

TALLINNA TEHNIKAÜLIKOOL

Sotsiaalteaduskond

Õiguse instituut

Piret Erik

Konfidentsiaalsus riigihankeõiguses

Magistritöö

Juhendajad: Carri Ginter, PhD

Triin Väljaots, MA

Kaasjuhendaja: Aleksandr Popov, MA, LL.M

Tallinn 2014

Deklareerin, et käesolev magistritöö,
mis on minu iseseisva töö tulemus,
on esitatud Tallinna Tehnikaülikooli
magistrikraadi taotlemiseks ja selle alusel
ei ole varem taotletud akadeemilist kraadi.

Üliõpilane Piret Erik

„.....“ 2014

Töö vastab kehtivatele nõuetele

Juhendaja Carri Ginter, PhD

„.....“ 2014

Juhendaja Triin Väljaots, MA

„.....“ 2014

Kaasjuhendaja Aleksandr Popov, MA, LL.M

„.....“ 2014

Kaitsmisele lubatud „.....“ 2014

Õiguse instituudi magistritööde kaitsmiskomisjoni esimees

.....

Sisukord	
Lühendite leht	4
Sissejuhatus	5
1. LÄBIPAISTVUS AVALIKUS HALDUSES JA RIIGIHANKEÕIGUSES	10
1.1. Läbipaistvuse põhimõtte avalikus halduses	10
1.1.1. Läbipaistvuse põhimõtte Majanduskoostöö ja Arengu Organisatsioonis ning Euroopa Liidus	10
1.1.2. Läbipaistvuse põhimõtte piiramise alused avalikus halduses.....	17
1.1.3. Läbipaistvuse põhimõtte Eesti avalikus halduses ja selle piiramine	19
1.2. Läbipaistvuse põhimõtte riigihankeõiguses	22
1.2.1. Läbipaistvuse põhimõtte areng rahvusvahelises ja Eesti riigihankeõiguses	22
1.2.2. Läbipaistvuse põhimõtte piiramise alused riigihankeõiguses	34
2. PAKKUMUSTE JA HANKELEPINGUTE KONFIDENTSIAALSUS	38
2.1. Pakkumuse konfidentsiaalsuse kontseptsioon	38
2.1.1. Pakkumuse konfidentsiaalsus Euroopa Liidu õiguses.....	38
2.1.2. Pakkumuse konfidentsiaalsus Eesti ja Eesti lähinaabrite õiguses	46
2.2. Hankelepingu konfidentsiaalsus	52
2.3. Ärisaladus riigihankeõiguses	61
2.3.1. Ärisaladuse olemus.....	61
2.3.2. Konfidentsiaalsuse test	67
Kokkuvõte	72
CONFIDENTIALITY IN PUBLIC PROCUREMENT LAW	77
Kasutatud allikate loetelu	83

Lisa 1 - Konfidentsiaalsuse test93

Lühendite leht

AKI – Andmekaitse Inspeksioon

AvTS – avaliku teabe seadus

EKo – Euroopa Kohtu otsus

EL – Euroopa Liit

GPA – Government Procurement Agreement (Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankeleping)

HMKo – Harju Maakohtu otsus

HMS – haldusmenetluse seadus

KonkS – konkurentsiseadus

OECD – Majanduskoostöö ja Arengu Organisatsioon

P – punkt (inglise keelsetes viidetes ka *page*)

PS – põhiseadus

RHS – riigihangete seadus

RKHKo – Riigikohtu halduskolleegiumi otsus

RKKKo – Riigikohtu kriminaalkolleegiumi otsus

RKo – Riigikohtu otsus

RKPJKo – Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus

RKTKo – Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus

RKÜKo – Riigikohtu üldkogu otsus

TlnHKO – Tallinna Halduskohtu otsus

TlnRnKo – Tallinna Ringkonnakohtu otsus

TRIPS – intellektuaalomandi õiguste kaubandusaspektide leping

VAKO – vaidlustuskomisjon

WTO – Maailma Kaubandusorganisatsioon

Sissejuhatus

Eesti on riigihangete regulatsiooni ülesehitamisel võtnud teadlikult suuna suurema läbipaistvuse tagamisele, populariseerides üha enamate hangete viimist riigihangete ühtsesse registrisse, koos vastavate võimaluste loomisega. Samuti on propageeritud e-hangete korraldamist (2013. aastast on hankijatel kohustus võimaldada 50% ulatuses eelarveaastal planeeritavate riigihangete rahalisest mahust elektrooniliste pakkumuste ja taotluste esitamist¹; viimase kättesaadava statistika kohaselt, mis pärineb aastast 2012, on e-hangete maht 15% kogu hangete arvust²) ning kehtestatud on seadusandlikul tasandil hankijatele kohustusliku hankekorra olemasolu. Seega on riigihankeõiguse üheks eesmärgiks hankemenetluste läbipaistvuse tagamine. Oluline on kogu hankeprotsessi läbipaistvus, sealhulgas pakkumuste võrreldavus ja hankelepingute läbipaistev täitmine, et tervikuna tagada riigihanke üldpõhimõtete täitmine. Riigihangete seaduse §-s 3 on eelnimetatud nõuete täitmiseks pandud hankijale kohustus tagada riigihanke läbipaistvus ja kontrollitavus. Sellega seoses tõusetuvad küsimused, mida läbipaistvus ja kontrollitavus tähendavad, kuidas põhimõtete järgimine tuleb saavutada ning kes peaks põhimõtete järgimise saavutama.

Suurem läbipaistvus tagab ka süsteemi parema eneseregulatsiooni. Konkurentidel on võimalik tuvastada, kas esitatud pakkumused vastasid hankes nõutule ning samuti on konkurentidel võimalik jälgida, kas lepingut täidetakse vastavalt hankes nõutule ja pakkumuses esitatule. Lepingute avalikustamine tagaks, et hankija ei teostaks lubamatuid otseostusid ning et hankija ja pakkuja ei lepiks lepingu täitmisel kokku hankelepingu muudatustes, mis ei vasta algsele lepingule või et hankija ja pakkuja ei lepiks mitteametlikult kokku, et tegelikult täidetakse lepingut teises mahus või teistel tingimustel.

Praegusel ajahetkel on puudused nii pakkumuse vastavaks tunnistamise kui ka hankelepingu nõuetekohase täitmise osas võimalik tuvastada kas järelevalvemenetluse või auditite käigus, kuna eelnevalt puudub avalikkusel ligipääs vastavatele dokumentidele. Rahandusministeerium

¹ RHS. RT I 2007, 15, 76; RT I, 23.12.2013, 74, § 55 lg 7.

² Rahandusministeerium. Riigihangete 2012. aasta statistiline ülevaade, 2013. riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216043&folderId=23484&name=DLFE-27101.pdf (27.04.2014).

teostas 2012. aastal 14 järelevalvemenetlust³ ning 2013. aastal 16 järelevalvemenetlust⁴, kusjuures hangete kogumaht aastal 2012 oli 9023⁵ ning 2013 aastal 8074⁶. Teostatavate järelevalvemenetluste maht võrrelduna hangete kogumahuga on kaduvväike. Seetõttu võib seada kahtluse alla, kas need meetmed on asjakohased ja parimad puuduste tuvastamiseks ning tagamaks konkureerivatele pakkujatele õiguste efektiivne kaitse. Autori arvates on oluline hinnata, kas suurem läbipaistvus pakkumuste ja hankelepingute avalikustamise näol aitaks kaasa riigihankeõiguse eesmärkide paremale saavutamisele, sealhulgas avalike vahendite efektiivsemale kasutamisele ja ausa konkurentsi tagamisele läbi kolmandate isikute õiguste kaitse tagamise.

Teisest küljest on ettevõtjate poolt avaldatud arvamust, et Eestis on pakkumuste ja hankelepingute konfidentsiaalsust tõlgendatud laiemalt kui paljudes teistes riikides sh Eesti naaberriikides Soomes ja Lätis, mistõttu ei ole meil ka hankemenetlused ja lepingute täitmised nii läbipaistvad kui eeldada võiks. Pakkumuste ja hankelepingute konfidentsiaalsena määratlemisel on üldjuhul tuginetud ärisaladusele, viidates, et pakkumuses või hankelepingus sisaldub ärisaladus. Riigihanke läbipaistvuse põhimõttega seonduvalt tõusetub küsimus, kuidas peab toimima teabega, mis sisaldab konfidentsiaalset informatsiooni. Hankijate ja pakkujate hulgas puudub selles osas ühtne arusaam. Hankijad nõustuvad kergekäeliselt teabele ligipääsu piirama, analüüsivõime vajadust. Probleemi lahendamiseks on vajalik teada, kellel lasub kohustus tõendada, et tegemist on konfidentsiaalse teabega, millal menetluslikult on teave konfidentsiaalne ning millal avalik.

Töö kirjutamisel on lähtutud aspektist, et riigihankeõiguses toimivad samaaegselt kaks vastassuunalist huvi – läbipaistvus ja konfidentsiaalsus. Nende vastassuunaliste huvidega seonduv küsimus sellest, millistel tingimustel on õigustatud teabe käsitlemine konfidentsiaalsena

³ E-riigihangete keskkond, 2014. riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/jarelevalvemenetluste-lopetamised?p_p_id=110_INSTANCE_0qkB&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal (05.05.2014).

⁴ *Ibid.*, (05.05.2014).

⁵ Rahandusministeerium. Riigihangete 2012. aasta statistiline ülevaade, 2013. riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216043&folderId=23484&name=DLFE-27101.pdf (05.05.2014).

⁶ E-riigihangete keskkond, 2014. [riigihanked.riik.ee/register/HankedOtsing_result_pages.\\$table\\$TablePages.linkLast.sdirect?sp=AHankedOtsing%2Cresult.tableview&sp=7#](http://riigihanked.riik.ee/register/HankedOtsing_result_pages.$table$TablePages.linkLast.sdirect?sp=AHankedOtsing%2Cresult.tableview&sp=7#) (05.05.2014).

ning millises ulatuses peab olema teave avalik⁷. Eelduslikult peaks ülekaalus olema läbipaistvuse põhimõtte ning konfidentsiaalsuse näol on tegemist erandiga. Seega on praktikas peamiseks probleemiks, kuidas läbipaistvust ja konfidentsiaalsust kõrvuti rakendada, et erandist ei saaks põhireegel. Tuleb leida tasakaal läbipaistvuse ja konfidentsiaalsuse vahel. Vastassuunaliste õiguste vahel tasakaalu leidmist on oluliseks pidanud ka Riigikohus⁸. Euroopa Komisjoni on juhtinud tähelepanu uute direktiivide vastuvõtmise valguses antud tasakaalu leidmise vajadusele⁹. Eelnevast tulenevalt on töö hüpoteesiks, et pakkumuste ja hankelepingute konfidentsiaalsuse lai tõlgendamine hankijate poolt takistab suuremal määral riigihankeõiguse läbipaistvuse põhimõtte järgimist.

Arvestades, et õigusnorme tuleb pidevalt tõlgendada ning et sealjuures tuleb arvesse võtta erinevaid üldpõhimõtteid¹⁰, on üheks uurimisobjektiks valitud läbipaistvuse põhimõtte. Kuna võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtted eeldavad läbipaistvuse kohustuse täitmist¹¹, on läbipaistvuse põhimõtte järgimine tagatiseks teiste riigihanke põhimõtete järgimisele või järgimise üle kontrolli teostamisele. Eelnevast tulenevalt on töö esimeses osas keskendunud läbipaistvuse põhimõttele, selle olemusele ja tähtsusele avalikus halduses ning riigihankeõiguses. Eesmärgiks on jõuda selgusele, kui võrdne prevaleerib läbipaistvuse põhimõtte avalikus halduses ja riigihankeõiguses ning milliseid õiguslikke seisukohti on läbipaistvuse põhimõtte osas välja toodud. Seetõttu on töö esimese osa probleemipüstituseks: kas läbipaistvus on nii avaliku halduse kui ka riigihankeõiguse lähtekoht.

Töö teises osas käsitletakse pakkumuste ja hankelepingute konfidentsiaalsust. Küsimuse alla on seatud, kas pakkumuste ja hankelepingute konfidentsiaalsus on vajalik ning kas konfidentsiaalsus takistab läbipaistvuse põhimõtte elluviimist. Analüüsitakse konfidentsiaalse teabe kaitse regulatsiooni ning püütakse selgitada regulatsiooni eesmärki, seda nii pakkumuste kui ka hankelepingute valguses. Ärisaladuse ja muu salajase teabe kaitset kõrvutatakse läbipaistvuse põhimõttega ning uuritakse, kas läbipaistvuse piiramine on põhjendatud. Pakutakse

⁷ Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2010, lk 63.

⁸ RKPJKo 3-4-1-4-03, p 17.

⁹ Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv riigihangete kohta, 20.12.2011. Seletuskiri, lk 5. eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&qid=1396892744108&from=ET (07.04.2014).

¹⁰ Parre, J., Kaljurand, A. Riigihange. Põhimõtted, hankija ja hankeleping. Tallinn: Äripäev 2008, lk 31.

¹¹ Komisjoni tõlgendav teatis nr 2006/C 179/02, p 1.2.

välja praktiline lahendus, kuidas hinnata, kas ärisaladus on tõeline ja vajab kaitset ning millal on tegemist sellise konfidentsiaalse teabega, mille puhul kaalub läbipaistvuse põhimõtte järgimine teabe konfidentsiaalsena kohtlemise põhimõtte üle.

Töö meetodina on kasutatud võrdlevat analüüsi, lähtudes nii õigusaktidest, erinevate rahvusvaheliste organisatsioonide tõlgendustest, erinevate riikide praktikast kui ka siseriiklike kohtute lahenditest. Töös on läbivalt kasutatud Euroopa Liidu Kohtu praktikat näitamaks arenguid ja suundumusi, kuna Euroopa kohtud on aastate jooksul pakkunud Euroopa institutsioonidele intellektuaalset tuge tugevdamiseks kolme peamist riigihanke aluspõhimõtet: mittediskrimineerimine, konkurentsivõime ja läbipaistvus¹². Lisaks eelnevale tuginetakse õiguslasele kirjandusele, õigusteadlaste arvamustele ning teadustöödele. Allikatena kasutatakse seega erinevaid Euroopa Liidu, Eesti ja liikmesriikide õigusakte, mis aitavad analüüsi teostada ning seisukohti kujundada, õigusaktide seletuskirju, Euroopa Liidu tasandil tuginetakse lisaks Euroopa Liidu Kohtu lahenditele neid selgitavatele artiklitele, kohtujuristide arvamustele ja Valgetele ja Rohelistele raamatutele¹³. Samuti on töös kasutatud siseriiklike kohtute (nii Riigikohtu kui ka alama astme kohtulahendeid) ja kohtuväliste vaidlusi lahendavate organite otsuseid. Töö kirjutamisel on peamiselt analüüsitud ingliskeelset teaduskirjandust. Erialase eestikeelse kirjanduse hulk on piiratud ning ärisaladuse kaitse käsitus riigihangete kontekstis praktiliselt puudub. Ärisaladuse kaitset on varasemalt käsitletud kohtuistungis kinniseks kuulutamise kontekstis 2013. a Martin-Johannes Raude magistritöös¹⁴. Õiguslase kirjanduse kontekstis on olulisemate ja riigihangete valdkonnas respektieritud õigusteadlaste arvamusi kajastatud nimeliselt, näiteks professorid Sue Arrowsmith, Christopher H. Bovis, Peter Trepte ning Sacha Prechal ja Magdalena E. de Leeuw.

Teema varasem põhjalik käsitus Eesti tasemel puudub. M. A. Simovarti 2010. a kirjutatud doktoritöös¹⁵ on lühidalt käsitletud hankelepingute avalikku ja konfidentsiaalset olemust. Ärisaladuse kaitse ja hankelepingute avalikustamist on käsitletud C. Ginteri, N. Parresti ja M. A.

¹² Bovis, C. H. Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level – E.P.P.P.L. 4/2012, p 222.

¹³ Märkus: Raamatute näol on tegemist väljatöötamiskavatsuste ja eelnõudega.

¹⁴ Raude, M-J. Kohtuistungis kinniseks kuulutamine ärisaladuse kaitseks, magistritöö, Tartu Ülikooli Õigusteaduskond 2013.

¹⁵ Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2010, lk 63-67.

Simovarti ühisartiklis 2013. a Juridica numbris IX¹⁶. Viimati nimetatud autorite poolt on 2013. a avaldatud artikkel teemal „Access to the content of public procurement contracts: the case for a general EU-law duty of disclosure“ ajakirjas Public Procurement Law Review¹⁷. Euroopa tasemel leidub õiguslastes raamatutes ja artiklites käesoleva töö üksikute aspektide kajastamist, millele töös on ka tuginetud.

¹⁶ Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M. A. Ärisaladuse kaitse ja hankelepingute avalikustamise nõue riigihankeõiguses. Juridica 2013, nr IX, lk 658-665.

¹⁷ Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M. A. Access to the content of public procurement contracts: the case for a general EU-law duty of disclosure – P.P.L.R. 2013/4.

1. LÄBIPAISTVUS AVALIKUS HALDUSES JA RIIGIHANKEÕIGUSES

1.1. Läbipaistvuse põhimõte avalikus halduses

Avaliku halduse kesksedeks printsiipideks on avatus, läbipaistvus, avaliku halduse ette ennustatavus ja usaldatavus¹⁸. Läbipaistvus on õigusriigis üks olulisemaid tegureid ning seetõttu peaks üldreeglina avalik haldus olema läbipaistev. Avalikult halduselt eeldatakse usaldusväärset, läbipaistvat ja erapooletust. Läbipaistvus suurendab nii avaliku halduse usaldusväärset kui annab vajadusel võimaluse kontrollida avaliku halduse tehtud otsuste vastavust õigusriigi põhimõtetele.

Läbipaistvuse põhimõttel kindel määratlus puudub, seetõttu on oluline selgitada, mida mõiste „läbipaistvus“ all silmas peetakse. Üldiselt, kui kasutatakse mõistet „läbipaistvus“, mõeldakse selle all eelkõige teabele ligipääsu, teabe arusaadavust, avalikult ning usaldusväärset tegutsemist ja käitumist. Avaliku halduse kontekstis tähendab läbipaistvus ka avatust, kaasatust avaliku halduse tegevusse ning rahaliste vahendite otstarbekat ja säästlikku kasutamist. Selgitamiseks läbipaistvuse põhimõtet avalikus halduses, on alljärgnevalt analüüsitud erinevate rahvusvaheliste ning regionaalsete organisatsioonide ja institutsioonide, Euroopa Liidu liikmesriikide (Soome, Läti, Ühendkuningriigid ja Eesti) ning erinevate õigusteadlaste avaliku halduse läbipaistvuse käsitlust ja lähtekohti läbipaistvuse mõiste sisustamisel ja avamisel.

1.1.1. Läbipaistvuse põhimõte Majanduskoostöö ja Arengu Organisatsioonis ning Euroopa Liidus

Majanduskoostöö ja Arengu Organisatsioon (edaspidi *OECD*) leiab läbipaistvuse põhimõttega seoses, et läbipaistvuse printsiibi põhituum peaks olema juurdepääs avaliku sektori tegevusele ja teabele¹⁹. Avaliku võimu käes olevat teavet peaks konfidentsiaalse või salajasena käsitlema ainult erandlikel juhtudel (näiteks julgeoleku kaalutlustel, teatud isikuandmete puhul)²⁰. *OECD*

¹⁸ Laar, M. Haldusreformi ideed ja praktika. www.riigikogu.ee/rito/index.php?id=11634 (04.03.2014).

¹⁹ *OECD*. Public Sector Transparency and the International Investor, 2003. www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/18546790.pdf (04.03.2014).

²⁰ *OECD*. Euroopa avaliku halduse printsiibid: SIGMA kogumik nr 27. www.sigmaweb.org/publicationsdocuments/39560237.pdf (04.03.2014).

peab avaliku sektori tegevusele ja teabele ligipääsu oluliseks seetõttu, et vältida info defitsiidi ärakasutamise võimalust (et teave on kättesaadav ainult osaliselt või osadele isikutele) ning et tagada avalikkusele teostatavate poliitikate eel- ja järelkontrolli²¹. Läbipaistvus ei ole OECD hinnangul üksnes eesmärk omaette, vaid vahend, mille abil saavutada teisi eesmärke²². Nimetatud eesmärgid toetavad avaliku halduse ülesannete täitmist, avaliku halduse koostööd teiste osapooltega, samuti koostööd avaliku halduse enese sees. Näiteks on võimalik tõsta ühiskonna heaolu, edendada tõhusat ja efektiivset valitsemist²³, kui on tagatud piisaval tasemel infoliikumine ja -vahetus, mis on üks läbipaistvuse põhimõtte osasid. OECD lähtekoht on seega, et avaliku halduse tegevus peab olema läbipaistev, et kõik osapooled omaksid ühesugust ja võrdset informatsiooni ning et avaliku sektori tegevus oleks ühiskonna poolt teostatava kontrolli tõttu arusaadav ja avatud.

