lihthankemenetluse läbiviimiseks uue riigihangete seaduse alusel

kuluks rohkem aega, kui selle tulemusena sõlmitav leping tulenevalt rahalisest täituvusest kehtiks.

Kuivõrd liitlasväed iseendale alalisi ehitisi Eestisse veel ei raja, millest tulenevalt ehitustööde alla kvalifitseeruvad hanke esemete peale kuluvad summad üüratud ei ole, pakub lihthankemenetluse kaitse- ja julgeoleku valdkonna alla kuuluvate ehitustööde puhul käesolevas töös püstitatud probleemile osalise lahenduse. Seda selle pärast, et teadupärast eelneb igale ehitustööle ka projektide koostamine, nende kooskõlastamine jne, mis ajal saab ette valmistada juba lihthanke dokumenti. Teisalt on liitlasvägede toetamise problemaatika kontekstis igati proportsioonis kaitse- ja julgeoleku valdkonna ehitustööde lihthankemenetluse puhul tähtjad ja piirmäär – kuni 5 nädalase menetluse tulemusena saab sõlmida hankelepingu summas kuni 5 225 000 eurot käibemaksuta ning seda iga eraldiseisva hanke eseme suhtes. See tähendab sisuliselt, et iga hanke eseme suhtes saab kuni 5 nädalase menetluse tulemusena sõlmida iga kord hankelepingu summas üle 5 miljoni euro.

Kokkuvõtvalt lihthankemenetluse instrumendist riigihangete seaduses on sellest käesolevas töös püstitatud probleemi lahendamiseks abi. Selle tulemusena on võimalik sõlmida võrreldes avatud ja piiratud hankemenetlusega võrdlemisi kiire menetluse tulemusena hankelepinguid hanke eseme suhtes, mille soetamiseks liitlasvägedel suuri summasid ei kulu või tellitakse ehitustöid. Kui soetamist vajavad aga nende siinviibimisega kaasnevad põhilised asjad ja teenused, siis on tõenäoline olukord, kui lihthankemenetluse enda läbiviimiseks kulub rohkem aega, kui selle alusel sõlmitav hankeleping katab ning selle tõttu pole see eesmärgipärane ega paku abi töös püstitatud probleemi lahendamiseks. Kaitse- ja julgeoleku valdkonna ehitustööde lihthankemenetluse tulemusena saab sõlmida lepinguid kuni 5 255 000 eurot ja see on piisav liitlasvägede toetamiseks ehitustööde puhul. Probleem võib olla aga ehitustöödega, mis kaitse- ja julgeoleku valdkonna sektori alla ei kvalifitseeru, sest nende lihthankemenetluse piirmäär on 150 000 eurot. Teatud juhtudel võib olla otstarbekas kaaluda paralleelselt lihthanke- ja avatud- või piiratud hankemenetluse läbiviimist.

KOKKUVÕTE

Käesolevas magistritöös uuris autor, kas 14.06.2017 vastu võetud ja 01.09.2017 jõustunud riigihangete seaduse koostamisel on arvestatud Euroopa Liidu Toimimise Lepingu artikli 346 lõike 1 punktist b) ning 26.02.2014 Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2014/24/EL preambula lõike 13 ja artikkel 1 lõikest 3 tuleneva õigusega vastu võtta meetmeid, mida ta peab oluliseks riigi julgeoleku huvide kaitsmisel. Samuti uuriti, kas Eestil on võimalik korrektselt võõrustada liitlasvägesid hetkel kehtiva seaduse alusel.

