

TALLINNA TEHNIKAÜLIKOOL

Majandusteaduskond

Ärikorralduse instituut

Organisatsiooni ja juhtimise õppetool

JANNE ALLANDI

**ÕIGUSEELNEJA MAJANDUSNÄITAJATELE TUGINEMISE
VÕIMALUS RIIGIHANKES ÄRIÜHINGU ÜLEMINEKU
KORRAL**

Magistritöö

Juhendaja: dotsent Mike Franz Wahl

Tallinn 2014

Olen koostanud töö iseseisvalt.

Töö koostamisel kasutatud teiste autorite kõikidele töödele, olulistele seisukohtadele ja andmetele on viidatud.

Janne Allandi

(allkiri, kuupäev)

Üliõpilase kood: 113834TAKMM

Üliõpilase e-posti aadress: janne.allandi@gmail.com

Juhendaja dotsent Mike Franz Wahl'i arvamus:

Töö vastab magistritööle esitatud nõuetele

.....

(allkiri, kuupäev)

Kaitsmiskomisjoni esimees:

Lubatud kaitsmisele

.....

(ametikoht, nimi, allkiri, kuupäev)

SISUKORD

ABSTRAKT	4
SISSEJUHATUS	5
1. ÄRIVABADUS KUI RIIGIHANKES ÕIGUSJÄRGLUST VÕIMALDAV PÕHIÕIGUS	10
1.1 Ärivabaduse olemus	10
1.2 Riigihangete üldpõhimõtete ja ärivabaduse põhiõiguse vaheline tasakaal	12
2. ETTEVÕTTE ÜLEMINEKU TUVASTAMISE EESMÄRK RIIGIHANKES	17
2.1 Ettevõtte ülemineku viisid	17
2.1.1 Ettevõtte ülemineku võõrandamise teel	17
2.1.2 Ettevõtte ülemineku juriidiliste isikute ühinemise, jagunemise või ümberkujundamise puhul	23
2.1.3 Ettevõtte ülemineku seaduse alusel	24
2.2 Teiste isikute vahendite tuginemise võimalus riigihankes	26
2.3 Ettevõtte ülemineku kriteeriumid	30
3. ÕIGUSEELNEJA NÄITAJATELE TUGINEMINE (sõltuvalt õiguseelneja ümberkorralduse viisist)	35
3.1 Õiguseelneja näitajatele tuginemine ettevõtte ülemineku puhul (ettevõtte kui vara kogumi terviklik ülevõtmine)	35
3.2 Õiguseelneja näitajatele tuginemine juriidiliste isikute ühinemisel, jagunemisel ja ümberkujundamisel	39
3.3 Õiguseelneja näitajatele tuginemine organisatsiooni sisesel restruktureerimisel	45
KOKKUVÕTE	48
VIIDATUD ALLIKATE LOETELU	51
SUMMARY	59

ABSTRAKT

Magistritöö pealkiri on: Õiguseelneja majandusnäitajatele tuginemise võimalus riigihankes äriühingu ülemineku korral

Magistritöö uurimisprobleemiks oli asjaolu, et riigihangete seadus ei reguleeri äriühingu võimalust tõendada oma kvalifikatsiooni tuginedes õiguseelneja majandusnäitajatele. Õiguseelneja on isik, kellelt õigusjärgluse korras lähevad üle õigused ja kohustused äriühingu võõrandamise, ühinemise, jagunemise või sisemise restruktureerimise korral. Töö eesmärgiks oli välja selgitada millisel määral ja ulatuses võimaldab kehtiv Euroopa Liidu ja Eesti riigihanke reeglistik kasutada kvalifitseerumiseks õiguseelneja majanduslikku seisundit ning tehnilist pädevust iseloomustavaid näitajaid.

Uurimismeetodina kasutati juriidilise argumentatsiooni teooriat - analüüsiti kuidas tõlgendati ja rakendati kehtivaid riigihankeõiguse reegleid Euroopa Liidu ja Eesti kohtupraktikas. Reeglite tõlgendamisel lähtuti nende aluseks olevatest üldpõhimõtetest.

Analüüsi tulemusel jõuti seisukohale, et õiguseelneja näitajatele tuginemise keeld oleks ebaproportsionaalne ja vastuolus ärivabaduse põhimõttega. Olulise järeldusena leiti, et äriühingu tuginemine õiguseelneja näitajatele on õigustatud, kui äriühingu üleminekul säilis majandusüksuse identiteet, mis eelkõige tähendab, et tema tegevus reaalselt jätkus.

Magistritöö autor jõudis järeldusele, et seaduse lünga kõrvaldamiseks tuleb täiendada riigihangete seaduse regulatsiooni ja pakkus välja seaduse muudatusettepaneku.

Võtmesõnad: riigihange, ettevõtte üleminek, õiguseelneja, ärivabadus, majandusüksuse identiteet, õigusjärglus, kvalifitseerimistingimused, hankeleping

SISSEJUHATUS

Dünaamiline majanduskeskkond toob kaasa ümberkorraldusi äriühingutes. Riigihankemenetluse käigus võib seetõttu hankija seista silmitsi olukorraga, kus äriühingu ülemineku tõttu astub pakkuja asemele tema õigusjärglane. Äriühingute müümine on tavapärane majandustegevuse osa. Samuti võib tekkida vajadus kasutada riigihangete nõuetele vastamiseks ühineva, jaguneva äriühingu või omandatud äriühingu või selle osa majandusnäitajaid. Finantsraskuste korral võib äriühingu müük toimuda pankrotimenetluses.

Riigihangetel on nii majanduslikus kui ka sotsiaalses mõttes suur ja järjest kasvav tähtsus kõikides Euroopa Liidu riikides (Arrowsmith 2003, 3). Riigihangete temaatika on aktuaalne tulenevalt olulise osa riigivahendite riigihanketurule suunamisest. 2011. aastal osteti Eestis kaupu teenuseid ja ehitustöid 1 885 miljoni (Riigihangete 2011 statistiline ülevaade, 2) ja 2012. aastal 2 106 miljoni euro väärtuses (Riigihangete 2012 statistiline ülevaade, 2), mis on 11,7% rohkem võrreldes eelmise aastaga.

Riigihangete seadus (riigihangete seadus, edaspidi ka RHS) võimaldab pakkujal tõendada oma vastavust majanduslikule ja finantsseisundile esitatud nõuetele ning oma tehnilise ja kutsealase pädevuse vastavust kvalifitseerimise tingimustele lisaks oma näitajatele ka teise isiku näitajatele (RHS §-d 40 lg 3, 41 lg 6). Selleks peab pakkuja hankijale vastuvõetaval viisil tõendama, et sellel isikul on vastavad vahendid ja meetmed või spetsialistid olemas ning pakkujal on võimalik neid vajaduse korral hankelepingu täitmiseks kasutada (Ibid.). Viidatud sätted on kohaldatavad juhul, kui soovitakse kasutada teise isiku näitajaid, kuid need ei reguleeri õigusjärglusega kaasnevat näitajate ülemineku võimalust (sellisel juhul kasutatakse oma näitajaid, mis on omandatud õigusjärgluse korras).

Riigihangete regulatsioon peab arvestama pidevalt muutuva väliskeskkonna mõjusid, et riigihanke üldpõhimõtted ei oleks ohustatud. Hankija on kohustatud kasutama riigi vahendeid säästlikult, kuid ebaselged piirid või lüngad seadusandluses pikendavad hankemenetlust olulisel määral. Aeg on samuti vahend, mida tuleb kasutada säästlikult. Lähiminevikus on mitmed riigihankemenetlused veninud põhjusel, et õiguseelneja majandusnäitajate kasutamise võimalus riigihankel ei ole RHS-is reguleeritud.

Magistritöö uurimisprobleem tuleneb riigikohtu lahendist. Riigikohtu halduskolleegium ei nõustunud 28.11.2012.a otsuses asjas nr 3-3-1-45-12 riigihangete vaidlustuskomisjoni ja ringkonnakohtu seisukohaga, et ettevõtte üleminekul ei ole kogemuse üleminek võimalik ning sellele ei saa hankemenetluses kvalifitseerimistingimuste täitmise tõendamisel tugineda (OÜ Tarbus 2012). Kolleegium leidis samas asjas, et õiguseelneja varasemale kogemusele tuginemise keelatus hankemenetluses on käsitatav konkurentsi olulise piiranguna, mis peab selgelt olema sätestatud riigihangete seaduses. Kolleegium tõstis esile asjaolu, et vastavasisulist keeldu riigihangete seaduses sätestatud ei ole (Ibid).

Magistritöö uurimisprobleem: Riigihangete seadus ei reguleeri äriühingu võimalust tõendada oma vastavust kvalifitseerimise tingimustele tuginedes õiguseelneja majandusnäitajatele.

Magistritöös uuritakse, millisel määral ja ulatuses võimaldab Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõigus kvalifitseerumisel kasutada õiguseelneja majandus- ja finantsseisundit ning tehnilist ja kutsealast pädevust iseloomustavaid näitajaid ettevõtte ülemineku korral. Õigusliku raamistikuna kasutatakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2004/18 EÜ, 31.03.2004, ehitustööde, riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (edaspidi direktiiv) ja Eestis kehtivat riigihangete seadust.

Viimastel aastatel on riigihankes teise isiku majandusnäitajatele tuginemine ettevõtte üleminekul põhjustanud mitmeid kohtuvaidlusi ja leidnud laiapõhjalist meediakajastust. Kohtupraktika on olnud vastuoluline, erinevad kohtuastmed on jõudnud lahendites erinevate seisukohtadeni. Majandusvabaduse seisukohast on oluline, et riigihanke regulatsioon ei takistaks äriabadust ega piiraks põhjendamatult konkurentsi.

Hankija peab kehtestama vähemalt ühe tingimuse nii pakkuja majanduslikule ja finantsseisundile kui ka tehnilisele ja kutsealasele pädevusele. Kvalifitseerimise tingimused peavad olema piisavad pakkuja hankelepingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks ning vastavad ja proportsionaalsed hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega. (RHS § 39 lg 1)

Käesolevas töös on mõistega “majandusnäitajad” hõlmatud nii netokäive kui ka kogemus, sh töötajate kogemus. Mõistega “pakkujad” on haaratud nii pakkujad kui taotlejad RHS-i mõistes.

Magistritöö teooriaosa põhineb juriidilise argumentatsiooni teorial. Nimetatud teooria argumenteerimisreegliteks on reeglid õiguse tõlgendamisest ja rakendamisest (Narits 1997, 49). Tõlgendamise peamiseks eesmärgiks on välja selgitada seaduse mõte ning teha kindlaks tõlgendatavas sättes väljendatud reegli, põhimõtte või mõiste sisu. Objektiivne õigus on õiguse rakendaja vaatevinklist suhteliselt staatiline nähtus võrreldes dünaamilise ühiskondliku eluga, seega esineb igas õiguskorras lünki (Narits 1997, 48). Kuivõrd kohtumõistmine on õigust edasi arendav tegevus, on magistritöös põhirõhk kohtupraktikas toimival tõlgendamisel. Sellisel viisil analüüsitakse, kuidas kehtiv õigus toimib, kas rakendamisel saadakse seadusest mõistuspäraselt aru. Autor lähtub väärtusjurisprudentsi iseloomustavast mõtlemisviisist, mille puhul tuleb vaadelda väärtusmastaape, mis peavad olema aluseks õiguslikule reguleerimisele (Narits 1995). Väärtusjurisprudentsi märksõnadeks on analoogia, asjade võrdlemine ja tüüpilisus (Ibid.).

Töö teoreetilises osas analüüsib autor riigihangete vaidlustuskomisjoni, esimese ja teise astme ning Riigikohtu lahendeid, mis puudutavad äriühingu üleminekul õiguseelneja näitajatele tuginemise küsimust. Kuivõrd Eesti õigussüsteem tugineb kohtupraktikas Euroopa Kohtu praktikale, siis vaatleb autor, millisel määral on otsuseid põhistatud Euroopa Kohtu lahendites jõutud seisukohtadega. Autor selgitab, kuidas analoogseid probleeme on varem lahendatud ja milliste tulemusteni jõutud.

Magistritöös kasutatakse lisaks grammatilisele ja loogilisele tõlgendamisele süstemaatilis-loogilist tõlgendamispriintiipi, mille puhul ei vaadelda üksiknormi, vaid teksti tervikuna ning objektiiv-teleoloogilist tõlgendamispriintiipi, mille puhul lähtutakse õiguse objektiivsetest eesmärkidest. See tähendab, et normi analüüsimisel tuleb näha selle aluseks olevaid üldpõhimõtteid.

Autor seab eesmärgiks hinnata, kas äriühingu ülemineku korral on õiguseelneja majandusnäitajatele tuginemine kvalifitseerimistingimustele vastamiseks kooskõlas Euroopa Liidu esmaste õigusallikate põhimõtete ja teiseste õigusaktidega.

Magistritöö on teoreetiline uurimus, kus lisaks riigihankealastele õigusaktidele ja nende seletuskirjadele ning kohtupraktikale tuginetakse varasematele üliõpilastöödele nagu Simovarti (2010) doktoritöö “Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele”, riigihangete valdkonnas tunnustatud arvamussliidrite teostele (Arrowsmith’i teos “The law of public and utilities procurement”, Bovis’e raamatud “Public Procurement in the European Union” ja “EU Public Procurement Law”). Kajastamist leiavad

mitmed õigusajakirjas *Juridica* ilmunud artiklid.

Töö on jaotatud kolme suuremasse ossa. Esimeses peatükis vaadeldakse, kuidas on defineeritud ettevõtlusvabadus (ingl. k. *entrepreneurship*) Eesti Vabariigi põhiseaduses (edaspidi põhiseadus) ja Euroopa Liidu õigusaktides. Samuti analüüsitakse, kuidas on sisustanud ettevõtlusvabaduse sisu kohtupraktika ja millistel juhtudel on seadusega lubatud kehtestada piiranguid ettevõtlusvabadusele. Arusaadavuse huvides kasutab autor ettevõtlusvabaduse laiendatud tähendusena äriabaduse (ingl. k. *business freedom*) mõistet. Äriabadusena käsitletakse äriühingute laiemat asutamise- ja iseotsustamisvabadust, mitte üksnes õigust tegeleda ettevõtlusega. Samas peatükis analüüsitakse, milline on riigihangete üldpõhimõtete ja äriabaduse põhiõiguse vaheline tasakaal. Tuuakse välja riigihangete üldpõhimõtete õiguslik raamistik nii Eestis kui ka Euroopa Liidus ning seostatakse see äriabadusega.

Töö teises peatükis vaadeldakse ettevõtte ülemineku erinevaid viise, erinevates alapunktides analüüsitakse ettevõtte üleminekut võõrandamise teel, ettevõtte üleminekut juriidiliste isikute ühinemise, jagunemise ja ümberkujundamise puhul ning ettevõtte üleminekut seaduse alusel. Alapeatükkidesse liigendamine on tingitud erinevast õiguslikust regulatsioonist, mis kohaldub erinevat liiki ettevõtte ülemineku korral. Samas peatükis käsitletakse teiste isikute vahenditele tuginemise võimalust riigihankes ja ettevõtte ülemineku kriteeriume.

Töö kolmandas peatükis analüüsitakse õiguseelneja näitajatele tuginemist. Peatükk on jagatud alapeatükkideks vastavalt õiguseelneja ümberkorralduse viisile: esimeses alapeatükis analüüsitakse õiguseelneja näitajatele tuginemist ettevõtte ülemineku puhul (ettevõtte kui vara kogumi terviklik üleandmine), teises alapeatükis analüüsitakse õiguseelneja näitajatele tuginemist juriidiliste isikute ühinemisel, jagunemisel ja ümberkujundamisel ning kolmandas alapeatükis analüüsitakse õiguseelneja näitajatele tuginemist organisatsiooni sisesel restruktureerimisel.

Käesoleva aasta aprillikuus jõustusid kolm uut riigihanke direktiivi. Liikmesriikidel on aega kaks aastat, et need oma seadusandlusesse üle võtta. Rahandusministeerium on ette valmistanud uue riigihangete seaduse väljatöötamiskava. Nimetatud kavas ei ole magistritöö uurimisprobleemi käsitletud. Uus riigihangete seadus peab jõustuma aprillis 2016. Hetkel on õige aeg esitada vaadata kriitiliselt seaduse sätteid üle ja teha seaduse muudatusettepanekuid.

Autori hinnangul on tegemist praktilise ja keerulise probleemiga, mida autorile teadaolevalt ei ole varem teadustöodes analüüsitud. Uurimisprobleem puudutab teravalt nii era- kui ka avalikku sektorit. Arrowsmith (2010) on märkinud raamatus „EU Public Procurement Law: An Introduction”, et riigihangetelt väljajäämine hõlmab endas märkimisväärset majanduslikku riski, mida on eluliselt oluline vältida.

1. ÄRIVABADUS KUI RIIGIHANKES ÕIGUSJÄRGLUST VÕIMALDAV PÕHIÕIGUS

1.1 Ärivabaduse olemus

Majandusvabaduse mõiste hõlmab kõiki kaupade ja teenuste tootmiseks, levitamiseks ja tarbimiseks vajaminevaid õigusi ja vabadusi (Diaz-Casero *et al* 2012, 1689). Miller ja Holmes (2014) eristavad majandusvabaduse indeksis kümme erinevat komponenti: ärivabadus (ingl. k. *business freedom*), kaubandusvabadus (ingl. k. *trade freedom*), fiskaalvabadus (ingl. k. *fiscal freedom*), valitsuskulud (ingl. k. *government spending*), rahandusvabadus (ingl. k. *monetary freedom*), investeerimisvabadus (ingl. k. *investment freedom*), finantsvabadus (ingl. k. *financial freedom*), omandiõigused (ingl. k. *property rights*), vabadus korruptsioonist (ingl. k. *freedom from corruption*) ja töökoha valiku vabadus (ingl. k. *labor freedom*). Kõikidel komponentidel on majandusvabaduse mõõtmisel võrdne tähtsus.

Turumajanduse üldine eeldus on eraomand ja ärivabadus on turumajanduse olemuslik sisu (Mitt 2006, 381). Ärivabadus on isikute õigus luua ja sulgeda ettevõtteid ning tegutseda ettevõtjana ilma riigi sekkumiseta (Miller, Holmes 2014). Ülereguleerimine on enim levinud piiranguks ärivabaduse teostamisel (Ibid.). Tõhus reeglistik on seega peamine ärivabaduse tagaja.

Ettevõtlusvabadus põhiõigusena on sätestatud põhiseaduse §-s 31, mille järgi on Eesti kodanikel õigus tegelda ettevõtlusega. Käesolevas magistritöös kasutab autor lisaks ettevõtlusvabaduse mõistele ärivabaduse mõistet, mille määratlus on laiem kui ettevõtlusvabadus, hõlmates mis tahes ettevõtjate algatamis- ja iseotsustamisvabaduse.

Põhiseaduse kommenteeritud väljaandes selgitatakse, et Euroopa Liidu ühisturg, mida iseloomustab kaupade, teenuste ja kapitali vaba liikumine riikide vahel, vaba konkurents ning ühine tollipoliitika, rajaneb suures osas ettevõtlusvabaduse tunnustamisel (Madise *et al* 2012). EL põhiõiguste harta mainib art-s 16 sõnaselgelt ka ettevõtlusvabadust, mida tunnustatakse

EL õiguse ja siseriiklike õigusaktide ja tavade kohaselt. Euroopa Kohus on põhiõigusi tunnustanud kui EL õiguse üldpõhimõtteid (Ibid.). Bovis on avaldanud, et Euroopa Kohus on esile toonud riigihanke tähtsat rolli ühtse turu põhiõiguste – eelkõige asutamise- ja tegutsemisvabaduse – tagamisel (2005, 240).