Sarnaselt OECD-le on Euroopa Komisjon (edaspidi *Komisjon*) pidanud avatust ja läbipaistvust üheks oluliseks valitsemistava osaks²⁴. Komisjoni arvates on avalikkusel õigus tõhusale avaliku võimu teostamisele ning seetõttu Komisjon usub, et kaasaegse avaliku halduse juurde kuuluvad paratamatult kõrged läbipaistvuse standardid²⁵. Läbipaistvuse standardid, millele Rohelises Raamatus Euroopa läbipaistvuse algatuse kohta viidatakse, on seotud avalikkuse õigusega tõhusatele ja oma tegude eest vastutavatele avalikele institutsioonidele²⁶. Samuti on standardid suunatud sellele, et avalik-õiguslikele asutustele usaldatud võimu ja vahendeid kasutatakse otstarbekalt ning ei kuritarvitataks isiklikeks huvideks²⁷. Sealjuures on Komisjon pidanud oluliseks ka rõhutada, et läbipaistvuse põhimõtte ei toeta mitte üksnes teisi hea halduse aluspõhimõtteid, vaid on ka iseenesest oluline sarnaselt teistele aluspõhimõtetele²⁸. Komisjon on seega asunud seisukohale, et avalik haldus peab lähtuma läbipaistvuse põhimõttest, et teenida

²¹ OECD. Public Sector Transparency and the International Investor, 2003. www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/18546790.pdf (24.03.2014).

²² *Ibid.*, (04.03.2014).

²³ *Ibid.*, (16.04.2014).

²⁴ European Commission. European Governance: A White Paper, 2001. ec.europa.eu/dgs/communication/pdf/comm-initiatives/2001-european-governance-white-paper-com2001_0428_en.pdf (26.03.2014).

²⁵ European Commission. Green Paper: European transparency initiative, 2006. europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com2006_194_en.pdf (31.03.2014).

²⁶ *Ibid.*, (31.03.2014).

²⁷ *Ibid.*, (16.04.2014).

²⁸ European Commission. European Governance: A White Paper, 2001. ec.europa.eu/dgs/communication/pdf/comm-initiatives/2001-european-governance-white-paper-com2001_0428_en.pdf (26.03.2014).

avalikkuse huve. Avalikkuse huvide teenimine väljendus algselt eelkõige dokumentidele ligipääsu tagamises²⁹.

Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon (edaspidi *EL toimimise leping*) reguleerib läbipaistvust artikkel 15 kaudu, võimaldades ligipääsu dokumentidele ning kohustades liidu institutsioone, organeid ja asutusi tegema oma tööd võimalikult avalikult. Võimalikult avalikult ei tähenda mitte üksnes dokumentidele ligipääsu, vaid ligipääsu kogu protsessile selle menetlemise ajal (enne, samal ajal ja pärast)³⁰. Tagamaks eelnimetatud ligipääsu, on 30.05.2001 vastuvõetud määrus nr 1049/2001³¹, mis reguleerib üldsuse juurdepääsu Euroopa Parlamendi, nõukogu ja komisjoni dokumentidele. Määruse õiguslikuks aluseks on Euroopa Ühenduse asutamislepingu artikkel 255 lõige 2³², nüüdne EL toimimise lepingu artikkel 15 lõige 3³³. Määruse eesmärgiks on anda avalikkusele võimalikult laiaulatuslik juurdepääs ühenduse institutsioonide valduses olevatele dokumentidele³⁴. Juurdepääsuõigus nimetatud dokumentidele on osa avatuse poliitikast, mille eesmärk omakorda on tugevdada institutsioonide demokraatlikkust³⁵. Esimese Astme Kohus on leidnud, et „määrus on suunatud avaliku võimu asutuste otsustusprotsessi ja nende otsuste aluseks oleva teabe suurima võimaliku läbipaistvuse tagamisele ning seega on määruse eesmärk muuta dokumentidega tutvumise õiguse kasutamine võimalikult lihtsaks ja edendada head haldustava“³⁶.

Läbipaistvuse ning dokumentidele juurdepääsu tagamiseks näeb määrus ette nii aktiivsed kui ka passiivsed meetmed. Aktiivsed meetmed on need meetmed, kus institutsioonid näitavad ise üles aktiivsust dokumentide avaldamiseks. Aktiivseteks meetmeteks on näiteks Euroopa Ühenduse

²⁹ Curtin, D. *Executive Power of the European Union*. Oxford: Oxford University Press 2011, p 210 viidatud Alemanno, A. *Unpacking the principle of openness in EU law: transparency, participation and democracy* – E.L.R. 2014/39(1), p 75 kaudu.

³⁰ Alemanno, A. *Unpacking the principle of openness in EU law: transparency, participation and democracy* – E.L.R. 2014/39(1), p 78.

³¹ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EÜ) nr 1049/2001, 30. mai 2001, üldsuse juurdepääsu kohta Euroopa Parlamendi, nõukogu ja komisjoni dokumentidele, ELT L 145/43, 31.05.2001.

³² Euroopa Ühenduse asutamisleping (Konsolideeritud versioon 1997), EÜT C 340, 10.11.1997.

³³ Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon, ELT C 326, 26.10.2012.

³⁴ Euroopa Komisjon. Roheline Raamat. Üldsuse juurdepääs Euroopa Ühenduse institutsioonide valduses olevatele dokumentidele: Ülevaade, 2007. ec.europa.eu/transparency/revision/docs/gp_et.pdf (31.03.2014).

³⁵ *Ibid.*, (31.03.2014).

³⁶ Esimese Astme Kohus 08.11.2007, T-194/04, *The Bavarian Lager Co. Ltd vs. Euroopa Ühenduste Komisjon*, p 98.

Teatajas dokumentide avaldamine, vahetu juurdepääs elektroonilises vormis või registri kaudu³⁷. Passiivne meede on meede, mille korral huvitatud isikul tuleb ise pöörduda institutsiooni poole teabe saamiseks. Määruses toodud võimalustest on passiivseks meetmeks näiteks taotluste esitamine dokumenditele juurdepääsu saamiseks³⁸.

Valges Raamatus Euroopa valitsemistava kohta on Komisjon andnud hinnangu, et antud määruse kehtestamisega on jõutud oluliselt avatuma Euroopa Liiduni ning Euroopa Liidu kodanikele on tagatud oluliselt suurem ligipääs Euroopa Parlamendi, nõukogu ja komisjoni dokumentidele³⁹. Esimese Astme Kohus on ühenduse valduses olevate dokumentide juurdepääsu tagamise osas asunud seisukohale, et juurdepääs institutsioonide dokumentidele kujutab endast õiguspõhimõtet⁴⁰. Esimese Astme Kohtu selgituste kohaselt väljendub õiguspõhimõte selles, et reeglina peab avalikkus omama ligipääsu institutsioonide dokumentidele ning ligipääsust keeldumine peab olema erand⁴¹. Keelduv otsus on kehtiv vaid siis, kui see on põhjendatud määruse nr 1049/2001 artiklis 4 ette nähtud erandiga⁴². Artikli 4 erandid on muuhulgas hõlmatud avaliku huviga, eraelu - ja isikupuutumatuses, ärihuvidega, kohtumenetluse ja õigusemõistmisega ning audiitorkontrolli eesmärkidega. Esimese Astme Kohus on öelnud, et neid erandeid tuleb tõlgendada ja kohaldada kitsendavalt, et mitte takistada määruse üldpõhimõtte kohaldamist⁴³. Ka määrus ise kehtestab, et ärihuvide, kohtumenetluse ja õigusemõistmise ning audiitorkontrolli eesmärkidega seotud dokumendid siiski avaldatakse, kui avaldamine teenib ülekaalukaid üldisi huve⁴⁴.

³⁷ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EÜ) nr 1049/2001, 30. mai 2001, üldsuse juurdepääsu kohta Euroopa Parlamendi, nõukogu ja komisjoni dokumentidele, ELT L 145/43, 31.05.2001, art 12 ja 13.

³⁸ *Ibid.*, art 6.

³⁹ European Commission. European Governance: A White Paper, 2001. ec.europa.eu/dgs/communication/pdf/comm-initiatives/2001-european-governance-white-paper-com2001_0428_en.pdf (26.03.2014).

⁴⁰ Esimese Astme Kohus 06.07.2007, liidetud kohtuasjad T-391/03 ja T-70/04, *Franchet ja Byk vs. komisjon*, p 83; Esimese Astme Kohus 08.11.2007, T-194/04, *The Bavarian Lager Co. Ltd vs. Euroopa Ühenduste Komisjon*, p 93.

⁴¹ Esimese Astme Kohus 07.02.2002, T-211/00, *Aldo Kuijer vs. Euroopa Liidu Nõukogu*, p 55.

⁴² Esimese Astme Kohus 06.07.2007, liidetud kohtuasjad T-391/03 ja T-70/04, *Franchet ja Byk vs. komisjon*, p 83; Esimese Astme Kohus 07.02.2002, T-211/00, *Aldo Kuijer vs. Euroopa Liidu Nõukogu*, p 55.

⁴³ *Ibid.*, p 84; *Ibid.*, p 55.

⁴⁴ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EÜ) nr 1049/2001, 30. mai 2001, üldsuse juurdepääsu kohta Euroopa Parlamendi, nõukogu ja komisjoni dokumentidele, ELT L 145/43, 31.05.2001, art 4 lg 2.

Arvestades toodud Komisjoni seisukohta läbipaistvuse põhimõtte osas ning Esimese Astme Kohtu seisukohta dokumentidele juurdepääsu osas, tuleks analüüsida, kas sellist lähenemist oleks võimalik üle kanda tervikuna läbipaistvuse põhimõttele. Nii OECD kui Komisjoni käsitus avaliku halduse läbipaistvuse põhimõttest on analoogne. Mõlemad peavad oluliseks informatsiooni kättesaadavust ning avaliku halduse tegevuse tõhusust. Kui täiendavalt arvestada ka töö alguses toodud üldist arusaama läbipaistvuse põhimõttest, kui teabele ligipääsu tagamise võimalust, kaasatust avaliku halduse tegevusse, rahaliste vahendite otstarbekat ja säästlikku kasutamist, kattub see OECD ja Komisjoni arusaamaga. Seega on kõigi kolme määratluse ning Esimese Astme Kohtu toodud seisukoha ühiseks osaks teabele juurdepääsu tagamine. Hoolimata, et tegemist on ühe osaga läbipaistvuse põhimõtte käsitlusest ning arvestades, et avalik haldus eelkõige tegutseb läbi teabe andmise, dokumentide loomise ning dokumentide haldamise, saab teha järelduse, et Esimese Astme Kohtu poolt välja toodud õiguspõhimõtet saab rakendada ka tervikuna avaliku halduse läbipaistvuse põhimõttele. Selline lähenemine, kus läbipaistvuse põhimõtte kujutab endast õiguspõhimõtet, annab läbipaistvuse põhimõttele avaliku halduse tegevuses juurde olulist kaalu, kuna võimaldaks enam arvestada läbipaistvuse põhimõtte erinevate nüanssidega.

Euroopa Liidu tasandil on läbipaistvuse põhimõtet käsitletud samuti ühisturu kontekstis – vajalik on ühisturu läbipaistvus, et tagada piisav teave turuosalistele ning võimalus efektiivselt ühisturul osaleda⁴⁵. Selleks, et osaleda aktiivselt ühisturul, on oluline, et osapooltel oleks võimalikult hea juurdepääs informatsioonile. Informatsiooni puudumine võib nii riigisisese kui piiriülese ettevõtluse edendamise seisukohalt olla takistuseks riikidevahelistele toimingutele, sh ka riigihangetel osalemiseks. Komisjon on 1998. aasta Rohelises Raamatus avaliku sektori info kohta kajastanud, et avalikule infole juurdepääsu puudumine võib jätta välismaised ettevõtjad võrreldes kodumaiste ettevõtjatega kehvemasse olukorda, kuna kodumaistel ettevõtjatel on nn koduturu eelis⁴⁶. Läbipaistvuse põhimõtte rõhuasetus on siin eelkõige teabele juurdepääsu tagamises. Vastav kohustus lasub liikmesriikide avaliku halduse kandjatel, et viimased tagaks info kättesaadavuse kõigile huvitatud ettevõtjatele.

⁴⁵ Prechal, S., de Leeuw, M. E. Transparency: A General Principle of EU Law? – Bernitz, U., Nergelius, J., Cardner, C. (eds). *General Principles of EC Law in A Process of Development*. Great Britain: Kluwer Law International 2008, p 204.

⁴⁶ European Commission. Public sector information: a key resource for Europe. Green Paper on public sector information in the information society, 1998. ftp.cordis.europa.eu/pub/econtent/docs/gp_en.pdf (25.03.2014).

Eesti naaberriigis, Soomes, on avaliku halduse läbipaistvuse põhimõtte tagamiseks kehtestatud seadus valitsusasutuste tegevuse avatuse kohta⁴⁷. Seaduse eesmärk on edendada avatust ja head tava valitsusasutuste teabekorralduses ning võimaldada eraisikel ja ettevõtetel jälgida avaliku võimu teostamist ja rahaliste vahendite kasutamist, saades sealjuures võimaluse mõjutada avaliku võimu teostamist ning kaitsta oma õigusi ja huve⁴⁸. Arvestades seaduse eesmärki, reguleerimisala ja detailsust, on palju pööratud tähelepanu, kuidas tagada avatus ja läbipaistvus riigiasutustes ning kuidas tuua sellega riigiasutused kodanikule lähemale. Selleks teavitavad riigiasutused aktiivselt oma tegevusest ning tagavad, et nende tegevusega seotud dokumendid oleksid lihtsasti kättesaadavad⁴⁹. Soome justiitsministeeriumi hinnangul prevaleerib Soome valitsusasutuse tegevuses läbipaistvuse põhimõte⁵⁰. Ligipääsu dokumentidele peetakse lausa põhiõiguseks⁵¹.

Lätis on teabe kättesaadavust reguleeritud infovabaduse seadusega⁵². Seaduse eesmärk on tagada üldsuse juurdepääs teabele, mis on avaliku sektori institutsioonide käsutuses. Seaduse kohaselt peab teave olema avalikkusele kättesaadav kõigil juhtudel, välja arvatud seaduses toodud erandite korral⁵³. Et teave oleks avalikkusele kättesaadav, nähakse ette, et avaliku sektori institutsioonid annavad eelkõige infot oma algatusel (näiteks veebilehel avaldamine)⁵⁴. Läbipaistvuse seisukohalt lasub esmane aktiivsuskohustus teabele ligipääsu tagamisel avaliku sektori asutuste kui teabe valdajate käes.

Ühendkuningriikides on riigiasutuste käsutuses olevate dokumentide avalikustamiseks vastu võetud infovabaduse seadus⁵⁵. Seadus reguleerib avalikkuse juurdepääsu riigiasutuste valduses

⁴⁷ Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta 21.5.1999/621. www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1999/19990621 (03.04.2014).

⁴⁸ *Ibid.*, § 3. (03.04.2014).

⁴⁹ Ministry of Justice, Finland. oikeusministerio.fi/en/index/basicprovisions/legislation/actontheopennessofgovernmentactivities.html (03.04.2014).

⁵⁰ *Ibid.*, (03.04.2014).

⁵¹ *Ibid.*, (03.04.2014).

⁵² Informācijas atklātības likums. m.likumi.lv/doc.php?id=50601; www.legislationline.org/documents/action/popup/id/4768 (06.05.2014).

⁵³ *Ibid.*, § 2 lg 3. (06.05.2014).

⁵⁴ *Ibid.*, § 10. (06.05.2014).

⁵⁵ Freedom of Information Act 2000 – enacted by the Queen’s most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, 30.11.2000. www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/data.pdf (03.04.2014).

olevale teabele. Seaduse järgimise tagamiseks on loodud infovoliniku ametikoht. Infovoliniku selgituse kohaselt on seaduse peamine põhimõte, et isikel on õigus teada ametiasutuste tegevuse kohta⁵⁶. Infovabaduse seaduse väljatöötamisele eelnes Valge Raamatu „*Your Right to Know: Freedom of Information*“ koostamine, kus leiti, et avatus on kaasaegse riigi oluline osa tagamaks avalikkuse usaldust riigiasutustesse⁵⁷. Ühendkuningriikide näide ilmestab samuti läbipaistvuse põhimõtte olulisust.

Kokkuvõtvalt on erinevate institutsioonide ja riikide arusaamad sarnased. OECD kohaselt peab avaliku halduse tegevus olema läbipaistev, et kõik osapooled omaksid ühesugust ja võrdset informatsiooni ning et avaliku sektori tegevus oleks ühiskonna poolt teostatava kontrolli tõttu arusaadav ja avatud. Kuigi ka Euroopa Liidus „läbipaistvuse“ määratlus puudub⁵⁸, ei takista see mõistest arusaamast. Läbipaistvuse põhimõtte eesmärgiks on tagada info kättesaadavus ja avaliku halduse tegevuse tõhusus. Avaliku halduse tegevuse tõhusus hõlmab endas ka korruptsiooni ennetavat tegevust. Euroopa Komisjoni teatises „Võitlus korruptsiooniga Euroopa Liidus“, on tähendatud, et ametiasutuste võimekuse toetamine muudab avalikud teenused ja ametiasutused veelgi tõhusamaks ja läbipaistvamaks ning see omakorda aitab ennetada korruptsiooni⁵⁹. Eelnevast tulenevalt on korruptsiooni võimalik ennetada, kui on tagatud avaliku halduse tegevuse läbipaistvus. Seetõttu on läbipaistvuse põhimõtte tagamine oluline ka korruptsiooni ennetamise seisukohalt.

Soomes, Lätis ja Ühendkuningriikides on läbipaistvuse põhimõte niisamuti avaliku halduse lähtekoht. Läbipaistvuse põhimõtte elluviimist tagatakse eelkõige teabele ligipääsu tagamise kaudu, võimaldades avalikkusel kontrollida ja jälgida avaliku võimu teostamist. Läbipaistvuse rakendamine avalikus halduses on vajalik, et tagada dialoog ja võrdsus riigiasutuste ja isikute

⁵⁶ Information Commissioner's Office. ico.org.uk/for_organisations/freedom_of_information/guide/act#what-is-the-freedom-of-information-act-2 (02.04.2014).

⁵⁷ Cabinet Office, Freedom of Information Unit. White Paper. Your Right to Know: Freedom of Information, 1997. www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/272048/3818.pdf (03.04.2014).

⁵⁸ Alemanno, A. Unpacking the principle of openness in EU law: transparency, participation and democracy – E.L.R. 2014/39(1), p 73.

⁵⁹ Euroopa Komisjon. Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele. Võitlus korruptsiooniga Euroopa Liidus, 2011. register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ET&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2011237%202011%20IN%20IT (06.05.2014).

vahel. Seda enam, et isikutel kui maksumaksjatel peab olema õigus teada, millega riigiasutused tegelevad ning mida ja kuidas täpselt tehakse.

1.1.2. Läbipaistvuse põhimõtte piiramise alused avalikus halduses

Läbipaistvuse põhimõtet edendades on Komisjon siiski leidnud, et kuigi avaliku sektori dokumentidele ligipääsu tagamine on oluline, ei tähenda see automaatselt, et ligipääs peab olema tingimusteta piiramatu⁶⁰. Komisjoni arvamuse kohaselt peaks erand avalikustamisest hõlmama näiteks riikliku julgeolekut, intellektuaalset omandit, ärisaladust puudutava infot jne⁶¹. Ühest küljest on primaarne tagada läbipaistvus, teisest küljest leitakse, et läbipaistvust tuleks teatud huvide kaitseks piirata. Seetõttu, kuigi määruse nr 1049/2001 eesmärgiks on tagada võimalikult laiaulatuslik ligipääs dokumentidele, näeb määrus ette ka valdkonnad, kus Euroopa Liidu institutsioonid dokumentidele ligipääsu ei taga, sest dokumentide avalikustamine kahjustab teatavaid üldisi ja erahuve, mis oma olemuselt vajavad kaitset. Nendeks valdkondadeks on näiteks julgeoleku -, kaitsepoliitiliste - ja sõjaliste küsimuste valdkond ning eraelu - ja isikupuutumatusesega seotud valdkond ja nende valdkonna teemadega seotud info. Muuhulgas näeb määrus ette, et institutsioonid keelavad juurdepääsu dokumentidele, mille avaldamine kahjustaks füüsilise või juriidilise isiku ärihuve, välja arvatud juhul, kui avaldamine teenib ülekaalukaid üldisi huve⁶². Määruse preambula punktid 4 ja 6 sätestavad määruse eesmärgina avalikkuse võimalikult laiaulatusliku ligipääsuõiguse dokumentidele. Määruse artikkel 1 punkt c täiendab, et tuleb soodustada head haldustava dokumentidele juurdepääsu tagamisel. Eelneva kohaselt tuleb reeglina tagada avalikustamine ning läbipaistvus, samas kui dokumentidele ligipääsu keelamine on erand. Esimese Astme Kohus on kujundanud seisukoha⁶³, et määruses sätestatud erandeid tuleb tõlgendada ja kohaldada kitsendavalt, et mitte takistada määruse

⁶⁰ European Commission. Public sector information: a key resource for Europe. Green Paper on public sector information in the information society, 1998. ftp.cordis.europa.eu/pub/econtent/docs/gp_en.pdf (26.03.2014).