Klassikalises sektoris riigihanke läbiviimisel avatud hankemenetlusena peab pakkujatele andma pakkumuse esitamiseks vähemalt 15 päeva tähtaja asjade ja teenuste hankimisel. Ehitustööde riigihangete puhul on minimaalseks tähtjaks 25 päeva. Rahvusvaheliste hankemenetluste läbiviimisel peab andma vähemalt 30 päevase tähtaja asjade- ja teenuste hankimisel. Ehitustööde puhul on minimaalne tähtaega 45 päeva. Piiratud hankemenetluse ja konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse läbiviimisel peab esimeses voorus taotlejatele andma vähemalt 30 päevase tähtaja (mida saab kiireloomuliste asjaolude esinemisel lühendada 15 päevani) taotluste esitamiseks ning peale taotlejate kvalifitseerimist andma pakkujatele 25 päevas tähtaja. Peale riigihankes otsuste tegemist rakendub 14 päevane ooteaeg rahvusvaheliste- ja 10 päevane ooteaega riigihankemenetluste puhul, mille eesmärk on tagada kõigis hankes osalejate kaebeõigus.⁶² See tähendab seda, et peale otsuste tegemist ei tohi hankija sätestatud ooteaja jooksul anda edukale pakkujale hankelepingu sõlmimise nõustumust võlaõigusseaduse mõistes ehk teisisõnu on hahkjäl keelatud lepingu varasem sõlmimine, sest vastasel juhul on sõlmitud leping tühine ilma, et seda oleks vaja lasta vaidlustuskomisjonis tuvastada. Sellest tulenevalt jõudis autor töö esimeses peatükis järelduseni, mille kohaselt ei ole võimalik hankemenetluste liikidega, mille läbiviimine võib kesta minimaalselt 3 kuud tulenevalt menetluslikest formaalsetest tähtaegadest ja põhjalike hankedokumentide koostamise nõudest, tagada liitlasvägede ettenägematute ja kiireloomuliste vajaduste rahuldamine.

Sellest tulenevalt keskendus autor järgnevates peatükkides väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse, lihthankemenetluse ja erandhankemenetluse sätetele analüüsides nende võimalikku vastuolu põhiseaduse §-dega 13 ja 126 ning tuues välja nende kitsaskohad

⁶² Väljaots, T. Põhjendamatu madalad pakkumused riigihankeõiguses. Tallinn: Juridica 2013, lk 656

liitlasvägedele soetamise kontekstis ja võimalikud ettepanekud nende muudatuseks tulevate võimalike seadusmuudatuste tarvis.

Teises peatükis käsitles autor väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust, erandhankemenetlust ning lihthankemenetlust. Erinevalt klassikalises sektoris läbiviidavatest menetlustest, puudub kaitse- ja julgeoleku valdkonnas sisuliselt riigihanke piirmäära. Riigihanked alates ühest sendist kuni 417 999.99 eurot viiakse läbi lihthangetena ning alates 418 000 eurot kuulub riigihange juba rahvusvahelisse piirmäära. Säärane erisus kaitse- ja julgeoleku valdkonda reguleerivas riigihangete seaduses kahtlemata hõlbustab nimetatud valdkonnas tegutsevate hankijate igapäevatööd, kuid ei olnud nii suureks abiks käesolevas töös käsitletava probleemi lahendamiseks, sest liitlasvägede vajadused küündivad reeglina miljonitesse.

Tulenevalt sellest, et väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust reguleerib riigihangete seadus vaid vähesel määral ja erandhangete puhul ta üldse ei rakendu, siis pidas autor ainuõigeks süvitsi analüüsida kõiki riigihangete seaduses sätestatud nimetatud menetluste läbiviimise aluseid. Lisaks sellele pidas autor vajalikuks analüüsida ka võimalikke ja reaalseid stsenaariume, mida saaks lahendada lihthankemenetlusega.

Arvestades käesolevas töös püstitatud probleemi, tuleb riigihangete seaduse analüüsimisel analüüsida § 49 lõike 1 punkti 3, mis lubab hankijal viia läbi väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus juhul, kui hankelepingu kiire sõlmimine on vajalik hankijast sõltumatute ettenägematute sündmuste tagajärjel tekkinud äärmise vajaduse tõttu, mis ei võimalda kinni pidada käesoleva seaduse §-des 92–94 sätestatud tähtaegadest. See alus sisaldab nelja alatingimust, mis peavad esinema kumulatiivselt, et seda rakendada: a) hankelepingu sõlmimise vajadus on kiire, b) vajadus on tekkinud hankijast sõltumatutest sündmustest, c) need asjaolud peavad olema olnud hankija jaoks ettenägematud ning d) lepingu kiire sõlmimiseks peab olema äärmine vajadus. Kokkuvõtvalt jõudis autor selle sätte analüüsimise tulemusena järelduseni, mille kohaselt pole sellest sättest abi töös püstitatud probleemi lahendamiseks, sest selle rakendamise alust autori hinnangul ei esine. Hoolimata sellest, et Riigi Kaitseinvesteeringute Keskusel esineb põhjendatud kiire lepingu sõlmimise vajadus ja põhjused on tema jaoks ettenägematud, ei täida ta viidatud punktis kahte teist alust, milleks on hankijast sõltumatud asjaolud ja äärmine vajadus. Hankijast sõltumatute asjaoludega ei saa olla selle pärast, et vastupidisel tõlgendamisel võiksid hankijad sõlmida kokkuleppeid, mille kohaselt nad nõustuvad üksteise eest väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusi läbi viima iga kord, kui