Autor nõustub Mitt'i hinnanguga, et eestikeelses erialakirjanduses käsitletakse ettevõtlusvabadust üldiselt ja väikses mahus (2006, 381). Tema arvamuse kohaselt suhtutakse õigusmõtlemises ettevõtlusesse kui iseenesestmõistetavasse ja samas suhteliselt õiguskaugesse majandusnähtusesse (Ibid.) Annus on avaldanud, et põhiseaduse normi funktsiooni mõistmiseks ei piisa üksnes normi sõnastuse mõistmisest, mistõttu jääb normi funktsiooni ja eesmärgi abil toimuv normi kaitseala määratlemine paratamatult kohtupraktika ja teadlaste pärusmaaks (2006, 177). Ülaltoodud põhjustel toob autor ettevõtlusvabaduse esemelise kaitseala määratlemise kohta näiteid Riigikohtu praktikast.

Ettevõtlusvabaduse esemeline kaitseala hõlmab Riigikohtu poolt antud esimese määratluse järgi kõiki tegevusalasid ja elukutseid, mille puhul isik pakub enda nimel kaupu või teenuseid (Tartu Halduskohtu taotluse... 2000). Hiljem on Riigikohus ettevõtluse mõiste määratlemisel laiendavalt leidnud, et ettevõtlusvabaduse kaitsealasse kuulub „tulu saamise eesmärgil toimuv tegevus” (Tallinna Ringkonnakohtu taotlus tunnistada käibemaksuseaduse... 2002).

Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium on avanud ettevõtlusvabaduse mõistet järgmiselt: “Ettevõtlusvabaduse tuumaks on riigi kohustus mitte teha põhjendamatuid takistusi ettevõtluseks ja seda vabadust riivab iga abinõu, mis takistab, kahjustab või kõrvaldab mõne ettevõtlusega seotud tegevuse” (Tartu Halduskohtu taotluse... 2000). Ettevõtlusvabaduse kaitseala on samuti riivatud siis, kui seda vabadust mõjutatakse avaliku võimu poolt ebasoodsalt (Tallinna Ringkonnakohtu taotlus tunnistada käibemaksuseaduse... 2002). Ettevõtlusvabadus ja omandipõhiõigus on põhiseadus § 9 lõike 2 alusel tagatud ka juriidilistele isikutele (Ibid.).

Mitt'i väitel eksisteerib vabadust tagava põhiõiguse puhul vähemalt kaks asja: 1) õiguslik vabadus kui õiguslik luba midagi teha või tegemata jätta; 2) kodaniku õigus, et riik ei tõkestaks ega takistaks selle õigusliku loa kasutamist (2006, 382).

Ärивabadus ei kohusta riiki andma ettevõtjale vahendeid, kuid vabaduse realiseerimine eeldab toetamiskohustust. Riik peab tagama õigusliku keskkonna vaba turu toimimiseks. Kohtupraktikas on ettevõtlusvabadust mõistetud ka õigusena nõuda riigi sekkumist

konkureerivate ettevõtjate tegevusse, et kaitsta isikut teiste ettevõtjate õigusvastase tegevuse eest, nt keelatud domineeriva mõju eest, mis ei võimalda ettevõtjal faktilist tulu teenimist. (Madise *et al* 2012)

Põhiseaduse § 31 teine lause lubab seadusega kehtestada piirangud ettevõtlusvabadusele. Riigikohtu selgituse kohaselt „põhiseaduse § 31 teine lause, mis näeb ette, et seadus võib sätestada ettevõtlusvabaduse kasutamise tingimused ja korra, annab seadusandjale suure vabaduse reguleerida ettevõtlusvabaduse kasutamise tingimusi ja seada sellele piiranguid. Ettevõtlusvabaduse piiramiseks piisab igast mõistlikust põhjusest. See põhjus peab johtuma avalikust huvist või teiste isikute õiguste ja vabaduste kaitse vajadusest, olema kaalukas ja enesestmõistetavalt õiguspärane. Mida intensiivsem on ettevõtlusvabadusse sekkumine, seda mõjuvamad peavad aga olema sekkumist õigustavad põhjused.” (Tallinna Ringkonnakohtu taotlus tunnistada rahvusooperi seaduse... 2002)

Põhiseaduse § 11 kohaselt võib õigusi ja vabadusi piirata ainult kooskõlas põhiseadusega ning piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud ega tohi moonutada piiratavate õiguste ja vabaduste olemust, s.t riive peab olema proportsionaalne. Proportsionaalsuse printsiibi järgimise tuvastamine eeldab hinnangu andmist valitud meetme kohasusele – sobivusele eesmärgi saavutamiseks.

Järgmises alapeatükis analüüsib autor, milliseid riigihanke üldpõhimõtteid äriabaduse kõrval õiguseelneja majandusnäitajatele tuginemise keeld riivab, kas riive eesmärk on legitiimne ja proportsionaalne legitiimse eesmärgi suhtes – kas meede on eesmärgi saavutamiseks sobiv, vajalik ja mõõdukas.

1.2 Riigihangete üldpõhimõtete ja äriabaduse põhiõiguse vaheline tasakaal

Maksumaksja raha tõhusa ja eesmärgipärase kasutamise huvides on seadusandja kehtestanud riigihangete läbiviimiseks kindlad reeglid.

Euroopa Liidu aluspõhimõtted on teenuste ja kaupade vaba liikumine ning mittediskrimineerimise keeld kodakondsuse alusel. Efektiiivse ja toimiva siseturu eelduseks on vaba konkurents, mida kaitseb Euroopa Liidu konkurentsioigus ning üldine riigiabi andmise keeld. Riigihankeõiguse üldpõhimõtted hõlmavad konkurentsi tagamist, läbipaistvust ja pakkujate võrdset kohtlemist (Bovis 2012, 5).

Selleks, et hankemenetlustel kohaldataks tunnustatud üldpõhimõtteid ja riigihanked

liikmesriikides toimuksid ühetaoliste reeglite kohaselt, on Euroopa Parlament ja nõukogu sätestanud vastavad reeglid hankedirektiivides (Riigihangete juhend 2014, 9). Hetkel kehtivad järgmised riigihanke direktiivid:

- 1) Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18 EÜ, 31.03.2004, ehitustööde, riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (edaspidi direktiiv);
- 2) Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17 EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused.

Euroopa Liidu õigus on loonud riigiülese õigussüsteemi, milles EL õigusaktide ülimuslikkust siseriikliku õiguse suhtes on deklareerinud Euroopa Kohus (Bovis 2005, 15). Seetõttu on nimetatud direktiivid aluseks Eesti kehtivale riigihangete seadusele. Liikmesriigid on kohustatud võtma hankedirektiivide põhimõtted üle siseriiklikesse regulatsioonidesse (Ibid. 10). Direktiivide vastuvõtmise üheks põhjuseks oli Euroopa Kohtu (edaspidi ka kohus) arendatud Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhimõtetele tuginev pretsedendiõigus (Ojasalu 2007, direktiivide 2004/17 ja 2004/18 põhjenduse p 1). Direktiivide aluseks olevaid asutamislepingust tulenevaid printsiipe on vaja silmas pidada direktiivide ülevõtmisel ja seejärel ülevõetud õiguse rakendamisel (Ojasalu 2007).

Hankedirektiivide eesmärk on tagada Euroopa Liidu toimimise lepingu (varasemalt Euroopa Ühenduse asutamislepingu, edaspidi ELTL) üldpõhimõtete järgimine riigihangetel ja hanketuru avamine konkurentsile kogu ELis (Ibid., 10). Üldpõhimõtted on kinnitanud ja edasi arendanud Euroopa Kohus oma kohtulahendites (Ibid., 10). ELTL-ist tulenevad üldpõhimõtted on järgmised: kaupade ja kapitali vaba liikumine, ettevõtjate asutamisvabadus ja teenuste osutamise vabadus. Nimetatud üldpõhimõtetest tulenevad põhimõtted, mis on ühtlasi riigihangete läbiviimise aluspõhimõteteks: võrdse kohtlemise ehk mittediskrimineerimise, vastastikuse tunnustamise, proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõtted (Ibid., 11). Euroopa Kohus on just võrdse kohtlemise põhimõtet nimetanud ühenduse fundamentaalseks põhimõtteks (Ruckdeschel 1997). Euroopa Kohtu praktikast tuleneb, et riigihankeid käsitlevate ühenduse õigusnormide põhieesmärk on teenuste vaba liikumise ning avatud ja ausa konkurentsi tagamine kõikides liikmesriikides (Stadt Halle 2005, p 44).

Eesti riigihangete seaduses on korratud ja täpsustatud direktiivide üldpõhimõtteid. Riigihangete seaduse eesmärgiks on tagada hankija rahaliste vahendite läbipaistev, otstarbekas ja säästlik kasutamine, isikute võrdne kohtlemine ning olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine riigihankel (RHS § 1). Nimetatud säte viitab eeskätt hanke majanduslikule olemusele (Simovart 2010). Sätte laiemaks väärtuseks on nii ühisturu kui siseriikliku turu finants- ja majandusjulgeolek (Pilving 2001). Hanke säästlikkus ei ole kindlasti kõige olulisem ja teistest ülevalpool asuv eesmärk, vaid see peaks väljenduma kogu hankeprotsessis ja selle lõppedes tulemuse tõhususes, säästlikkuse idee ei hõlma mitte ainult võitu mingi konkreetse hanke hinnas või hanke eseme kvaliteedis, vaid ka kogu protsessi kulude kokkuhoidu (nt hankija diskretsiooniosustest tingitud kohtuvaidlustest tulenev kulude ennetamine) (Neumayr 2002). Neumayr on leidnud, et säästlikkuse ja hanketuru konkurentsile avamise konflikti puhul tuleb eelistada viimast (Ibid.).

Samuti on Arrowsmith avaldanud, et direktiivide eesmärgiks ei ole säästlikkus (ingl. k. *value for money*), vaid see on siseriikliku õiguse otsustusvaldkond. EL õigusaktidega kehtestatud läbipaistvuse põhimõte võib piirata liikmesriigi meetmeid säästlikkuse saavutamisel konkreetsetes liikmesriigi tingimustes, nagu korrupsioonitaseme ja hankeid teostavate ametnike pädevuse erisused. (2012, 72)

Tuleb silmas pidada, et riigihangete regulatsioon teenib eelkõige Euroopa Liidu huvi piiranguteta ühisturu loomiseks, mistõttu on rahaliste vahendite efektiivne kasutamine ja konkurentsi tagamine teisejärgulised (Parre, Kaljurand 2008, 14). Kehtiv riigihangete õigus on Euroopa Liidu ja liikmesriikide huvide kompromisslahendus, seetõttu võib olla raske mõista riigihangete õiguse kohatist ebaefektiivsust ning formalismi (Ibid., 15). Autor nõustub Ojasaluga, et säästlikkus on tõhusa konkurentsi positiivne tagajärg (Ojasalu 2007).

Kuigi Euroopa Komisjoni poolt 1997 ja 2004 läbiviidud uuringud näitasid, et teatud valdkondade tooteartiklite hinnad (kõrgtehnoloogia, bussid, kontoritehnika) odavnesid tänu direktiivide kehtestamisele (Arrowsmith 2005, 166-167), võib õiguskirjanduses toodud arvamusi üksteisest seisukohtadest järeldada, et liigne säästlikkuse rõhutamine ei ole kooskõlas EL-i riigihankeõigusega. Riik osaleb vabal turul lähtudes avalikust huvist ning kuigi tehingupoolena on ta eesmärgiks kaupade ja teenuste pakkumine avalikkusele, ei sarnane riigi selline tegevus tavapärase äritegevuse reeglitega, kus tehinguosaliste ainsaks eesmärgiks on kasumi maksimeerimine. (Bovis 2005, 17)

Bovis märgib, et läbipaistvuse põhimõte, mille tagab eelkõige riigihangete avalikustamine, on tihedalt seotud konkurentsi efektiivse ära kasutamisega – mida rohkem pakkujaid on teadlikud hangetest, seda suurem on konkurents nimetatud hangetel osalemiseks (2012, 251). Huvitava mõttena toob ta välja, et tihenend konkurentsiolekorrast tekib küsimus pikaajalisest säästmisest ja hankija jaoks kokkuvõttes saadud väärtusest, kui üha suurem arv pakkujaid toob kaasa suurema halduskoormuse hankemenetluse läbiviimisel (Ibid., 252). Autor leiab, et selle jaoks on kehtestatud riigihangete piirmäärad, st avalikustamist ja seeläbi suuremat halduskoormust nõuavad üksnes riigihanke piirmäära ületavad hanked. Sellised piirmäärad kehtestatakse riigisiselt, liikmesriikidele on jäetud iseotsustamisvabadus ja seetõttu on piirmäärad riikide lõikes erinevad.

Euroopa Kohtu käsitluse järgi tuleb eristada riigihangete esmaseid ja sekundaarseid ehk kaasnevaid (ingl. k. *collateral*) eesmärke (Beentjees 1988, *Commission versus France* 2000, *Concordia Bus Finland* 2002). Hanke korraldamise esmane eesmärk on hankelepingu sõlmimine majanduslikult soodsatel tingimustel, kuid tuleb arvestada, et riigihangete kaudu on võimalik ühiskonnas juurutada majanduslikke, sotsiaalseid ja keskkonnaalaseid eelistusi ning seeläbi kaudselt teostada või toetada avalikku haldust (Bolton 2004, 619). Eesti RHS-is on sellisteks näiteks, kus riik püüab läbi riigihangete saavutada avaliku halduse eesmärke, näiteks maksuvõlgnevusega pakkuja kõrvaldamine hankemenetlusest või intellektuaalse omandiga seotud õiguste olemasolu kohta kinnituse nõudmine (RHS §38 lg 1 p 4 ja § 31 lg 8¹).

Riigihangetel osalejatel on õigustatud ootus, et riik kasutab efektiivselt olemasolevat konkurentsi ning kohtleb kõiki isikuid võrdselt ja mittediskrimineerivalt. Piirangud riigihankes osalejatele peavad olema riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed (RHS § 3 p 4).

Arrowsmith väidab, et hankija asukohariigi pakkujad on alati eelistatud seisundis võrreldes välisriigi pakkujatega, mistõttu ei saagi diskrimineerimist nende suhtes välistada. Kaugus, erinev keel ja kultuur on tegurid, mis muudavad välisriigis äritegevuse keerukamaks ja kulukamaks (2005, 187). Sellega võib nõustuda, kuid tuleb tunnistada, et kõiki barjääre ei saagi ühtlustada.

Põhiseaduse § 15 lg 1 esimene lause kehtestab üksikisiku subjektiivsete õiguste efektiivse kohtuliku kaitse nõude. See garantii ei kaitse mitte üksnes põhiseadusest tulenevaid põhiõigusi ja –vabadusi, vaid ka seadustest ja muudest õigusaktidest tulenevaid subjektiivseid

õigusi (Pilving 2001). Pilving leiab, et ükski põhiõigus- ega vabadus ei garanteeri ettevõtjale otseselt riigitellimuse saamise võimalust, kuid ettevõtjal on õigus nõuda, et tal oleksid riigihanke saamiseks samad võimalused, mis konkurentidel. Näitena toob ta välja olukorra, kus ebamajandusliku pakkumuse väljavalimine hankekonkursil annab turuosalisele põhjendamatu eelise, moonutab konkurentsi ning raskendab sellega teiste osaliste positsiooni võistluses järgmiste tellimuste ja ka muude klientide saamise pärast. See on üheks näiteks, kuidas riigihankemenetluses on reaalne ärivabaduse kitsendamise oht (Ibid.).

Riigihangete üldpõhimõtted kehtivad kõikide hangete puhul. Õigusnormide tõlgendamisel tuleb silmas pidada nende aluseks olevaid väärtusi. Vastuolu korral siseriiklike õigusnormide ja riigihanke üldpõhimõtete vahel on ülimuslikud viimased. Hankemenetluses otsuste tegemisel võivad üldpõhimõtted kaitsta erinevaid lahendusteid, hankijad peavad kaalutusotsuste põhjendamisel arvestama erinevate üldpõhimõtete taga seisvate väärtuste tasakaalu. Riigihanke üldpõhimõtete järgimisel ei tohi riivata ettevõtjate põhiõigusi. Riigihanked on näide riigi osalemisest eraõiguslikes suhetes ning riik peab ka eraõiguslikus tegevuses olema hoolikas, et ei sekkutaks mõjuva põhjuseta põhiõigustesse ja –vabadustesse (Ibid.).

Õiguseelneja majandusnäitajatele tuginemise võimalus teenib äriühingute lepingu- ja iseotsustamisvabaduse huve ning põhineb õigusjärglusel. Äriühingute ümberkorraldused ja muutused osaluses on normaalse ettevõtluse ja majandustegevuse osa. Õiguseelneja majandusnäitajatele tuginemise keelu eesmärk ei saa autori hinnangul kaasa aidata pakkuja usaldusväärse tagamisele hankija silmis. Iga erand, mis rajaneb põhiseadusel, peab olema objektiivselt õigustatud ja kaaluma üle üldreeglina rakenduva avaliku huvi. Siinkohal ei saa väita, et selline piirang oleks avalikes huvides, takistamaks ebakvaliteetse tööga kahju tekitamist hankijale, juhul kui eeldada, et pakkujal ei ole hankelepingu täitmiseks piisavalt vahendeid või võimekust. Lisaks tuleb piirangute seadmisel arvestada seda, et piirangud oleksid proportsionaalsed soovitud eesmärgiga ning väldiksid liiasust – proportsionaalsus kitsamas tähenduses.

Lähtudes eespool toodust on autor seisukohal, et õiguseelneja näitajatele tuginemise keeld oleks ebaproportsionaalne ja vastuolus põhiseaduse §-dega 11 ja 31 nende koostoimes. Hankijal on kohustus jälgida, et hankemenetluses tehtud otsused ei omaks ebaproportsionaalset mõju (Taube 2012, 58).

2. ETTEVÖTTE ÜLEMINEKU TUVASTAMISE EESMÄRK RIIGIHANKES

2.1 Ettevõtte ülemineku viisid

2.1.1 Ettevõtte üleminek võõrandamise teel

Eesti õigus ei defineeri ettevõtte ülemineku mõistet, samuti ei ole õiguslikult reguleeritud, millise lepingu alusel ettevõtte üle antakse. Eesti eraõigusele omaselt eristatakse ettevõtte üleminekul kohustustehingut ja käsutustehingut (Vutt 2010). Kohustustehinguks võib seejuures olla eelkõige igasugune võõrandamisele suunatud leping (müük, kinge, vahetus jmt) (Ibid.). Iga ettevõttesse kuuluv õigus tuleb üle anda käsutustehinguna.

Ettevõtte müük on levinuim ettevõtte ülemineku viis võõrandamise teel. Äriühingutel on võimalik ka oma vara välja rentida või muul moel üle anda (Künnapas 2011, 119). Eesti kohtupraktikas on ettevõtte üleminekut järeldatud ka kinnistu müügitehingust (põhjalikum ülevaade on toodud peatükis 2.3, mis käsitleb ettevõtte ülemineku kriteeriume).

Võlaõigusseaduse (Võlaõigusseadus, edaspidi ka VÕS) § 181 sätestab ettevõtte ülemineku regulatsiooni piirangu, nimelt ei kohaldata VÕS-i vastavaid sätteid ettevõtte üleminekule juriidiliste isikute ühinemise, jagunemise või ümberkujundamise puhul, samuti kui ettevõtte üleminek toimub seaduse alusel, eelkõige sundtäitmisel või pankrotimenetluses. Lähtudes eespool toodust, on ettevõtte erinevaid ülemineku viise käsitletud käesoleva peatüki erinevates alapeatükkides. Käsutustega seonduvat reguleerib VÕS § 182, mille kohaselt antakse ettevõttesse kuuluvad asjad üle vastavate asjade üleandmise sätete ja õigused vastavalt õiguste üleandmise sätete järgi. Näiteks kinnisomandi üleandmine vajab vastava kande tegemist kinnistusraamatusse, patendi omanikuks saamine eeldab vastavat kannet kasulike mudelite registris jne (Võlaõigusseaduse komm vlj 2006, 594).