⁶¹ *Ibid.*, (26.03.2014).

⁶² Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EÜ) nr 1049/2001, 30. mai 2001, üldsuse juurdepääsu kohta Euroopa Parlamendi, nõukogu ja komisjoni dokumentidele, ELT L 145/43, 31.05.2001, art 4 lg 2.

⁶³ Esimese Astme Kohus 06.07.2007, liidetud kohtuasjad T-391/03 ja T-70/04, *Franchet ja Byk vs. komisjon*, p 84; Esimese Astme Kohus 07.02.2002, T-211/00, *Aldo Kuijer vs. Euroopa Liidu Nõukogu*, p 55; Esimese Astme Kohus 08.11.2007, T-194/04, *The Bavarian Lager Co. Ltd vs. Euroopa Ühenduste Komisjon*, p 94; EKo 11.01.2000, liidetud kohtuasjad C-174/98 P ja C-189/98 P, *Madalmaade Kuningriik ja Gerard van der Wal vs. Euroopa Ühenduste Komisjon*, p 27.

üldpõhimõtte kohaldamist. Määruse üks olulistest eesmärkidest on seega aidata ellu viia Euroopa Liidu institutsioonide läbipaistvuspoliitikat.

Siiski esineb ka Soomes läbipaistvuse piiramist. Lisaks dokumentidele ligipääsu tagamisele reguleerib Soome seadus valitsusasutuste tegevuse avatuse kohta ka dokumentidele ligipääsu piiramist. On toodud väga täpselt, millistel juhtudel dokument võib olla salajane ning millistel juhtudel võib dokumendile ligipääsu piirata. Vastavad sätted hõlmavad eelkõige kas väga olulist avalikku huvi või ka erahuvi, näiteks riiklikku julgeolekut, rahvusvahelisi suhteid; dokumente, mis puudutavad politsei, piirivalve ning maksuameti taktikalisi - ja tehnilise plaane, et ennetada kuritegevust, säilitada avalikku korda; avalikke - või eramajandushuve; konfidentsiaalse teabe kaitset jne. Seaduse peamine printsiip on siiski dokumentidele ligipääs ning dokumentide salastamine on erand ning seetõttu võib ligipääsu piirata ainult seaduslikul alusel, ulatuses, mis tagab kaitstava huvi kaitse⁶⁴. Kui riigiasutus siiski keeldub teabe väljastamisest või dokumendile ligipääsu tagamisest, peab ta vastavat otsust põhjendama, selgitades, miks dokument salajane on⁶⁵.

Läti infovabaduse seadus näeb ette kahte klassi informatsiooni: üldiselt kättesaadav info ning piiratud ligipääsuga info⁶⁶. Viimase osas on avaliku sektori institutsioonidel võimalik keelduda info väljastamisest. Selline teave on eelkõige seotud töö- või ametikohustuste täitmisega, mille puhul teabe avalikustamine võib takistada ülesannete täitmist või teave, mille avalikustamine võib kahjustada isiku seaduslikke huve⁶⁷. Teabele ligipääsu piiramine peab tulenema reaalsest vajadusest ning olema kooskõlas seaduses sätestatud avalikustamise nõuetega.

Ühendkuningriikide infovolinik nendib oma kodulehel antavate selgituste kaudu infovabaduse seaduse kohta, et teabe avalikustamine peab olema reegel ning teavet peaks hoidma salajasena üksnes siis, kui selleks on mõjuv põhjus ja see on seadusega lubatud⁶⁸. Seadusega lubatud

⁶⁴ Ministry of Justice, Finland. oikeusministerio.fi/en/index/basicprovisions/legislation/actontheopennessofgovernmentactivities.html (03.04.2014).

⁶⁵ *Ibid.*, (03.04.2014).

⁶⁶ Informācijas atklātības likums, § 3. m.likumi.lv/doc.php?id=50601; www.legislationline.org/documents/action/popup/id/4768 (06.05.2014).

⁶⁷ *Ibid.*, § 5 lg 1. (06.05.2014).

⁶⁸ Information Commissioner's Office. ico.org.uk/for_organisations/freedom_of_information/guide/act#what-is-the-freedom-of-information-act-2 (02.04.2014).

erandid on toodud samuti infovabaduse seaduses ning nendeks on näiteks riiklik julgeolek, rahvusvahelised suhted, konfidentsiaalne teave, mis on saadud teiselt riigilt, rahvusvaheliselt organisatsioonilt või rahvusvaheliselt kohtult, kui vastav asutus on teabe konfidentsiaalsena määratlenud, kriminaalse uurimise käigus kogutud teave jne.

1.1.3. Läbipaistvuse põhimõtte Eesti avalikus halduses ja selle piiramine

Pöördudes Eesti seadusandluse poole läbipaistvuse põhimõtte rakendamise osas avalikus halduses, tuleb esmalt juhinduda põhiseadusest. Põhiseaduse § 44 lõige 2 sätestab, et kõik riigiasutused, kohalikud omavalitsused ja nende ametiisikud on kohustatud seaduses sätestatud korras andma Eesti kodanikule tema nõudel informatsiooni oma tegevuse kohta, välja arvatud andmed, mille väljaandmine on seadusega keelatud, ja eranditult asutusesiseseks kasutamiseks mõeldud⁶⁹. Põhiseaduse kohaselt on avalik haldus kohustatud oma tegevuse kohta teavet andma. Informatsiooni andmisest saab keelduda üksnes juhul, kui vastav võimalus on seadusesse sisse kirjutatud. Teabe andmisest keeldumise näol on tegemist üldregulatsiooni kitsendava sättega, mis piirab avalikustamise ja läbipaistvuse põhimõtet.

Eestis kehtiva avaliku teabe seaduse (edaspidi AvTS) eesmärgiks on tagada üldiseks kasutamiseks mõeldud teabele avalikkuse ja igäühe juurdepääsu võimalus, lähtudes demokraatliku ja sotsiaalse õigusriigi ning avatud ühiskonna põhimõtetest, ning luua võimalused avalikkuse kontrolliks avalike ülesannete täitmise üle⁷⁰. Eesmärgist nähtuvalt tuleb tagada avalikule teabele juurdepääs, mis iseenesest ongi läbipaistvuse põhimõtte edendamine. Avaldamisega seoses võib tõusetuda ka küsimus, kuidas tuleks käituda, kui seaduses puudub regulatsioon selle kohta, kas tegemist on avaliku teabega või mitte. AvTS seadus näeb ette võimaluse piirata teatud teabele juurdepääsu, kuid vastav piirang peab olema seaduses sätestatud⁷¹. Seega on Eesti seadusandja suhtunud väga rangelt teabele juurdepääsu piiramisse, lubades seda teha ainult seadusega. Eelnevast tulenevalt, kui puudub regulatsioon, kas avaldada või mitte ning seaduses puudub info, et tegemist oleks avaldamisele mittekuuluva teabega, tuleb teave avaldada. Eelnevast tulenevalt peab juurdepääsu piirav tegevus avalikus sektoris olema erandlik. AvTS § 3 kontekstis on leitud, et sätte sõnastuse kohaselt on Eestis avaliku teabe piirid

⁶⁹ PS. RT 1992, 26, 349; RT I, 27.04.2011, 2.

⁷⁰ AvTS. RT I 2000, 92, 597; RT I, 19.12.2012, 5, § 1.

⁷¹ *Ibid.*, § 2 ja 3.

määratletud laiaulatuslikult⁷², mis aga omakorda tagab Eesti õiguses kehtiva üldise infovabaduse põhimõtte⁷³. Infovabaduse põhimõte tähendabki eelkõige seda, et avaliku võimu käes olevaid dokumente ei peeta salajasteks ning üldjuhul kuuluvad need avalikustamisele. Avalik haldus peab seega eelduslikult toimima läbipaistvuse printsiibi põhimõttel ning olema oma kodanikele kättesaadav. Läbipaistev avalik haldus on nii kodanikele kui ka ettevõtjatele lähemal. Demokraatlikus ühiskonnas on oluline võimu teostamise läbipaistvus, võitlus korrupsiooniga ning kodanike kaasamine riigi tegevustesse⁷⁴. Eesti on võtnud avatud valitsemisega üheks tegevussuunaks riigi käsutuses olevate andmete andmise avalikku kasutusse eesmärgiga suurendada riigi tegevuste läbipaistvust ja luua ettevõtetele uusi ärivõimalusi⁷⁵.

Läbipaistvusega seoses tuleb Eesti kontekstis tähelepanu pöörata ka avaliku halduse tegevusele haldusmenetluse seaduse (edaspidi *HMS*) taustal. Tuleb aga arvestada, et mitte igasugune avaliku halduse tegevus ei ole haldusmenetlus. *HMS* kohaselt on haldusmenetlus haldusorgani tegevus määruse või haldusakti andmisel, toimingute sooritamisel või halduslepingu sõlmimisel⁷⁶. Haldusmenetluse üks põhieesmärkidest on kaitsta kodanikke riigi poolt teostatava võimu omavoli eest⁷⁷. Täitevvõim peab olema oma kodanikele ja ettevõtjatele partneriks. Sellisel juhul saab avalik haldus kõige paremini ellu viia ja tagada läbipaistvuse põhimõtte järgimist. Eelkõige toetab läbipaistvuse põhimõtte elluviimist tehtud otsuste põhjendamine⁷⁸. Põhjendamine tagab, et avalik haldus võtab tehtud otsuse eest vastutuse⁷⁹. *HMS*-is tuleneb põhjendamise kohustus paragrahvist 56, mis sätestab, et kirjalik haldusakt ja soodustava haldusakti andmisest keeldumine peab olema kirjalikult põhjendatud⁸⁰. Lõige 1 teine lause täiendab, et haldusakti põhjendus esitatakse haldusaktis või menetlusosalisele kättesaadavas dokumendis, millele on haldusaktis viidatud. Lõike 3 kohaselt tuleb kaalutusõiguse alusel antud haldusakti põhjenduses märkida kaalutlused, millest haldusorgan on haldusakti andmisel lähtunud.

⁷² Aedma, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004, lk 205.

⁷³ *Ibid.*, lk 204.

⁷⁴ Riigikantselei. Eesti tegevuskava avatud valitsemise partnerluses osalemisel, 2012. valitsus.ee/UserFiles/valitsus/et/uudised/istungid/istungite-paevakorrad/AVP%20Eesti%20tegevuskava.pdf (23.04.2014).

⁷⁵ *Ibid.*, (23.04.2014).

⁷⁶ *HMS*. RT I 2001, 58, 354; RT I, 23.02.2011, 8, § 2 lg 1.

⁷⁷ Aedma, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004, lk 25.

⁷⁸ Alemanno, A. Unpacking the principle of openness in EU law: transparency, participation and democracy – E.L.R. 2014/39(1), p 79.

⁷⁹ *Ibid.*, p 79.

⁸⁰ *HMS*. RT I 2001, 58, 354; RT I, 23.02.2011, 8, § 56 lg 1.

Aastal 2000 koostatud HMS eelnõu seletuskirja kohaselt on haldusmenetluse avalikkuse printsiip tuletatav riigivõimu kui sellise avalikkusest⁸¹. HMS sätestab, et haldusmenetlus on avalik ning et haldusorgan on kohustatud hoidma riigi- ja ärisaladust ning hoidma saladuses salastatud välisteabe ja asutusesiseseks kasutamiseks tunnistatud andmed⁸². Nimetatud säte rõhutab haldusmenetluse põhimõttelist avalikkust⁸³. Mis puudutab ärisaladuse kaitset, siis selle kohta on eelnõu seletuskirjas toodud, et kaitse ei hõlma mitte ainult neid isikuid, kes haldusmenetluses osapoolena osalevad, vaid ka neid isikuid, kelle ärisaladuse kohta haldusorgan andmeid omab⁸⁴.

Oluline on leida tasakaal kahe vastandlikku eesmärki kandva tegevuse vahel. Ühelt poolt on oluline, et avaliku halduse tegevus toimiks läbipaistval viisil ning oleks huvitatud osapooltele avatud ning et täitevvõim oleks võrdseks partneriks. Teiselt poolt on vajalik, et konfidentsiaalne teave püsiks salastatuna ja avalikustamata, et erinevate osapoolte partnerlus avaliku haldusega püsiks usaldusväärseks. Tegelikult kaldub avalik haldus kergekäeliselt kuulutama teatud infot konfidentsiaalseks või salajaseks rohkem kui tegelikult tarvis on⁸⁵.

Eeltoodud erinevate käsitluste kohaselt on läbipaistvus üks olulisi avaliku halduse printsiipe, mida tuleb järgida. Läbipaistvuse põhimõtte tagab avaliku halduse kontrollitavuse ning annab osapooltele õiguskindluse, et erinevad asutused ja institutsioonid toimivad ja käituvad erapooletult ning parimast hea halduse praktikast lähtuvalt. Riigikohus tugineb kohtuotsustes samuti läbipaistvuse põhimõttele, kuid ei määratle, mida ta selle all täpsemalt mõelnud on⁸⁶. Lahendite kohaselt tuleb tagada ja järgida läbipaistvuse põhimõtte täitmist, aga kohus jätab mõiste sisustamise osapoolte endi teha.

⁸¹ Riigikogu. "Haldusmenetluse seaduse" ja "Vabariigi Valitsuse seaduse muutmise seaduse" eelnõu seletuskiri, 2000.
www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=003673103#P31_5361 (31.03.2014).

⁸² HMS. RT I 2001, 58, 354; RT I, 23.02.2011, 8, § 7 lg 1 ja 3.

⁸³ Parrest, N., Aedma, A. Ülevaatlik õppematerjal haldusõigusest. Tallinn: Avaliku Teenistuse Arendus- ja Koolituskeskus ning Riigikantselei 2003, lk 14.

⁸⁴ Riigikogu. "Haldusmenetluse seaduse" ja "Vabariigi Valitsuse seaduse muutmise seaduse" eelnõu seletuskiri, 2000.
www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=003673103#P31_5361 (31.03.2014).

⁸⁵ OECD. Euroopa avaliku halduse printsiibid: SIGMA kogumik nr 27.
www.sigmaxweb.org/publicationsdocuments/39560237.pdf (04.03.2014).

⁸⁶ Näiteks lahendid RKÜKo 3-3-1-5-09; RKHKo 3-3-1-2-12; RKHKo 3-3-1-13-12; RKHKo 3-3-1-24-13.

Tuleb ka arvestada, et avalikus sektoris kehtib reegel, et kõik on avalik ning see, mis on kuulutatud mitteavalikuks, peab olema erand. Antud reegli näol on tegemist paradigmaga, kuna erasektoris kehtib täpselt vastupidine reegel⁸⁷. Läbipaistvuse printsiipi rakendades tagab avalik haldus suurema legitiimsuse ning usaldusväarsuse. Tuleb aga arvestada, et läbipaistvus ja avatus on dünaamilised kontseptsioonid, mis arenevad ajas koos ühiskonna arenguga⁸⁸.

Ometigi peab avaliku halduse tegevus olema läbipaistev. Avaliku halduse läbipaistvuse üheks osaks on avaliku halduse käsutuses oleva info ja dokumentide avalikkus. Siiski tuleb arvestada asjaoluga, et info ja dokumentide avalikkusele ja juurdepääsu tagamisele kehtivad teatud juhtudel ka erandid, mil teabe olemusest tulenevalt kaalub konfidentsiaalsus üles avaliku huvi. Erandite tegemine saab olla võimalik vaid põhjendatud juhtudel, kuna läbipaistvuse näol on tegemist aluspõhimõttega. Sõna „avalik“⁸⁹ täpsustab oma olemuselt juba ise avaliku halduse eesmärgi olla avalik ja läbipaistev ning üldsusele suunatud. Olukorras, kus avalik haldus peab tegema erandi läbipaistvuse põhimõtte piiramisel, on oluline leida vastanduvate huvide vahel tasakaal. Tuleb leida tasakaal üldsuse õigustatud huvide kaitse ja erahuvide kaitse ning üldsuse õiguse, teada saada, vahel⁹⁰. See tähendab, et läbipaistvuse põhimõtte rakendamine võib väga palju sõltuda kontekstist, kus seda parasjagu kasutatakse. Seetõttu kehtivad veelgi kaalukamad põhjused, miks peaksid kehtima selged reeglid, et ei oleks ametniku suvaotsustust.

1.2. Läbipaistvuse põhimõtte riigihankeõiguses

1.2.1. Läbipaistvuse põhimõtte areng rahvusvahelises ja Eesti riigihankeõiguses

Euroopa Liidu asutamisleping annab riigihankeõiguse kontekstis kõige üldisemad riigihanke põhimõtted. Lepingus toodud põhimõtetest on olulisemateks isikute ja kaupade vaba liikumine, teenuste osutamise vabadus, mittediskrimineerimine. Euroopa Komisjoni poolt välja antud

⁸⁷ Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M. A. Access to the content of public procurement contracts: the case for a general EU-law duty of disclosure – P.P.L.R. 2013/4, p 157.

⁸⁸ Alemanno, A. Unpacking the principle of openness in EU law: transparency, participation and democracy – E.L.R. 2014/39(1), p 88.

⁸⁹ Eesti keele seletav sõnaraamat selgitab sõna „avalik“ järgmiselt: üldiselt teada olev või teatavaks saanud; üldsusele mõeldud või ette nähtud, kõikide kasutada olev. www.eki.ee/dict/ekss/index.cgi?Q=avalik&F=M (06.05.2014).

⁹⁰ Euroopa Komisjon. Roheline Raamat. Üldsuse juurdepääs Euroopa Ühenduse institutsioonide valduses olevatele dokumentidele: Ülevaade, 2007. ec.europa.eu/transparency/revision/docs/gp_et.pdf (31.03.2014).

tõlgendavas teatises on selgitatud, et hankijad on alati kohustatud täitma Euroopa Ühenduse asutamislepingus sätestatud eeskirju ja põhimõtteid, kui riigihankeleping jääb asutamislepingu kohaldamisalasse⁹¹. Komisjoni teatise määratlusest selgub, et sõltumata riigihanke eeldatavast maksumusest, kohalduvad üldpõhimõtted alati. Riigihankeõiguse peamised üldpõhimõtted on võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine ja läbipaistvus. Riigihankeõiguse üldpõhimõtete kujunemist on paljuski mõjutanud ja suunanud Euroopa Liidu Kohtu praktika.

Maailma Kaubandusorganisatsiooni (edaspidi *WTO*) riigihankeleping (edaspidi *GPA leping*) reguleerib riigihangete õigust rahvusvahelisel tasandil. Tegemist on ainsa juriidiliselt siduva riigihankelepinguga, mis on Euroopa Liidu riigihankeõiguse lahutamatuks osaks⁹². *GPA leping* näeb lepinguosalistele riikidele samuti ette kohustuse tagada riigihangetes läbipaistvus⁹³. Lepingu preambula alalõike 3 kohaselt on soovitatav tagada riigihangetega seonduvate seaduste, regulatsioonide, protseduuride ja tavade läbipaistvus. Artikkel 17 kehtestab, kuidas lepingu mitteosalisriikidele tagada hangetele juurdepääs läbi läbipaistvuse nõude täitmise. Selleks tuleb ette näha tehnilised kirjeldused, teavitada riigihangete toimumisest ning kinnitada osalejatele, et menetluse põhimõtted ja reeglid ei muutu menetluse ajal. Artikkel 20 reguleerib vaidluste lahendamist, tuues välja, et iga lepinguosaline riik näeb ette mittediskrimineerivad, ajakohased, läbipaistvad ja tõhusad menetlused, mis võimaldavad tarnijatel esitada kaebusi väidetavate rikkumiste kohta seoses hangetega, mille vastu nad tunnevad või on tundnud huvi. Lisaks sellele, et läbipaistvuse põhimõtte toetab mittediskrimineerimise põhimõtte elluviimist ning et läbipaistvuse põhimõtte rahvusvahelisel tasandil aitab parandada turuinfo kättesaadavust, on *GPA lepingus* läbipaistvuse ühe eesmärgina nähtud ka läbipaistvust kui täiesti iseseisvat objekti⁹⁴. Läbipaistvus ei pea üksnes olema abinõu mittediskrimineerimise põhimõtte elluviimiseks. Läbipaistvus saab toimida ka kui eesmärk omaette, mis tagab, et kehtestatud reegleid oleks järgitud.

⁹¹ Komisjoni tõlgendav teatis nr 2006/C 179/02, p 1.1.