millegagi kiireks läheks näiteks tulenevalt asutusesisesest kehvast planeerimisest või mis tahes muudel põhjustel. Samasuguse tõlgenduse korral saaks ka äärmise vajaduse tekitada. Delegeerival hankijal võib tõesti esineda delegeerimise hetkeks äärmine vajadus, kuid see ei tähenda automaatselt seda, et reaalselt hanget läbi viival asutusel see vajadus eksisteeriks.

Riigihangete seaduse § 50 punkti 9 alusel läbiviidava väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse tulemusena saab soetada ühes kalendriaastas kuni 134 999.99 euro eest toitaineid. Samas, tulenevalt sellest, et liitlasvägede isikukoosseis on tuhandetes, siis sellest on abi vaid lühikeseks ajaks. Ajaperiood, mis selle summaga kaetud saab ei ka piisav paralleelselt rahvusvahelise hankemenetluse läbiviimiseks, mis teadupärast võtab aega minimaalselt 3 kuud. Seda sätet saab rakendada ainult äärmistel juhtudel, kui muud üle ei jää. Samas on võimalik seadusega vastuollu minemata korraldada üks selline menetluse aasta lõpus ja teine kohe järgmise aasta alguses. Võimalik, et sellest ajavahemikust piisab juba rahvusvahelise hanke läbiviimiseks.

Teise peatüki alapeatükis analüüsis autor käesolevas töös erandmenetluse aluseid kui võimalikke lahendusi töös püstitatud probleemi lahendamiseks. Vältimaks seda, et teema liiga laiali valguks, keskendus autor üksnes töös püstitatud probleemi lahendamise kontekstis olulistele erandmenetluse alustele, milleks olid klassikalisse sektorisse kuuluvate hanke esemete puhul § 11 lõike 1 punktidele 2, 3 ja 4. Viidatud punktide kohaselt ei ole hankija kohustatud riigihangete seadusest sätestatud korda riigihangete läbiviimisel rakendama juhul, kui 1) hankeleping sõlmitakse või ideekonkurss korraldatakse Eesti ja ühe või mitme kolmanda riigi vahelises välislepingus sätestatud reeglite kohaselt ja hankelepingu eset kasutavad lepingupooled ühiselt või oma ühise projekti tarbeks; 2) hankeleping sõlmitakse või ideekonkurss korraldatakse rahvusvahelise organisatsiooni kohustusliku erimenetluse alusel või 3) hankeleping sõlmitakse sõjaväeüksuste paigutamise seotud välislepingu alusel.

Esimese punkti osas jõudis autor järeldusele, mille kohaselt kolmandaks riigiks riigihanke direktiivide ja seaduse mõistes on riigid, kes ei kuulu Euroopa Liitu, Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi hulka ega Maaailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga ühinenud riigi hulka. Võrreldes Euroopa Liidu liikmesriikidega, lisandub riigihanke direktiivide kohaldamisalasse Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriikidena Island, Norra ja Liechtenstein. Maaailma Kaubandusorganisatsiooni (WTO) riigihankelepinguga ühinenud riigid. Kuivõrd kõik siiani Eestisse saabunud liitlasväed kuuluvad nimetatud riikide

hulka, ei saa seda erandhanke alust rakendada ja sellest tulenevalt ei olnud sellest sättes abi töös püstitatud probleemi lahendamiseks.