Ettevõtte mõiste määratlus tuleneb tsiviilseadustiku üldosa seadusest (tsiviilseadustiku üldosa seadus, edaspidi ka TsÜS), mille § 66¹ kohaselt on ettevõtte majandusüksus, mille kaudu isik tegutseb.

Tavalises tsiviilkäibes on võimalik ettevõtjal müüa oma ettevõtteid, kuna paljudel juhtudel omab toimiv ettevõtte suuremat väärtust, kui sellesse kuuluvad asjad, õigused ja kohustused eraldivõetuna ning käibeosaliste huvi on suunatud just varakogumi üleandmisele (Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm vlj. 2010).

Tallinna Halduskohus on 04.11.2009 otsuses nr 3-08-657 leidnud, et kuigi Eesti kehtib lepingu vormivabadus, eeldab ettevõtte ülemineku tuvastamine kõigepealt pooltel selleks vastava tahte olemasolu tuvastamist (OÜ Merger Meedia 2009, 9).

Ettevõtte üleminekuks ei ole vaja võlausaldajate ja teiste lepingupoolte nõusolekut, va juhul, kui seda nõuab seadus (VÕS § 182 lg 2 teine lause). Ettevõtte võõrandamisel võõrandatakse kõik sinna kuuluvad asjad, õigused ja kohustused ning nende puhul igäihe üleandmiseks nõusoleku küsimine pidurdaks märkimisväärselt ülemineku protsessi ja tsiviilkäivet tervikuna. Võlausaldajate kaitse tagab VÕS § 183 lõikes 1 sätestatud tingimus, et enne ettevõtte üleminekut tekkinud kohustuste eest, mis on ülemineku ajaks muutunud sissenõutavaks või muutuvad sissenõutavaks viie aasta jooksul pärast üleminekut, vastutab üleandja võlausaldajate ees solidaarselt omandajaga. Kuigi ettevõtte üleandja ja omandaja saavad omavahelistes suhetes kokku leppida erinevas vastutuse regulatsioonis, ei kehti selline kokkulepe kolmandate isikute (nt teiste lepingupoolte) suhtes, va võlausaldaja suhtes, kes on sellise kokkuleppega kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis nõustunud. Ettevõtte või selle osa omandaja peab võlausaldajatele viivitamata teatama kohustuste omandamisest, ettevõtte üleandja aga teatama võlgnikele nõuete loovutamisesest omandajale. Seega kui ettevõttel on selliseid lepingud, mis on oma põhiosas juba täidetud, kuid mille osas ettevõttel on veel teatud kehtivaid kohustusi (nt garantiikohustust) või millest tulenevate võimalike nõuete aegumistähtaeg ei ole veel möödunud, siis lähevad ettevõtte ülemineku korral üle ka sellised lepingud ning lähtuvalt VÕS §-st 183 on võlausaldajal õigus oma nõue esitada nii ettevõtte üleandja kui ka omandaja vastu.

Ettevõtte ülemineku regulatsiooni eesmärgiks on võlausaldajate kaitsmine olukorras, kus ettevõtja võõrandab vähesoodsatel tingimustel ulatusliku osa ettevõttesse kuuluvatest õigustest, tekitades sellega endale suutmatuse täita ettevõttesse kuuluvaid kohustusi ja kahjustades sellega põhjendamatult võlausaldajaid (Vutt 2010).

Autor nõustub Kõvega, kes märgib oma doktoritöös, et ettevõttesse kuuluvate lepingute ülemineku regulatsioon on problemaatiline osas, milles selleks on vajalik võlausaldajate nõusolek ning ei ole õige väita, et absoluutselt kõiki ettevõttega seotud lepingud saabki teise poole nõusolekuta üle anda, see võib eelkõige puudutada nõ "äraunustatud" lepinguid, kuid mitte ettevõtte "tuumaks" olevaid lepinguid (Kõve 2009, 209-210).

RHS-is ega Euroopa Liidu õiguses ei ole nõuet, et ettevõtte üleminekul peab hankelepingu üleminekuks saama teise lepingupoole nõusoleku ning kehtiv õigus ei keela hankijal vastavat nõusolekut andmast. Selline kohustus on võimalik kehtestada hankelepingu tingimustes ja sageli seda ka tehakse.

Eesti praktikas eeldatakse, et selline nõusolek on vajalik. AS-is E-Arsenal, kus 2009. toimunud ümberkorralduste käigus anti kogu äriühingu põhitegevus koos lepingute, vara ja töötajatega üle tütarettevõttele, oli autoril kogemus hankelepingute üleminekuks nõusolekute küsimisega mitmetelt hankijatelt. Hankijad olid väga ettevaatlikud nõusoleku andmise osas. Arvestades isikupõhisuse põhimõtet on riigihangete seaduse mõttega vastuolus hankelepingu täitja automaatne vahetumine ettevõtte ülemineku korral.

Tuleb arvestada, et pakkujate kvalifitseerimine on hankelepingu eelsete suhete ülioluliseks osaks, mille käigus peab hankija kontrollima, kas pakkuja majanduslik ja finantsseisund ning tehniline ja kutsealane pädevus vastavad hanketeate tingimustele. Kvalifitseerimise reeglistik on üks isikute võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse tagamise vahendeid. Sel põhjusel ei saa õigeks pidada kolmanda isiku astumist hankelepingu täitjaks ilma hankel osalemata. Kvalifitseerimistingimused muutuksid sisuliselt mõttetuks ja ohustatud oleks pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtted. (Simovart 2010)

Simovart leiab lepinguvabaduse piire analüüsivas doktoritöös, et juba sõlmitud hankelepingu osapooleks astuv täitja on soodsamas seisus võrreldes hankes osalenud isikutega isegi kui ta vastab kvalifitseerimistingimustele põhjusel, et hankelepingu hinna teadmisel leiduks suure tõenäosusega konkurente, kes sooviksid hankelepingu üle võtta (2010).

Hankelepingute üleandmiseks tütarettevõttele nõusolekute küsimisel viitasid hankijad Euroopa Liidu vahendite kasutamisele ja vältimaks mis tahes audiitorite hinnanguid protseduuri rikkumise osas, oldi seisukohal, et on parem, kui hankelepingute täitjaks jääb kuni lõppemise tähtajani ühe ja sama registrikoodiga äriühing. AS-i E-Arsenal tahe oli anda

tütarettevõttesse kogu lepinguliste teenustöödega seotud ettevõtlus sh teenuse osutamiseks vajalik põhivara, varud, lepingujärgsed õigused ja kohustused. Sisuliselt oli tegemist ettevõtte osa üleandmisega tütarettevõttele. VÕS § 182 mõistes loetakse ettevõtte osa üleandmiseks ettevõtte või selle osaga seotud varade, õiguste ja kohustuste üleminekut, muu hulgas töölepingutest tulenevate kohustuste üleminekut ettevõtte töötajate suhtes, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti. Võlausaldaja või teise lepingupoole nõusolekut ei ole kohustuse või lepingu üleminekuks vaja.

Kuivõrd hankija nõusolekut iga hankelepingu üleandmiseks ei olnud võimalik saada, lahendati hankelepingu täitmine selliselt, et hankelepingu täitjaks jäi küll formaalselt ettevõtte üleandja, kuid lepingu täitmine osteti teenusena sisse tütarettevõttelt ning nõusolek tütarettevõtte kasutamiseks allhankijana küsiti ka hankijalt. Ümberkorralduste käigus jäi endisele AS-ile E-Arsenal üksnes kinnisvara ning nimeks sai AS Erika Neli. Kinnisvara üürileandmine oli olnud AS-i E-Arsenal kõrvaltegevus, mis moodustas äriühingu käibest väikese osa. Seega ei olnud kahtlust, et tegemist oli ettevõtte osa üleminekuaga.

Euroopa Kohtu 19.06.2008 lahendis nr C-454/06 (Presstext) võttis kohus seisukoha küsimuses, kas tütarettevõttele hankelepingu üleandmine on käsitletav olulise lepingu muutmisena. Asjaolude kohaselt sõlmis Austria Vabariik riigi uudisteagentuuride turu peamise ettevõtja APA hankelepingu uudiste agentuuri teenuste osutamiseks. Hankelepingu kestel asutas APA talle 100% kuuluva tütarettevõtte APA-OTS, mis oli finantsiliselt, organisatsiooniliselt ja majanduslikult emaettevõttega liidetud, pidi oma äritegevuses juhinduma APA korraldustest ja iga-aastase puhaskasumi talle üle kandma. Hankeleping anti üle tütarettevõttele.

Kohus leidis Presstexti asjas, et hankelepingu üleandmine tütarettevõttele ei olnud vastuolus EL riigihangete direktiiviga, sest tütarettevõtte asutati sellise äriühingu vormis, mille ainuomanik ta ise oli, kelle üle ta omas kontrolli ning kellele ta andis korraldusi, eeldusel, et esialgne teenuse osutaja vastutas jätkuvalt lepinguliste kohustuste eest (Presstext 2008, p 54). Kohus märkis põhjendustes, et tegemist oli äriühingu sisemise ümberkujundamisega, mis ei tähenda hankelepingu tingimuste olulist muutmist (Ibid., p 45). Kohus ei pidanud vajalikuks analüüsida, kas tütarettevõtte vastas hankes seatud valikukriteeriumitele. Küll aga oleks tegemist olulise lepingutingimuste muudatusega, kui tütarettevõtte osad oleks võõrandatud hankelepingu kehtivuse ajal kolmandatele isikutele (Ibid., p 47). Äriabadusest tulenevalt ei saa hankelepingu täitjateks olevatel äriühingutel keelata tavapärasel

majandustegevuses toimuvat aktsionäride või osanike vahetust, kuid silmas tuleb pidada, et ümberkorraldused ei toimuks tahtlikult eesmärgiga hoida kõrvale riigihangete reeglitest. Autor nõustub kohtuotsuses toodud seisukohaga, et riigihankelepinguid juriidiliste isikutega sõlmitakse pidevalt ning kui selliseks juriidiliseks isikuks on börsil noteeritud aktsiaselts, tuleneb tema olemusest, et tema aktsionärid võivad iga hetk vahetuda (Ibid., p 51). Seetõttu ei sea põhimõtteliselt selline olukord kahtluse alla niisuguse äriühinguga sõlmitud hankelepingu kehtivust (Ibid.).

Presstexti lahendist ei selgu, kas asjaolu, et esialgne hankelepingu täitja vastutas lepingutingimuste täitmise eest solidaarselt tütarettvõttega, oli määrava tähtsusega asjaolu otsuse tegemisel (Hartlev, Liljenbol 2013, p 3.2.4.1).

Presstexti lahendist tulenevalt oleksid hankijad pidanud andma nõusoleku AS-i E-Arsenal ümberkorralduste tulemusel tekkinud tütarettvõttele hankelepingu üleandmiseks. Rahandusministeerium on siiani hankelepingu üleandmise osas väga jäigal seisukohal, mis on avaldatud riigihangete infoportaali rubriigis “Korduma kippuvad küsimused” järgmiselt: “Hankelepingu ülevõtmine on välistatud, st hankelepingust tulenevate õiguste ja kohustuste üleandmine on riigihankeõiguse vaatenurgast lubamatu. Vastupidise tõlgenduse korral oleks isikul võimalik jõuda hankelepingu täitmiseni hankemenetluse väliselt. Teisisõnu võimaldataks hankelepingut täita isikul, kes pole hankemenetluses pakkujana osalenud (sellise hankemenetluse välise isiku kvalifikatsiooni ning tema suhtes kõrvaldamise aluste puudumist pole kontrollitud). Seega on hankelepingu ülevõtmise aktsepteerimine selges vastuolus riigihanke korraldamise üldpõhimõtetega ning seetõttu keelatud” (Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond 2014). Autor juhib tähelepanu, et küsimus on esitatud üldiselt (kas hankelepingust tulenevate õiguste ja kohustuste üleandmine (hankelepingu ülevõtmine) on riigihankeõiguses lubatud), detailseid üleandmist välistavaid asjaolusid ei ole küsimuses toodud. Autori hinnangul on niivõrd jäik käsitus ebamõistlik. Arvestades muutuvat majanduskeskkonda ja innovaatilisi suundi, mis tingivad ümberkorraldusi äriühingutes, ei saa avaliku huviga põhimõtteliselt välistada hankelepingute üleandmisi.

Suurkivi on hankelepingu ülevõtmise lubatavust Euroopa Liidu õiguse ja riigihangete seaduse alusel käsitlevas magistritöös leidnud, et kuna ettevõtete üleminek ei ole EL õigusega harmoniseeritud, siis võivad tekkida materiaalõiguse erinevusest tulenevad probleemid. Eesti hankija peab lähtuma EL õigusest ja RHS-ist, kuid hankelepingu täitmisega seotud ettevõtte

üleminek võib alluda mõne teise riigi jurisdiktsioonile, kui ettevõtte asub teises riigis (Suurkivi 2013, 39).

Vältimaks ettevõtte üleandja viieaastast vastutust lepingust tulenevate nõuete osas lahendatakse sageli ettevõtte üleandmine viisil, et üle antakse üksikud lepingud. Selliselt välistatakse ettevõtte või selle osa omandaja vastutus juba täidetud lepingutest tulenevate võimalike kohustuste eest. Soovitakse vältida olukorda, kus lepingu teine pool saab viie aasta vältel nõuda uuele omandajale üleläänud lepingust tulenevate kohustuste täitmist, kellel ei pruugi olla selliste kohustuste täitmiseks ei töötajaid, võimalusi ega vahendeid. Teatud juhtudel räägib üksikute lepingute üleandmise kasuks ka ajaline faktor, ettevõtte ülemineku korral tuleb töötajaid sellest kirjalikult teavitada vähemalt üks kuu ette (Töölepingu seadus, edaspidi TLS, § 113 lg 1).

Lepingute eraldi üleandmiseks on tulevalt VÕS §-st 179 lõikest 1 vajalik teise lepingupoole nõusolek. Seega peab iga lepingu üleandmiseks küsima lepingu teiselt poolt lepingu üleandmiseks eraldi nõusolekut ning kui teine lepingupool nõusolekut ei anna, siis ei ole võimalik lepingut üle anda.

Ettevõtte üleminekut võidakse kasutada ebasoodsatest kohustustest vabanemiseks, jättes vanasse kehasse võlad või lepingud, mida ei suudeta täita. Seetõttu ei saa välistada seda, et vaidluse korral tõlgendatakse lepingute eraldi üleandmist ikkagi ettevõtte üleminekuna, eriti, kui üle antakse kõik aktiivsed ja äriühingu peamise äritegevusega seotud lepingud. Sellise tõlgendusvõimaluse vähendamiseks lõpetatakse ning sõlmitakse uuest ettevõtte omandajaga need lepingud, mille lõpetamine ja omandajaga uuesti sõlmimine on võimalik. Sellisteks lepinguteks on eelkõige töölepingud.

Halduskohus on OÜ Tulepesad asjas leidnud, et „ettevõtte ülemineku olemuse kindlakstegemiseks peab analüüsima selle kõiki aspekte, sh äriühingu tüüpi, kas äriühingu kinnis- või vallasvara on üle läinud, vara väärtust ülemineku ajal, kas uus tööandja on enamuse töötajatest üle võtnud, kas kliendid on üle läinud, tegevuse sarnasust enne ja pärast üleminekut, tegevuse peatamise aega.“ Kohus selgitas, et ka see loetelu ei ole ammendav, näiteks VÕS § 180 lõikest 2 tulenevalt peaks hindama ka õiguste ja kohustuste, muu hulgas ettevõttega seotud lepingute ülevõtmist, direktiivist tulenevalt majandusüksuse identiteedi säilitamist, ressursside organiseeritud koondamist jms. (OÜ Tulepesad 2007) Ettevõtte ülemineku kriteeriumide põhjalikum analüüs on toodud alapeatükis 2.3.

2.1.2 Ettevõtte üleminek juriidiliste isikute ühinemise, jagunemise või ümberkujundamise puhul

Ettevõtte üleminek juriidiliste isikute ühinemise, jagunemise ja ümberkujundamise puhul on reguleeritud äriseadustikus (äriseadustik, edaspidi ka ÄS). Ühinemised ja jagunemised võivad toimuda kontserni siseselt, seega on võimalik ettevõtte üleminek ka ühte kontserni kuuluvate ühingute puhul.

ÄS § 391 kohaselt saab ühinemine toimuda kahel viisil: kahe äriühingu ühinemisel, mille käigus üks äriühing (ühendatav) lõpetab tegevuse ja teine äriühing (ühendav) jätkab tegevust või kahe äriühingu ühinemisel, mille käigus ühinevate äriühingute tegevus loetakse lõppenuks ja asutatakse uus äriühing.

Ühinemise õiguslik tagajärg on üldine õigusjärglus. Kuna ettevõtte võõrandamise puhul tuleb õigused üle anda eraldi käsutustehingutega, võib öelda, et ettevõtte üleminek toimub singulaarõigusjärglusena (Künnapas 2011, 120). Ühinemisel läheb ühendatava ühingu vara, sealhulgas kohustused, üle ühendavale ühingule. Uue ühingu asutamisel läheb ühinevate ühingute vara, sealhulgas kohustused, sellele üle (ÄS § 391 lg 4). Ühinemislepinguga ei ole võimalik kokku leppida, et osa varast ei lähe ühendavale ühingule üle (Vutt 2009, 177-178). Äriühingu lepingud lähevad ühinemisel üle õigusjärgluse korras ja ei vaja teise lepingupoole nõusolekut.

Ühinemine toob äriühingu aktsionäridele ja võlausaldajatele kaasa märkimisväärsed riskid, mis võivad nende varalisi huve kahjustada. Ühendatava ühingu jaoks lõpeb võlgnik alates ühinemise jõustumisega. Kohustused lähevad õigusjärgluse korras ühendavale ühingule üle, kuid võlausaldajal puudub võimalus kaasa rääkida võlgniku valikus. Samamoodi ei saa ühendava ühingu võlgnikud valida, millise maksevõimega ühing ühinemisel üle võetakse. Eelkõige saavad kahjustatud sellise ühendava ühingu võlausaldaja huvid, kes liitub suurtes maksuraskustes ühendatava ühinguga. (Tolstov 2011, 528)

Aktsionärile võib ühinemisest kahju tekkida ebaõiglase aktsiate asendussuhte määramise tõttu või seeläbi, et varjatakse ühinemisega seotud olulisi asjaolusid. Näiteks ühinevate ühingute juhtorganite liikmed võivad kokku leppida enda jaoks soodsates eelisõigustes, mis jäetakse aktsionäridele avaldamata. (Tolstov 2011, 529)

Äriühingute jagunemine toimub jaotumise või eraldumise teel. Jaotumisel annab jagunev ühing oma vara üle omandavatele ühingutele. Omandav ühing võib olla olemasolev või uus ühing. Jaotumisel jagunev ühing loetakse lõppenuks. Eraldumisel annab jagunev

ühing osa oma varast üle ühele või mitmele omandavale ühingule. Omandav ühing võib olla olemasolev või uus ühing. Omandavateks ühinguteks võivad üheaegselt olla Eestis äriregistrisse kantud olemasolevad või uued ühingud. (ÄS § 434)

Ümberkujundamise korral kujundatakse üht liiki äriühing ümber teist liiki äriühinguks ning ümberkujundatava ühingu osanikud või aktsionärid saavad uue ühingu osanikeks või aktsionärideks (ÄS § 478).