⁹² Krüger, K., Nielsen, R., Bruun, N. *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*. Copenhagen: DJØF Publishing 1998, p 57 viidatud Väljaots, T. Põhjendamatult madal pakkumus Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses, magistritöö, Tartu Ülikooli Õigusteaduskond 2011, lk 9 kaudu.

⁹³ Agreement on Government Procurement. www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm (07.03.2014).

⁹⁴ Arrowsmith, S. *Government Procurement in the WTO*. The Netherlands: Kluwer Law International 2003, p 169-170.

OECD on seoses läbipaistvuse põhimõttega riigihankeõiguses toonud välja, et liikmesriigid peavad tagama piisaval määral läbipaistvust terve hankeprotsessi vältel, et edendada pakkujate ausat ja erapooletut kohtlemist⁹⁵. Läbipaistvuse all peetakse silmas selget informatsiooni andmist, et hankeprotsess oleks arusaadav ja võimalikult õiglaselt läbi viidud⁹⁶.

Euroopa Liidu õiguses jõuti läbipaistvuse põhimõtte ni läbi eesmärgi kõrvaldada ühisturult seni riikide poolt praktiseeritud eelistavad, protektsionistlikud ja diskrimineerimist võimaldavad ostud⁹⁷. Läbipaistvus ja dokumentidele ligipääs on oluline eeldus reaalse ühisturu tekkimiseks⁹⁸. Info puudumine või piiratud ligipääs vajalikule teabele takistab efektiivset ühisturu tekkimist. Just kaupade vaba liikumine on aidanud hõlbustada nn rahvusvaheliste riigihangete standardite tekkimisel, milleks peetakse avatuse ja läbipaistvuse tagamist ning võrdse kohtlemise nõude järgimist⁹⁹.

Riigihangete direktiivides kajastub läbipaistvuse edendamise eesmärk esmakordselt direktiivis 77/62/EEC¹⁰⁰. Antud direktiivi näol on tegemist ühega nn esimese põlvkonna riigihangete direktiividest¹⁰¹. Direktiivi preambula lõige 2 näeb ette, et tuleb tagada teatud läbipaistvuse määr, et paremini jälgida võrdse kohtlemise nõude täitmist. Sellesse direktiivi on läbipaistvuse nõue kirjutatud sisse eelkõige eesmärgiga, et oleks võimalik kontrollida, kas liikmesriigid täidavad kaupade vaba liikumist võimaldavaid sätteid¹⁰² ehk konkurentsi edendamise nõudeid. Kõigi nende nõuete täitmine on eelduseks tõelise konkurentsi tekkimisele ühisturul. Bovis leiab, et selline liberaliseerimine peegeldab Euroopa Ühenduse poolt katset suurendada ühisturu tõhusust

⁹⁵ OECD. Recommendation of the Council on enhancing integrity in public procurement, 2001. www.oecd.org/governance/ethics/41549036.pdf (06.04.2014).

⁹⁶ *Ibid.*, (06.04.2014).

⁹⁷ Bovis, C. H. EU Public Procurement Law. UK: Edward Elgar Publishing Limited 2007, p 8.

⁹⁸ European Commission. Public sector information: a key resource for Europe. Green Paper on public sector information in the information society, 1998. ftp.cordis.europa.eu/pub/econtent/docs/gp_en.pdf (26.03.2014)

⁹⁹ Lember, V., Kattel, R., Kalvet, T. Public Procurement, Innovation and Policy: International Perspectives. Heidelberg: Springer 2014, p 299.

¹⁰⁰ Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts, OJ L 13/1, 15.01.1977.

¹⁰¹ Bovis, C. H. EU Public Procurement Law. UK: Edward Elgar Publishing Limited 2007, p 17-22; Märkus: esimese põlvkonna direktiivid tähendab, et tegemist oli esimeste direktiividega, mis reguleerisid riigihangete valdkonda.

¹⁰² Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts, OJ L 13/1, 15.01.1977, preambula lõige 2.

ning et avalik sektor arvestaks avalike teenuste osutamisel rohkem turul toimuvaga¹⁰³. Samuti hõlmavad riigihankes sellise protsessi eesmärgid endas rahaliste vahendite säästlikku kasutamist, läbipaistvuse ja konkurentsi edendamist¹⁰⁴.

Teise põlvkonna riigihanke direktiivid¹⁰⁵ 88/295/EEC ja 89/440/EEC näevad preambulas ette, et suurendades protseduuride ja liikmesriikides rakendatavate praktikate läbipaistvust, on võimalik paremini tagada kaupade vaba liikumist¹⁰⁶. Trepte järeldab, et läbipaistvuse suurendamine nende direktiivide valguses tähendas just korraldatavate hangete ja informatsiooni avalikustamise laiendamist, võimaldamaks paremat kontrolli hankijate tegevuse üle¹⁰⁷. Direktiivide eesmärk läbipaistvuse osas on selgelt suunatud riigihangetel osalejatele võrdsete võimaluste tagamisele ning sealhulgas ühisturu edendamisele.

Edasi liikudes ajalooliste kolmanda põlvkonna riigihanke direktiivide juurde, jääb direktiivides 93/36/EMÜ¹⁰⁸ ja 93/37/EMÜ¹⁰⁹ regulatsioon läbipaistvuse osas paljuski samaks, kajastades eelkõige informatsiooni andmist algatatud hangetest, võimaldamaks pakkujatel otsustada, kas nad tunnevad huvi hankel osalemiseks. Mõlema direktiivi preambula tekst informatsiooni andmise osas on järgmine (vastavalt preambula lõige 14 ja 10): riigihangete valdkonnas tõhusa konkurentsi tagamiseks on vaja, et liikmesriikide tellijate koostatud hanketeated lepingute sõlmimise kohta avaldatakse kogu ühenduses; nendes teadetes sisalduv teave peab võimaldama ühenduse tarnijatel/töövõtjatel¹¹⁰ otsustada, kas asjaomased lepingud pakuvad neile huvi või mitte; sel eesmärgil on vaja neile pakkuda asjakohast teavet tarnitavate toodete/kavandatavate

¹⁰³ Bovis, C. Public Procurement in the European Union. UK: Palgrave Macmillan 2005, p 31.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p 31.

¹⁰⁵ Trepte, P. Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation. New York: Oxford University Press 2004, p 349, 351-354.

¹⁰⁶ Council Directive of 22 March 1988 amending Directive 77/62/EEC relating to the coordination of procedures on the award of public supply contracts and repealing certain provisions of Directive 80/767/EEC (88/295/EEC), OJ L 127, 20.05.1988, preambula lõige 5; Council Directive of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts (89/665/EEC), OJ L 395, 30.12.1989, preambula lõige 6.

¹⁰⁷ Trepte, P. Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation. New York: Oxford University Press 2004, p 356.

¹⁰⁸ Nõukogu direktiiv 93/36/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord, ELT L 199, 09.08.1993.

¹⁰⁹ Nõukogu direktiiv 93/37/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord, ELT L 199, 09.08.1993.

¹¹⁰ Märkus: töövõtja mõiste pärineb direktiivi tekstist ning vastab täna Eesti õiguses kasutatavale töövõtja definitsioonile.

ehitustööde ja nende tarnimisega seotud/nendega seotud tingimuste kohta; eelkõige piiratud menetluste korral on kuulutamise eesmärgiks võimaldada liikmesriikide tarnijatel/töövõtjatel väljendada oma huvi lepingute vastu, taotledes tellijatel pakkumiskutseid vastavalt nõutud tingimustele. Nende direktiivide kõige suurem muutus seisneb selles, et kumbki direktiividest ei kasuta mõistena sõna „läbipaistvus“, vaid räägitakse ainult informatsiooni jagamise kohustusest. Samas sisuline regulatsioon on suunatud siiski läbipaistvuse tagamisele.

Neljanda põlvkonna riigihanke direktiivi 2004/18/EÜ preambulas reguleeritakse läbipaistvuse põhimõtte täitmisega seonduvat oluliselt rohkem. Nähakse ette uute elektrooniliste menetluste kasutuselevõtt ning et suurem osa infovahetusest hakkab toimuma elektrooniliselt, võimaldades seeläbi paremini läbipaistvuse nõude järgimise kontrollimist¹¹¹. Oluline on läbipaistvuse tagamine ka hankemenetluses pakkujale ning pakkumusele kehtestatud nõuete osas. Näiteks kriteeriumid, mille alusel kontrollitakse pakkujate sobivust, peavad olema läbipaistvad, pakkujate valikud peavad toimuma mittediskrimineerival viisil ning lepingute sõlmimisel tuleb valida objektiivsed kriteeriumid, mis tagavad läbipaistvuse, mittediskrimineerimise ja võrdse kohtlemise põhimõtete järgimise¹¹². Direktiiv 2004/18/EÜ on esimene, mis lisaks preambulas toodule kajastab läbipaistvuse põhimõtete ka eraldi artiklis. Selleks on artikkel 2, mis sätestab, et ostjad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistval viisil. Lisaks sisaldab direktiiv veel artikleid, mis reguleerivad konkretselt läbipaistvuse põhimõtte tagamist. Vastavad artiklid on toodud direktiivi teise jaotise kuuendas peatükis ning nendeks on artiklid 35 kuni 43. Artiklid 35-37 kehtestavad teadete avaldamise regulatsiooni, tuues välja, millised teated tuleb avalikustada, vabatahtlikult avaldatavate teadete regulatsiooni ning teadete avaldamise vormi ja viisi. Artiklid 38-39 kehtestavad regulatsiooni osalemistaotluste ja pakkumuste laekumise tähtaegade kohta. Artiklid 40-41 reguleerivad taotlejatele ja pakkujatele edastatava teabe sisu, edastamisviisi ning tähtaegu, muuhulgas ka teabe avalikustamata jätmise võimalusi. Artikkel 42 kehtestab teabevahetuse suhtes kohaldatavad eeskirjad (kasutatavate sidevahendite valik) ning artikkel 43 kehtestab aruannete esitamise kohustuse, sealhulgas teabemäära, mis tuleb aruandes näidata.

¹¹¹ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihanketähtsuste, asjade riigihanketähtsuste ja teenuste riigihanketähtsuste sõlmimise korra kooskõlastamise kohta, ELT L 134, 30.04.2004, preambula lõiked 12, 14 ja 35.

¹¹² *Ibid.*, preambula lõiked 39 ja 46.

Uus hetkel kehtiv direktiiv 2014/24/EL kehtestab läbipaistvuse osas preambula punktis 45, et protsessi läbipaistvuse ja jälgitavuse tagamiseks tuleks kõik etapid nõuetekohaselt dokumenteerida ning lisaks sellele tuleks kogu menetluse käigus esitada kõik pakkumused kirjalikult¹¹³. Tähtsaks on peetud ka elektrooniliste teabevahendite kasutamist, et oluliselt lihtsustada ning suurendada hankeprotsesside tõhusust ja läbipaistvust¹¹⁴, objektiivsete hindamiskriteeriumite kasutamist¹¹⁵, pakkujate piisavat teavitamist hankes kasutatavatest kriteeriumitest ja regulatsioonist¹¹⁶, hankemenetluste raames otsuste tegemise jälgitavust ja läbipaistvust, sealhulgas tõhusat korruptsiooni- ja pettustevastast võitlust¹¹⁷. Direktiivi artikkel 18 kehtestab riigihanke üldpõhimõtteks, et avaliku sektori hankijad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistvalt ja proportsionaalselt. Lisaks reguleeritakse veel läbipaistvuse tagamist direktiivi teise peatüki teises jaos. Nimetatud jagu reguleerib eelteadete, hanketeadete ja lepingu sõlmimise teadete avaldamist (artiklid 48-50), teadete avaldamise vormi ja viisi (artiklid 51-52), hankedokumentide elektroonilist kättesaadavust (artikkel 53), taotlejatele ettepanekute tegemist vastavates hankemenetlustes pakkumuste esitamiseks või hankemenetluses osalemiseks (artikkel 54) ning taotlejate ja pakkujate teavitamist hankelepingute sõlmimisest (artikkel 55). Uus direktiiv on sõna selgelt sidunud läbipaistvuse põhimõtte jälgitavuse ehk kontrollitavuse tagamisega. Samuti, võrreldes varasema käsitlusega, on uudne korruptsiooni- ja pettusevastase võitluse sissetoomine. Samas on Komisjon pidanud seda juba varasemalt oluliseks ning on 2011. aastal koostatud teatises korruptsiooniga võitlemise kohta toonud riigihangete osas välja, et riigihangete õigusraamistikus vastavaid sanktsioone käsitlevad sätted puuduvad ning et EL-i riigihangete alaste õigusaktide ajakohastamisel Komisjon arvestab vastava vajadusega¹¹⁸. Kaitsemeetmete hulka on Komisjon arvestanud näiteks lepingute avaldamist läbipaistvuse suurendamiseks ning hankelt kõrvaldamise aluste laiendamist¹¹⁹.

¹¹³ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta, ELT L 94/65, 28.03.2014.

¹¹⁴ *Ibid.*, preambula punkt 52, 80.

¹¹⁵ *Ibid.*, preambula punkt 90.

¹¹⁶ *Ibid.*, preambula punkt 90.

¹¹⁷ *Ibid.*, preambula punkt 126.

¹¹⁸ Euroopa Komisjon. Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele. Võitlus korruptsiooniga Euroopa Liidus, 2011. register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ET&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2011237%202011%20INT (06.05.2014).

¹¹⁹ *Ibid.*, (06.05.2014).

Ka Euroopa Liidu Kohtus on läbipaistvusele olulist tähelepanu pööratud. Nii on kohtute poolt välja toodud, et võrdse kohtlemise põhimõtte tähendab ka kohustust tagada läbipaistvus, et võimaldada kontrollida selle põhimõtte järgimist¹²⁰. Pakkujatel aga ei ole võimalik kontrollida, kas võrdse kohtlemise põhimõtet on järgitud, kui hankija tegevus ei ole läbipaistev¹²¹. Läbipaistvuse põhimõtte üldjuhul tagab efektiivse võrdse kohtlemise põhimõtte täitmise läbi tõelise konkurentsi tekitamise¹²². On isegi järeldatud, et läbipaistvuse põhimõtte on välja kasvanud võrdse kohtlemise põhimõttest¹²³. Selle all on mõeldud võrdse kohtlemise põhimõtet laiemas tähenduses ehk mitte üksnes võrdne kohtlemine sõltumata kodakondsusest, vaid üldine võrdne kohtlemine¹²⁴. Seega riigihanke läbipaistvus aitab välistada hankija poolt kellegi eelistamist¹²⁵. Eelnevat kinnitab ka Euroopa Kohtu tõlgendus läbipaistvuse põhimõtte osas. Euroopa Kohtu tõlgenduse kohaselt on lepingut sõlmivate ametiasutuste kohustuse sisuks läbipaistvuse tagamisel tagada piisavalt adekvaatne avalikustatuse tase kõigile potentsiaalsetele pakkujatele, mis võimaldab turul avatud konkurentsi ning hankemenetluse erapooletuse kontrolli¹²⁶. Üldkohtu lahendist nähtuvalt¹²⁷ ning riigihankeõiguse kontekstis võib öelda, et läbipaistvuse põhimõtte on üks olulisemaid, olles väga tihedalt seotud teiste riigihangete üldpõhimõtetega.

Direktiivide kujunemisest nähtub, et läbipaistvuse põhimõtte sissetoomise esmane funktsioon oli ühisturu tekitamine. Sooviti luua tingimused jätkusuutlike ja konkurentsivõimeliste hangete

¹²⁰ Üldkohus 13.12.2013, T-165/12, *European Dynamics Luxembourg SA ja Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE vs. Euroopa Komisjon*, p 47; EKo 18.06.2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) vs. Stadt Wien*, p 45.

¹²¹ Prechal, S., de Leeuw, M. E. Transparency: A General Principle of EU Law? – Bernitz, U., Nergelius, J., Cardner, C. (eds). *General Principles of EC Law in A Process of Development*. The Netherlands: Kluwer Law International 2008, p 231.

¹²² Bovis, C. H. Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level – E.P.P.P.L. 4/2012, p 225.

¹²³ Arrowsmith, S., Kunzlik, P. EC regulation of public procurement - Arrowsmith, S., Kunzlik, P. (eds). *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. New York: Cambridge University Press 2009, p 85.

¹²⁴ *Ibid.*, p 85.

¹²⁵ Prechal, S., de Leeuw, M. E. Transparency: A General Principle of EU Law? – Bernitz, U., Nergelius, J., Cardner, C. (eds). *General Principles of EC Law in A Process of Development*. The Netherlands: Kluwer Law International 2008, p 231.

¹²⁶ EKo 07.12.2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH vs. Telekom Austria AG, Herold Business Data AG*, p 62; EKo 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH vs. Gemeinde Brixen ja Stadtwerke Brixen AG*, p 49; EKo, 13.04.2010, C-91/08, *Wall AG vs. La ville de Francfort-sur-le-Main ja Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, p 36.

¹²⁷ Üldkohus 13.12.2013, T-165/12, *European Dynamics Luxembourg SA ja Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE vs. Euroopa Komisjon*.

läbiviimiseks. Liikmesriikidest hankijad pidid hakkama võimaldama teistest liikmesriikidest pakkujatel osalema nende poolt väljakuulutatud hangetel. Sellisel kujul läbipaistvuse tagamine võimaldas kontrollida hankijaid. Eelkõige, kas hankijad peavad kinni võrdse kohtlemise põhimõtte täitmisest ühisturu kontekstis. Läbipaistvus, ettevõtjate võrdne ja mittediskrimineeriv kohtlemine võimaldab riigihanke turul tekkida tegelikul konkurentsil¹²⁸. Ühisturu edendamise seisukohast ei olnud aktsepteeritav, et liikmesriigid eelistavad nn kodumaiseid pakkujaid, vaid võimalus hangetel osaleda tuli anda kõikidele liikmesriigi pakkujatele. Eesmärk oli, et nii kodumaiseid kui teistest liikmesriikides pärit pakkujaid koheldaks võrdselt ning seda oli võimalik saavutada läbi teabe avalikustamise. Seetõttu tähendas esmaste direktiivide valguses läbipaistvuse põhimõtte üksnes dokumentidele ligipääsu ning laiemat tagamaad läbipaistvuse põhimõttel ei olnud.

Hilisemate direktiivide kohaselt läbipaistvuse põhimõtte mitte üksnes ei teeni ühisturu edendamise eesmärki, vaid põhimõtte on toodud hangete menetlusprotsessi juurde. Pööratud on oluliselt rohkem tähelepanu, et hankijad tagaks objektiivsed ja läbipaistvad hanketingimused ning et ei toimuks põhjendamatu diskrimineerimist hankes osaleda soovivate isikute suhtes. Läbipaistvuse edendamise eesmärgil on järjest enam pööratud tähelepanu erinevatele elektroonilistele võimalustele. Vastavat eesmärki kannavad endas nii juba varasemast teada eelteated, hanketeated ning lepingute sõlmimise teated kui uuena ka elektrooniliste pakkumuste esitamine.

Läbipaistvuse põhimõtte on üks olulisemaid põhimõtteid riigihangete direktiivides¹²⁹. Kehtestab ka direktiiv 2014/24/EL artikkel 18 üldpõhimõttena, et avaliku sektori hankijad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistvalt ja proportsionaalselt. Samas ei ole piisav üksnes hankijate läbipaistval viisil tegutsemine, vaid pakkujad peavad ka tajuma, et protsess on läbipaistev ning et hankija tegelikult kohtleb neid võrdselt¹³⁰. Selleks on vajalik ühtne arusaam läbipaistvuse põhimõttest.

¹²⁸ Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõtte. *Juridica* 2007, nr VIII, lk 572.

¹²⁹ Bovis, C. H. *EU Public Procurement Law*. UK: Edward Elgar Publishing Limited 2007, p 65.

¹³⁰ Trepte, P. *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*. New York: Oxford University Press 2004, p 393.

Eestis kehtiva riigihangete seaduse (edaspidi *RHS*) kohaselt on riigihanke üldpõhimõteteks rahaliste vahendite säästlik ja otstarbekas kasutamine, läbipaistvuse ja kontrollitavuse tagamine, isikute võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine, konkurentsi ärakasutamine ning konkurentsi kahjustava huvide konflikti vältimine¹³¹. Neist kehtivad esmase õiguse kohaldamisalas läbipaistvuse nõue, võrdse kohtlemise põhimõte ja konkurentsipõhimõte¹³².

Riigikohus on öelnud, et läbipaistvuse põhimõtte järgimine peab võimaldama erinevatel isikutel võrdsetel alustel osaleda riigi korraldatavates menetlustes¹³³ sh ka riigihangete menetlustes. Kohus on rõhutanud, et *RHS* § 3 punkt 2 paneb hankijale kohustuse tagada riigihanke läbipaistvus ja kontrollitavus¹³⁴. Kuid kohus ei selgita täpsemalt, mida mõiste „läbipaistvus“ tähendab, vaid sisustab seda igakordselt uuesti vastavalt kaasuse asjaoludele. Seevastu *RHS*-is on läbipaistvuse põhimõtte kajastatud eelkõige läbi erinevate üksiksätete, mis on seotud teabe väljastamise ja aruandlusega¹³⁵. Näiteks hankedokumentidele ligipääsu võimaldamine, hanketeate avaldamine, selgituste andmine, riigihanke aruande ja aruande lisa esitamine.