Teise punkti kohaselt ei pea riigihangete seaduses sätestatud korda rakendama, kui leping sõlmitakse rahvusvahelise organisatsiooni kohustusliku erimenetluse alusel. Järelikult, kui lepingu või kokkuleppe sõlmimise ajal ei ole järgitud väga konkreetseid rahvusvahelise organisatsiooni poolt kehtestatud protseduureegleid, ei ole võimalik erandit kohaldada. Autor on seni oma riigihanke õiguse praktiseerimise ajal kokku puutunud vaid ühe sellise organisatsiooniga, milleks on NATO Support and Procurement Agency (NSPA), kes on spetsialiseerunud kaitse- ja julgeoleku valdkonna riigihangetele ning omavad põhjalikke tehnilisi teadmisi tehniliste kirjelduste koostamiseks enamuse maailmas toodetavate militaarkaupade kohta. Kuna NSPA tegeleb üksnes kaitse- ja julgeoleku valdkonna hangetega ja Eestis viibivate liitlasvägede vajadused langevad reeglina klassikalisse sektorisse või on kaitse- ja julgeoleku valdkonda kuuluvad hanke esemete maksumused NSPA administreerimiskuludega võrreldes liiga väikesed, ei olnud sellest sättest abi töös püstitatud probleemi lahendamiseks.

Kolmanda väga olulise punktina käsitles töö erandhanke menetluse alust juhtudel, kui hankelepingut soovitakse sõlmida sõjaväeüksuste paigutamise seotud välislepingu alusel. Autori hinnangul on käesolevas töös püstitatud hüpotees saanudki alguse sellest, et oma kogemuse pinnalt ei riikidevahelistes kokkulepetes ole reguleeritud ühiste hüvede tarvis läbiviidavate menetluste korda. Mainitud kokkulepped kvalifitseeruks selle erandmenetluse aluse alla olukorras, kui need kasvõi sisaldaks viiteid mõnele menetlust reguleerivale dokumendile. Sellest tulenevalt tegi autor selles peatükis kõigile riikidevahelisi sõjaväeüksuste paigutamise lepingute sõlmimise juures rolli mängivatele isikutele ettepaneku lisada tulevikus sõlmitavatele lepingutele lisada ühiseid soetusi käsitletavatele peatükkidele juurde viide, mille kohaselt juhul, kui võõrustav riik võtab omale kohustuseks ühiste eesmärkide nimel hüvede hankimise, teeb ta seda vastavalt pädeva ametiasutuse hankekorra erandhanke läbiviimise sätetele. Eesti puhul oleks tegu siis täna Riigi Kaitseinvesteeringute Keskuse hankekorraga, mis on kehtestatud Kaitseministeeriumi valitsemisala ülese hankekorra alusel. Viite justnimelt erandhanke läbiviimise sätetele on oluline selle tõttu, sest kõigi teiste menetlusliikidega kaasnevad kohustuslikud menetlusformaalsed tähtajad, millede järgimine liitlasvägede kiireloomuliste ja ettenägematute vajaduste kontekstis ei ole võimalik.

Oluline on rõhutada, et juba sõlmitud lepingute ja kokkulepete muutmine selliselt ei ole lubatud, sest riigihanke direktiivide kohaselt ei tohi sõlmitava lepingu ega kokkuleppe eesmärk olla direktiivide kohaldamisalast kõrvale kaldumine. Kui nüüd täna sõlmida lepingu muudatus või lisakokkulepe, oleks selle eesmärk puhtalt see, et kõrvale kalduda riigihanke direktiivide kohaldamisalast. Sellest tulenevalt on Eesti olemasolevate lepingute ja liitlastega nii-öelda sundseisus nende kiireloomuliste ja ettenägematute vajaduste rahuldamise kontekstis. Arutamisele võiks tulla juba sõlmitud lepingute lõpetamise aluste kaalumine ja uute sõlmimine, kuid ka selline tegevus kahjustaks autori hinnangul Eesti kui NATO liikmesriigi mainet. Teine ettepanek seoses selle sätte ja töös püstitatud probleemiga on seadusandjale muuta koos järgmise riigihangete seaduse muutmise seadusega seda sama sätet selliselt, lepingu saaks sõjaväeüksuste paigutamise korral sõlmida kas seal lepingus sätestatud korra järgi või selle puudumisel pädeva ametiasutuse hankekorra erandhanke läbiviimise korra kohaselt. Selle sama ettepaneku valguses soovitab autor üle vaadata ka riigihangete seaduse § 170 lõike 1, millega saab täita sisuliselt sama eesmärki, kuid kitsalt ainult kaitse- ja julgeoleku valdkonda kuuluvate hanke esemete suhtes ja puhkudel, kui liitlasteks peaksid olema riigihanke direktiivide mõistes kolmandad riigid.