Äriühingute ühinemist, jagunemist või tütarettvõtte asutamist on Euroopa Kohtus (Pressetext 2008) ja õiguskirjanduses (Hartlev, Liljenbol 2013) mõistetud kui organisatsiooni sisemist restruktureerimist. Käesolevas magistritöös analüüsitakse eraldi õiguseelneja näitajatele tuginemist ettevõtte tehingulise ülemineku (ptk 3.1), äriseadustiku regulatsiooni järgse ühinemise, jagunemise ja ümberkujundamise (ptk 3.2) ning organisatsiooni sisese restruktureerimise korras (ptk 3.3). Selline struktuuriline jaotus on valitud põhjusel, et organisatsiooni sisesel restruktureerimisel ei saa rääkida õigusjärglusest ning ettevõtte tehingulisel üleminekul ning ühinemisel, jagunemisel ja ümberkujundamisel on tegemist erinevat liiki õigusjärglusega.

2.1.3 Ettevõtte üleminek seaduse alusel

VÕS § 181 sätestab ettevõtte ülemineku regulatsiooni piirangu, nagu märgitud käeoleva peatüki alajaotises 2.1.2 ei kohaldata VÕS-i vastavaid sätteid ettevõtte üleminekul juriidiliste isikute ühinemise, jagunemise või ümberkorraldamise puhul. Sarnaselt ei kohaldata VÕS-i ülemineku sätteid, kui ettevõtte üleminek toimub seaduse alusel. Samas paragrahvis on märgitud, et seaduse alusel toimub ettevõtte üleminek eelkõige sundtäitmisel või pankrotimenetluses. Viimastel juhtudel reguleerivad ettevõtte üleminekut täitemenetluse seadus ja pankrotiseadus. Seaduse alusel üleminekuks võib lugeda ka ettevõtte üleminekut pärimisel. Sellisel juhul kohalduvad pärimisseaduse erisätted.

Juriidilise isiku juhatusel on kohustus esitada pankrotiavaldus, kui isik on püsivalt maksejõuetu (TsÜS § 36). Maksejõuetuse mõiste määratlus tuleneb pankrotiseaduse (pankrotiseadus, edaspidi PankrS) § 1 lõikest 2, mille kohaselt tähendab maksejõuetus seda, et võlgnik ei suuda rahuldada võlausaldaja nõudeid ja see suutmatus ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine. Juriidiline isik on maksejõuetu, kui võlgniku vara ei kata tema kohustusi ja selline seisund ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast

tulenevalt ajutine (PankrS § 1 lg 3). Pankrot kuulutatakse välja võlgniku kohtumäärusega (PankrS § 11 lg 1).

Pärast pankroti väljakuulutamist asub pankrotivara valitsema pankrotihaldur, kes tegutseb võlausaldajate huvide kaitsmise eesmärgil ja korraldab pankrotivara müüki (PankrS § 35 lg 1 p 2, § 36 lg 1 ja § 133-142). Pankrotivara on vara, mis oli võlgnikul pankroti väljakuulutamise ajal, samuti vara, mis nõutakse või võidetakse tagasi või mille võlgnik omandab pankrotimenetluse ajal (PankrS § 108 lg 2).

Pankrotivarana võib müüa ettevõtet või ka selle osa (PankrS § 141). Teise lepingupoole nõusolek ei ole vajalik, sest ettevõtte üleminek toimub seaduse alusel sarnaselt jagunemise ja ühinemisega. Tuleb rõhutada, et ettevõtte üleminekul pankrotimenetluses ei lähe töölepingud tööandja pankroti korral automaatselt üle ettevõtte omandajale (TLS § 112 lg 4). See on oluline erinevus võrreldes ettevõtte tavapärase müügiga.

PankrS § 54¹ lõike 1 kohaselt on halduri tegevuse tulemusena tekkivate õiguste ja kohustuste kandjaks võlgnik ning haldur osaleb ise poolena kohtus pankrotivaraga seotud vaidlustes. See tähendab näiteks, et haldur küll sõlmib lepinguid, kuid lepingu pooleks saab võlgnik, kusjuures haldur ei ole võlgniku esindajaks ning kohtumenetluses on hagejaks või kostjaks haldur ise, mitte võlgnik, kohtukulud aga ei jää halduri kanda, vaid on pankrotimenetluse kuludeks vastavalt PankrS § 150 lõikele 1 (Varul 2013, 237). Varul leiab, et pankrotihalduri staatust on küll mitmel korral muudetud ning täpsustatud, kuid praktikas tekitab see jätkuvalt probleeme, lahendusena pakub ta pankrotipesa konstruktsiooni sissetoomise seadusesse ning ühe võimaliku variandina esindajate ja abiliste kulude katmise pankrotihalduri tasu arvelt, mitte pankrotivarast (Ibid., 236-237). Pankrotipesa oleks piiratud teovõimega isik, mille esindajaks oleks haldur (Varul 2008, 363).

Lähtudes Riigikohtu seisukohast Tarbusi kaasuses (detailsem analüüs ptk-s 3.1) ei saa ettevõtte üleminekul pankrotimenetluses omandaja suure tõenäosusega tugineda omandatud ettevõtte kogemusele, sest Riigikohus leidis, et “varasemale kogemusele tugineda on võimalik eeskätt siis, kui ettevõtte osa üleminekul läks üle ka oluline osa personalist, (...) et saaks eeldada riigihankemenetluses osaleva ettevõtte võimekust täita hankelepingus sätestatavaid kohustusi” (OÜ Tarbus 2012).

2.2 Teiste isikute vahenditele tuginemise võimalus riigihankes

Pakkujad võivad vajadusel kasutada teiste isikute vahendeid, olenemata nendevaheliste sidemete õiguslikust laadist (RHS § 40 lg 3 ja RHS § 41 lg 6). Need vahendid võivad olla rahalised, tehnilised või kutsealased. Teise isiku vahenditele tuginemine peab olema seotud hankelepingu esemega ja pakkuja kvalifikatsiooni tõendamiseks vajalik ja asjakohane. RHS § 41 lg 6 kohaselt saab tugineda kolmanda isiku pädevusele teise isiku näitajate alusel vahendite, meetmete ja spetsialistide osas. Sealjuures on oluline, et see isik osaleb ka hankelepingu täitmisel (Riigihangete juhised 2014, 145).

Direktiivi artikli 47 “Finants- ja majanduslik seisund” lõike 2 kohaselt võib ettevõtja konkreetse lepingu puhul kasutada teiste üksuste võimalusi, olenemata nendevaheliste sidemete õiguslikust laadist. Sel juhul peab ta ostjale tõendama, et tal on võimalus vajalikke vahendeid kasutada, esitades selleks näiteks kõnealuste üksuste poolt võetud vastava kohustuse. Direktiivi artikli 48 “Tehniline ja/või kutsealane suutlikkus” lõikes 3 on sätestatud, et vajadusel võib ettevõtja konkreetse lepingu puhul kasutada teiste üksuste võimalusi, olenemata nendevaheliste sidemete õiguslikust laadist. Sel juhul ta peab ostjale tõendama, et tema käsutuses on lepingu täitmiseks vajalikud vahendid, tuues esile näiteks kõnealuste üksuste poolt võetud kohustuse anda vajalikud vahendid ettevõtja käsutusse. Sama artikli lõike 2 alpunktides on täpsustatud, et ettevõtja tehnilist suutlikkust tõendavateks vahenditeks võivad olla tehniliste töötajate või tehniliste üksuste, eelkõige kvaliteedikontrolli eest vastutavate isikute nimekiri sõltumata sellest, kas nad kuuluvad vahetult asjaomase ettevõtte koosseisu või mitte, ning ehitustööde riigihankelepingute puhul nende isikute nimekiri, kelle poole töövõtja võib pöörduda tööde teostamiseks (alpunkt b) ja dokumendid töövahendite, seadmete ja tehnilise varustuse kohta, mida teenuseosutaja või töövõtja saab lepingu täitmisel kasutada (alpunkt h). Kõnealuse direktiivi põhjenduses 45 on märgitud, et „Käesoleva direktiiviga lubatakse liikmesriikidel luua töövõtjate, tarnijate või teenuseosutajate ametlikud nimekirjad või avalik- või eraõiguslike asutuste rakendatav sertifitseerimissüsteem ning ette näha sellise registreerimise või sertifitseerimise toime riigihankelepingute sõlmimisele teistes liikmesriikides. Heakskiidetud ettevõtjate ametlike nimekirjade puhul on oluline arvesse võtta ka neid Euroopa Kohtu pretsedente, kui teatavasse rühma kuuluv ettevõtja üritab oma registreerimistaotluse toetuseks kasutada rühma teiste ettevõtjate majanduslikke, rahalisi või tehnilisi võimalusi. Sel juhul peab ettevõtja tõestama, et kõnealused vahendid on talle kogu registreerimise kehtivusaja jooksul tõepoolest kättesaadavad. Liikmesriigid võivad seetõttu

sellise registreerimisega seoses kindlaks määrata nõuete taseme, mida tuleb täita, ning näiteks juhul, kui ettevõtja nõuab rühma mõne teise ettevõtja varalise seisundi kasutamise õigust, võivad liikmesriigid eelkõige nõuda, et ettevõtja kannaks vastutust, mis vajadusel on solidaarne.”

Euroopa Kohtu praktikast tuleneb, et ühenduse õigusnormid ei nõua, et isik, kes sõlmib hankijaga lepingu, peaks selleks, et teda saaks pidada töövõtjaks, ja seega majandustegevuses osalejaks, olema võimeline osutama kokkulepitud teenust isiklikult ja oma vahendite abil; piisab kui ta suudab asjaomase teenuse osutamise korraldada, esitades selleks vajalikud tagatised (Ordine degli Architetti 2001, p 90). RHS § 41 lg 6 toob expressis verbis välja, et tugineda saab üksnes teise isiku näitajatele „vahendite, meetmete või spetsialistide” osas.

Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond täpsustab riigihangete portaali korduma kippuvate küsimuste rubriigis, et arvestades riigihankeõiguse formaliseeritust, saab pakkuja oma tehnilise ja kutsealase pädevuse tõendamisel teise isiku näitajatele tugineda vaid RHS-is sõnaselgelt osundatud ulatuses, antud juhul konkreetselt vahendite, meetmete ja spetsialistide osas. Mõiste „meetmed“ jääb kõnealusessättes avamata. Eesti keele seletav sõnaraamat kirjeldab „meedet“ kui abinõu ning viimast iseloomustatakse kui mingile eesmärgile suunatud, selle saavutamiseks rakendatavat tegevust/toimingut. (Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond 2014)

Püüdes vaidlusaluse mõiste tähendust sobitada eeltoodud õigusnormi, on rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond asunud seisukohale, et RHS § 41 lg 6 osundatud mõiste „meetmed“ alla saab lugeda näiteks hankelepingu täitmiseks vajaminevaid tegevuslube ja registreeringuid. Siinjuures on oluline, et pakkuja peab hankijale vastuvõetaval viisil tõendama, et tal on võimalik vastavaid teise isiku meetmeid hankelepingu täitmisel kasutada. Kuivõrd tegevusload ja registreeringud on seotud konkreetse isikuga, pole nende üleandmine võimalik. Järelikult saab pakkuja RHS § 41 lg 6 alusel teise isiku tegevuslubadele ja registreeringutele tugineda vaid juhul, kui ta tõendab hankijale, et selline isik kaasatakse hankelepingu täitmisse tegevusluba või registreeringut nõudvas osas ja mahus. (Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond 2014)

Korduma kippuvate küsimuste rubriigis on riigihangete nõustajad jõudnud järeldusele, et kuivõrd registreeringutel ja tegevuslubadel võib olla teatav seos kogemusega, tuleks „meetme“ mõiste all lubada ka teise isiku kogemusele tuginemist. Viimast siis samadel

alustel tegevuslubade ja registreeringutega. Teisisõnu, kvalifikatsiooni tõendamisel teise isiku kogemusele tuginemine on RHS § 41 lg 6 alusel lubatud vaid juhul, kui hankijale on tõendatud hankelepingu täitmine sellise isiku poolt ning vastav isik hiljem hankelepingut ka reaalselt täidab. (Ibid.)

Teiste isikute vahenditele on võimalik tugineda näiteks suuri investeeringuid nõudvate mahukate ehitustööde või töömahukate või eriteadmisi nõudvate teenuste hankelepingute puhul. Sellisel juhul võib isik kasutada ehitustööde teostamisel või teenuse osutamisel teiste üksuste rahalisi või muid vahendeid. (Riigihangete juhised 2014, 145)

Isik peab tõendama, et vajalikud vahendid on tõepoolest tema käsutuses. Tõendiks võib olla näiteks leping või muu kokkulepe, mille kohaselt isikul on lubatud kasutada teise isiku vahendeid (Ibid.). Euroopa Kohus on Ballast Nedam Groep'i kohtuasjas märkinud, et hankija kohustub arvesse võtma kontserni kuuluvate ettevõtete vahendeid, mis on vajalikud tööde teostamiseks, kui on kindlaks tehtud, et need vahendid on tõepoolest domineeriva juriidilise isiku käsutuses (1997, p 14). Arrowsmith on avaldanud, et finantsvahendite osas võib pakkuja tugineda teiste sama kontserni ettevõtete või allhankija finantsvahenditele (2005, lk 744).

Holst Italia kohtuasjas leidis Euroopa Kohus, et EL-i riigihangete direktiivi tuleb tõlgendada nii, et teenuse osutajal on riigihankemenetluses osalemiseks oma majandus-, finants- ja tehnilise suutlikkuse tõendamiseks lubatud toetuda teiste ettevõtjate seisundile, sõltumata nende vahelise seose õiguslikust iseloomust, tingimusel, et nende vahendid, mis on vajalikud hankelepingu täitmiseks, on tõepoolest tema käsutuses (1999, p 31).

Észak-dunántúli Környezetvédelmi kohtuasjas märkis Euroopa Kohus vastuseks eelotsuse küsimusele, et direktiivi 2004/18 artiklit 47 tuleb tõlgendada nii, et kui ettevõtja ei vasta minimaalse majandusliku ja finantssuutlikkuse tasemele –, mis seisneb asjaolus, et taotleja või pakkuja bilansijärgne majandustulemus ei või kolme viimast lõpetatud majandusaastat puudutava aruande kohaselt olla rohkem kui ühel korral negatiivne – kokkuleppe tõttu, mille alusel see ettevõtja regulaarselt kannab oma kasumi üle oma emaettevõtjale, ei ole sellel ettevõtjal muud võimalust täita kõnealune minimaalse suutlikkuse nõue, kui kasutada kõnealuse artikli lõike 2 alusel teiste üksuste võimalusi. Selles osas ei oma tähtsust asjaolu, et selle ettevõtja asukohaliikmesriigi õigusnormid ja hankija asukohaliikmesriigi õigusnormid erinevad selles osas, et selline kokkulepe on piiranguteta lubatud esimeses liikmesriigis, kuid teise liikmesriigi õigusnormid lubavad seda üksnes

tingimusel, et kasumi ülekandmise tulemusel ei muutu bilansijärgne majandustulemus negatiivseks (2012, p 39).

Euroopa Kohus on analüüsinud teise isiku vahenditele tuginemist 10.10.2013 Swm Costruzioni asjas tehtud otsuses nr C-94/12, milles Itaalia Marche maakonna halduskohus taotles eelotsust küsimuses, kas eespool viidatud direktiivi 2004/18 artikli 47 lõiget 2 ja artikli 48 lõiget 3 tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus selline liikmesriigi õigusnorm, mis üldnormina keelab ehitustööde hankemenetluses osaleval ettevõtjal kasutada samas kvalifikatsioonikategoorias mitme ettevõtja võimalusi (Swm Costruzioni 2013, p 25).

Viidatud kohtuasja asjaolude kohaselt kõrvaldati teedeehituse hankest ettevõtjate ühenduse moodustanud Swm Costruzioni SpA ja Mannocchi Luigino DI, kes esitasid hankes majanduslikule- ja finantsseisundi vastavuse tõendamiseks kaks tõendit, mis olid väljastatud kolmandatele isikutele. Kohus asus seisukohale, et direktiiv 2004/18 võimaldab hankija esitatud pädevuse miinimumnõuete täitmiseks kumuleerida mitme ettevõtja võimalused juhul, kui hankijale tõendatakse, et taotlejal või pakkujal, kes tugineb ühe või mitme muu üksuse võimalustele, on hankelepingu täitmisel viimatinimetatute vahendid tõepoolest kättesaadavad (Ibid., p 33). Kohus viitas otsuse kohtujuristi ettepanekule, kus ta märkis, et vaidlusalustes direktiivi sätetes järjekindel grammatilise mitmuse kasutamine näitab, et direktiivis ei ole põhimõttelist keeldu kasutada hankija poolt seatud tingimuste täitmiseks lisaks oma võimalustele ühe või mitme kolmanda isiku näitajaid (Swm Costruzioni, kohtujurist Niilo Jääskineni ettepanek 2013, p 18).

Lisaks selgitas kohus nimetatud kohtuasjas, et vaatamata kohtuotsusele, ei ole välistatud, et on olemas ehitustöid, mille eripärade tõttu on erandlikes olukordades vajalik teatud sobivus, mida ei ole võimalik saavutada mitme ettevõtja võimaluste liitmisega. Sellisel juhul on hankijal õigus nõuda, et üksainus ettevõtja täidaks asjaomase pädevuse miinimumnõuded või vajadusel kasutaks piiratud hulka ettevõtjaid, tingimusel et see nõue on asjaomase hanke objektiga seotud ja proportsionaalne. (Swm Costruzioni 2013, p 35)

Riigikohus on leidnud Tarbusi kaebuses, et käesolevas peatükis analüüsitud RHS § 41 lõige 6 kinnitab kaudselt kogemuse ülemineku võimalikkust (Tarbus 2012, p 25).

Bovis on avaldanud, et pakkujate valikukriteeriumid majandusliku seisundi hindamiseks ei näita otseselt pakkuja suutlikkust täita hankelepingut, vaid on kaudseks meetodiks. Samuti selgitab ta, et Euroopa Kohus on võimaldanud hankijatele ulatuslikku kaalutusõigust pakkujate majandusliku seisundi vastavuse kontrollimiseks ning märgib, et

kuigi laiad reeglid on hoolikalt piiritletud selleks, et vältida pakkujate diskrimineerimist ja otsuste suvalisust, peavad hankijad asjaolude hindamisel olema väga tähelepanelikud. Autor nõustub professor Bovise seisukohaga, et väga jäik regulatsioon pakkujate sobivuse hindamiseks ei oleks hea lahendus. (Bovis 2005, 75)

Analüüsitud kohtulahendite valguses võib öelda, et pakkujate majandusliku ja tehnilise kvalifikatsiooni kontrollimisel tuleb silmas pidada, et pakkuja ei pea ilmingimata ise töid teostama, vaid võib seda teha tütarettevõtja kaudu, kasutada kolmandate isikute töötajaid ja majandusüksusi või moodustada hankelepingu täitmiseks erinevatest äriühingutest koosneva konsortsiumi (ingl. k. *joint venture*). Kujunenud õiguslik raamistik teenib konkurentsi edendamise huve. Alustavatel äriühingutel, kes soovivad siseneda riigihanketurule, on mitmeid võimalusi tõendada oma vastavust kvalifitseerimistingimustele.

2.3 Ettevõtte ülemineku kriteeriumid

Euroopa Kohus hindab ettevõtte üleminekut majandusüksuse identiteedi mõiste kaudu, pidades ettevõtte ülemineku tõendamise otsustavaks kriteeriumiks majandusüksuse identiteedi säilimist, mis tuleneb eelkõige sellest, et tema tegevus reaalselt jätkub (Hidalgo 1998 p 21).