Läbipaistvuse edendamisel mängib olulist rolli kindlasti ka rahaliste vahendite säästlik ja otstarbekas kasutamine. Eelduslikult kehtib reegel, et mida rohkem pakkujaid hankel osaleb, seda parema hinna ja kvaliteedi suhtega teenuse/toote/ehituse hankija saab. Komisjon leiab 1996. aasta Rohelises Raamatus, et on astunud suuri samme muutmaks hankijate tavasid, kus hankijad eelistasid kodumaiseid pakkujaid ning tavade muutmise läbi on saavutatud olukord, kus tänu turu avatusele saavad hankijad parima hinna ja kvaliteedi suhtega tooteid ja teenuseid¹³⁶. Hanketeates toodud info pidi andma potentsiaalsetele pakkujatele teada, kas neil võiks olla huvi hankel osaleda.

Läbipaistvuse põhimõtte selgitamiseks tuleb arvestada ka seda, et riigihankeõiguse põhimõtted on üksteisega tihedalt seotud. Seetõttu on neid tihtipeale kõrvutatud üksteisega ning analüüsitud koosmõjus, et paremini selgitada nende toimimist. Euroopa Liidu tasandil on riigihangete õiguse

¹³¹ *RHS*. RT I 2007, 15, 76; RT I, 23.12.2013, 74, § 3.

¹³² Kohtujurist C. Stix-Hackl 12.04.2005 ettepanek kohtuasjas C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname) vs. Comune di Cingia de' Botti*, p 85.

¹³³ RKHKo 3-3-1-29-12, p 14.

¹³⁴ RKHKo 3-3-1-31-11, p 15.

¹³⁵ Parre, J., Kaljurand, A. Riigihange. Põhimõtted, hankija ja hankeleping. Tallinn: Äripäev 2008, lk 33.

¹³⁶ European Commission. Green Paper. Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward, 1996. europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_en.pdf (01.04.2014).

kontekstis välja toodud, et läbipaistvuse põhimõte on tihedalt seotud võrdse kohtlemise põhimõttega. Prechal ja de Leeuw leiavad, et seos läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtte vahel seisneb võrdsete võimaluste loomises, et tagada mõjus võimalus hankemenetluse kontrollimiseks ning et hankijad ei ületaks seadustes sätestatud võimu piire¹³⁷. Nende esitatu kohaselt on läbipaistvuse kontrollitavuse kaudu võimalik kontrollida teiste põhimõtete järgimist. RHS järgi võiks tõlgendada, et nii läbipaistvus kui ka kontrollitavus on eraldiseisvad põhimõtted, kuna § 3 punkti 2 kohaselt peab hankija tagama riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse. Ehk kumbki ei ole kummagi eelduseks. Kui aga arvestada eelnevalt toodud regulatsioone ning tõlgendusi läbipaistvuse osas, on kontrollitavus siiski läbipaistvuse põhimõtte osa, kuna läbi kontrollitavuse on võimalik tuvastada, kas läbipaistvuse põhimõtet ja ka teisi riigihanke põhimõtteid on järgitud. Nimetatud loogikat toetab ka T. Ojasalu magistritöös nimetatud läbipaistvuse põhimõtte elemendid, milledest üks on kontrollitavus¹³⁸.

Läbipaistvuse põhimõtet on seotud ka eesmärgiga vähendada korrupsiooni. Näiteks on Arrowsmith leidnud, et GPA lepingu puhul on läbipaistvuse põhimõtte tagamise all lisaks turgude avamisele mõeldud ka seda, et läbipaistvuse nõue aitab vähendada lepingu osalisriikides korrupsiooni¹³⁹. Suurema läbipaistvuse korral peavad dokumentides olema nõuded selgelt ja arusaadavalt sõnastatud, tehtud otsused põhjendatud ning lähtuma dokumentides esitatud nõuetest. Läbipaistvus tagab hankija tegevuse kontrollitavuse ning seeläbi väheneb korrupsioon. Komisjon on Rohelises Raamatus toonud välja, et õiglasel, läbipaistval ja mittediskrimineerival hankemenetlused aitavad vähendada pettuseid ja korrupsiooni avalikus halduses¹⁴⁰. Hankija poolt riigihanke aluspõhimõtete järgimise korral on võimalik nii pakkujatel kui ka avalikkusel kontrollida hankija tehtud toiminguid ning nende toimingute vastavust õigusaktidele ning hankija poolt koostatud hankedokumentidele.

¹³⁷ Prechal, S., de Leeuw, M. E. Transparency: A General Principle of EU Law? – Bernitz, U., Nergelius, J., Cardner, C. (eds). General Principles of EC Law in A Process of Development. The Netherlands: Kluwer Law International 2008, p 240.

¹³⁸ Ojasalu, M. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses, magistritöö, Tartu Ülikooli Õigusteaduskond 2006, lk 70-79.

¹³⁹ Arrowsmith, S. The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions. – Arrowsmith, S., Anderson, R. D. (eds). The WTO regime on government procurement: challenge and reform. New York: Cambridge University Press 2011, p 289.

¹⁴⁰ European Commission. Green Paper. Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward, 1996. europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_en.pdf (01.04.2014).

Üheks oluliseks aspektiks hankemenetluste läbipaistvuse tagamisel ning tervikuna riigihanke üldpõhimõtete täitmisel on ka pakkumuste võrreldavus ja kogu riigihanke protsessi läbipaistvus. Seda nii riigihankemenetluse ajal kui ka pärast, lepingu sõlmimise ajal¹⁴¹. Asjaolu, et läbipaistvust ühe riigihanke üldpõhimõttena tuleb tagada igas riigihanke etapis, ka hankelepingu sõlmimise järel, on toetanud ka Euroopa Kohus¹⁴². Järeldusele, et läbipaistvus on riigihanke menetluse läbiv põhimõte igas riigihanke etapis, on jõudnud ka T. Ojasalu oma magistritöös¹⁴³.

Siit tuleb järeldada, et ulatuslikum läbipaistvus tagab süsteemi parema eneseregulatsiooni. Pakkujatel on võimalik üksteist kontrollida, mis omakorda tagab, et edukaks tunnistatakse pakkumus, mis kõigi tingimuste osas vastas riigihankes sätestatule ning hindamiskriteeriumitele. Üksteise kontroll tagab ka riigihanke turu korrastumise ning eelduslikult ka selle, et ei esitata põhjendamatult madala hinnaga pakkumusi.

Avatusel ja läbipaistvusel on kindlasti oluline mõju ka konkurentsi suurendamisele läbi pakkumuste arvu suurenemise. Suurendades läbipaistvust, suureneb tõenäoliselt ka riigihankes osalejate arv¹⁴⁴. Pakkujad tunnevad, et neid koheldakse võrdselt, nõudeid ja reegleid rakendatakse kõikide osalejate suhtes ühtemoodi, kedagi ei eelistata. Pakkujad tahavad tulla riigihankel osalema, sest neil ei teki kahtlust, et näiteks hilisemal lepingu täitmisel toimuks lepingu täitmine teistmoodi, kui hankija riigihankes soovis ning pakkuja oma pakkumuses esitas.

Läbipaistvuse põhimõte kannab endas kahte riigihankeõiguse seisukohalt olulist funktsiooni. Üheks funktsiooniks on kontrolli funktsioon ja teiseks on konkurentsi edendamise funktsioon. Läbipaistvuse kontrolli funktsiooni täitmine toimub läbi erinevate õigusaktide ja nõuete kehtestamisega, muuhulgas võimaldab läbipaistvuse kontrolli funktsioon tagada võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtte järgimist. Samas kui konkurentsi edendamise

¹⁴¹ Prechal, S., de Leeuw, M. E. Transparency: A General Principle of EU Law? – Bernitz, U., Nergelius, J., Cardner, C. (eds). General Principles of EC Law in A Process of Development. The Netherlands: Kluwer Law International 2008, p 231.

¹⁴² EKO 12.12.2002, C-470/99, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH vs. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, p 93.

¹⁴³ Ojasalu, M. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses, magistritöö, Tartu Ülikooli Õigusteaduskond 2006, lk 75.

¹⁴⁴ Evenett, S. J., Hoekman, B. M. Government Procurement: Market Access, Transparency, and Multilateral Trade Rules, 2004. www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2004/04/19/000009486_20040419110851/Rendered/PDF/wps3195govtprocurement.pdf (03.03.2014).

funktsiooni täidetakse eelkõige läbi erinevate dokumentide ja info avaldamise. „Läbipaistvus peab tagama moonutamata konkurentsi ja kaasa aitama siseriiklike turgude avamisele,“ leiab kohtujurist Stix-Hackl¹⁴⁵.

Professor Arrowsmith on välja pakkunud, et direktiivide kontekstis on läbipaistvuse põhimõttel neli tahku: lepingu sõlmimise kavatsusest teavitamine (näiteks eelteated ja hanketeated); iga hankemenetluse reeglite avalikustamine (näiteks kvalifitseerimise tingimused ja hindamiskriteeriumid); reeglitel põhinev otsuste tegemine (ehk hankija poolt teatavaks tehtud tingimustel põhinev otsuste tegemine); tingimused, mille abil on võimalik teostada kontrolli ja seda ka ellu viia¹⁴⁶. Kindlasti annavad need neli tahku edasi läbipaistvuse põhimõtte olemuse, eriti kui arvestada, et ka Euroopa Kohus ei ole määratlenud läbipaistvust ega andnud täpseid juhised, mida hankijad peavad tegema, et vastata läbipaistvuse nõudele¹⁴⁷ ning tõlgendab seda igakordselt kaasuse põhiselt. Euroopa Kohtu praktika läbipaistvuse tõlgendamisel näitab selle põhimõtte dünaamilisust ja vaieldavust¹⁴⁸. Viimast just mõiste selge määratluse puudumise tõttu.

Läbipaistvuse põhimõtte on hõlmatud asutamislepingu, GPA lepingu, riigihanke direktiividega kui ka RHS-ga. Lisaks kujundavad läbipaistvuse põhimõtte olemust Euroopa Liidu Kohtu otsused, erinevate institutsioonide antud selgitused mõiste tõlgendamise osas ning siseriikliku õiguse tasandil ka siseriiklike kohtute otsused. Samuti on erinevad õigusteadlased andnud oma panuse läbipaistvuse põhimõtte selgitamiseks ning läbi hinnangute andmise vastava õiguspraktika kujundamiseks.

Kuigi ühene tõlgendus läbipaistvuse põhimõttest puudub, on tegemist siiski ühe olulisima riigihankeõiguse üldpõhimõttega. Läbipaistvuse põhimõtte järgimine tagab teiste riigihankeõiguse põhimõtete, nagu võrdse kohtlemise põhimõtte ning mittediskrimineerimise põhimõtte, järgimise. Kuna läbipaistvuse põhimõtte kannab endas ka teabele ligipääsu võimaldamist, siis tagab läbipaistvuse põhimõtte järgimine hankijate poolt, et avalikkus teab

¹⁴⁵ Kohtujurist C. Stix-Hackl 12.04.2005 ettepanek kohtuasjas C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname) vs. Comune di Cingia de' Botti*, p 92.

¹⁴⁶ Arrowsmith, S., Kunzlik, P. EC regulation of public procurement - Arrowsmith, S., Kunzlik, P. (eds). *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. New York: Cambridge University Press 2009, p 101.

¹⁴⁷ Brown, A. EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives – P.P.L.R. 2010/5, p 170.

¹⁴⁸ de Mars, S. The limits of general principles: a procurement case study - E.L.R. 2013/38(3), p 323.

väljakuulutatud riigihangetest, hankes seatud pakkujate kvalifikatsiooni tingimustest, pakkumusele seatud nõuetest, rakendatavatest hindamiskriteeriumitest ning lepingutingimustest. Vastav info tagab riigihangetel osalemiseks konkurentsi ning avalikkuse ja pakkujate poolt erapooletu kontrolli võimaluse. Läbipaistvuse põhimõtet rikutakse, kui näiteks hankija ei avalda kogu talle teada olevat informatsiooni või avaldab selle üksnes osadele pakkujatele, rikkudes seeläbi ka võrdse kohtlemise põhimõtet. Rikkumisega on tegemist ka juhul, kui hankija ei teavita lepingu sõlmimise soovist, kui hankija ei avalikusta kõiki menetluses kasutatavaid reegleid jne. Informatsiooni avalikustamata jätmine piirab hilisemat kontrollimise võimalust, mis samuti on osa läbipaistvuse põhimõttest.

Eelnevalt tulenevalt on riigihankeõiguse üheks oluliseks eesmärgiks läbipaistvuse tagamine, seda läbi erinevate tahkude ja teiste põhimõtete toetamise. Seega töö alguses tõstatatud eeldus, et riigihankeõiguses prevaleerib läbipaistvuse põhimõte, on leidnud kinnitamist. Esmasena kehtib läbipaistvuse põhimõte ning sellest tehtud mööndused on erandid. Nagu avalikus halduses, domineerib läbipaistvuse põhimõte ka riigihankeõiguses.

1.2.2. Läbipaistvuse põhimõtte piiramise alused riigihankeõiguses

Riigihankeõiguses käib läbipaistvuse põhimõtte piiramine üldjuhul just dokumentide avaldamata jätmise kaudu. Kuigi tuleb hoolikalt kaaluda, mis ulatuses riigihankeõiguses saab pakkumuste ja lepingute konfidentsiaalsust õigustada, on just ärisaladuse konfidentsiaalsuse kaitse üks asjaoludest, mille tõttu läbipaistvuse põhimõtet riigihankeõiguses piiratakse.

Kohtujurist Sharpston'i arvates on ilmne, et ärisaladuste konfidentsiaalsena kohtlemise õiguse ning riigihangete valdkonna läbipaistvuse vajaduse vahel võib tekkida vastuolu¹⁴⁹. Seega tuleb alati kaaluda, kas piirata tuleb läbipaistvuse põhimõtet või ärisaladuste konfidentsiaalsena kohtlemise põhimõtet. Arvestades, et mõlemad õigused tulenevad õigusaktidest, tuleb otsuse langetamisel lähtuda piirangu eesmärgist. Ükski piirang ei tohi minna kaugemale kui selle eesmärgi saavutamiseks vajalik ning kahe vastandliku huvi vahel tuleb saavutada õiglane tasakaal¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Kohtujurist E. Sharpston 25.10.2007 ettepanek kohtuasjas C-450/06, *Varec SA vs. Belgia riik*, p 47.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p 48.

Kohtujurist Stix-Hackl tõi oma ettepanekus välja, et läbipaistvus hõlmab direktiivide kohaselt enamat kui ainult hankemenetluse avalikustamisega seotud aspekti¹⁵¹. Seetõttu tuleb ka äärmiselt põhjalikult kaaluda, kas ning mis ulatuses on pakkumustes ja hankelepingutes toodud info konfidentsiaalne. Läbipaistvuse põhimõtte järgimine tagab pakkujate vahelise terve konkurentsi ning riigihankes sätestatud nõuete järgimise. Kohtujurist leiab täiendavalt, et läbipaistvuse põhimõtte on üks hankemenetluse juhtpõhimõtetest, hõlmates endas tellijate otsuste arusaadavust ja erapooletut hoiakut hankemenetluse ajal¹⁵².

Hoolimata eelnevast ning asjaolust, et riigihankeõiguses on läbipaistvuse põhimõtte üks juhtivatest põhimõtetest, on teatud juhtudel võimalik ning isegi vajalik läbipaistvuse põhimõtet piirata. Euroopa Kohus on välja toonud, et riigihangete regulatsiooni põhieesmärk hõlmab avatust ausale konkurentsile kõikides liikmesriikides, kuid selle eesmärgi saavutamiseks on oluline, et hankijad ei avaldaks hankemenetluses saadud teavet, mille sisu võidakse kasutada konkurentsi kahjustamiseks¹⁵³.

Konkurentsi kahjustamise seisukohast on Graells täiendavalt nentunud, et teatud juhtudel tuleks riigihanke menetluse juures kasuks hoopis läbipaistvuse vähendamine¹⁵⁴. Graells on seda lähtepunkti vaadelnud just majanduslikust aspektist, kus riigihanke menetluse läbipaistvus ja avatus ning info jagamine annab konkurentidest pakkujatele kätte info, mis hiljem võimaldab neil teha hankija vastu kokkumängu¹⁵⁵. Antud töös läbipaistvuse põhimõtet majanduslikust aspektist ei vaadelda, kuna majanduslik aspekt jääb käesoleva töö fookusest kõrvale. Samas on teema piisavalt oluline ning seda tuleks uurida eraldiseisva tööga.

Vastupidiselt Graells'ile leiab Bovis, et riigihangete läbipaistvus hoopis tõstab turul osalejate teadlikkust ning toob hindade osas kaasa konkurentsivõimelisuse vastavates tööstusharudes¹⁵⁶. Ehk mida rohkem pakkujaid on teadlikud hanke toimumisest, seda suurem surve on pakutavatele

¹⁵¹ Kohtujurist C. Stix-Hackl 12.04.2005 ettepanek kohtuasjas C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname) vs. Comune di Cingia de' Botti*, p 88.

¹⁵² *Ibid.*, p 90.

¹⁵³ EKo 14.02.2008, C-450/06, *Varec SA vs. Belgia riik*, p 34-35.

¹⁵⁴ Graells, A. S. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Oxford: Hart Publishing 2011, p 70-71, 358-359.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p 70-71, 358-359.

¹⁵⁶ Bovis, C. H. *EU Public Procurement Law*. UK: Edward Elgar Publishing Limited 2007, p 14.

hindadele ja lahendustele. Graells'i ja Bovise vastandlike arvamuste juures tuleb arvestada ka sellega, et läbipaistvuse põhimõte on ainult üks mitmest riigihanke üldpõhimõttest. Siinkohal tulebki teadvustada teiste riigihangete üldpõhimõtete olemasolu (rahaliste vahendite säästlik ja otstarbekas kasutamine, võrdne ja mittediskrimineeriv kohtlemine, konkurentsi efektiivne ärakasutamine) ning et need põhimõtted on tihedalt üksteisega läbipõimunud ja oma olemuselt toetavad üksteise järgimist. Tinglikult võib öelda, et läbipaistvuse põhimõte seostub kõikide teiste põhimõtetega ning aitab teistel põhimõtetel efektiivsemalt toimida. Seetõttu aitab läbipaistvuse põhimõte edendada konkurentsi, tagades konkurentsi efektiivse ärakasutamise.

Arvestades, et riigihange on osa avaliku halduse tegevusest ning Eesti õigussüsteemis teabevaldajana määratud isikute ring¹⁵⁷ kattub paljuski hankijatena määratud isikute ringiga¹⁵⁸, kohaldub dokumentide avalikustamisel, aga ka avalikustamise piiramisel, AvTS. Riigihankeõiguse ja AvTS-iga seoses saab avalikustamise piiramine eelkõige kõne alla tulla ärisaladuse kaitsmise vajadusega. Ärisaladuse osas kohustab AvTS teabevaldajat tunnistama asutusesiseseks kasutamiseks mõeldud teabeks teabe, mille avalikustamine võib kahjustada ärisaladust¹⁵⁹. Läbipaistvust saab dokumendi väljastamisest keeldumisega seega piirata, kui dokument sisaldab ärisaladust ning selle avaldamine kahjustaks ärisaladust.

Riigihankeõiguses kehtivat läbipaistvuse põhimõtet võimaldab piirata ka RHS ise. Nimelt on RHS-i kohaselt pakkumus konfidentsiaalne ning pakkumuses sisalduvat teavet võib avalikustada üksnes RHS-is sätestatud juhtudel ja ulatuses¹⁶⁰. RHS regulatsiooni kohaselt võib seega pakkumusest avalikustada selle maksumuse ning hindamise kriteeriumitele vastavate pakkumust iseloomustavate numbriliste näitajate väärtused¹⁶¹. Siinkohal pakkumuse konfidentsiaalseid aspekte pikemalt ei käsitleta, kuna töö järgnevatel osades leidub teema põhjalikum kajastus.

Kokkuvõtvalt võib teatud juhtudel läbipaistvuse põhimõtet piirata, kui selleks on seaduslik alus ning piirang on eesmärgi saavutamiseks vajalik. Kohtujuristi Sharpstoni arvates võib piirang olla

¹⁵⁷ AvTS. RT I 2000, 92, 597; RT I, 19.12.2012, 5, § 5.

¹⁵⁸ RHS. RT I 2007, 15, 76; RT I, 23.12.2013, 74, § 10.

¹⁵⁹ AvTS. RT I 2000, 92, 597; RT I, 19.12.2012, 5, § 35 lg 1 p 17.

¹⁶⁰ RHS. RT I 2007, 15, 76; RT I, 23.12.2013, 74, § 43 lg 4.