Viimase alapeatükina käsitleb töö lihthankemenetlust. Lihthankemenetluse pakub käesolevas töös püstitatud probleemi lahendamiseks nii mõndagi. Selle tulemusena on võimalik sõlmida võrreldes avatud ja piiratud hankemenetlusega võrdlemisi kiire menetluse tulemusena hankelepinguid hanke eseme suhtes, mille soetamiseks liitlasvägedel suuri summasid ei kulu. Kui soetamist vajavad aga nende siinviibimisega kaasnevad põhilised asjad ja teenused, siis on tõenäoline olukord, kui lihthankemenetluse enda läbiviimiseks kulub rohkem aega, kui selle alusel sõlmitav hankeleping katab ning selle tõttu pole see otstarbekas ega paku vähimalgi määral abi töös püstitatud probleemi lahendamiseks. Kaitse- ja julgeoleku valdkonna ehitustööde lihthankemenetluse tulemusena saab sõlmida lepinguid kuni 5 255 000 eurot ja see on igati piisav liitlasvägede toetamiseks. Probleem võib olla aga ehitustöödega, mis kaitse- ja julgeoleku valdkonna sektori alla ei kvalifitseeru, sest nende lihthankemenetluse piirmäära on ainult 150 000 eurot. Teatud juhtudel võib olla otstarbekas kaaluda paralleelselt lihthanke- ja avatud- või piiratud hankemenetluse läbiviimist.

Kõige eelneva pinnalt jõudis autor käesolevas magistritöös püstitatud hüpoteesi osalisele paikapidavusele. Riigihangete seaduses ei ole seadusandja arvestanud Eesti Vabariigi põhiseaduse §-dest 13 ja 126 tuleneva kohustusega ega kasutanud võimalust vastu võtta Euroopa

Liidu Toimimise Lepingu artikli 346 lõike 1 punkti b) ning 26.02.2014 Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2014/24/EL preambula lõike 13 ja artikkel 1 lõike 3 alusel selliseid täiendavaid meetmeid, mida oleks vaja konkreetselt liitlasvägede kiireloomuliste ja ettenägematute vajaduste rahuldamiseks. Seadusandja on erandhanke alused võtnud üle riigihanke direktiivist üs ühele. Klassikalisse sektorisse kuuluvaid hanke esemeid saab hankida riigihangete seaduse § 11 lõike 1 punkti 4 alusel, mille kohaselt võib hankelepingu sõlmida riigihangete seadust rakendamata juhul, kui see sõlmitakse sõjaväeüksuste paigutamisega seotud välislepingu alusel (mis sisaldab muuhulgas hanke reegleid). Käesoleva magistr töö kohaselt on töös püstitatud probleem osaliselt alguse saanud sellest, et kehtivates välislepingutes ei ole kokku lepitud menetluslike reegleid ja tagantjärele nende selliseks muutmise ei ole hankedirektiividega lubatud. Selle tõttu on Eesti Vabariik delegeeritud hankijana sundseisus, kus erandhanke menetluse alus on loodud, kuid see on jäetud kasutamata välislepingute sõlmimisel, millega lepidi kokku sõjaväeüksuste paiknemine Eestis.