Euroopa Kohus on märkinud, et Euroopa Liidu 12.03 2001 Euroopa Liidu Nõukogu direktiivi 2001/23/EÜ "Ettevõtjate, ettevõtete või nende osade üleminekul töötajate õigusi kaitsvate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta" mõttes on üleminekuga tegemist juhul, kui üle läheb identiteeti säilitav majandusüksus, mis tähendab ressursside organiseeritud koondamist, mille eesmärk on majandustegevus põhi- või kõrvaltegevusena (direktiivi art 1 lg 1). Euroopa Kohus on selgitanud, et viidatud artikli 1 lõike 1 punkte a ja b tuleb tõlgendada nii, et need on kohaldatavad ka olukorras, kus üleantud ettevõtja või ettevõtte osa ei säilita oma organisatsioonilist iseseisvust, tingimusel, et erinevate üleantud tootmiselementide vahel on säilinud funktsionaalne side, mis võimaldab omandajal neid elemente kasutada samasuguseks või analoogiliseks majandustegevuseks. (Klarenberg 2009, p 53)

Viidatud Euroopa Kohtu lahendis toodud seisukohast tulenevalt ei pruugi majandusüksuse jagamine füüsiliselt eraldiseivateks osadeks välistada ettevõtte ülemineku sätete kohaldamist.

Eesti kohtupraktikas on ettevõtte ülemineku sätete eesmärgi ja sisu selgitamisel olnud eespool viidatud direktiivi sätted aluseks nii töövaidlustes kui ka maksualastes vaidlustes.

Hidalgo kaasuses rõhutas Euroopa Kohus, et ettevõtte üleminek tähendab stabiilse majandusüksuse identiteeti säilimist, mis hõlmab enam kui ühte lepingulist tegevust. Mõiste “identiteet” viitab organiseeritud isikute ja varade grupile, kes tegutsevad majandustegevuses kindla eesmärgi saavutamise nimel (Hidalgo 1998, p 25). Kohus hindas ettevõtte üleminekut kahes liidetud kohtuasjas: esimeses oli küsimus kohaliku omavalitsuse poolt tellitud puhastusteenuse osutamise osas ettevõtte üleminekul ja teises kaitsevæe poolt tellitud valveteenuse osutamisel ettevõtte üleminekul. Mõlemas kohtuasjas oli tellija vahetanud lepingupoolt, kuid uus teenuse osutaja kasutas sama tööjõudu ja töötajad ei olnud nõus asjaoluga, et nende töölepingud ei läinud uuele teenuse osutajale üle.

Kuigi säiliv majandusüksuse identiteet peab olema piisavalt struktureeritud ja iseseisev, ei pea majandusüksusel olema märkimisväärseid materiaalseid või immateriaalseid varasid. Kohus märkis otsuses, et teatud sektorites, nagu puhastus- ja valveteenus, on ettevõtte põhivara viidud miinimumini ning tegevus põhinebki olulises osas tööjõul. Seega võib muu tootmistevõime puudumisel pidada majandusüksuse identiteedi säilimiseks grupi palgatöötajate tegevust, kes püsivalt ja spetsiaalselt täidavad edasi tavapäraseid ülesandeid. (Ibid., p 26)

Kohus pidas ettevõtte ülemineku hindamisel vajalikuks analüüsida kõiki üleminekuga seotud järgmisi asjaolusid kogumis (Ibid., p 29):

- ettevõtte tüüp;
- materiaalse vahendite üleminek;
- immateriaalsete vahendite ja organisatsiooni ülevõtmine;
- personali säilitamine (eriti oluline nn vähete vahenditega ettevõtete puhul);
- kliendi- ja hankijasuhete jätkuvus;
- üleminekule eelneva ja sellele järgneva tegevuse sarnasus;
- katkestuse aeg, kui tegevus oli vahepeal katkenud.

Põhjendustes on kohus leidnud, et üksnes üleminekule eelneva ja sellele järgneva tegevuse sarnasus ei tähenda sisulist majandusüksuse identiteedi säilimist (Brink’s Security Luxemburg 2009, p 92). Kõne alla võivad tulla ka muud identifitseerivad tunnused, näiteks juhtorganite koosseis, ettevõtte ülesehituse või töökorralduse spetsiifilised meetodid jmt.

Eelnimetatud kriteeriumid omavad sõltuvalt olukorrast ja ettevõtte laadist erinevat kaalu (Hidalgo 1998 p 30).

Suure hulga tootmisvahenditega ettevõtete puhul on sageli suurem kaal just nende vahendite üleminekul, samal ajal kui nappide tootmisvahenditega ettevõtetes (sh nendes, mis tegutsevad suuremalt jaolt nn "võõraste" vahenditega) omab suuremat kaalu töötajaskonna üleminek. Sageli kaasneb ettevõtte üleminekul põhitöötajaskonna ülevõtmine. Näiteks ei loeta Saksamaal ettevõtte üleminekuks seda, kui üle antakse vaid masinate rendileping koos masinaid teenindavate isikutega. Ettevõtte üleminekut ei kujuta endast ka oluliste tootmisvahendite väljavahetamine ega oluliste vahendite investeeringuna ettevõttesse paigutamine. (Vutt 2010)

Euroopa Kohus on Klarenbergi asjas leidnud, et kuigi organisatsiooniline tegur on oluline tunnus majandusüksuse identiteedi määratlemiseks, ei saa nimetatud tegurile omandada ülekaalukat rolli, sest direktiivi mõtteks on kaitsta ka neid olukordi, kus ettevõtte omandaja otsustab ettevõtte hajutada ning liita selle omaenda struktuuriga (Klarenberg Klarenberg 2009, p 43). Viidatud lahendi kohaselt on oluline, et omandajal oleks võimalus kasutada ülevõetud vahendeid samasuguseks või analoogiliseks majandustegevuseks ka siis, kui need on pärast üleminekut liidetud uue ja teistsuguse organisatsioonilise struktuuriga.

Eesti kohtupraktikas on ettevõtte üleminekul majandusüksuse identiteedi säilimist käsitletud OÜ TREC vaidluses Maksu- ja Tolliametiga. Asjaolude kohaselt tegi OÜ TREC näilise kinnistute müügitehingu OÜ-ga Vaba 46 varjamaks ettevõtte osa üleminekut selleks, et küsida riigilt tagasi sisendkäibemaks. Ettevõtte või selle osa üleandmisel ei teki käivet (OÜ TREC 2011, p 1).

Maksuhaldur järeldas ettevõtte osa üleminekut järgmiste asjaolude tõttu (Ibid., p 11):

- 1) OÜ Vaba 46 oli enne tehingu tegemist makseraskustes. Pärast tehingut on OÜ Vaba 46 varatu ja tema tegevus ei ole jätkunud;
- 2) tegemist oli tavapärase tehinguga - hüpoteegipidaja, kellele kuuluva asjaõiguse sisuks on õigus realiseerida kinnisväärtuse tagatava nõude katteks, rahuldades seeläbi nõude saadud raha arvel, omandab tagatisvara ja seda kallimalt, kui on eelnevalt soetatud nõude väärtus, mille tagatiseks see vara oli;
- 3) OÜ TREC ja OÜ Vaba 46 on seotud füüsiliste isikute kaudu (äriühingute juhatuse liikmed on korduvalt äripartnerid);
- 4) OÜ TREC on asunud kinnisvara edasi ehitama ning majandustegevus ei ole peatunud. OÜ TREC oli võimalik jätkata OÜ Vaba 46 majandustegevust (kinnisvara ost-müük ja haldamine);
- 5) OÜ TREC ja OÜ Vaba 46 tegevuse olemus ja tegevuse iseloom on sarnased;

6) OÜ Vaba 46 kinnistu üleandmisega kaasnes sellega seotud lepingute jätkamine OÜ TREC poolt; 7) tasaarvestamise kokkuleppe sõlmimise kaudu tekitasid pooled olukorra, kus OÜ-l Vaba 46 ei olnud võimalik riigile käibemaksu tasuda.

Riigikohus selgitas 01.06.2011 otsuses nr 3-3-1-20-11, et maksuotsuse argumentidega ei ole piisavalt põhjendatud maksuhalduri järeldus, et poolte vahel on toimunud ettevõtte osa üleminek märkides, et ettevõtte osa ülemineku kindlakstegemiseks peab analüüsima tehingute kõiki aspekte. Seejuures peab olema selge, milline varakogum moodustab ettevõtte, mille kaudu OÜ Vaba 46 tegutses ning milline osa sellest anti üle OÜ-le TREC. (Ibid.)

Riigikohtusse jõudis ka vaidlus, milles Maksu- ja Tolliamet kohustas OÜ-d Auto Forte Baltic tasuma OÜ Kommest Autokeskused (pankrotis) maksuvõla, sest ta oli omandanud viimaselt tegutseva ettevõtte ning ettevõtte üleminekul lähevad maksukorralduse seadusest tulenevalt üle ka ettevõtte organisatsiooniliselt iseseisva osaga seotud nõuded ja kohustused (OÜ Auto Forte Baltic 2012, p 1).

Maksuotsuse kohaselt seisnes ettevõtte üleminek selles, et ettevõtte omandaja ja Kommest Autokeskused OÜ (pankrotis) majandustegevus oli sarnane ja toimus samades ruumides; valdav enamik töötajaid jätkas tööd OÜ Auto Forte Baltic juures, kusjuures töötajate tööülesanded ning töös kasutatavad vahendid jäid samaks; OÜ Auto Forte Baltic omandas Kommest Autokeskused OÜ (pankrotis) valduses olnud varade valduse (inventari, keskuste sisseseade, mööbli, laos olnud varuosade jäägi ning uute ja kasutatud sõidukite valduse); OÜ Auto Forte Baltic omandas AS-lt Kommest Autokeskused (pankrotis) korterihoonestusõiguse autokeskuse osas; omandaja võttis osaliselt üle Kommest Autokeskused OÜ (pankrotis) kliendid ja hankijad. Nimetatud asjaolude põhjal järeldas maksuhaldur, et majandusüksus, mille kaudu tegutses varem Kommest Autokeskused OÜ ei lõpetanud tegevust, vaid tegutses edasi ettevõtte omandanud OÜ Auto Forte Baltic all (OÜ Auto Forte Baltic 2012, p 1).

Kõnealune vaidlus läbis kolm kohtuastet, halduskohus jättis õiguse Maksu- ja Tolliametile, Ringkonnakohus kaebajale ning Riigikohus Maksu- ja Tolliametile nõustudes halduskohtu järeldustega, mis põhinesid Euroopa Kohtu praktikal. Halduskohus leidis, et kuna kaebajale läksid üle tegutsemiseks vajalikud varad, asukohad, vajalikku oskusteavet valdavad töötajad, hankijad ning tegutsemise vältel kujunenud kindel klientuur ehk kooslus, mis võimaldas jätkata ettevõtte majandustegevust ilma seisakuteta, asus maksuhaldur põhjendatult seisukohale, et kaebaja võttis Kommest Autokeskused OÜ-lt (pankrotis) üle

tegutseva majandusüksuse koos selle juurde kuuluvate asjade, õiguste ja kohustustega (OÜ Auto Forte Baltic 2012, p 3).

Kirjelatud kohtuasjade põhjal võib väita, et kõikide üksikfaktorite koosmõju hindamine ettevõtte üleminekul otsustamaks, kas üle läinud ettevõtte identiteet jäi samaks, ei ole praktikas lihtne. Erinevad kohtuastmed on jõudnud samades kohtuasjades vastuoluliste järeldusteni. Ettevõtte üleminek on keerukas õiguslik ja faktiline toiming.

3. ÕIGUSEELNEJA NÄITAJATELE TUGINEMINE (sõltuvalt õiguseelneja ümberkorralduse viisist)

3.1 Õiguseelneja näitajatele tuginemine ettevõtte ülemineku puhul (ettevõtte kui vara kogumi terviklik üleandmine)

RHS kohustab hankijaid võtma konkreetseid seaduses sätestatud samme pakkuja kvalifikatsiooni kontrollimiseks veendumaks tulevase lepingupartneri võimekuses lepingut nõuetekohaselt täita. RHS eristab kvalifitseerimisel selgelt ühelt poolt majanduslikku ja finantsseisundit puudutavaid näitajaid ja teiselt poolt tehnilist ja kutsealast pädevust puudutavaid näitajaid. Pakkuja majandusliku ja finantsseisundi hindamise eesmärk on veenduda pakkuja rahaliste vahendite olemasolus ja seda pangaväljavõtte või hankija seatud netokäibe piiri või hankelepingu esemele vastava osa netokäibe suuruse täitmisega (RHS § 40 lg 1). Tuleb silmas pidada, et hankijal õigus nõuda andmeid kogu pakkuja majandustegevuse netokäibe kohta kuni viimase kolme majandusaasta jooksul. RHS ei sea põhjendamatult piiranguid uute pakkujate riigihanketurule sisenemiseks – varasem hankelepingute puudumine ei või olla pakkuja diskvalifitseerimise aluseks (§ 39 lg 5), st pakkujalt ei saa küsida eelnevat riigitellimuste täitmist.

Tehniliselt ja kutsealaselt võimeka pakkuja all mõistetakse RHS-is hankija määratletud tunnustele vastavate lepingute kogemusega ning kvalifitseeritud töötajatega pakkujat (RHS § 41 lg 1). Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond on märkinud riigihangete infoportaalil, et kui hankija soovib sätestada tingimuse pakkuja kogemusele, siis saab seda teha üksnes läbi tehnilise ja kutsealase pädevuse (Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond 2014). Autor ei ole nõus sellise käsitlusega ja leiab, et netokäive on samuti seotud kaudselt kogemusega, mistõttu on ka käesolevas töös mõistatud majandusnäitajate all nii netokäivet kui ka kogemust.

Riigikohus leidis OÜ Tarbus kassatsioonkaebuse lahendamisel, et ettevõtte osa üleandmisel lähevad õigusjärgluse korras omandajale üle ettevõtte osaga seotud õigused ja kohustused, mille raames on üleantav ka senine kogemus kui üleantava ettevõtte osa tegevust iseloomustav asjaolu (OÜ Tarbus 2012a). See on oluline kogemuse ülekandmise võimalikkust toetav seisukoht Eesti kohtupraktikas, mida oodati pikka aega nii hankijate kui pakkujate poolt.

OÜ Tarbus jäeti hankija Ida-Viru Maavalitsuse poolt avaliku bussiliiniveo korraldamise hankes kvalifitseerimata põhjusel, et tal puudus nõutud kaheaastane liinitöökogemus bussitranspordi osutamisel Tartu regioonis (OÜ Tarbus 2012c, p 2). OÜ Tarbus ostis võlaõigusliku lepinguga AS-ilt GoBus selle osa ettevõttest, mis tegeles liiniveoga Tartumaal ning tugines hankemenetluses muu hulgas AS-ilt GoBus omandatud kogemusele (AS GoBus Tartu osakond) Tartu maakonnaliinide teenindamisel (Ibid., p 4.1). OÜ Tarbus kvalifitseerimata jätmist põhjendas Ida-Viru Maavalitsus teise argumendina sellega, et ettevõtte osa omandamisel läks OÜ-le Tarbus üle ka AS GoBus maine, mistõttu tulnuks ta hankemenetlusest kõrvaldada AS-i GoBus või tema seadusliku esindaja karistatuse tõttu (Ibid., p 5.2). Ida-Viru Maavalitsuse hinnangul oli AS-i Go Bus ettevõtte osa võõrandamise eesmärgiks ilmselgelt kontserni ühe ettevõtte staatuse kindlustamine riigihangetel, nii AS GoBus kui ka OÜ Tarbus kuulusid kontserni, mille emaettevõtjaks oli OÜ Tarbus Kinnisvara (Ibid., p 5.1).

OÜ Tarbus põhjendas kogemuse ülekandmise seaduslikkust kui tõendit hankijale pakkuja suutlikkusest täita hankelepingut märkides, et määrav on see, millise isiku käsutuses on pakkumuse esitamise ajal see ettevõtte, mille varasemale kogemusele oma kvalifikatsiooni tõendamisel tuginetakse (Ibid., p 4.1). Varasem kogemus ei anna hankijale kindlust, et pakkumuse esitamisel on pakkujal olemas vajalik personal, tehnika ja rahalised vahendid, et hankelepingut edukalt täita (Ibid.). Liiniveo teostamisel on hankelepingu edukaks täitmiseks vajalikud vastavat oskusteavet ja kogemust omavad töötajad (bussijuhid, mehhaanikud, logistika korraldajad) ning tehnilised ressursid (bussid, busside teenindamiseks vajalik tehnika) (Ibid.). AS GoBus Tartu osakonna võõrandamisel OÜ-le Tarbus läks viimasele üle kogu oskusteave: võõrandatava ettevõtte osa töötajad, vastava osaga seotud tehnika ning muud õigused ja kohustused (Ibid.).

Vaidlustuskomisjon leidis, et kogemuse ülekandmine ei ole seadusega kooskõlas ja põhjendas seisukohta järgmiste argumentidega. “Pakkujate kvalifikatsiooni kontrollimisel

tuleb lähtuda pakkuja kui subjekti võimest lepingu täitmiseks, ettevõtte omandanud isikul on küll ressursilised eeldused omandatud ettevõtte kaudu samalaadse majandustegevuse jätkamiseks, kuid sellise majandustegevuse jätkamist ei saa pidada samaväärse tõenäosusega toimuvaks sündmuseks kui ettevõtte varasema omaniku võrreldavat võimekust selle ettevõtte kaudu tegutsemiseks” (Ibid., p 10). Vaidlustuskomisjoni hinnangul sõltub edukas majandustegevus suure osas ettevõtja juhtimisvõimest, mis ettevõtte osa üleminekul ei saa kuidagi uuele omanikule üle minna (Ibid.). Autor nimetatud seisukohaga ei nõustu, sest ettevõtte osa üleminekul ei saa kõik tingimused majandustegevuse osutamisel jääda samaks. Arusaadavalt võib ettevõtte omandaja võimekus erineda esialgse ettevõtja võimekusest hankelepingut täita.

Halduskohus tuvastas, et ettevõtte osa üleminekul omandas OÜ Tarbus olulise osa AS GoBus Tartu osakonna personalist ja tehnikast, mida kasutati lepinguliste kohustuste täitmiseks ning nende lepingute täitmine jätkus OÜ-s Tarbus. Tegemist oli reaalselt tegutseva äriühinguga ning seega on OÜ-l Tarbus võimalik tugineda omandatud ettevõtte osa liiniveo kogemusele. (OÜ Tarbus 2012b, p 7)

Autor leiab, et halduskohtu lahendis on arvestatud majandusüksuse identiteedi säilimist ja lähtudes Hidalgo lahendis kujunenud Euroopa Kohtu seisukohast leitud, et omandatud ettevõtte osa liiniveo kogemusele tuginemine oli õiguspärane.

Ringkonnakohus ei pidanud võimalikuks kogemuse ülekandmist, märkides 23.05.2012 tehtud otsuses nr 3-12-302 sarnaselt Riigihangete Vaidlustuskomisjoni otsuses toodud põhjendustega, et “...liinivedude teostamiseks vajalik materiaalne baas ja inimressurss ei anna veel alust väita, et nende alusel uus loodav ettevõtte on võimeline kindlustama ka liinivedude teostamise lepingutes ettenähtud kogustes ja korras. Arvestades seda, et eelnevalt on kogu liinivedu toimunud AS GoBus juhtkonna juhtimisel ja tema majanduslike ressursside arvelt, ei tähenda see, et AS Go Bus poolt antud vahendite arvel loodud uue ettevõtte juhtkond suudab juhtida seda sama efektiivselt, et oleks tagatud varem ja tulevikus sõlmitavate lepingute täitmine” (OÜ Tarbus 2012b, p 14).

Nii hankija Ida-Viru Maavalitsus, vaidlustuskomisjon kui ka ringkonnakohus lähtusid otsuste tegemisel eeldusest, et ettevõtte osa üleminekul ei ole kogemuse omandamine põhimõtteliselt võimalik. Riigikohus selle seisukohaga ei nõustunud, sest RHS normid ei võimalda nimetatud järeldust teha. Samuti ei saa nimetatud seisukohaga nõustuda autor.