¹⁶¹ *Ibid.*, § 46 lg 2.

õigustatud, kui see ei kujuta endast ülisuurt ja talumatut sekkumist, mis kahjustaks tagatud õiguse olemust¹⁶². Töö autor nõustub kohtujuristi arvamusega.

¹⁶² Kohtujurist E. Sharpston 25.10.2007 ettepanek kohtuasjas C-450/06, *Varec SA vs. Belgia riik*, p 49.

2. PAKKUMUSTE JA HANKELEPINGUTE KONFIDENTSIAALSUS

2.1. Pakkumuse konfidentsiaalsuse kontseptsioon

2.1.1. Pakkumuse konfidentsiaalsus Euroopa Liidu õiguses

Ühenduse riigihangete valdkonda käsitlevate regulatsioonide põhieesmärk on tagada avatud ja aus konkurents kõikides liikmesriikides, pannes hankijatele kohustuse kohaldada asjakohaseid ühenduse sätteid¹⁶³. Siseriiklikke sätteid tuleb seejuures tõlgendada arvestades direktiivide põhimõtteid ja Euroopa Kohtu praktikat¹⁶⁴. Samuti tuleb selle kõrval arvestada, et õiguste rikkumiste korral peab olema tagatud õiguskaitsevahendite kasutamine.

Hoolimata sellest, et riigihankeõiguses on olulisel kohal läbipaistvuse põhimõte ning et hankijad peavad hankeid läbi viima läbipaistvalt ja koheldes pakkujaid võrdselt, esineb riigihangete menetlemise ajal rikkumisi. Need tulenevad nii hankijate teadmatusest, kui ka pahatahtlikkusest. Riigihankes toimunud rikkumiste tuvastamisega saavad üldjuhul kõige paremini hakkama konkureerivad pakkujad. Seda seetõttu, et teised pakkujad on antud turuvaldkonnaga väga hästi kursis ja on huvitatud enda pakkumuse edukusest ning nii saavad konkureerivad pakkujad kõige kiiremini juhtida hankija tähelepanu potentsiaalsele rikkumisele¹⁶⁵. Asjaolu teine pool on, et pakkujad, olles küll kursis turuga, kus nad tegutsevad, ei tea, mida konkreetset teine pakkuja on pakkunud. Seda just olukorras, kus pakkumused on konfidentsiaalsed. Kui teiste turuosaliste poolt rakendatavat tõhusat turujärelevat ei ole võimalik teostada, võib jõuda olukorrani, kus hankija sõlmib hanketingimustele mittevastava lepingu ning leping täidetakse. See, et leping sõlmiti nõuetele mittekohaselt, ei pruugi üldse selguda või võib selguda alles peale lepingu täitmist järelevamenetluse või auditi käigus, kus lepingu tagasitäitmine ei ole enam võimalik. Seega ei ole võimalik tagada ka efektiivselt avalike vahendite läbipaistvat kasutust.

Töös kajastatavate järgnevate analüüside mõistmiseks on tarvilik teada, mida täpsemalt tähendab riigihankeõiguses pakkumus. Mõistmaks pakkumuse olemust, on vajalik välja tuua selle määratlus. Asjaolu, et pakkumuse mõiste regulatsiooni ei ole kehtivas RHS-is selgelt välja

¹⁶³ EKo 11.01.2005, C-26/03, *Stadt Halle vs. RPL Lochau*, p 44.

¹⁶⁴ RKo 3-2-1-4-06, p 31.

¹⁶⁵ European Commission. Green Paper. Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward, 1996. europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_en.pdf (01.04.2014).

toodud, nähtub ka Riigikohtu lahendist 3-3-1-24-13, kus kohus korduvalt nimetas pakkumuseks mitte üksnes sisulist pakkumust, vaid ka pakkumusega koos esitatud kvalifikatsiooni tõendavaid dokumente¹⁶⁶. Riigihanke direktiiv 2004/18/EÜ ning ka direktiiv 2014/24/EL mõistele „pakkumus“ konkreetset definitsiooni ei anna, kuid sätete kogumis saab välja tuua, et pakkumusena tuleks käsitleda seda osa informatsioonist, mille pakkuja esitab tõendamaks pakutava teenuse/toote/ehitustöö vastavust hankija püstitatud tehnilisele kirjeldusele. RHS § 43 lõige 1 määratleb, et pakkumus on pakkuja tahteavaldus hankelepingu sõlmimiseks, mis on pakkujale siduv alates pakkumuste esitamise tähtpäevast vähemalt kuni hankedokumentides määratud pakkumuse jõusoleku minimaalse tähtaja lõppemiseni. Sama paragrahvi lõige 2 täiendab seda, reguleerides, et pakkumus peab vastama hanketeates, hankedokumentides ja juhul, kui hankija teeb samas seaduses sätestatud korras eraldi pakkumuse esitamise ettepaneku, selles ettepanekus sätestatud tingimustele. Pakkumusena tuleb käsitleda ainult seda osa pakkuja esitatud informatsioonist, mis puudutab tehnilisele kirjeldusele vastava pakkumuse esitamist, kuna seadus sätestab, et koos pakkumusega¹⁶⁷ või osalemise taotlusega¹⁶⁸ tuleb esitada ka pakkuja/taotleja kvalifikatsiooni tõendavad dokumendid. Ehk kvalifikatsiooni dokumendid ei ole osa pakkumusest, vaid need tuleb esitada koos pakkumusega. Eelnevast tulenevalt käsitletakse antud töö raames pakkumusena üksnes pakkuja poolt esitatud sisulist, tehnilisele kirjeldusele vastavat, dokumentatsiooni. Pakkumus ei hõlma endas pakkuja kvalifikatsiooni tõendamiseks esitatud dokumente.

Liikudes edasi spetsiifiliselt konfidentsiaalse teabe kaitse regulatsiooni juurde, siis tuleb nentida, et, esimestes asjade ostmise direktiivides (66/683/EEC ja 70/32/EEC), mis üleüldiselt reguleerisid turumajanduse edendamist, ühisturu vabaduse tagamist, kaupade vaba liikumist (seetõttu on neid nimetatud ka liberaliseerimise direktiivideks¹⁶⁹), konfidentsiaalse teabe kaitse regulatsiooni ei tuntud. Vastav regulatsioon puudus ka esimeses ehitustööde riigihankelepingute sõlmimise korda reguleerivas direktiivis 71/305/EEC. Küll aga oli vastav regulatsioon juba sisse kirjutatud kuus aastat hiljem vastu võetud asjade riigihankelepingute sõlmimise korda reguleerivasse direktiivi 77/62/EEC. Nimetatud direktiivi artikkel 17 lõige 2 sätestas, et hankijad kohtlevad hoolikalt pakkujate poolt neile esitatud konfidentsiaalset informatsiooni. Viimati

¹⁶⁶ Märkus: Hankija ja pakkuja vaheline vaidlus puudutas üksnes kvalifikatsiooni tõendamiseks esitatud dokumente.

¹⁶⁷ RHS. RT I 2007, 15, 76; RT I, 23.12.2013, 74, § 58 lg 1.

¹⁶⁸ *Ibid.*, § 59 lg 1, § 62 lg 1 ning § 65 lg 1.

¹⁶⁹ Trepte, P. *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*. New York: Oxford University Press 2004, p 349-351.

nimetatud direktiivid (71/305/EEC ja 77/62/EEC) olid nn koordineerivate direktiivide esimese põlvkonna direktiivid. Koordineerivateks on neid nimetatud oma olemuse tõttu, kuna nende peamine eesmärk oli liikmesriikides kehtivate riigihangete regulatsioonide ühtlustamine¹⁷⁰ ning järelevalve ja kontrolli tagamine, et ei toimuks diskrimineerimist ning samuti oli eesmärgiks erinevate ligipääsu takistavate asjaolude kõrvaldamine¹⁷¹.

Koordineerivate riigihanke direktiivide järgmise põlvkonna direktiivideks, mis võeti vastu üle kümne aasta hiljem, olid 88/295/EEC, mis reguleeris asjade ostmist ning 89/440/EEC, mis reguleeris ehitustööde tellimist. Asjade ostmist reguleerivas direktiivis jäi konfidentsiaalsuse nõue eeltoodud kujul kehtima. Samal ajal ehitustööde tellimist reguleerivas direktiivis vastavat nõuet jätkuvalt ei olnud. Viimasest võib järeldada, et ehitusvaldkonnas ei nähtud tollel hetkel vajadust konfidentsiaalsuse põhimõtte reguleerimiseks ühenduse tasandil ning selleks puudus ka turu nõudlus.

Kolmanda põlvkonna direktiivide hulka kuulub riiklike teenuslepingute sõlmimise korda reguleeriv direktiiv 92/50/EMÜ. Teenuslepingute direktiiv ei näinud ette eraldi regulatsiooni pakkumuste konfidentsiaalsuse kohta. Küll aga nägi direktiivi artikkel 4 lõige 2 ette, et direktiivi ei kohaldata teenuste suhtes, mis on salajased või mille osutamisel tuleb rakendada erilisi julgeolekumeetmeid vastavalt asjaomasel liikmesriigis kehtivatele õigusnormidele või juhul, kui see on vajalik riigi põhiliste julgeolekuhuvide kaitseks. Sarnane regulatsioon on ka direktiivis 93/37/EMÜ – eraldi regulatsioon pakkumuste konfidentsiaalsuse kohta puudub, kuid on tehtud erand, et teatud ehitustöödele direktiiv ei laiene. Nagu nimetatud, on asjaolu seotud riiklike julgeolekumeetmete rakendamisega. Vajadus tugines ilmselt ka sellele, et eraldi pakkumuse konfidentsiaalsuse klausleid julgeolekuvaldkonnaga seotud ostude puhul ei rakendatud ning kõige turvalisem oli vastava valdkonna hanked direktiivide regulatsioonialast välja jätta. Samas võis vajadus tugineda ka sellele, et puudus üldine regulatsioon julgeoleku valdkonna hangete läbiviimiseks. Täpset selgitust ei ole käesoleva töö käigus osutunud võimalikuks välja selgitada.

¹⁷⁰ Trepte, P. *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*. New York: Oxford University Press 2004, p 349, 351-354.

¹⁷¹ Arrowsmith, S., Kunzlik, P. *EC regulation of public procurement - Arrowsmith, S., Kunzlik, P. (eds). Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. New York: Cambridge University Press 2009, p 88.

Kolmanda põlvkonna direktiivi alla käib ka tarnelepingute direktiiv 93/36/EMÜ. Nimetatud direktiiv sisaldas juba oluliselt detailsemaid sätteid ärisaladuse ja konfidentsiaalse teabe käsitlemise reguleerimiseks:

- 1) artikkel 7 lõige 1, mis sätestab, et tellija teatab 15 päeva jooksul alates kirjaliku taotluse saamisest tagasilükatud kandidaadile või pakkujale tema kandidatuuri või pakkumise tagasilükkamise põhjustest ning vastavaks tunnistatud pakkumise teinud pakkujale valitud pakkumise sisu ja suhtelised eelised, samuti eduka pakkuja nime. Sama artikli teine lõik sätestab, et tellijad võivad siiski otsustada, et teatavad esimeses lõigus nimetatud andmed lepingu sõlmimise kohta jäetakse avaldamata, kui selliste andmete avaldamine takistaks seaduste rakendamist või oleks muul viisil vastuolus avalike huvidega või riivaks teatavate avalik-õiguslike või eraõiguslike ettevõtjate õigustatud ärihuve või võiks kahjustada ausat konkurentsi teenuseosutajate vahel;
- 2) artikkel 9 lõige 3 näeb ette, et tellijad, kes on lepingu sõlminud, teatavad sellest asjakohase teatega. Kui lepingu sõlmimisega seotud teatava teabe avaldamine võib takistada seaduste kohaldamist või olla vastuolus üldiste huvidega või kahjustada konkreetse era- või avalik-õigusliku ettevõtja õigustatud ärihuve või ausat konkurentsi tarnijate vahel, võib sellist teavet teatavatel juhtudel mitte avaldada;
- 3) artikkel 15 lõige 2 sätestab, et tellijad järgivad täiel määral tarnijate esitatud teabe konfidentsiaalsuse põhimõtet.

Eelnevatele direktiividele järgnesid neljanda põlvkonna direktiivid. Euroopa parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankalepingute, asjade riigihankalepingute ja teenuste riigihankalepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta artiklis 6, artikli 35 lõike 4 viiendas lõigus ning artikli 41 lõikes 3 on korratud samu põhimõtteid, mis olid toodud direktiivis 93/36/EMÜ. Siinkohal on oluline välja tuua artikkel 6 sõnastus, mis täpsustab, millist pakkuja poolt esitatud informatsiooni tuleks lugeda konfidentsiaalseks. Nimelt sätestab artikkel 6, et ilma et see piiraks käesoleva direktiivi sätete, eelkõige artikli 35 lõike 4 ja artikli 41 sätete kohaldamist, mis käsitlevad sõlmitud lepingutest teavitamise ning kandidaatide ja pakkujate teavitamisega seotud kohustusi, ning kooskõlas ostja suhtes kehtiva siseriikliku õigusega, ei avalikusta ostja ettevõtja edastatud konfidentsiaalset teavet; selline teave hõlmab esmajoonel tehnika- või ärialaseid saladusi ja pakkumise konfidentsiaalseid aspekte. Varasemates regulatsioonides nii detailne määratlus puudus. Seega anti direktiiviga 2004/18/EÜ esmakordselt täpsem selgitus konfidentsiaalse teabe kohta, pannes hankijatele kohustuse

konfidentsiaalset teavet mitte avalikustada ning selgitades, mis eelkõige võib konfidentsiaalne teave olla.

Hetkel kehtiva direktiivi 2014/24/EL kohaselt ei avalikusta avaliku sektori hankija ettevõtjate edastatud konfidentsiaalsena märgitud teavet, sh tehnika- või ärialaseid saladusi ja pakkumuste konfidentsiaalseid aspekte¹⁷². Regulatsioon käsitleb seega konfidentsiaalsena väga spetsiifilist osa pakkumusest, eeldusel, et pakkumuses on sellist teavet esitatud. Tuleb teada, kuidas sellist teavet ära tunda ja kes ning kuidas peaks seda hindama (vastavat teemat käsitletakse peatükis 2.3).

Nagu eelnevalt toodud, on direktiivide üks peamisi eesmärke tagada avatud, läbipaistev ja mittediskrimineeriv hankelepingute sõlmimise kord. Teisest küljest on hankija kohustatud tagama pakkumuste konfidentsiaalsuse enne pakkumuste avamist ning juhul, kui pakkumus sisaldab tehnika- või ärisaladust, siis ka selle teabe konfidentsiaalsuse. Direktiivide arengust nähtub, et ajaga on üha enam täpsustatud konfidentsiaalsuse sätteid, andmaks hankijatele juhiseid, mida tuleb konfidentsiaalsena käsitleda. Direktiivides 2004/18/EÜ ja 2014/24/EL toodud sätted näitavad väga konkreetset regulatsiooni konfidentsiaalsuse osas, võimaldades pakkumuses esitatud informatsiooni ainult kitsas ulatuses konfidentsiaalsena käsitleda. Oluliseks on peetud just ärisaladusega seonduvat kaitset, mis aga ei tähenda, et nimetatud sätetes toodud konfidentsiaalsus hõlmaks pakkumust tervikuna. Samuti tuleb tähelepanu pöörata sellelegi, et ka ärisaladuse piirid on kohati raskesti mõistetavad (näiteks on Eestis ärisaladus avatud nii konkurentsiseaduses kui ka Riigikohtu lahendites, täpsemalt on vastavat teemat käsitletud töö peatükis 2.3).

Kõrvalepõikena on selgitatud ka õiguskaitsevahendite direktiivi¹⁷³ eesmärki ja vajadust. Samuti on õiguskaitsevahendite direktiivi käsitlemine vajalik, et saada terviklik ülevaade riigihankeõiguses teabe konfidentsiaalsena käsitlemise kohta, kuna selle alusel toimub hankija tegevuse vaidlustamine. Vaidlustamine võib otseselt olla seotud pakkumusega ning sellele ligipääsu taotlemisega, et kontrollida hankija tegevuse õiguspärasust.

¹⁷² Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta, ELT L 94/65, 28.03.2014, art 21 lg 1.

¹⁷³ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas, ELT L 335/31, 20.12.2007.

Õiguskaitsevahendite direktiivi osas on Komisjon leidnud, et nii Ühenduse kui riiklikul tasandil peavad toimima tõhusad ja kiired õiguskaitsevahendid tagamaks edukas riigihankeõiguse rakendamine¹⁷⁴. Hankes osalenutel ja potentsiaalselt hankest huvitatud isikutel peab olema võimalus tõhusalt ja efektiivselt kaitsta oma õigusi. Õiguskaitsevahendite direktiivi eesmärk on tagada, et peetaks kinni õigusest tõhusale ja õiglasele kohtulikule arutamisele¹⁷⁵. Igal isikul on õigus pöörduda siseriikliku kohtu poole, kui ta on osa võtnud riigihankest või on tahtnud seda teha ning kelle õigusi on rikutud või kes tunneb, et tema õigusi võidakse rikkuda¹⁷⁶. Direktiiv tagab, et liikmesriikides oleks läbi sarnaste regulatsioonide riigihangetel osalevatel pakkujatel võrdsed võimalused pöörduda siseriikliku kohtu poole. Direktiivi kohaselt on näiteks tõhusaks õiguskaitsevahendiks kohustusliku ooteaja rakendamine¹⁷⁷ peale riigihanke tulemustest teavitamist, mis võimaldab pakkujatel oma huvisid kaitsta, võimaldades piisava aja vaidlustuse esitamiseks või näiteks lepingu tühisuse tuvastamine¹⁷⁸, mis mõjub eelkõige hirmutusvahendina hankijale¹⁷⁹. Komisjoni poolt liikmesriikidest kogutud andmete põhjal riigihangete rakendamisest selgub, et otsuste läbivaatamiste protsent on madal¹⁸⁰. Samas ei kirjuta Komisjon seda õiguskaitsevahendite direktiivi eduka rakendamise arvele, kuna arv sisuliselt ei näita, kas liikmesriikides kasutatavad reeglid on korrektsed ning puudub vajadus pöörduda vaidlustusi läbivaatava asutuse poole, või puudub hankes osalejatel usaldus vaidlustusi läbivaatavasse asutusse¹⁸¹. Pakkujate usaldamatus süsteemi on õiguskirjanduses leidnud kajastamist kui õiguskaitsevahendite direktiivi kitsaskoht, sest olemasolevad sätted ei taga efektiivset kaitset¹⁸². Seega täpne ülevaade puudub, kas õiguskaitsevahendite direktiiv toimib seatud eesmärgi

¹⁷⁴ European Commission. Green Paper. Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward, 1996. europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_en.pdf (01.04.2014).

¹⁷⁵ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas, ELT L 335/31, 20.12.2007, preambula p 36.

¹⁷⁶ Bovis, C. H. EU Public Procurement Law. UK: Edward Elgar Publishing Limited 2007, p 39.

¹⁷⁷ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas, ELT L 335/31, 20.12.2007, artikkel 2a; RHS. RT I, 2007, 15, 76 - RT I, 23.12.2013, 74, § 69 lg 1.

¹⁷⁸ *Ibid.*, artikkel 2d; *Ibid.*, § 69 lg 1¹.

¹⁷⁹ Clifton, M.-J. Ineffectiveness – the new deterrent: will the new Remedies Directive ensure greater compliance with the substantive procurement rules in the classical sectors? – P.P.L.R. 2009/4, p 179-181.

¹⁸⁰ Williams QC, R. The European Commission's Annual Public Procurement Implementation Review 2012 – P.P.L.R. 2013/2, p 23. Märkus: Vastav dokument ei ole Eur-Lex'ist kättesaadav, seega ei ole võimalik välja tuua vastavat protsendi näitajat.

¹⁸¹ *Ibid.*, p 23.

¹⁸² Reich, A., Shabat, O. The remedy of damages in public procurement in Israel and the EU: a proposal for reform – P.P.L.R. 2014/2, p 67-68.

kohaselt või mitte. Kuid eesmärgi kohaselt peaks õiguskaitsevahendite direktiiv kaitsma ausat ja avatud hankimist toetavaid ideeaale, luues nii võimaluse saavutada õiglasem Euroopa Liidu ühisturg¹⁸³.