Töö sissejuhatuses püstitatud hüpoteesi kontrollimiseks püstitatud küsimuste vastused käesoleva magistr töö põhjal on järgmised. Seadusandja ei ole kasutanud Euroopa Liidu Toimimise Lepingu artikli 346 lõike 1 punktist b) ning 26.02.2014 Euroopa parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2014/24/EL preambula lõikest 13 ja artikkel 1 lõikest 3 tulenevat õigust võtta vastu selliseid meetmeid, mida ta peab vajalikuks riigi oluliste julgeolekuhuvide kaitseks. Riigihanke direktiivid on võetud õiguskorda üle teemat puudutavas osas üs ühele ja täiendavaid meetmeid sätestatud ei ole. Kehtiv õiguskord ei võimalda liitlasvägede vahendite eest riigil hankida neile kaitse- ja julgeoleku valdkonda kuuluvaid asju, teenuseid ja ehitustöid. Autor jõudis järelduseni, et mitte ükski riigihangete seaduse kaitse- ja julgeoleku valdkonda reguleerivatest sätetest ei ole kohane kasutamiseks liitlasvägede kiireloomuliste ja ettenägematute vajaduste rahuldamiseks. Vastupidiselt kaitse- ja julgeoleku valdkonnale on klassikalises sektoris selline võimalus loodud riigihangete seaduse § 11 lõige 1 punkti 4 alusel, mis sätestab, et olukorras, kus hankeleping sõlmitakse sõjaväeüksuste paigutamisega seotud välislepingu alusel, riigihangete seadust rakendama ei pea. Sellest tulenevalt jõudis autor seisukohale, et riigihangete seadust tuleb muuta nii, et ka kaitse- ja julgeoleku valdkonna sektorisse kuuluvate asjade, teenuste ja ehitustööde tellimisel ei oleks hankija kohustatud riigihangete seadust järgima. Sellise täienduse saaks teha riigihangete seaduse § 173 lõikesse 1 täiendava punkti lisamise näol sõnastuses, nagu see on § 11 lõige 1 punkt 4. Riigihanke direktiivi 2014/14/EL, riigihangete seaduse ja riigihangete seaduse eelnõu seletuskirja kohaselt on seadusandjal olnud kindel soov välistada direktiivi ja seaduse kohaldamisalast lepingud, mis sõlmitakse sõjaväeüksuste paigutamisega seotud välislepingute

alusel, kuid on seda tehtud üksnes klassikalisse sektorisse kvalifitseeruvate hanke esemete suhtes. Autori hinnangul vajab see parandamist.

Magistritöö tulemusena leidis töö autor ehtsa õiguslõnga. Õiguslõngaga on Eestis kasutatava definitsiooni järgi tegemist siis, kui mingit otsustamist vajavat valdkonna ei ole seadusandlikult reguleeritud. Töö teema kontekstis on reguleerimata jäetud riigihangete korraldamine osas, mis puudutab kaitse- ja julgeoleku valdkonna kiireloomulisi hankeid. Riigihangete direktiivide mõistes klassikalisse sektorisse kuuluvate hanke esemete jaoks on riigihangete seaduse § 11 lõikes punktis 4 toodud võimalus neid hanke esemeid soetada riigihangete seadust rakendamata olukorras, kus soetatavad asjad, teenused või ehitustööd hangitakse sõjaväeüksuste paigutamiseks seotud välislepingus sätestatud korra alusel. Käesolevas töös on analüüsitud kõiki kaitse- ja julgeoleku valdkonna hankemenetluse liikide rakendamise võimalusi ja jõutud selle tulemusena järelduseni, mille kohaselt ei ole võimalik erinevalt klassikalisest sektorist kaitse- ja julgeoleku valdkonda kuuluvaid hanke esemeid liitlasvägede tarvis soetada riigihangete seadust rikkumata.

Autori hinnangul on tegu ehtsa õiguslõngaga selle tõttu, et riigil on põhiseaduse § 13 ja § 126 alusel kohustus riigikaitse korraldamiseks, kuid riik on asjade kiireloomuliseks hankimiseks vajaliku regulatsiooni kaitse- ja julgeoleku valdkonna asjade tarvis kehtestamata jätnud ja see takistab riigikaitse eesmärkide saavutamist, sest seadust järgides jääks sõjaväeüksused varustuseeta. See on tekitanud olukorra, mis kujutab endas ohtu riigi julgeolekule. Esmalt õõnestab see Eesti Vabariigi kui NATO liikmesriigi usaldusväärset solidaarse partnerina. Teiselt on see tekitanud olukorra, kus esimese põhjuse vältimiseks on viimase abinõuna riik sunnitud kasutama iseenda nimel sõlmitud lepinguid liitlasvägede võõrustamiseks, nende lepingute mahud on selle tõttu täitnud ja jõudnud teatud valdkondades ka ise lepingutega katmata vajadusteni.

Kaaludes õigushüvesid, mida kaitstakse riigihankeõigusega, peamiselt ettevõtlusvabaduse kaitse ja riigi kohustused seoses riigikaitse korraldamisega ja sellele korrespondeerivaid õigushüvesid, ei ole põhjust kahelda, et eelistada tuleb viimast, kuna selleta on ohus ka õigus vabaks ettevõtluseks.