Ettevõtte osa üleminekul lähevad omandajale üle ettevõttesse kuuluvad ettevõtte majandamisega seotud asjad, õigused ja kohustused, muu hulgas ettevõttega seotud lepingud (OÜ Tarbus 2012a, p 20). Õigusjärgluse korras ettevõtte osaga seotud õiguste ja kohustuste ülemineku raames on üleantav ka senine kogemus kui üleantava ettevõtte osa tegevust iseloomustav asjaolu (Ibid.).

Samas kohtuasjas on Riigikohtu Halduskolleegium 28.11.2012 otsuses nr 3-3-1-45-12 rõhutanud, et ettevõtte ülemineku tõendamise otsustav kriteerium on asjaolu, kas üleantav majandusüksus säilitab oma identiteedi (Ibid., p 21). Majandusüksuse identiteedi määramisel on peamiseks Euroopa Liidu õigusallikaks käesoleva töö peatükis 2.3 käsitlemist leidnud Euroopa Kohtu 10. detsembri 1998. a otsuses liidetud kohtuasjas C-173/96 ja C-247/96 toodud juhised (Hidalgo 1998).

Riigikohus pidas oluliseks halduskohtu poolt tuvastatud seisukohta, et OÜ Tarbus omandas majanduslikult funktsioneeriva ja tervikliku majandusüksuse, mis võimaldas tal kasutada AS-ilt GoBus omandatud vara ja töötajaid AS-i GoBus poolt osutatud teenusega sarnases tegevuses. Halduskohus selgitas otsuse põhjendustes, et juriidiline isik on abstraktsioon ning äriühingu kogemuse mõiste tuleb avada läbi äriühingu majandustegevuse, struktuuri ja vahendite. Äriühingu majandustegevust teostavad arusaadavalt äriühingu töötajad. Kogemuse üleminek sõltub ettevõtte või selle osa ülemineku tehingu faktilistest asjaoludest kogumis ja eelkõige asjaolust, kas õiguste ja kohustuste ülemineku tulemusel jätkasid AS GoBus Tartu osakonna töötajad töötamist OÜ-s Tarbus. (Ibid., p 7.1)

Halduskohus märkis otsuses, et kohtumenetluses esitatud tõendid kogumis kinnitavad ettevõtte osa üleminekut OÜ-le Tarbus ning üleantud ettevõtte osa võimaldas jätkata eesmärgipärast majandustegevust läbi stabiilse, funktsioneeriva ja tervikliku majandusüksuse. Seetõttu saab OÜ Tarbus tugineda AS-i GoBus liiniveo kogemusele. (Ibid., p 7.3-7.4)

Majandusüksuse identiteedi säilimise kasuks kõnealuses kaasuses räägib ka tegevuse jätkuvus. Juhul kui ettevõtte osa üleandmise järgselt oleks OÜ Tarbus põhitegevus erinenud üleantud ettevõtte osa tegevusest ning busside liinivedu moodustanud vaid väikse osa majandustegevusest, ei saaks rääkida majandusüksuse identiteedi säilimisest.

Märkimisväärseks riigikohtu järeltuleks antud asjas oli seisukoht, et ettevõtte või selle seadusliku esindaja karistatus on isikuga lahutamatu seotud staatus ning selline asjaolu ei saa olla isiku kvalifitseerimata jätmise aluseks. (OÜ Tarbus 2012a, p 26) Vastupidine tõlgendus pärsiks põhjendamatult äriabadust, sest keeld laieneks teistele äriühingutele omanike

vahetumisel. Seadusandja tahe ei ole laiendada karistuse mõju sellisel viisil (OÜ Tarbus 2012b, p 7).

OÜ Tarbus kohtukaasus on teedrajav selles osas, et kvalifikatsiooni kontrollimisel tuleb vaadata, milline on seatud kvalifitseerimise eesmärk ja sisuline tähendus. Kohasuse kontrollimisel peab hankija veenduma, et näitajad iseloomustavad majandusüksust, millega hankeleping faktiliselt täidetakse. Ettevõtte osa üleminekul on üleantav ka senine kogemus. Riigikohtu otsuse jõustumisel oli hankeleping teise pakkujaga juba sõlmitud ning edukaks tunnistamise otsust ei olnud hankija poolt kehtetuks tunnistatud. OÜ Tarbus oli esitanud hankes parima pakkumuse, kuid kolmeastmelise kohtutee läbimise tulemusel jäi talle üksnes õigus taotleda ebaõige kvalifitseerimata jätmisega seoses tekkinud kahju hüvitamist.

3.2 Õiguseelneja näitajatele tuginemine juriidiliste isikute ühinemisel, jagunemisel ja ümberkujundamisel

Juriidilise isiku ühinemisel, jagunemisel ja ümberkujundamisel lähtutakse õiguste ja kohustuste üleminekul äriseadustiku regulatsioonist. Võlaõigusseaduse ettevõtte ülemineku regulatsiooni nimetatud juhtudel ei rakendata. Juriidiliste isikute ühinemisel, jagunemisel ja ümberkujundamisel õiguseelneja näitajatele tuginemisel põhjendatakse seda üldõigusjärgluse põhimõttega. Tsiviilõiguslikult tähendab üldõigusjärglus, et sõltumatult mis tahes kolmandate isikute nõusolekutest lähevad seaduse alusel ühelt isikult teisele kogumina üle kogu vara ja kõik õigused ja kohustused ning üleantud majandusüksuse majandustegevus jätkub muutumatul kujul (AS Talter, p 4).

Jagunemine võimaldab äriühingutel kõrvale kalduda äriühingute tehingulisele üleminekule omasest põhimõttest, et üleminevad kohustused määrab seadus. Pooltel on võimalik anda jagunemise käigus omandavale äriühingule üle sisuliselt tegutsev ettevõtte ja jätta seejuures mõned äriühingusse kuuluvad kohustused üle andmata. (AS Aspi 2011, p 14)

AS-i Merko Ehitus jagunemisest tulenev pikk kohtusaaga (edaspidi ka Merko kaasus) õigusjärgluse küsimuses leidis aset 2008-2011, kahekordselt läbiti kohtuastmed Riigikohtuni välja. Riigikohus kahjuks ei võtnud asjas sisulist seisukohta ei 2009. aastal ega 2011. aastal. Esimesel korral tunnistas Riigikohus RHS § 129 lg 1 põhiseadusega vastuolusse olevaks ja kehtetuks ning saatis kohtuasja halduskohtusse menetlemiseks (AS Merko Ehitus 2009, p 9). Seega puudus Tallinna Ringkonnakohtul pädevus läbi vaadata vaidlustuskomisjoni peale

esitatud kaebusi (Ibid.). 2011. aastal ei teinud Riigikohus sisulist otsust põhjusel, et vahepeal oli hankija vaidlustatud hanke kehtetuks tunnistanud ning Riigikohtu hinnangul oleks halduskohus pidanud lõpetama menetluse kohtuasja läbivaatamiseks põhjendatud huvi puudumise tõttu (AS Aspi 2011, p 21).

Merko kaasuse asjaolude kohaselt kvalifitseeris Maanteeamet teedehituse hankes ühispakkujana AS-i Merko Ehitus. Tegemist oli justkui uue pakkujaga, sest pärast pakkumuse esitamist oli toimunud jagunemine eraldumise teel, mille käigus endine AS Merko Ehitus sai uueks ärinimeks AS Järvevana ja uue registrikoodiga äriühingust sai nn uus AS Merko Ehitus. AS Merko Ehitus jagunes eraldumise teel. Jagunemiskava kohaselt läks kogu äritegevus, sellega seotud vara, varalised õigused ja kohustused, üle omandavale ühingule ning AS-i Järvevana jäid üksnes viis kinnistut ja maadevahetuse kriminaalajaga seotud kohustused. Maanteeamet esitas tingimuse pakkuja viimase kolme majandusaasta keskmisele netokäibele teedehituse valdkonnas (AS Talter 2008, p 6). Merko peamised argumendid õiguseelneja majandusnäitajatele tuginemisel olid järgmised:

- 1) Äriseadustiku (äriseadustik) edaspidi ÄS) § 446 lg 1 kohaselt läheb eraldumise korral vara, mis jagunemisprotsessis jagunevalt ühingult omandavale ühingule eraldatakse, omandavale ühingule kogumina üle äriregistri kande tegemise hetkest;
- 2) Seaduse kohaselt on tegemist üldõigusjärglusega, mille raames jätkas kolmas isik AS-i Merko Ehitus üldõigusjärglasena senist majandustegevust muutumatu kujul. Üle läks kogu ehitusettevõtte moodustav vara, sh õigused ja kohustused seoses täidetavate hankelepingutega ning pooleliolevate hankemenetlustega;
- 3) Sama majandustegevus jätkus muutumatu kujul sama vara ja isikkoosseisu kaudu (üle läksid ka eranditult kõik töötajad), kasutades aastatega kogunenud erialast oskusteavet (AS Talter 2008, p 5).

Nimetatud argumentidele tuginedes pidas AS Merko Ehitus iseenesestmõistetavaks, et ta võis tugineda jagunemiseelse majandustegevuse resultaatile tõendamaks tehnilist ja kutsealast pädevust (Ibid.).

Kuna netokäive tähendab ettevõtte müügitulu, mis baseerub sõlmitud lepingutel (tellimustel), siis selle nõudmine fikseeritud perioodi jooksul on käsitletav kaudselt kogemuse nõudena. Antud seisukohta toetab ka direktiivi artikkel 47 lõike 1 alapunkt c, mille alusel on kehtestatud RHS-i säte, mille kohaselt küsib hankija pakkujalt tehnilise pädevuse

tõendamiseks andmeid pakkuja tehniliste, eelkõige kvaliteedikontrolli eest vastutavate töötajate või üksuste kohta (§ 40 lg 1 p 3).

Viidatud direktiivi säte on sõnastatud järgmiselt: Ettevõtja finants- ja majanduslikku seisundit võib üldjuhul tõendada ühe või mitme järgmise dokumendiga: väljavõtte ettevõtja kogukäibest ja, kui see on asjakohane, lepinguga seotud valdkonna käibest kõige rohkem viimase kolme majandusaasta jooksul, sõltuvalt ettevõtte asutamise või tema äritegevuse algusest, kuivõrd need andmed käibe kohta on olemas.

Vaidlustuskomisjon leidis Merko asjas, et hankemenetluses osalemine on isikupõhine ja hankemenetluse käigus (pärast pakkumuse esitamist ning enne hankelepingu sõlmimist) ei saa üks isik astuda teise asemele (AS Aspi 2008, p 8). Vaidlustuskomisjon viitas otsuses asjaolule, et juriidilise isiku õigusvõime (võime omada tsiviilõigusi ja kanda tsiviilkohustusi) tekib alates äriregistri kande tegemisest. Äriregistri kanne jõustus 01.08.2008, pakkumuse esitamise tähtaeg vaidlusalusele hankele oli 14.07.2008. Seega ei saanud uue registrikoodiga AS Merko Ehitus enne äriregistri kande jõustumist hankemenetluses osaleda ega pakkumust esitada (Ibid., p 7).

Samuti põhjendas vaidlustuskomisjon uue registrikoodiga pakkuja lubamatust argumendiga, et isikupõhisest määratlusest tulenevalt on hankija kohustatud enne hankelepingu sõlmimist läbi viima rea RHS-s sätestatud kohustuslikke protseduure. Nimetatud protseduurid viiakse läbi pakkuja poolt esitatud andmete ja dokumentide põhjal, sest hankemenetluses puudub hankijal uurimisprintsipi (Ibid.) Uurimisprintsipi kohaselt on haldusorgan kohustatud ise välja selgitama menetluses tähtsust omavad asjaolud. Vastasel korral kujuneks menetluse läbiviimine hankijale ebamõistlikult koormavaks ja pikaks.

Vaidlustuse esitajate AS-i Aspi ja AS-i Eesti Ehitus põhjendust, et uue registrikoodiga AS-il Merko Ehitus puudub varasem majandustegevus, ei pidanud vaidlustuskomisjon oluliseks, märkides, et hankemenetluses ei esitatud ühtegi dokumendi, mis oleks võimaldanud kontrollida uue AS-i Merko Ehitus kvalifikatsiooni (Ibid., p 9). Üldõigusjärglusele tuginemist AS-i Merko Ehitus poolt ei pidanud vaidlustuskomisjon asjakohaseks.

Vaidlustuskomisjoni otsus peegeldab äärmiselt jäika riigihangete regulatsiooni käsitlust – „RHS ei näe ette võimalust hankemenetluse kestel ühe isiku poolt ja tema kohta esitatud andmete ja/või dokumentide asendamiseks/ümber vahetamiseks teise isiku kohta käivate dokumentidega“ (AS Aspi 2008, p 10), millega autor ei saa nõustuda. Vaidlustuskomisjon pidas õiguseelneja majandustehingutele tuginemist võimalikuks vaid

selle isiku poolt, kellel on õigus netokäivet kajastavaid majandusaasta aruandeid kasutada kui enda omasid (AS Talter 2008, p 8). Nn uus AS Merko Ehitus küll kinnitas, et pakkuja on tema ning endine AS Merko Ehitus oma kvalifikatsiooni vastavust hankija esitatud tingimustele pärast jagunemiskande tegemist äriregistris ei tõenda, kuid vaidlustuskomisjon ei pidanud seda oluliseks, märkides et kaks eraldiseisvat juriidilist isikut (jagunemiseelne AS Merko Ehitus ja eraldunud uus AS Merko Ehitus) ei saa mõlemad tugineda oma kvalifikatsiooni tingimustele vastavuse tõendamiseks ühtedele ja samadele andmetele ja dokumentidele, mis tulenevad samadest tegevustest (AS Talter 2008, p 9).

Vaidlustuskomisjon pidas vajalikuks märkida, et RHS-is sätestatud põhimõtetega ei ole kooskõlas ühingu jagunemise kaudu eraldumise teel oma staatuse kindlustamine pakkujana tuleviku hankemenetlustes. AS Merko Ehitus püüdis end justkui puhtaks pesta, jättes jagunevasse ühingusse asjaolud, mis võinuks olla takistuseks hangetel osalemisel (pakkuja seadusliku esindaja karistatus) ning andes omandavale ühingule üle vajaliku vara, õigused ja kohustused, ka tööde teostamise kogemuse. (Ibid., p 11)

Siinkohal tuleb nõustuda vaidlustuskomisjoniga – kui leiab kinnitust fakt, et äriühingus tehakse ümberkorraldusi eesmärgiga hoida kõrvale RHS-is sätestatud nõuetest, siis ei saa seda pidada õiguspäraseks.

Vaidlustuskomisjoni otsuse peale esitasid ühispakkujad AS Merko Ehitus ja Tallinna Teede AS apellatsioonkaebused, mis rahuldati, kuid tühistati 2009. aastal Riigikohtu poolt ja Merko asi saadeti lahendamiseks Tallinna halduskohtule. Oluline on märkida, et Maanteeamet tunnistas enne kohtuasja Tallinna halduskohtus menetlemist vaidlusaluse riigihanke kehtetuks ning sõlmis sama objekti kohta uue hanke, mille tulemusel sõlmiti 2009. aastal hankeleping AS-iga Talter, TREF, K-MOST ja Teede REV-2 (AS Merko Ehitus 2010, p 8). Halduskohtus esitasid kaebajad täiendavalt alternatiivse taotluse tunnistada vaidlustuskomisjoni otsused õigusvastaseks juhul, kui kohus peaks leidma, et kaebajatel puudub tühistamiskaebuse esitamiseks kaebeõigus (Ibid., p 10). Oli ju vahepeal hange kehtetuks tunnistatud ning ka Maanteeamet hankijana oli sellekohase taotluse esitanud.

Halduskohus märkis otsuses, et jagunemise käigus tekkinud nn uus AS Merko Ehitus oli üldõigusjärglane varakogumi osas, mis jagunemise käigus üle läks ning seega jätkas automaatselt ilma täiendavate toiminguteta enne jagunemist eksisteerinud äriühingu majandustegevust. Halduskohus leidis, et vaidlustuskomisjoni otsuses oli täiesti tähelepanuta jäänud seisukoht, et üldõigusjärgluse korral asendab õigusjärglane seaduse alusel automaatselt

õigussuhtes õiguseelnejat ning kolmandate isikute nõusolekust see ei sõltu. Endise AS Merko Ehitus käive koos ühispakkuja Tallinna Teede AS-i käibega oli piisav riigihankel kvalifitseerumiseks ning kõik õiguseelneja poolt kestvates menetlustes esitatud dokumendid tulnuks lugeda alates jagunemiskande tegemise hetkest üldõigusjärglase poolt esitatuks ja tema suhtes kehtivateks. Halduskohus leidis, et hankemenetluse kehtetuks tunnistamise tõttu kaebeõigus ära ei langenud. Hiljem lükkas Riigikohus selle seisukoha ümber. Halduskohus nõustus kaebajatega, et lubades vaidlustuskomisjoni otsuste jõustumist, oleks see olnud signaal avalikkusele, et AS Merko Ehitus ei saa tugineda jagunemiseelsetele näitajatele ja osaleda riigihangetel. See oleks muutnud AS-i Merko Ehitus jaoks riigihangetel osalemise perspektiivituks, sest ka parima pakkumise tegemisega kaasneuks väga suure tõenäosusega kohtuvaidlus, mille venimine nurjanuks hanke. AS Merko Ehitus on kohalikul ehitusturul üks olulisemaid ettevõtjaid, kelle suutlikkus esitada konkurentsivõimelisi pakkumisi leidis tõendamist ka vaidlusaluses hankes. (Ibid.)

Kolmandad isikud pidasid AS-i Merko Ehitus kvalifitseerimist ebaõigeks kahel põhjusel:

- 1) formaliseeritud hankemenetluses sõnaselge regulatsiooni puudumise tõttu polnud võimalik õigusjärglase astumine pakkumuse esitanud isiku asemele;
- 2) isiku õigusjärglasel puudub õigus kvalifitseerimiseks viidata pakkumuse esitanud õiguseellase poolt teostatud töödele ja õiguseellase käibe.

Halduskohus nimetatud seisukohaga ei nõustunud - selgitades, et hankemenetluses lähtutakse küll põhiliselt esitatud dokumentide vormilisest küljest ega anta sisulisi hinnanguid. Küll aga nõuab RHS teatud juhtudel hankijalt ka tõendite hindamist, seega ka asjaoludele hinnangu andmist. Üheks selliseks juhtumiks on pakkuja kvalifikatsiooni kontrollimine. RHS-is sätestatud nõue – kvalifitseerimise tingimused peavad olema piisavad – nõuab hinnangulist otsustust. Seetõttu leidis halduskohus, et viitega hankemenetluse formaliseeritusele ei saa põhjendada õigusjärglase menetlusse astumise keeldu. Haldusmenetluse seaduse (haldusmenetluse seadus, edaspidi HMS) järgi kohaldatakse haldusmenetluses õigus- ja teovõimele tsiviilseadustiku üldosa seaduse sätteid. TsÜS § 6 kohaselt võivad tsiviilõigused ja kohustused üle minna ühelt isikult teisele, kui need ei ole seadusest tulenevalt isikuga lahutamatu seotud. Oluliseks halduskohtu järelduseks antud asjas oli seisukoht, et õigusjärglase täielik välistamine piiraks ebaoproportsionaalselt

ettevõtlusvabadust ning märkis, et õigusjärglusest keeldumiseks peaks olema õiguslik alus. (AS Aspi 2011, p 14)

Ringkonnakohus leidis Merko kaasuse teistkordsel lahendamisel, et sellise õigusjärgluse korral pakkuja asendamine ja eelneva pakkuja majandusnäitajatele tuginemine on võimalik (AS Merko Ehitus 2010, p 31). Ringkonnakohus selgitas, et kuigi riigihangete seaduses ei ole sätestatud pakkujate õigusjärgluse küsimust, ei saa sellest teha järeldust, et pakkuja õigusjärglus riigihankemenetluses oleks keelatud (Ibid). Ringkonnakohus rõhutas, et halduskohus leidis õigesti, et selline keeld oleks ulatuslik ettevõtlusvabaduse piirang, mis takistaks äriühingu jagunemist või muul viisil õigusjärglust ning sellise õigusjärgluse korral piiraks põhjendamatult pakkuja õigusi hankemenetluses (Ibid.).