Konfidentsiaalse teabe kaitse regulatsiooni osas tuleb nentida, et õiguskaitsevahendite direktiivis ei leidu ühtegi sätet, mis antud küsimust reguleeriks. Olukord on lahendatud Euroopa Kohtu antud tõlgenduse kaudu. Euroopa Kohus on selgitanud, et kuna õiguskaitsevahendite direktiivis vastavad sätted puuduvad, tuleb selles küsimuses juhendada nimetatud direktiivi üldsätetest, eelkõige artikli 1 lõikest 1¹⁸⁴. Artikkel 1 lõige 1 viitab üldisele riigihanke direktiivile. Euroopa Kohus on öelnud, et sellest tuleb aru saada nii, et kohaldada tuleb vastava direktiivi reguleerimisalasse kuuluvate riigihankelepingute sõlmimise menetlustega seotud sätteid, mis muuhulgas reguleerivad ka hankemenetluses saadud teabe avaldamist, mille sisu võidakse kasutada konkurentsi kahjustamiseks¹⁸⁵. Õiguskaitsevahendeid rakendades tuleb vaidlustusmenetluse ajal kohaldada konfidentsiaalsuse osas samu sätteid, mis hankemenetluse protsessi ajal¹⁸⁶. See tähendab, et vaidlustuse ajal kohaldub sama konfidentsiaalse teabe kaitse regulatsioon, mis hankemenetluse ajalgi. Tuleb lähtuda sätetest, mille kohaselt on pakkumus konfidentsiaalne ainult osas, mis puudutab ärisaladust.

Riigihankes osalejatel on õiguskaitsevahendeid rakendades tõusetunud küsimus, et kui info pakkumuses on nende poolt määratletud konfidentsiaalsena, kas selline info tuleb siiski kohtule esitada ning kui info esitatakse, kas see tähendab, et konfidentsiaalsele teabele saab ligipääsu ka teine pool ehk konkurent ja avalikkus tervikuna (eeldades, et kohtumenetlus on reeglina avalik). Sellises olukorras on kohtud leidnud, et pakkumuses konfidentsiaalsena määratud info tuleb edastada vaidlust lahendavale kohtule, et viimane saaks teha objektiivselt põhjendatud otsuse, kuid kohtutel lasub kohustus tagada sellise teabe ja ärisaladuse kaitse, järgides samas tõhusa õiguskaitse nõudeid ja tagades vaidluse pooltele kaitseõiguse¹⁸⁷. Seega tuleb kaitsta sellist informatsiooni, mille avaldamine teistele osapooltele võib teabe valdajale tekitada olulist kahju.

¹⁸³ Clifton, M.-J. Ineffectiveness – the new deterrent: will the new Remedies Directive ensure greater compliance with the substantive procurement rules in the classical sectors? – P.P.L.R. 2009/4, p 183.

¹⁸⁴ EKo 14.02.2008, C-450/06, *Varec SA vs. Belgia riik*, p 31.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p 32-33.

¹⁸⁶ Graells, A. S. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Oxford: Hart Publishing 2011, p 359.

¹⁸⁷ EKo 13.06.2006, C-438/04, *Mobistar SA vs. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, p 40; EKo 14.02.2008, C-450/06, *Varec SA vs. Belgia riik*, p 52.

Samuti on kohtud leidnud, et kui vaidlust läbivaatava kohtu hinnangul ei ole tegemist dokumendiga, mida ei peaks avaldatama, peab nimetatud asutus andma asjaomasele ettevõtjale võimaluse kaitsta selle informatsiooni või ärisaladuse konfidentsiaalsust, arvestades suurt kahju, mis võib tekkida teatud informatsiooni ebaseaduslikust konkurendile avaldamisest¹⁸⁸.

Kohtujurist Sharpston juhtis kohtuasjas C-450/06 tehtud ettepanekus tähelepanu sellele, et osapoolle seatud piirang (teabe avaldamata jätmine) peab olema proportsionaalne eesmärgi suhtes ning vastuoluliste huvide vahel tuleb leida õiglane tasakaal¹⁸⁹. Kohtujuristi arvamus näitab seda, et teatud juhtudel võibki olla vajadus kellegi õigusi piirata, et tagada pakkumuses välja toodud ärisaladusele konfidentsiaalsus. Samas saab siit ka järeldada, et tegemist peab olema sellise ärisaladusega, mille ilmsikstulek kahjustaks pakkumuse esitanud pakkujat. Seega pakkumuse konfidentsiaalsust puudutava direktiivi regulatsiooni kohaselt ei saa pakkumus tervikuna olla konfidentsiaalne, vaid ainult teatud osa sellest võib kuuluda konfidentsiaalsusklausli kaitse alla. Pakkujate poolt esitatud pakkumused on avalikud ning erandiks on olukord, kus pakkumuste täielik avaldamine kahjustaks konfidentsiaalsuse kaitset taotlenud poole õiguspäraseid huve¹⁹⁰.

Eelneva analüüsi põhjal on Euroopa Liidu õiguses pakkumus konfidentsiaalne ainult osas, mis puudutab pakkuja tehnika- või ärisaladust või muud tundliku sisuga informatsiooni. Muus osas pakkumusele konfidentsiaalsus ei laiene. Pakkumuse tehniline spetsifikatsioon, kui selline ei ole konfidentsiaalne. Konfidentsiaalsusele saab tugineda üksnes juhul, kui selline tehniline spetsifikatsioon sisaldab tehnika- või ärisaladust. Vaidluste korral, kas hankija on tunnistanud pakkumuse korrektselt hanketingimustele vastavaks või kas pakkumust on hinnanud õigesti, kohaldatakse õiguskaitsevahendite direktiivi. Õiguskaitsevahendite direktiivi kohaselt tagatakse konfidentsiaalsele informatsioonile kaitse riigihanke direktiivis sätestatud võimaluse kohaselt. Vaidlust lahendavale kohtule tuleb teave esitada täies ulatuses. Kohus tagab konfidentsiaalsele teabele vajaliku kaitse.

¹⁸⁸ EKo 24.06.1986, 53/85, *AKZO Chemie BV and AKZO Chemie UK Ltd vs. Commission of the European Communities*, p 29; EKo 14.02.2008, C-450/06, *Varec SA vs. Belgia riik*, p 54.

¹⁸⁹ Kohtujurist E. Sharpston 25.10.2007 ettepanek kohtuasjas C-450/06, *Varec SA vs. Belgia riik*, p 48.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p 50.

2.1.2. Pakkumuse konfidentsiaalsus Eesti ja Eesti lähinaabrite õiguses

Eesti riigihangetega seotud õigusruum sai selgemad piirid juba Eesti Vabariigi esimesel perioodil. Ajalooline 1934. aastal Eestis vastuvõetud riigihangete seadus sisaldas samuti konfidentsiaalsusklauslit, kehtestades, et pakkuja soovil „hoiti kirjalikes pakkumistes sisalduvad ärisaladused saladuses ka pärast vähempakkumiste möödumist“¹⁹¹. Hetkel kehtiv Eesti RHS § 43 lõige 4 sätestab, et pakkumus on konfidentsiaalne ning et pakkumuses sisalduvat teavet võib avalikustada üksnes käesolevas seaduses sätestatud juhtudel ja ulatuses. Nimetatud säte on kooskõlas varem välja toodud põhiseaduse regulatsiooniga ning AvTS-iga, mis sätestas, et erandid teabe avalikustamata jätmisest tuleb teha seadusega. Samas peab Eesti RHS olema kooskõlas ka direktiivis sätestatuga, sest seda eeldab direktiivi õiguslik iseloom. Hetkel kehtiv sõnastus seda ei ole, kuna seab rangema nõude direktiivis toodust. Direktiiv ei võimalda tunnistada tervet pakkumust konfidentsiaalseks, vaid ainult sellist pakkuja poolt edastatud teavet, mis hõlmab ärisaladuse kaitset ja muid konfidentsiaalseid aspekte. Direktiivi regulatsioonis on seega ettenähtud piirangu vajalikkus, milleks on ärisaladuse kaitse. RHS-is pakkumusele kui tervikule kehtestatud konfidentsiaalsusnõudest vajalikkuse eesmärk aga ei selgu. Sellises ranges sõnastuses kehtestatud piirang peab kindlasti olema kohane ja proportsionaalne seatud eesmärgi suhtes. Näiteks võib selline range nõue kohalduda kaitse- ja julgeoleku valdkonna riigihangetes, tulenevalt riiklikust julgeolekust, et riigihankes pakutud sõjaväetehnika ei saaks kõrvalistele isikutele teada. Seega on direktiivi regulatsioon proportsionaalne selles seatud eesmärgi (ärisaladuse kaitse) suhtes, kuid RHS-ist tuleneva regulatsiooni proportsionaalsus on küsitav. Viimast ei ole analüüsitud ka RHS-i seletuskirjas, mistõttu võib järeldada, et seadusandja konkreetsele küsimusele eelnõu menetlemise käigus tähelepanu ei ole pööranud.

Andmekaitse inspeksiooni (edaspidi AKI) selgituste kohaselt võivad juurdepääsupiirangu alused tuleneda ka eriseadustest¹⁹², kuna AvTS on vastavad võimalused loonud. AvTS § 35 lg 1 punkti 19 kohaselt on teabevaldaja kohustatud tunnistama asutusesiseseks kasutamiseks mõeldud teabeks seaduses sätestatud muu teabe. Sama seaduse § 2 lg 1 punkti 2 kohasel reguleerib AvTS piiratud juurdepääsuga avaliku teabe ja sellele juurdepääsu võimaldamise korra teiste seadustega reguleerimata osas. Sama paragrahvi lg 2 punkt 4 kohaselt ei kohaldata AvTS-i teabele

¹⁹¹ 1934. a riigihangete seadus, § 45 viidatud Härginen, K. 1934. aasta riigihangete seadus. Juridica 2013, nr IX, lk 625 kaudu.

¹⁹² Andmekaitse Inspeksioon. Avaliku teabe seaduse üldjuhend, 2010. www.aki.ee/et/avalik-teave/juhised (06.05.2014).

juurdepääsupiirangute, juurdepääsu eritingimuste, korra ja viiside osas, juhul kui need on eriseaduses või välislepingus sätestatud teisiti. Sellest tulenevalt on AKI tõlgendanud RHS § 43 lõiget 4, kui erandit teabe avalikustamise üldreeglist¹⁹³. See on aga vastuolus teise AKI poolt antud tõlgendusega, mille kohaselt ei saa ärisaladust laiendada lepingu esemele kui sellisele (ehk sellele, mida telliti)¹⁹⁴. Vastuolu seisneb selles, et lepingu ese, mida telliti, ongi pakkumus. AKI kahe erineva ja vastandliku tõlgenduse osas tõusetub küsimus, kas RHS-is toodud pakkumuse konfidentsiaalsus laieneb tervele pakkumusele. Tõlgenduse kohaselt, kui lepingu esemele, kui sellisele, ei saa laiendada ärisaladust, siis järelikult ei saa pakkumus olla tervikuna konfidentsiaalne, kuna see sisaldab lepingu eset. Pakkumusele saaks laiendada ärisaladust ulatuses, mis kajastab näiteks tootmise tehnilist poolt, teenuse osutamisel kasutatavat metoodikat, mitte aga sellele, mis toodet või teenust pakuti. AKI tõlgendustes ei pruugi seega vastuolu olla, kui seda analüüsida riigihanke direktiivide 2004/18/EÜ ja 2014/24/EL konfidentsiaalsussätete valguses. Direktiivide sätete kohaselt tuleb pakkumusest samuti käsitleda konfidentsiaalsena üksnes sellist infot, mis puudutab pakkuja tehnika- või ärialaseid saladusi. Sellisel juhul on tõlgendus kooskõlas riigihanke direktiividega 2004/18/EÜ ja 2014/24/EL.

Pakkumuse konfidentsiaalsust reguleerib veel RHS § 46 lõige 5, mille kohaselt hankija ei avalikusta pakkumuste avamisel pakkumuste sisu osas, mis rikuks pakkujate ärisaladust või kahjustaks nende vahelist konkurentsi. Täiendavalt on konfidentsiaalsusnõuded RHS-is veel seotud teabevahetuse reeglitega¹⁹⁵, võistleva dialoogi käigus hankijale teadasaanud konfidentsiaalse teabe avaldamise keeluga¹⁹⁶ ning väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluses seoses läbirääkimiste pidamise konfidentsiaalsusega¹⁹⁷.

Tuues paralleele Soome riigihangete õigusega, siis Soome riigihangete seaduses konfidentsiaalse teabe regulatsioon puudub ning teabe avalikustamisele kohaldub¹⁹⁸ seadus valitsusasutuste tegevuse avatuse kohta, mis reguleerib riigiasutuste tegevuse avatust sh riigiasutuse käsutuses

¹⁹³ Andmekaitse Inspeksioon. Avaliku teabe seaduse üldjuhend, 2010. www.aki.ee/et/avalik-teave/juhised (08.04.2014).

¹⁹⁴ *Ibid.*, (08.04.2014).

¹⁹⁵ RHS. RT I 2007, 15, 76; RT I, 23.12.2013, 74, § 55 lg 3.

¹⁹⁶ *Ibid.*, § 63 lg 5.

¹⁹⁷ *Ibid.*, § 67 lg 2.

¹⁹⁸ Laki julkisista hankinnoista 30.3.348/2007, § 84. www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2007/20070348 (04.04.2014).

olevate dokumentidele juurdepääsu¹⁹⁹. Viimati mainitud seadus sätestab, et pakkumused, mis on esitatud hankemenetlustes, tehakse avalikult kättesaadavaks, kui leping on sõlmitud²⁰⁰. Nimetatud seaduse kohaselt kehtib nõue, et kui dokument ei ole salajane, on ta avalik²⁰¹. Täiendavalt on kehtestatud regulatsioon, et kui dokumenti ei ole avalikult kättesaadavaks tehtud, on õigustatud isikutel võimalik nendele ligipääsu taotleda, kuid ka sellisel juhul ei võimaldata ligipääsu dokumentidele, mis käsitlevad hankemenetluses esitatud äri- või ametisaladust²⁰². Seega Soome seadusandlus ei sätesta, et pakkuvus oleks konfidentsiaalne, vaid seab üksnes piirangu äri- või ametisaladuse avaldamise kohta.

Läti riigihangete seaduse kohaselt ei avaldata lepingut sõlmides ja tulemustest teavitades infot, mis on ettevõtte poolt märgitud ärisaladuse või konfidentsiaalse infona²⁰³. Lätis rakendatav käsitlus nõuab just pakkuja poolset aktiivset käitumist. See tähendab, et pakkuja peab olema ise teabe määratlenud ärisaladusena²⁰⁴.

Leedu riigihangete õiguses on läbipaistvuse osas mindud veel sammukese võrra kaugemale. Regulatsioon pakkuvas esitatud konfidentsiaalsete aspektide kohta on analoogne Soome ja Läti regulatsioonile – hankija ei avalikusta informatsiooni, mille pakkuja on määratlenud konfidentsiaalsena²⁰⁵. Ära on toodud ka see, millist infot eelkõige loetakse konfidentsiaalseks – tehnika- või ärisaladus ja muud pakkuvas konfidentsiaalsed aspektid²⁰⁶. Mõiste „pakkuvas konfidentsiaalsed aspektid“ jätab küll juba laiaulatuslikuma tõlgendamise võimaluse, kuid ilmselt tuleb seda tõlgendada koosmõjus mõistetega „tehnika- või ärisaladus“. Kuid kaugemale on mindud just pakkuvas avalikustamisega. Seadus kehtestab, et pakkuvas nõudmisel võimaldab hankija pakkuvasel tutvuda teiste pakkuvas esitatud pakkuvas, välja arvatud osas, mille pakkuvas on määratlenud konfidentsiaalsena²⁰⁷. Ka siin peab pakkuvas näitama üles aktiivsust ning määratlema ise, millised osad pakkuvasest sisaldavad ärisaladust. Selline käsitlus

¹⁹⁹ Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta 21.5.1999/621, § 3. www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1999/19990621 (04.04.2014).

²⁰⁰ *Ibid.*, § 7 lg 2. (04.04.2014).

²⁰¹ *Ibid.*, § 7 lg 1. (04.04.2014).

²⁰² *Ibid.*, § 11, § 24 lg 1 p 20. (04.04.2014).

²⁰³ Publisko iepirkumu likums, § 12. m.likumi.lv/doc.php?id=133536, www.knab.gov.lv/uploads/eng/public_procurement_law1.pdf (18.03.2014).

²⁰⁴ *Ibid.*, § 55 lg 3. (18.03.2014).

²⁰⁵ Law on Public Procurement, § 6. www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=406821 (18.03.2014).

²⁰⁶ *Ibid.*, § 6. (18.03.2014).

²⁰⁷ *Ibid.*, § 6. (18.03.2014).

on nii hankijale kui ka pakkujale lihtsam, sest mõlemad teavad algusest peale, et ärisaladus peab olema konkreetset määratud, et seda saaks kaitsta.

Seega on Eesti naaberriikides oluliselt enam keskendunud pakkumuste läbipaistvuse tagamisele ning on kehtestatud Eestiga võrreldes leebem ning direktiividega kooskõlas olev konfidentsiaalsuspoliitika, mis on eelkõige seotud pakkuja ärisaladuse kaitsega.

Pakkumuses esitatud ärisaladusega seoses võivad tõusetuda ka küsimused, kas pakkumuste liigne avalikustamine võib viia konkurentsi riigihangete õigusest²⁰⁸ ning kas protsessi läbipaistvus aitab tegelikult kaasa kartellide loomisele²⁰⁹ nagu on toodud välja erialakirjanduses. Pakkujatel võib tõusetuda kahtlus ja hirm pakkumuste liigse avalikustamisega seoses, kui ta peab pakkumuses kajastama infot, mis puudutab ärisaladust või muud konfidentsiaalselt informatsiooni. Näiteks on pakkuja leidnud, et hankija nõue esitada pakkumuses informatsiooni, mis enamasti on tootmis- või ärisaladus, piirab pakkujate hankes osalemise võimalusi²¹⁰. Vaidlustuse lahendamise ajal on vaidlustuskomisjon antud kaasuses juhtinud pakkuja tähelepanu RHS-i pakkumuse konfidentsiaalsuse sättele²¹¹. Vaidlustuskomisjoni tähelepanek on asjakohane, kui konfidentsiaalsena käsitletakse tõesti üksnes seda osa pakkumusest, mis realselt sisaldab tootmis- või ärisaladust nõ tõelist ärisaladust, mis vajab kaitset. Seetõttu kannab direktiivides sätestatud kohustus, käsitleda hankijale esitatud pakkumuses avaldatud ärisaladust konfidentsiaalsena, endas kahte eesmärki. Esiteks võimaldab see hankijatel riigihanke edukaks läbiviimiseks sellist konfidentsiaalse iseloomuga infot küsida ning teiselt poolt kaitseb pakkujat, kes sellise info hankijale avaldab. Pakkumuste avalikustamine osas, mis on direktiividega kooskõlas, ei saa mõjuda konkurentsi vähendavalt, kui pakkujate ärisaladuse kaitse on tagatud.

Paraku on Eesti riigihankeõiguses võetud suundumus, kus pakkumus on tervikuna konfidentsiaalne. Seda ilmestab vaidlustuskomisjoni (edaspidi VAKO) praktika²¹². VAKO otsusest nr 74-13/141267 ei selgu, mis asjaoludel või mida täpsemalt on vaidlustaja soovinud

²⁰⁸ Henty, P., Manning, C. The public sector transparency agenda - P.P.L.R. 2011/2, p 49; Graells, A. S. Public Procurement and the EU Competition Rules. Oxford: Hart Publishing 2011, p 70-71, 358-359.

²⁰⁹ Euroopa Komisjon. Roheline Raamat. ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta Euroopa hanketuru tõhustamine, 2011. eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ET:PDF (09.04.2014); Graells, A. S. Public Procurement and the EU Competition Rules. Oxford: Hart Publishing 2011, p 70-71, 358-359.

²¹⁰ VAKO 275-10/121397 p 3.1.6 ja 3.6.

²¹¹ *Ibid.*, p 11.1.

²¹² Näiteks VAKO lahendid 275-10/121397, 74-13/141267, 143-12/133806, 19-14/144739.

seoses pakkumusega näha, kuid otsusest nähtub, et VAKO on vaidlustaja taotlusest keeldunud, viidates pakkumuse konfidentsiaalsusele. Sarnaselt eelmisele otsusele, ei selgu otsusest nr 143-12/133806, mis põhjusel ja mis ulatuses on vaidlustaja soovinud ligipääsu pakkumusele. Küll aga selgub otsusest, et nii vaidlustusse kaasatud kolmandad isikud kui ka VAKO nendivad, et pakkumus on RHS § 43 lõike 4 alusel konfidentsiaalne ning pakkumusest võib avaldada üksnes RHS § 46 lõikes 2 toodud andmed (pakkujate nimed, registrikoodid, pakkumuste maksumused, sealhulgas pakkumuste osamaksumused). Ühegi eelnevalt toodud lahendi puhul ei ole VAKO analüüsinud, kas reaalselt pakkumus vajab kaitset sisaldades ärisaladust või muid konfidentsiaalseid andmeid, vaid on üksnes tuginenud RHS § 43 lõikele 4, mis võimaldab pakkumust tervikuna käsitleda konfidentsiaalsena.