SUMMARY

PROBLEMS IN IMPLEMENTATION OF PUBLIC PROCUREMENT ACT RELATING TO THE UNFORSEENABLE AND URGENTS NEEDS OF ALLIED FORCES

Ringo Heidmets

In this master thesis the author researched if Estonian legislator had considered the right to take additional measures stated in the Treaty of European Union Article 346 clause 1 point (b) and European Parliament and Council Directive 2014/24/EU foreword clause 13 and Article 1 clause 3 for the protection of the essential interests of its security while writing the Estonian Public Procurement Act that came in force on the 1st of September 2017.

The author considered this topic actual because should the thesis be right, Estonia is in a position where it is most likely unable to ensure the timely support of the allied forces and this presents an impact on the security. Situation, where the allied forces needs are unpleased or unpleased not in a timely manner, it damages Estonia's and NATO's liability and reputation and therefor threatens Estonia's sovereignty.

Most of the used sources for the thesis are not older than 4 years to maintain actuality. The main sources include articles on Juridica, procurement legislation literature and peer reviewed scientific sources. The thesis is built from general to specific.

As the result of this master's thesis the author found the thesis to be partly valid. The legislator has not considered the rights mentioned above while writing the Public Procurement Act on the context of fulfilling the urgent and unforeseeable needs of the allied forces. The legislator has only taken over the directives wording and no extra measures. In the classic sector of the Public Procurement Act, the legislator has provided an exception for the goods, services and works, should they be conducted under a contract related to the department of military troops. On the defense and security sector of the Public Procurement Act, no such measures have been provided.

Based on the thesis, the problem itself has partly been based from the fact, that the Republic of Estonia has not regulated the procurement rules in the contracts related to the department of

military troops, which was the core ground to the exception. According to the Directive 2014/14/EU, member states cannot make contracts which pure goal would be to go around the Directive. If Estonia would now start negotiations in order to amend the contracts, its pure goal would be to get around the directive and would therefore be forbidden. Based on that, the situation is inevitable and tough, but is likely to be solved slowly in the future by the time the contracting authority is able to conduct big framework contracts from international procurements, that knowingly can take vast amount of time.

Coming back to the defense and security sector of the procurement field, the future is not very bright based on the current Public Procurement Act. The legislator has not considered the specific needs related to supporting the allied forces during their stay in Estonia. Therefore the author of this thesis recommends and similar exception from the classic sector to be added to the defense and security section of the public procurement act. As of right now, the only tools in fulfilling the urgent and unforeseeable needs of the allies forces are with procurements under the national threshold procurements, so called simplified procurements that have shorted formal deadlines and lesser documentation obligations.

KASUTATUD ALLIKATE LOETELU

Teaduslik kirjandus

1. Trepte, P. Regulating procurement. Understanding the ends and means of public procurement regulation. Oxford University Press, 2004.
2. Arrowsmith, S. The law of Public and Utilities Procurement. Sweet and Maxwell 2005, London.
3. Bovis, C. New Public Procurement Regime: A Different Perspective on the Integration of Public Markets of the European Union. Kreeka: The European Public Law 2006
4. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. Tallinn: Juridica 2007
5. Trepte, P. Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide. Oxford: Oxford University Press 2007
6. Simovart, M. A. Lepingu muutmise nõue riigihankelepingu kohustuste vahekorra muutumise korral. Tallinn: Juridica 2008
7. Simovart, M. A. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. Tallinn: Juridica 2008
8. Donnelly, Catherine. Remedies in public procurement law in Ireland. P.P.L.R., 2009
9. Koninck, C.D., Flamey, P. „European Public Procurement Law. Part II – Remedies. The European Public Procurement Remedies Directives and 15 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities. Text and analysis.“ Kluwer Law International, 2009
10. Simovart, M. A. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. Tallinn: Juridica 2009
11. Värk, R. Kahju hüvitamise nõue lepingueelsete kohustuste rikkumisel. Tallinn: Juridica 2009
12. Bof, F. Previtali, P. National models of public (e)- procurement in Europe. Itaalia: IBIMA Publishing 2010