Riigikohtuni jõudis vaidlus ka Kaitseministeeriumi poolt 2008. aastal välja kuulutatud mereväebaasi kaide renoveerimise hanke osas, milles konkurendid ei olnud nõus AS Merko Ehitus kvalifitseerimisega. Riigikohus asjas sisulist otsust ei teinud ja jõusse jäi 20.10.2009 Tallinna Halduskohtu otsus, milles tunnistati AS-i Merko Ehitus kvalifitseerimine õiguspäraseks, sest ehituskogemus hankelepingu esemega seotud valdkonnas loeti õigusjärgluse korral üle läinuks. Halduskohus rõhutas kohtuotsuse põhjendustes, et riigihangete puhul pole oluline, kas jaguneva ühingu käivet saab formaalõiguslikult üle kanda omandavale ühingule, millal omandav ühing registreeriti käibemaksukohustuslaseks, millal tehti kanded majandustegevuse registrisse ning kuidas kogu protsessi raamatupidamislikult käsitleti (OÜ Sherman 2009, 6). Peamine on kontrollida, kas äriühingul on jagunemise tulemusel majanduslik suutlikkus olemas (Ibid., 7). Autor nõustub halduskohtu seisukohaga, et kvalifitseerimismõnede kitsas grammatiline tõlgendamine arvestamata kvalifitseerimismõnnete kehtestamise eesmärgi, on põhjendamatult.

Merko kaasused näitavad ilmekalt, kuidas õiguseelneja näitajatele tuginemise küsimuses siduva kohtulahendi puudumine kahjustas AS-i Merko Ehitus majanduslikke huve ja hangetes edukalt osalemise võimalusi. Vaidlustamise riski maandamiseks esitas äriühing üksnes ühispakkumusi, mis võimaldasid tugineda ühispakkujate summeeritud näitajatele. Iseseisvalt hankemenetlustes osalemine võimaldanuks AS-il Merko Ehitus esitada oluliselt soodsamaid pakkumusi ning suurendanuks pakkumuste edukaks osutumise tõenäosust. Kaebajate põhjendatud huvi seisneski siduva kohtuotsuse saamises, mis oleks andnud piisava kindluse esitada iseseisvalt pakkumusi. Tegemist oli keerulise situatsiooniga ka hankijate jaoks. Riigihangete efektiivne läbiviimine oli raskendatud. Teedehitusega edasiminekuks oli

Maanteeamet sunnitud hanke kehtetuks tunnistama ja läbi viima uue hankemenetluse, Kaitseministeerium lõpetas mereväebaasi kaide renoveerimise hanke kõikide pakkumuste tagasilükkamisega lepingu täitmiseks vajalike riigieelarvevahendite puudumise tõttu.

3.3 Õiguseelneja näitajatele tuginemine organisatsiooni sisesel restruktureerimisel

Organisatsiooni sisemine restruktureerimine hõlmab juhtumeid, kus äriühing asutab tütarettevõtte, mille üle tal on kontroll läbi häälteenamuse. Kontserni mõiste on defineeritud ÄS-s: kui üks äriühing on teises äriühingus osanik või aktsionär ning omab seal häälteenamust, nimetatakse osalevat ühingut emaettevõtjaks ja ühingut, kus ta osaleb, tütarettevõtjaks (§ 6 lg 1). Emaettevõtja tütarettevõtjaks on ka ühing, kus häälteenamus on teisel tütarettevõtjal või tütarettevõtjatel üksinda või koos emaettevõtjaga. ÄS § 6 lõikes 2 on rõhutatud emaettevõtja valitseva mõju olemasolu. Nagu seaduses kirjas, ei eelda emaettevõtja valitsev mõju tütarettevõtja üle emaettevõtja ainuomanikuks olemist. ÄS-i toetab ka RHS regulatsioon, mille kohaselt eeldatakse, et ettevõtjal on teise ettevõtja suhtes valitsev mõju, kui ta otseselt või kaudselt omab või valitseb üle poole teise ettevõtja osa- või aktsiakapitalist või osade või aktsiatega esindatud häältel või võib nimetada rohkem kui poole teise ettevõtja juhtimis- või järelevalveorgani liikmetest (§ 74 lg 1 p 3).

Juhul, kui selline tütarettevõtja soovib riigihankemenetluses tugineda emaettevõtja näitajatele, peab ta viitama RHS sätetele, mis võimaldavad pakkujal tõendada oma vastavust majanduslikule ja finantsseisundile esitatud nõuetele ning oma tehnilise ja kutsealase pädevuse vastavust kvalifitseerimise tingimustele lisaks oma näitajatele ka teise isiku näitajatele vahendite ja meetmete või spetsialistide osas (RHS §-d 40 lg 3, 41 lg 6). Teise isiku näitajatele tuginemist on analüüsitud magistritöö peatükis 2.2.

Euroopa Kohtu kohtujurist Niilo Jääskinen on järeldanud oma ettepanekus, et direktiivi 2004/18 teiste isikute vahenditele tuginemist võimaldavate sätete (artikli 47 lg 2, artikli 48 lg 3 ja artikkel 52) sõnastuses on kodifitseeritud väljakujunenud Euroopa Kohtu praktika seoses varasemate riigihankedirektiividega (2013, p 20). Kohtuasjas Ballast Nedam Groep I otsustas Euroopa Kohus, et valdusühingut, mis ise ehitustöid ei teosta, ei tohi ehitustööde hankemenetlusest kõrvaldada selle alusel, et tema tütarettevõtjad, kes ehitustöid teostavad, on eraldiseisvad juriidilised isikud, kui ta saab tõendada, et ta saab lepingu

täitmiseks tegelikult kasutada oma tütarettevõtjate vahendeid (1994, p 15). Kohtuasjas Ballast Nedam Groep II kordas Euroopa Kohus seisukohta, millele ta oli asunud kohtuasjas Ballast Nedam Groep I, ning täpsustas, et emaühingu tehnilist suutlikkust hinnates on heakskiidetud töövõtjate nimekirju koostavad ametiasutused kohustatud arvesse võtma samasse kontserni kuuluvate äriühingute tehnilist suutlikkust (1997, p 14).

Kohtuasjas Holst Italia kohaldas Euroopa Kohus kohtuasjades Ballast Nedam Groep I ja Ballast Nedam Groep II välja kujundatud kohtupraktikat olukorrale, kus hankemenetluses osaleda sooviv äriühing ei omanud ettevõtjate ühendusse kuuluvate äriühingute suhtes valitsevat mõju, ning kinnitas, et niisugune äriühing võib kasutada teiste samasse ettevõtjate ühendusse kuuluvate äriühingute võimalusi, olenemata nende vaheliste sidemete õiguslikust laadist (Holst Italia 1999, p 31). Asjaolude kohaselt oli Cagliari omavalitsus viinud läbi väljakuulutamise läbirääkimisega hankemenetluse veepuhastusjaama ja reovee puhastusjaama ehitustööde hankelepingute sõlmimiseks kolmeks aastaks. Hanketingimustes oli nõue, et pakkujad peavad esitama tõendi viimase kolme aasta netokäibe osas hankelepinguga seotud valdkonnas. Soodsaima pakkumise teinud äriühing Ruhrwasser oli asutatud alles hanke väljakuulutamise aastal ning ei saanud eelneva kolme aasta kohta mingit käivet näidata. Oma kvalifikatsiooni tõendamiseks tugines ta teise äriühingu finantsvahenditele ja esitas nende kasutamise võimalust tõendavad dokumendid. Holst Italia osales samuti hankel ja kaebas edasi hankija otsuse tuues põhjuseks, et teise isikute vahenditele võib tugineda üksnes siis, kui on tõendatud nende vaheline selge struktuuriline seos.

Euroopa Kohus märkis, et pakkujat ei saa menetlusest kõrvaldada üksnes selle alusel, et ta pakub välja vahendid, mis ei ole tema enda omad, vaid kuuluvad ühele või mitmele teisele üksusele (Ibid., p 26).

Pressetexti asjas 19.06.2008 tehtud otsuses andis Euroopa Kohus selged juhised hankelepingu muutmise lubatavuse osas. Alapeatükis 2.1 põhjalikumalt analüüsitud kohtulahendis leidis kohus, et äriühingu sisemise ümberkorraldamise tulemusel tütarettevõttele hankelepingu üleandmine ei olnud vastuolus direktiiviga.

Kuigi Pressetexti lahend ei räägi toetumisest tütarettevõtja vahenditele, peegeldab Euroopa Kohtu seisukoht hankelepingu üleandmise lubatavusest direktiivi mõtet ja organisatsiooni siseste vahendite aktsepteerimist riigihankemenetluses, seda erinevates menetluse etappides – kvalifitseerimisel ja ka hankelepingu täitmisel, mis on ainus

lepinguõiguse valdkond, kuhu riigihankeõigus sekkub hankelepingu muutmise regulatsiooni kaudu. Hankelepingu muutmine olulistes tingimustes riivaks läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid. Seetõttu tuleb ka hankelepingu täitmisel järgida riigihangete korraldamise üldpõhimõtteid.

Käesolevas peatükis analüüsitud Euroopa Kohtu lahendite seisukohad on olulised põhjusel, et kinnitavad äriühingu õigust toetuda hankemenetluses tüürettevõtja tehnilisele pädevusele ja netokäibele. Seejuures ei pidanud kohus oluliseks hankemenetluses nimetatud näitajatele toetuda sooviva äriühingu valitseva mõju olemasolu tüürettevõtjate üle.

KOKKUVÕTE

Käesoleva magistritöö uurimisobjektiks oli õiguseelneja majandusnäitajatele tuginemise võimalus riigihangetel äriühingu ülemineku korral.

Kvalifitseerimise eesmärk on leida usaldusväärsed ja majanduslikult tugevad pakkujad, kes on võimelised hankelepingut edukalt täitma. Kvalifitseerimisotsuse tulemusel saab hankija valida endale parima pakkuja, mille tulemusel on tal võimalik saada kvaliteetset kaupa või teenust, mis läbi on tagatud ka nõuetekohane hankelepingu täitmine. Viivitused hankelepingu täitmisel on reaalne kulu hankijale. Ebaõiged kvalifitseerimisotsused moonutavad normaalset konkurentsi. Kui ettevõtte tahavad kaasaegses maailmas ellu jääda ja haarata võimalustest, mida pakub globaalne äritegevuse süsteem, peavad nad tegema sageli ümberkorraldusi oma struktuuris, mistõttu osutub vajalikuks tugineda riigihangetel kvalifitseerumiseks oma õiguseellase majandusnäitajatele. Sageli leiavad aset äriühingute jagunemised, ühinemised ja ülevõtmised ning äriühingute sisemised ümberkorraldused läbi tütarettevõtjate asutamise.

Magistritöö esimeses peatükis analüüsitud riigihangete üldpõhimõtete ja äriabaduse põhiõiguse vahelise tasakaalu osas jõudis autor järeldusele, et õiguseelneja näitajatele tuginemise keeld oleks ebaproportsionaalne ja vastuolus põhiseaduses kehtestatud ettevõtlusvabaduse põhimõttega. Riigihangetel osalejate peamine ootus on, et riik kasutab efektiivselt olemasolevat konkurentsi koheldes kõiki isikuid võrdselt. Autor on seisukohal, et avalik huvi läbipaistvaks maksumaksja raha kasutamiseks ei kaalu üles äriühingute lepingu- ja iseotsustamisvabadusest tulenevat ja õigusjärgluse põhimõttele rajanevat õigust tugineda riigihankel kvalifitseerumiseks õiguseelneja majandusnäitajatele.

Magistritöö teine peatükk käsitles erinevaid äriühingu ülemineku, üleminekuga kaasnevaid õiguslikke tagajärgi ja ülemineku kriteeriume. Autor leidis direktiivi ja Eesti riigihankeõiguse ning kohtupraktika analüüsi käigus süstemaatilis-loogilist ja objektiiv-teleoloogilist tõlgendamispriinti kasutades, et majandusüksuse identiteedi säilimisel on õigustatud äriühingu tuginemine õiguseelneja näitajatele. Arvestades kohtupraktika poolt kujundatud äriühingu ülemineku kriteeriume, jõudis autor järeldusele, et äriühingu

üleminekul pankrotimenetluses ei saa omandaja tugineda omandatud ettevõtte pädevusele, sest sellisel juhul ei lähe üle arvestatav osa personalist, mis on üks olulisi äriühingu ülemineku kriteeriume. Varasemale kogemusele tuginemine on võimalik eeskätt siis, kui äriühingu osa üleminekul läheb üle ka oluline osa personalist, oskusteabest ja tehnikast, et saaks eeldada hankemenetluses osaleva äriühingu suutlikkust täita nõuetekohaselt hankelepingut.

Lähtudes juriidilise argumentatsiooni teooriast ja Riigikohtu seisukohast on oluline järelendus, et teise isiku vahenditele tuginemise võimalus riigihangete seaduses kinnitab kaudselt kogemuse ülemineku võimalust.

Magistritöö kolmandas peatükis käsitles autor läbi kohtupraktika analüüsi õiguseelneja näitajatele tuginemist vastavalt õiguseelneja ümberkorralduse viisile. Kuigi erinevad kohtuastmed jõudsid oma lahendites vastupidistele seisukohtadele, tuleb nõustuda Riigikohtu järelدusega, et õigusjärgluse korral õiguseelneja näitajatele tuginemine on lubatud, kui on säilinud majandusüksuse identiteet. Hankijad peavad veenduma, et riigihankel osaleja näitajad iseloomustaksid majandusüksust, millega hankeleping faktiliselt täidetakse.

Efektiivne regulatsioon riigihangete läbiviimiseks võimaldab avalikke vahendeid kasutada väiksema aja- ja rahakuluga. Analüüsist nähtub, et hankijad on kulutanud ebaõigete kvalifitseerimisotsuste tõttu läbi pikaleveninud kohtuvaidluste märkimisväärselt nii aega kui ka raha. Seejuures peavad riigihangete üldpõhimõtteid arvestades olema täidetud nii pakkuja kui ka hankija ootused hankemenetluse reeglitele. Pakkuja soovib, et avalikku raha kasutatakse läbipaistvalt ning hankija soovib endale usaldusväärset tehingupartnerit. Arvestada tuleb mõlema poole huve ning ei saa eelistada ühte teisele. Avalikkuse ootused riigi poolt pakutavatele teenustele on ülikõrged, riik ei tohi maksumaksjaid alt vedada. Näiteks riiklike registrite töökindlus peab olema väga hästi tagatud, vastasel korral kaasneksid märkimisväärsed kulud.

On selliseid riigihangete seaduse rakendamise probleeme, mida saab ületada tõlgendamise teel. Mõnede probleemide puhul on vajalik seadust täpsustada, ilma et selle sisu oluliselt peaks muutma, küll aga on vaja tuua suuremat selgust.

Õigusselguse põhimõttest lähtudes ja arvestades olulist rolli, mis on täpsetel ja üheselt arusaadavatel reeglitel, tagamaks riigihankemenetluses osalevate isikute võrdne kohtlemine (AS Harjumaa Liinid 2007, p 14), on õigustatud äriühingu ülemineku korral õiguseellase majandusnäitajatele tuginemise võimaluse reguleerimine riigihangete seaduses.

Magistritöö autori hinnangul tuleb kvalifitseerimistingimuste regulatsiooni riigihangete seaduses täiendada. Autori ettepanekud uute direktiivide harmoneerimisel on järgmised:

1. Täiendada RHS § 40 järgmise lõikega:

Õigusjärgluse korral võib pakkuja või taotleja tõendada oma vastavust majanduslikule ja finantsseisundile esitatud nõuetele konkreetse hankelepingu täitmise raames õiguseellase näitajate alusel juhul, kui ettevõtte üleminekul on säilinud majandusüksuse identiteet ja õiguseellase ümberkorraldamise eesmärgiks ei ole riigihangete seaduse sätetest kõrvalehoidmine.

2. Täiendada RHS § 41 järgmise lõikega:

Õigusjärgluse korral võib pakkuja või taotleja tõendada oma tehnilise ja kutsealase pädevuse vastavust kvalifitseerimise tingimustele konkreetse hankelepingu täitmise raames õiguseellase näitajate alusel juhul, kui ettevõtte üleminekul on säilinud majandusüksuse identiteet ja õiguseellase ümberkorraldamise eesmärgiks ei ole riigihangete seaduse sätetest kõrvalehoidmine.

Õigusselgus toob kaasa rohkem paindlikkust, annab ettevõtjatele suurema majanduskindluse ja tagab kokkuvõttes suurema konkurentsi. Riigihangete regulatsioon peab saavutama mõistliku tasakaalu EL riigihankeõiguse, siseriikliku eraõiguse ja avaliku huvi vahel.

VIIDATUD ALLIKATE LOETELU

- Annus, T. (2006). Riigiõigus. Tallinn: Õigusteabe AS Juura.
- Arrowsmith, S. (2003). Government Procurement in the WTO. – *Kluwer Law International*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, pp 3-6.
- Arrowsmith, S. (2005). The Law of Public and Utilities Procurement. London: Sweet & Mawell.
- Arrowsmith, S. (2010) EU Public Procurement Law: An Introduction.
<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (10.02.2014)
- Arrowsmith, S. (2012). Modernising the European Union's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility. – *Public Procurement Law Review*, no. 3, Andover, UK: Sweet & Maxwell, pp. 71-82.
- AS Aspi ja AS Eesti Ehitus vaidlustus Maanteeameti riigihankes “E20 Tallinn-Narva maantee Kukruse-Jõhvi teelõigu ehitus” (registreerimisnumber 105877) AS-i Merko Ehitus ja Tallinna Teede AS-i kvalifitseerimise otsuse kehtetuks tunnistamise nõudes nr 110-08/105877. Riigihangete vaidlustuskomisjon. 02.10.2008.
- AS Harjumaa Liinid kaebus riigihanke “Avalik liinivedu Tartu maakonna bussiliinidel” (viitenumber 013115) pakkumismenetluses vastu võetud haldusaktide tühistamiseks, avaliku liiniveo lepingu tühisuse tuvastamiseks ning Tartu Maavalitsusele ettekirjutause tegemiseks, millega kohustada Tartu Maavalitsust määrama pakkumiste esitamise tähtpäev riigihankes “Avalik liinivedu Tartu maakonna bussiliinidel” (viitenumber 013115), tegema vastavad muudatused pakkumise kutsesse ja pakkumise kutse dokumentidesse ning viima pakkumismenetlus lõpule nr 3-3-1-100-06. Riigikohtu halduskolleegium. 10.05.2007.
<http://www.nc.ee/?id=11&tekst=RK/3-3-1-100-06> (20.11.2014)
- AS Merko Ehitus ja Tallinna Teede AS kaebused Riigihangete Ameti juures asuva vaidlustuskomisjoni 2. oktoobri 2008. a otsuste nr 110-08/105877 ja 111.08/105877 tühistamise ning esitatud vaidlustuste rahuldamata jätmise nõuetes nr 3-09-1339. Tallinna Ringkonnakohus. 21.06.2010.
https://www.riigiteataja.ee/kohtuteave/maa_ringkonna_kohtulahendid/menetlus.html?kohtuasjaNumber=3-09-1339/68 (10.02.2014)
- AS Talter, AS TREF, AS K-Most ja AS-i Teede REV-2 vaidlustus Maanteeameti riigihankes “E20 Tallinn-Narva maantee Kukruse-Jõhvi teelõigu ehitus” (registreerimisnumber

105877) AS-i Merko Ehitus ja Tallinna Teede AS-i kvalifitseerimise otsuse kehtetuks tunnistamise nõudes nr 111-08/105877. Riigihangete vaidlustuskomisjon. 02.10.2008.

- Ballast Nedam Groep versus Belgian state no. C-389/92. European Court of Justice. 14.04.1994.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98742&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=421147> (20.11.2014)
- Ballast Nedam Groep versus Belgian state no. C-5/97. European Court of Justice. 18.12.1997.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43565&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=490067> (13.11.2014)
- Bolton, P. (2004). The use of government procurement as an instrument of policy. – *South African Law Journal*, volume 121. Juta Law, pp. 619-620.
- Bovis, Christopher, H. (2005). Public Procurement in the European Union. Houndmills, Basingstoke, Hampshire RG21 6XS; 175 Fifth Avenue, New York, NY: Palgrave Macmillan.
- Bovis, Christopher, H. (2012). EU Public Procurement Law. Cheltenham, UK, Northampton, MA: Edward Elgar Publishing.
- Brink's Security Luxemburg SA versus Euroopa Ühenduste Komisjon nr T-437/05. Euroopa Kohus. 09.09.2009.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77246&pageIndex=0&doclang=ET&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=199836> (18.11.2014)
- Commision versus France no. C-225/98. European Court of Justice. 26.09.2000.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45685&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=508921> (27.11.2014)
- Concordia Bus Finland no. C-513/99. European Court of Justice. 17.09.2002.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47670&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=509392> (27.11.2014)
- Diaz-Casero, J. C., Diaz-Aunion, A. M., Sanchez-Escobedo, A. C., Hernandez-Mogollon, R. (2012). Economic freedom and entrepreneurial activity. – *Management Decision*, vol. 50 iss 9. Bingley, UK: Emerald Group Publishing Limited, pp. 1686-1711.
- Dietmar Klarenberg versus Ferrotron Technologies GmbH nr C-466/07. Euroopa Kohus. 12.02.2009.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78179&pageIndex=0&doclang=ET&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=218205> (18.11.2014)
- Eesti Vabariigi põhiseadus. Vastu võetud rahvahääletusel 28. juunil 1992. a – RT I, 1992, 26,349; RT I, 27.04.2011, 2.

Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukovíz), Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, nüüd Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe versus Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság nr C-218/11. Euroopa Kohus. 18.10.2012.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=128653&pageIndex=0&doclang=ET&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=426275> (10.11.2014)

Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – Euroopa Liidu Teataja C 326, 26.10.2012. Lk 47-390.

Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18 EÜ, 31.03.2004, ehitustööde, riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. ELT L 134, lk 114-240.
<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ET/TXT/?qid=1406614857882&uri=CELEX:02004L0018-20140101> (21.11.2014)

Francisca Sánchez Hidalgo and Others versus Asociación de Servicios Aser ja Sociedad Cooperativa Minerva no. C-173/96; Horst Ziemann versus Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst no. C-247/96. European Court of Justice. 10.12.1998.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43772&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=339429> (13.02.2014)

Gebroeders Beentjees versus State of the Netherlands no. C-31/87. European Court of Justice. 20.09.1988.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95121&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=507940> (27.11.2014)

Haldusmenetluse seadus. Vastu võetud Riigikogus 6. juunil 2001. a – RT I 2001, 58, 354; RT I 23.02.2011, 8.

Hartlev, K., Liljenbol, M. W. (2013). Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender. – *Public Procurement Law Review*, no 2. Andover, UK: Sweet & Maxwell, pp. 51-73.

Holst Italia SpA versus Comune di Cagliari no. C-176/98. European Court of Justice. 02.12.1999.
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=en&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-176%252F98&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=491662> (13.11.2014)

Kõve, V. Varaliste kohustuste süsteem Eestis: doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikool, 2009.

- Künnapas, K. (2011). Töötajate õigused maksejõuetu tööandja ettevõtte üleminekul: kas ebaõnnestunud harmoneerimine. – *Juridica*, nr 2. Tartu: sihtasutus Iuridicum, lk 118-128.
- Madise, Ü., Aaviksoo, B., Kalmo, H., Mäliksoo, L., Narits, R., Pruks, P., Vinkel, P. (2012) Põhiseaduse kommenteeritud väljaanne. Tartu: SA Iuridicum ja Holtman Digital OÜ. <http://www.pohiseadus.ee> (11.03.2014)
- Miller, T., Holmes, K. R. (2014) *2014 Index of Economic Freedom*. Washington, DC: The Heritage Foundation and The Wall Street Journal.
- Mitt, A. (2006). Ettevõtlusvabaduse õiguslik olemus. – *Juridica*, nr 6. Tartu: sihtasutus Iuridicum, lk 380-387.
- Narits, R. (1995). Jurisprudentsi põhijoontest. – *Juridica*, nr 9. Tartu: sihtasutus Iuridicum, lk 378-380.
- Narits, R. (1997). Õigusteaduse metodoloogia I. Tallinn: Õigusteabe AS Juura.
- Neumayr, F. (2002). Value for money v. equal treatment: the relationship between the seemingly overriding national rationale for regulating public procurement and the fundamentaal E.C. principle of equal treatment. – *Public Procurement Law Review*, no. 4. Andover, UK: Sweet & Maxwell, pp 215-234.
- Ordine degli Architetti and Others no. C-399/98. 12.07.2001. European Court of Justice. 12.07.2001. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46535&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=41637> (13.11.2014)
- OÜ Auto Forte Baltic kaebus Maksu- ja Tolliameti Põhja maksu- ja tollikeskuse 4. detsembri 2009. a korralduse nr 13-7/42-8 tühistamiseks nr 3-3-1-6-12. Riigikohtu halduskolleegium. 16.04.2012. <http://www.nc.ee/?id=11&tekst=RK/3-3-1-6-12> (18.11.2014)
- OÜ Merger Meedia kaebus Maksu- ja Tolliameti Põhja maksu- ja tollikeskuse 06.03.2008 korralduse maksuvõla tasumiseks nr 13-2.1/6929 tühistamiseks OÜ Merger Meedia osas nr 3-08-657. Tallinna Halduskohus. 04.11.2009. https://www.riigiteataja.ee/kohtuteave/maa_ringkonna_kohtulahendid/menetlus.html?kohtuasjaNumber=3-08-657/166 (18.11.2014)
- OÜ Sherman, Skanska EMV AS ja Insenerihituse AS vaidlustus Kaitseministeeriumi kantsleri 18.09.2008 käskkirja nr 36 p-de 1 ja 2 ning kaitseministri 29.09.2008 käskkirja nr 170 kehtetuks tunnistamiseks nr 3-09-1345. Tallinna Halduskohus. 20.10.2009. https://www.riigiteataja.ee/kohtuteave/maa_ringkonna_kohtulahendid/menetlus.html?kohtuasjaNumber=3-09-1345/33 (27.11.2014)

- OÜ Tarbus kaebus Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 2. veebruari 2012. a otsuse nr 10-12/127796 tühistamiseks ja Ida-Viru maavanema 3. jaanuari 2012. a korralduse nr 1-1/1 punkti 2.2. ja Ida-Viru maavanema 12. jaanuari 2012. a korralduse nr 1-1/10 punkti 1 õigusvastasuse tuvastamiseks nr 3-3-1-45-12. Riigikohtu halduskolleegium. 28.11.2012.
<http://www.nc.ee/?id=11&tekst=RK/3-3-1-45-12> (13.02.2014)
- OÜ Tarbus kaebus Riigihangete Vaidlustuskomisjoni 02.02 2012. a otsuse nr 10-12/127796, Ida-Viru maavanema 03.01.2012. a korralduse nr 1-1/1 punkti 2.2. ja Ida-Viru maavanema poolt hankemenetluses nr 127796 tehtud pakkumuste edukaks tunnistamise otsuste tühistamiseks nr 3-12-302. Tartu Ringkonnakohus. 23.05.2012.
https://www.riigiteataja.ee/kohtuteave/maa_ringkonna_kohtulahendid/menetlus.html?kohtuasjaNumber=3-12-302/43 (17.11.2014)
- OÜ Tarbus vaidlustus Ida-Viru Maavalitsuse riigihankes “Avaliku bussiliiniveo korraldamine Ida-Viru maakonna bussiliinidel” (registreerimisnumber 127796) enda kvalifitseerimata jätmise ning AS-i SEBE, AS-i Narva Bussiveod ja OÜ Lüganuse HVM poolt esitatud pakkumuste edukaks tunnistamise otsuste kehtetuks tunnistamise nõudes nr 10-12/127796. Riigihangete vaidlustuskomisjon. 02.02.2012.
- OÜ TREC kaebus Maksu- ja Tolliameti Lõuna maksu- ja tollikeskuse 12. jaanuari 2010. a maksuotsuse nr 12.2-3/8261-9 ja Maksu- ja Tolliameti 8. veebruari 2010. a vaideotsuse nr 6-1/17-3 tühistamiseks nr 3-3-1-20-11. Riigikohtu halduskolleegium. 01.06.2011.
<http://www.nc.ee/?id=11&tekst=RK/3-3-1-20-11> (18.11.2014)
- OÜ Tulepesad kaebus Maksu- ja Tolliameti Põhja maksu- ja tollikeskuse 20.04.2007 korralduse nr 1.2-2.1/0252 tühistamise nõudes nr 3-07-1524/26. Tallinna Halduskohus. 10.12.2007.
https://www.riigiteataja.ee/kohtuteave/maa_ringkonna_kohtulahendid/menetlus.html?kohtuasjaNumber=3-07-1524/26 (03.11.2014)
- Pankrotiseadus. Vastu võetud Riigikogus 22. jaanuaril 2003. a – RT I 2003, 17, 95; RT I, 29.06.2014, 109.
- Parre, J., Kaljurand, A. (2008). Riigihange. Põhimõtted, hankija ja hankeleping. Tallinn: Äripäev.
- Pilving, I. (2001). Õiguskaitse riigihankemenetluses. – *Riigikogu Toimetised*, nr 3. Tallinn: Riigikogu Kantselei.
- Presstext Nachrichtenagentur GmbH versus Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur nr C-454/06. Euroopa Kohus. 19.06.2008.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=69189&pageIndex=0&doclang=ET&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=296608> (19.11.2014)

- Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond. (2014). Korduma kippuvad küsimused. E-riigihangete keskkond.
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=169335&folderId=252716&name=DLFE-31303.pdf (17.09.2014)
- Riigihangete 2011. aasta statistiline ülevaade. (2012). Rahandusministeerium.
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216043&folderId=23484&name=DLFE-19105.pdf (24.11.2014)
- Riigihangete 2012. aasta statistiline ülevaade. (2013). Rahandusministeerium.
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216043&folderId=23484&name=DLFE-27101.pdf (24.11.2014)
- Riigihangete juhis. 2014. Tallinn: Rahandusministeerium.
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=15617&folderId=431009&name=DLFE-29301.pdf (17.09.2014)
- Riigihangete seadus. Vastu võetud Riigikogus 24. jaanuaril 2007. a – RT I, 2007, 15,76; RT I, 23.12.2013, 74.
- Riigihangete seaduse eelnõu väljatöötamiskavatsus. (2014). / Koostajad E. Karindi-Kask, K. Kaarna. Rahandusministeerium.
- Ruckdeschel and Others versus Hauptzollamt Hamburg-St. Annen no. 117/76 and 16/77. European Court of Justice. 19.10.1997.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89480&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=536938> (30.10.2014)
- Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele: doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli kirjastus, 2010.
- Stadt Halle ja RPL Recyclingpark Lochau GmbH versus Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna nr C-26/03. Euroopa Kohus. 11.01.2005.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49805&pageIndex=0&doclang=ET&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=299253> (19.11.2014)
- Suurkivi, K. Hankelepingu ülevõtmise lubatavus Euroopa Liidu õiguse ja riigihangete seaduse alusel: magistratöö. Tallinn: Tartu Ülikool, 2013.
- Swm Costruzioni 2 SpA ja Manocchi Luigino versus Provincia di Fermo nr C-94/12. Euroopa Kohus. 10.10.2013.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=142822&pageIndex=0&doclang=ET&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=412354> (20.11.2014)
- Swm Costruzioni 2 SpA ja Manocchi Luigino versus Provincia di Fermo. Euroopa Kohtu kohtujuristi Niilo Jääskineni ettepanek kohtuasjas nr C-94/12. 28.02.2013.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134362&pageIndex=0&doclang=ET&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=412354> (20.11.2014)

Tallinna Ringkonnakohtu taotlus tunnistada Käibemaksuseaduse § 18 lg 8 teine lause kehtetuks nr 3-4-1-1-02. Riigikohtu Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium. 06.03.2002.
<http://www.nc.ee/?id=11&tekst=RK/3-4-1-1-02> (11.03.2014)

Tallinna Ringkonnakohtu taotlus tunnistada Rahvusooperi seaduse § 20 lg 2 kehtetuks nr 3-4-1-3-02. Riigikohtu Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium. 10.05.2002.
<http://www.nc.ee/?id=11&tekst=RK/3-4-1-3-02> (11.03.2014)

Tartu Halduskohtu taotluse tunnistada kehtetuks alkoholiseaduse § 19 lg 1 p 2, läbivaatamine nr 3-4-1-6-2000. Riigikohtu Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium. 28.04.2000.
<http://www.nc.ee/?id=11&tekst=RK/3-4-1-6-00> (11.03.2014)

Taube, K. Pakkumuse muutmine riigihankemenetluses pärast pakkumuse esitamise tähtaega: magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikool, 2012.

Tolstov, L. (2011). Äriühingu juhtorgani liikme vastutus ümberkujundamisõiguse alusel. – *Juridica*, nr 7. Tartu: sihtasutus Iuridicum, lk 525-539.

Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Vastu võetud Riigikogus 27. märtsil 2002. a – RT I 2002, 35, 216; RT I, 29.06.2014, 109.

Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. / Koostajad K. Paal, P. Varul jt. Tallinn: Juura 2010.

Töölepingu seadus. Vastu võetud Riigikogus 17. detsembril 2008. a – RT I, 2009, 5, 35; RT I, 22.12.2012, 15.

Varul, P. (2008). Pankrotiseaduse uued parandusettepanekud. – *Juridica*, nr 6. Tartu: sihtasutus Iuridicum, lk 174-178.

Varul, P. (2013). Maksejõuetusõiguse areng Eestis. – *Juridica*, nr 4. Tartu: sihtasutus Iuridicum, lk 234-241.

Vutt, A., Vutt, M. (2009). Ühinemine ja jagunemine Eesti registri ja kohtupraktika peeglis. – *Juridica*, nr 3. Tartu: sihtasutus Iuridicum, lk 177-178.

Vutt, M. (2010). Ettevõtte üleminek. Kohtupraktika analüüs. Tartu: Riigikohtu õigusteabe osakond.
http://www.riigikohus.ee/vfs/1487/Ettevotte%20yleminek%20maksuoiguses_M.Lillsaar_M.Leppik.pdf (15.03.2014)

Võlaõigusseadus. Vastu võetud Riigikogus 26. septembril 2001. a – RT I, 2001, 81, 487; RT I, 29.11.2013, 4.

Võlaõigusseaduse kommenteeritud väljaanne. / Koostajad P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M Käerdi. Tallinn: Juura 2006.

Äriseadustik. Vastu võetud Riigikogus 15. veebruaril 1995. a – RT I, 1995, 26, 355; RT I, 29.06.2014, 109.

SUMMARY

RELYING ON ECONOMIC INDICATORS OF PREDECESSOR IN PUBLIC PROCUREMENT IN THE EVENT OF TRANSFER OF AN ENTERPRISE

Janne Allandi

Due to dynamic economic environment that brings along transfers of enterprises contracting authorities need to consider economic indicators of predecessor when qualifying tenderers or face situations where legal successor steps in the procurement process in place of the initial tenderer. Companies may merge, divide, and be transformed into a company of other type, establish subsidiaries or be sold in bankruptcy proceedings.

The increasing role of public procurements cannot be underestimated as a significant part of state's budget is addressed to the market of public procurements. Actuality of the thesis is supported by the fact that new public procurement directives were enacted by EU on 17th of April 2014 and the member states are to implement the directives by April 2016. The purpose for the regulation of public procurement is to insert a regime of competitiveness in the relevant markets and eliminate all non-tariff barriers to intra-community trade. Apart from reasons relating to accountability for public expenditure, avoidance of corruption, equal treatment of persons and transparency form general principles of public procurement.

The research problem of this master's thesis is: Estonia's Public Procurement Act (hereinafter PPA) does not regulate possibility of the tenderer to rely on economic indicators of the predecessor when proving the compliance with the award criteria.

The legal framework of the thesis constitutes of EU directives and the PPA. Interpretation of the law is analysed through the case law of the European Court and the Estonian Supreme Court as well as lower courts of Estonia. The author used systematic-logical and objective-teleological interpretation to reach conclusions.

The thesis is divided into three major chapters in which the first analyses instrument of business freedom as one of the fundamental rights guaranteed by the Charter of Fundamental Rights and the Constitution of the Republic of Estonia that enables legal succession. The author reached the conclusion that forbiddance relying on economic indicators of predecessor would not be proportionate for the achievement of the general principles of public procurement and would seriously harm the principle of business freedom.

In the second chapter the author analysed different ways and criteria of transfer of an enterprise on the basis of the case law. Taking into account the criteria of transfer of an enterprise the author concluded that in case of the transfer of an enterprise in bankruptcy proceedings the transferee could not rely on technical and professional ability of the transferor for the reason that employment contracts of the transferor are not transferred to the transferee. Economic entity cannot be reduced to the activity entrusted to it. Economic identity also emerges from other factors such as its workforce, its management staff, the way in which its work is organised, its operating methods or operational resources available to it. All those circumstances are merely single factors in the overall assessment, which cannot be considered in isolation by national courts when determining whether a transfer has occurred.

Relying on the theory of legal argumentation and position of Estonian Supreme Court a relevant conclusion is that tenderer's possibility to prove compliance with the award criteria on the basis of the funds of another person indirectly proves the possibility of transfer of experience.

The third chapter analyses relying on economic indicators of predecessor according to the way enterprise is reorganised. The author reached the position supported by the case law that when economic entity is retained upon transfer of an enterprise it is justified to rely on economic indicators of the predecessor. It is in the interest of the contracting authorities and their obligation to make sure that economic indicators of the tenderer would characterise the economic unit actually performing the public contract.

Legal vacuum concerning the research problem has caused considerable money and time expenditure for both sides – contracting authorities and companies applying for state orders. Different courts have reached controversial decisions. Taking into account the general principles of public procurement the expectations for public procurement of both sides must be met.

In the course of the master's thesis it became clear that unequivocal and precise rules stand for the guarantee of equal treatment of persons. Therefore the author suggests amending the PPA when harmonising new EU public procurement directives as follows:

1. Amend § 40 of the PPA adding the following subsection:

In case of legal succession the tenderer or candidate may prove their compliance with the requirements set for their financial and economic standing in the framework of the performance of the particular public contract on the basis of the funds of predecessor when upon transfer of the enterprise economic entity is preserved and the purpose of reorganising of predecessor is not avoiding provisions of the PPA.

2. Amend § 41 of the PPA adding the following subsection:

In case of legal succession the tenderer or candidate may attest the compliance of its technical and professional ability with the award criteria in the context of the performance of the specific public contract on the basis of the funds of predecessor when upon transfer of the enterprise economic entity is preserved and the purpose of reorganising of predecessor is not avoiding provisions of the PPA.

The author concludes that legal clarity brings along more flexibility, gives economic certainty to entrepreneurs and all in all results in more effective competition. The regulation of public procurement should aim at achieving a reasonable balance between rules of EU directives, private law and public interest.