13. Simovart, M. A. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. Tallinn: Juridica 2010
14. Šipilov, V. Euroopa Liidu direktiivide horisontaalne kohaldatavus. Tallinn: Juridica 2010.
15. Albert Sanchez Graells. Public Procurement and the EU Competition Rules. Hart Publishing 2011.
16. Eadie, R. Perera, S. Heaney, G. Analysis of the use of e-procurement in the public and private sectors of the uk construction industry. Inglismaa: Journal of Information Technology in Construction 2011
17. Karro, R. Majanduslikult soodsaim pakkumus ja pakkumuste hindamise kriteeriumid. Tallinn: Juridica 2011
18. Teumer, S., Lichere, F (editors). Enforcement of the EU public procurement rules. Djof Publishing. Kopenhagen, 2011.
19. Bovis, C.H. EU Public procurement law. Second Edition. Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2012.
20. Bovis, C.H. Public Procurement in the EU: jurisprudence and conceptual directions. C.M.L.R., 49, 2012.
21. Ginter, C. Parrest, N. Simovart, M. A. Kontsessiooni vastuoluline regulatsioon Eesti õiguses. Tallinn: Juridica 2012
22. Simovart, M. A. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Tallinn: Juridica 2012
23. Härginen, A. Simovart, M. A. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon?. Tallinn: Juridica 2013
24. Lember, P. Horisontaalsed eesmärgid ja hankelepingu esemega mitteseotud hindamiskriteeriumid riigihankemenetluses. Tallinn: Juridica 2013
25. McGovern, P. Ireland: standing to challenge decisions and the effect of amending framework agreements to make them mandatory: the case of Copymoore Ltd and others v Commissioners of Public Works in Ireland. P.P.L.R. 2013, 5.
26. Suurkivi, K. Hankelepingu ülevõtmine. Tallinn: Juridica 2013
27. Väljaots, T. Põhjendamatu madalad pakkumused riigihankeõiguses. Tallinn: Juridica 2013
28. Minumets, D, Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Kirjastus Juura 2014
29. Saar, K. Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimuudatusi?. Tallinn: Juridica 2014

30. Varusk, M. Ravi rahastamise lepingutega seotud probleeme. Tallinn: Juridica 2014
31. Minumets, Diana. Ettevõtja seisundit kirjeldavate dokumentide kohta selgituste nõudmine riigihankemenetluses. Tallinn: Juridica 2016

Kohtu- ja vaidlustuskomisjoni lahendid

Riigikohus

32. Riigikohtu halduskolleegiumi otsus nr 3-3-1-79-03
33. Riigikohtu halduskolleegiumi otsus nr 3-3-1-99-09
34. Riigikohtu halduskolleegiumi otsus nr 3-3-1-65-11
35. Riigikohtu halduskolleegiumi otsus nr 3-3-1-2-12
36. Riigikohtu halduskolleegiumi otsus nr 3-3-1-24-13

Vaidlustuskomisjon

37. VAKO 16.11.2009 otsus nr 229-09/114320
38. VAKO 11.02.2010 otsus nr 20-10/116448
39. VAKO 26.01.2011 otsus nr 5-11/122349
40. VAKO 10.03.2011 otsus nr 23-11/122289
41. VAKO 08.07.2011 otsus nr 131-11/122948
42. VAKO 08.08.2011 otsus nr 155-11/126583
43. VAKO 18.01.2012 otsus nr 2-12/127986

Õigusaktid

44. Haldusmenetluse seadus, RT I 2001, 58, 354
45. Võlaõigusseadus, RT I 2001, 81, 487
46. Tsiviilseadustiku üldosa seadus, RT I 2002, 35, 216
47. Riigihangete seadus, RT I 2007, 15, 76
48. Riigihangete seadus, RT I, 01.07.2017, 1
49. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, 13. juuli 2009, 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
50. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta

51. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014 , riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta EMPs kohaldatav tekst
52. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014 , milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ EMPs kohaldatav tekst

Täiendavad allikad

53. Varul, P. Kull, I. Käerdi, M. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010
54. Sunnik, R. Avaliku ja erasektori partnerluse alused EL riigihankeõiguse paradigmas. Tartu: Tartu Ülikool magistritöö 2013
55. Volf, S. Eraõiguslik juriidiline isik hankijana riigihangete seaduse tähenduses. Tartu: Tartu Ülikool magistritöö 2013
56. Rahandusministeerium. Riigihangete juhised. Tallinn 2014