VAKO otsuse nr 60-13/134317 kohaselt keeldus hankija vaidlustuse esitajale eduka pakkuja pakkumust avaldamast, selgitades, et eduka pakkuja pakkumuse tehnilise kirjelduse avalikustamine vaidlustajale rikuks eduka pakkuja ärisaladust ning kahjustaks olulisel määral nendevahelist konkurentsi. Ka edukas pakkuja on antud vaidlustuses kinnitanud, et ei soovi oma tervikliku pakkumuse avalikustamist, kuivõrd see võib vaidlustajale anda olulise eelise teistes tulevikus potentsiaalselt toimuvates hangetes. Pooltevaheline vaidlus seisnes hindamiskriteeriumite rakendamises, sest hankija nägi ette pakkumuse sisulise hindamise, mis tähendab, et punktide andmine põhineb pakkuja poolt pakutud tehnilisel lahendusel. Kui pakutud lahendused on tõesti unikaalsed ja põhinevad meetoditel, mis ei ole teistele teada, võib tegemist olla ärisaladusega, mis käib konfidentsiaalse regulatsiooni alla. Samamoodi nagu eelmises viidatud lahendis, on otsuses nr 224-12/135633 näha, et hankija on keeldunud pakkumuse väljastamisest tuginedes RHS § 43 lõikele 4. Kahetsusväärset ei ole VAKO kummaski eelnevalt nimetatud vaidlustuses ei vaidlustaja, hankija ega eduka pakkuja selgitustele tähelepanu pööranud ning arvamust avaldanud. Arvestades VAKO varasemat praktikat, oleks VAKO tõenäoliselt tuginenud RHS-i konfidentsiaalsuse klauslile. Otsuses nr 19-14/144739 nendib VAKO asjaolu, et pakkumused on RHS kohaselt konfidentsiaalsed, kuigi sisuline vaidlus pakkumuse konfidentsiaalsuse üle ei käi. Seega rõhutab VAKO olenemata olukorrast pakkumuste konfidentsiaalset olemust.

Kuigi Eestis on riigihangete regulatsiooni ülesehitamisel astunud mitmeid samme suurema läbipaistvuse tagamisele, on tegelik praktika vastuolus läbipaistvuse printsiibiga. Selline läbipaistvuse piiramine on problemaatiline, kuna üheski eelnimetatud vaidlustuses ei ole

vaidlustuskomisjon sisuliselt analüüsinud reaalsel vajadust tunnistada pakkumus konfidentsiaalseks. Sellest võib järeldada, et vaidlustuskomisjoni praktika on olnud pealiskaudne.

Pakkumuse konfidentsiaalseks tunnistamisega tõusetub ka küsimus, kas toote tehniline spetsifikatsioon on konfidentsiaalne teave. RHS kohaselt see on nii, kuid see ei ole kooskõlas eelnevalt toodud Euroopa Liidu Kohtu tõlgendusega pakkumuse konfidentsiaalsusest. RHS-i sõnastuse ja tõlgenduse tõttu on konkureerival pakkujal peaaegu võimatu oma huve kaitsta, kuna ta ei tea, mis on konkurendi pakkumuses esitatud. Seega on pakkumuse konfidentsiaalsusele tuginedes hankijal võimalik tunnistada vastavaks pakkumus, mis ei vasta hankedokumentidele. Samas ei ole teistel pakkujatel seda võimalik ka tuvastada, kuna pakkumused on konfidentsiaalsed. Pakkujate ainukene võimalus hetkel on oletuste pinnalt esitada vaidlustus VAKO-sse, lastes VAKO-l kontrollida teise pakkuja pakkumuses toodud asjaolusid. Sellise käitumise soosimine ei peaks üldist halduskoormust arvestades olema põhjendatud. Autori arvates ei saa oletustel põhinevat vaidlustust pidada tõhusaks õiguskaitsevahendiks direktiivi mõistes. Oluliselt tõhusam ja efektiivsem on olukord, kus pakkumused on avalikud (va osas, mis puudutab konfidentsiaalset teavet) ning osapooled saavad ise kontrollida, kas neil on vaidlustamiseks üldse põhjust.

Eelnevalt toodust saab kokkuvõtvalt öelda, et Eesti õiguse ja kehtestatud direktiivide ning Euroopa Liidu Kohtu praktika vahel on vastuolu, mis väljendub selles, et Eesti õiguses on regulatsioon pakkumuse konfidentsiaalsuse kohta sätestatud oluliselt rangemalt. Direktiivide ning Euroopa Liidu Kohtu praktika kohaselt võib pakkumus sisaldada informatsiooni, mis on ärisaladus, kuid see ei tähenda, et pakkumus tervikuna on konfidentsiaalne. Vajadusel tuleb hankijate poolt käsitleda teistmoodi üksnes seda osa pakkumusest, mis sisaldab ärisaladust, muus osas tuleb lugeda pakkumus avalikuks. Vastava seadusemuudatuse vajaduse möönmist Rahandusministeeriumi poolt on kajastanud AKI vaideotsuses avaliku teabe asjas nr 2.1-3/13/875, kus AKI lahendas pakkumuse väljastamata jätmise taotlust. Otsuses on kajastatud järgmist: „Andmekaitse Inspeksioon on suhelnud varasemalt antud küsimuses ka Rahandusministeeriumiga. 01.06.2010 inspeksioonile antud selgitustes on Rahandusministeerium avaldanud muuhulgas seisukohta, et avaliku sektori riigihankeid reguleeriva direktiivi 2004/18/EÜ konfidentsiaalsust puudutavat sätet tuleks tõlgendada selliselt, et pakkumus on üldise reeglina avalik. Rahandusministeerium on tunnistanud RHS § 43 lõike 4

muutmise vajadust nii, et pakkumustes sisalduv ning pakkujate poolt ärisaladuseks mittepeetav informatsioon oleks kättesaadav ka teistele pakkujatele²¹³.

Direktiivide ja RHS vahelist vastuolu on võimalik ületada, kas rakendades nii rahvusvahelises õiguses kui Euroopa Liidu õiguses tuntud kooskõlalist tõlgendamist või muutes RHS-i. Seni kuni RHS-i muudetud ei ole, tuleks rakendada kooskõlalist tõlgendamist. Pikemas perspektiivis on selguse huvides parem, kui Eesti seadusandja teeb RHS-is vastavad muudatused, mis võimaldaks pakkumusest käsitleda konfidentsiaalsena üksnes seda osa, mis sisaldab tehnika- või ärisaladust. RHS-i muutes võib täiendavalt kaaluda sellise lahenduse suunas liikumist, kus pakkumused on avalik teatud ajahetkest. Arvestades, et riigihanke menetlus on etapiline, on loogiline, et pakkumused on avalikud hetkest, mil hankija teeb esimesed pakkumusi puudutavad otsused (pakkumuse vastavaks tunnistamise/pakkumuse tagasi lükkamine/kõigi pakkumuste tagasi lükkamine). Vastavast otsusest alates tekib pakkujatel otsuste vaidlustamise õigus ning sellest hetkest peab pakkujatel olema võimalik pakkumustega tutvuda, et oma õigusi efektiivselt kaitsta. Kui pakkumuses on esitatud info, millele laieneb konfidentsiaalsus, siis selles osas pakkumust ei avalikustata.

2.2. Hankelepingu konfidentsiaalsus

Riigihankeõiguse kontekstis tuleb lisaks pakkumuste konfidentsiaalsusele samuti kõne alla hankelepingute konfidentsiaalsus. Eestis on probleemkohaks avaliku sektoriga sõlmitud lepingutele ligipääsu piiramine, sealhulgas hankelepingutele. Lepingutes sisalduvaid konfidentsiaalsuse sätteid ja nende rakendamist on uuritud M. Kulp'i magistritöös, kus on leitud, et avalik haldus nõustub liiga kergekäeliselt ettevõtja sooviga määrata leping konfidentsiaalsena²¹⁴. Eelnimetatud töös on muuhulgas rõhutatud halduslepingute avalikustamist ning on arvatud, et selles osas probleemi ei tohiks olla, kuna lepingu koostajaks on haldusorgan ise. Praktikas see siiski nii ei ole ning leidub halduslepinguid, mis kannavad asutusesiseseks kasutamiseks mõeldud märget²¹⁵, kuigi lepingud on sõlmitud riigihanke korras. Paratamatult

²¹³ AKI 2.1-3/13/875.

²¹⁴ Kulp, M. Halduse kandja tsiviilõigusliku lepingu poolena: võrdlus halduslepingu instituudiga kohtupraktika näidetele, magistritöö, Tartu Ülikooli Õigusteaduskond 2012, lk 66-74.

²¹⁵ Eesti Töötukassa avalik dokumendiregister, 2014. a sõlmitud tööharjutuse lepingud atp.tootukassa.ee/index.php?op=adr_search_result&id=10194&liik_atpdoc=Leping&kellele_atpdoc=&ke

tekib küsimus, kas selline tegutsemine on õigustatud, kui arvestada, et avalikus halduses kehtib läbipaistvuse põhimõte. Lepingu täitmiseega kaasneb avalik huvi. Kuigi avalik huvi on määratlemata õigusmõiste, on seda võimalik mõtestada lähtudes kontekstist²¹⁶. Hankelepingute kontekstis seisneb avalik huvi selles, et lepingute täitmine toimuks riigihankes välja kuulutatud nõuete kohaselt, ilma, et hankija teeks pakkujale mõõndusi lepingu täitmise osas, mille tulemusena hankija lepib nõ vähem parema tulemusega. Kuna riigihankeõiguses on piiratud ka lepingute muutmise võimalus²¹⁷, siis on ligipääs hankelepingutele oluline. Vastupidine võib tuua kaasa olukorra, kus hankelepinguid muudetakse piiramatult, mis omakorda rikuks riigihankeõiguses kehtivat läbipaistvuse põhimõtet²¹⁸ ning ka teisi riigihankeõiguses kehtivaid aluspõhimõtteid. Lisaks on läbipaistvuse seisukohalt oluline ka asjaolu, et pakkujat, kes ei osutunud edukaks, saaks efektiivselt oma huvisid kaitsta. Näiteks lepingumuudatuse korral, mis ei ole kooskõlas algsete hankedokumentidega ning kui vastavad tingimused oleks kohe olnud algses riigihankes pakkujale teada ja riigihanke tulemused oleks võinud olla teised, saaks pakkujat pöörduda kohtusse ning nõuda kahjude hüvitamist või lepingu tühisuse tuvastamist²¹⁹.

Euroopa Komisjoni tõlgendav teatis annab juhiseid lisaks hangete avalikustamisele kohaldatavatest nõuetest ka lepingute sõlmimise põhinõuete kohta. Teatise kohaselt peab läbipaistvuse põhimõte muuhulgas tagama, et oleks võimalik teostada hankemenetluse erapooletuse kontrolli²²⁰. Antud kontekstis saab hankemenetluse mõistet tõlgendada laiemalt, hõlmates enda alla ka lepingu täitmise kontrolli. Seda tõlgendust toetab ka teatis ise, kuna vastav mõte on kajastatud just lepingute sõlmimise põhimõtte all. Seega laieneb läbipaistvuse põhimõte ka lepingu täitmisele. Vastava tulemini, et läbipaistvuse põhimõtet tuleb rakendada ka pärast hankelepingu sõlmimist, on jõutud töö eelmistes osades. Erapooletut kontrolli lepingu täitmise ajal lisaks riiklikele järelevalveorganitele saavad kõige tõhusamalt teostada just teised pakkujad.

[lelt_atpdoc=&saatja_kuupaev_datefrom_atpdoc=&saatja_kuupaev_dateto_atpdoc=®istreerimiskuupaev_datefrom_atpdoc=®istreerimiskuupaev_dateto_atpdoc=&saatja_indeks_atpdoc=7-6.3%2F14&juurdepaasupiirang_atpdoc=&saatmisviis_atpdoc](http://lelt.atpdoc=&saatja_kuupaev_datefrom_atpdoc=&saatja_kuupaev_dateto_atpdoc=®istreerimiskuupaev_datefrom_atpdoc=®istreerimiskuupaev_dateto_atpdoc=&saatja_indeks_atpdoc=7-6.3%2F14&juurdepaasupiirang_atpdoc=&saatmisviis_atpdoc) ning 2014. a sõlmitud tööturukoollituse lepingud atp.tootukassa.ee/index.php?op=adr_search_result&id=10194&liik_atpdoc=Leping&kellele_atpdoc=&kelelt_atpdoc=&saatja_kuupaev_datefrom_atpdoc=&saatja_kuupaev_dateto_atpdoc=®istreerimiskuupaev_datefrom_atpdoc=®istreerimiskuupaev_dateto_atpdoc=&saatja_indeks_atpdoc=7-6.3%2F14&juurdepaasupiirang_atpdoc=&saatmisviis_atpdoc (07.05.2014).

²¹⁶ Ikkonen, K. Avalik huvi kui määratlemata õigusmõiste. *Juridica* 2005, nr II, lk 198.

²¹⁷ RHS. RT I 2007, 15, 76; RT I, 23.12.2013, 74, § 69 lg 3 ja 4.

²¹⁸ Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2010, lk 122.

²¹⁹ Vaata viidet 250, kus on toodud ka vastav Euroopa Kohtu praktika oluliste lepingumuudatuste kohta.

²²⁰ Komisjoni tõlgendav teatis nr 2006/C 179/02, p 1.2.

Seda eelkõige põhjusel, et teiste pakkujate näol on tegemist valdkonna ekspertidega ning neil on ka selge huvi sellise kontrolli osas.

Euroopa Kohus on läbipaistvuse eesmärgiks pidanud ohu välistamist, et hankija eelistaks talle meeldivaid pakkujaid või tegutseks omavoliliselt²²¹. Muuhulgas on Euroopa Kohus leidnud, et läbipaistvuse eesmärk peab võimaldama hankijal kontrollida esitatud pakkumuste vastavust lepingu täitmise nõuetele²²². Töö autori hinnangul tekib siit küsimus, miks peaks vastav kontrollimise võimalus olema välistatud avalikkuse poolt. Autori arvates peaks üldsuse poolt samuti olema võimalus teostada kontrolli esitatud pakkumuse osas seoses lepingu täitmisega. Eriti just seetõttu, et oleks võimalik kontrollida, kas hankija jäi enda poolt kehtestatud lepingu tingimuste juurde kuni lepingu täitmiseni eduka pakkuja poolt. Euroopa Kohus on sellega seoses järeldanud, et tulenevalt läbipaistvuse põhimõttest on hankija seotud riigihanke välja kuulutatud tingimustega, millele eduka pakkuja pakkumus pidi vastama, kuni lepingu täitmiseni²²³.

Hankelepingu sõlmimisest annab teada hankija poolt esitatav hanke aruanne (lepingu sõlmimise teade). Komisjoni arvates annab lepingu sõlmimise teade pakkujale võimaluse kontrollida, et tema õigusi ei ole rikutud²²⁴. Arvestades informatsiooni hulka (või ka vähesust), mis vastavas teates hankijal avaldada tuleb, on realselt selle info põhjal pakkujal võimatu kontrollida, kas tema õigusi on rikutud või mitte. Antud teate põhjal on pakkujal võimalik näha üksnes edukaks osutunud pakkujat ja hankelepingu mahtu. Kui hankeleping sõlmiti madalaima hinna kriteeriumit kasutades, on õiguste rikkumine võimalik tuvastada juhul, kui parimaks mitteosutunud pakkuja pakkumuse hind oli madalam edukaks tunnistatud pakkuja pakkumuse hinnast. Täiendava eeldusena kehtib veel, et kaebeõigust omav pakkuja ei olnud hankemenetlusest kõrvaldatud, kvalifitseerimata jäetud või tema pakkumus ei olnud tagasi lükatud. On siiski väga ebatõenäoline, et hankija teeks menetluses sellise vea, kus edukaks ei tunnistataks kõige madalaima hinnaga pakkumust. Kui aga riigihanke hindamiskriteeriumiks oli majanduslikult soodsaim pakkumus, ei ole lepingu sõlmimise teate alusel pakkujal realselt võimalik kontrollida, kas tema õigusi rikuti. Seetõttu ei kanna lepingu sõlmimise teade endas väga olulist läbipaistvuse põhimõtet, kuna jätab sõlmitud hankelepingu siiski varjatuks ning ei võimalda

²²¹ EKO 29.04.2004, C-496/99, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs. CAS Succhi di Frutta SpA*, p 111.

²²² *Ibid.*, p 111.

²²³ *Ibid.*, p 115.

²²⁴ European Commission. Green Paper. Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward, 1996. europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_en.pdf (01.04.2014).

rikkumisi tuvastada ja seeläbi õiguskaitsevahendeid efektiivselt kasutada. Samuti ei ole avalikkusel võimalik lepingu sõlmimise teate alusel kontrollida lepingu täitmist, kuna vastav teade sisaldab endas liiga vähe informatsiooni.

Pöördudes teiste liikmesriikide regulatsioonide poole seoses hankelepingute avalikustamisega, näeb Soome seadusandlus ette, et kui hankeleping sõlmitakse, tehakse see avalikuks²²⁵. Avaldamata saab jätta info, mis puudutab äri- või ametisaladust²²⁶. Läti seadusandluse kohaselt ei ole riigihangete seaduse alusel sõlmitud lepingud piiratud juurdepääsuga²²⁷. Seaduse järgi ei rakendata erandit ka nendele lepingutele, mis sisaldavad ärisaladust. Seadus kehtestab, et informatsiooni, mis on seotud riigile pandud ülesannete rakendamisega, ei loeta ärisaladuseks²²⁸. Paradoksaalne on see, et Läti seaduseandja on seeläbi teinud erandile veel omakorda erandi, sest üldjuhul piiratakse juurdepääsu teabele, mis sisaldab ärisaladust²²⁹, kuid hankelepingutele see ei laiene.

Lepingute avalikustamisest on Euroopa Liidu liikmesriikidest veel hea näide tuua Ühendkuningriikide näol. Ühendkuningriigid on astunud mitmeid samme, et tagada suurem avaliku sektori läbipaistvus. Ühena nendest sammudest on ettenähtud avaliku sektori poolt sõlmitud lepingute avalikustamine²³⁰. Lepingute avalikustamise regulatsioon on lahendatud infovabaduse seadusega²³¹, mis on seadusena vastu võetud. Nimetatud seadusega võimaldatakse avalikkusel ja huvitatud osapooltel küsida teavet, mis on seotud pakkumuste ja lepingutega. Et tagada seaduse järgimine, on loodud infovoliniku ametikoht. Voliniku ülesandeks on kaebuse korral otsustada, kas riigiasutusele tehtud päringut teabe avalikustamise kohta on käsitletud seaduse kohaselt²³². Volinik on 07.01.2010 lahendis nr FS50214920 tsiteerinud *Information*

²²⁵ Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta 21.5.1999/621, § 6 lg 1 p 3. www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1999/19990621 (07.04.2014).

²²⁶ *Ibid.*, § 24 lg 1 p 20. (07.04.2014).

²²⁷ Informācijas atklātības likums, § 5 lg 2 p 3. [m.likumi.lv/doc.php?id=50601; www.legislationline.org/documents/action/popup/id/4768](http://m.likumi.lv/doc.php?id=50601;www.legislationline.org/documents/action/popup/id/4768) (07.04.2014).

²²⁸ *Ibid.*, § 7 lg 2. (07.04.2014).

²²⁹ *Ibid.*, § 5 lg 2 p 3. (07.04.2014).

²³⁰ Henty, P., Manning, C. The public sector transparency agenda - P.P.L.R. 2011/2, p 47-48.

²³¹ Freedom of Information Act 2000 – enacted by the Queen’s most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, 30.11.2000. www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/data.pdf (03.04.2014).

²³² Oonan, E. Use of the Freedom of Information Act 2000 to obtain information in relation to tender processes and contracts awarded by the public sector in England, Wales and Northern Ireland – P.P.L.R. 2010/4, p 149.

*Tribunal*²³³, tuues välja, et lepingu avaldamisega kaasnev võimalus ärihuvide kahjustamisest ei või olla lihtsalt hüpoteetiline, vaid lepingu avaldamisega kaasnev oht ärihuvide kahjustumisest peab olema tõeline²³⁴. Eelnimetatud lahendis jõudis volinik järeldusele, et riigiasutus oleks pidanud lepingu avaldama, kuna seal toodud hinnad ei saanud kuidagi näidata pakkuja hinnapoliitika kujundust ning ei eksisteerinud reaalselt ärihuvide kahjustumise võimalust. Sellest saab tuletada, et teatud juhtudel võib osa lepingust tõesti olla konfidentsiaalne, kui see kajastab teavet sellise hinnapoliitika kujundamise kohta, mille osas on pakkujal ärihuvi. Samas lahendis on väljatoodud ka ajafaktor hinnapoliitika kujunduse kehtivuse kohta. Lahendis mõõndi, et kui lepingu sõlmimisest on juba piisavalt pikk aeg möödunud (antud kaasuses oli lepingu avalikustamise taotlemise ajal möödunud lepingu sõlmimisest juba 8 kuud), siis ei pruugi pakkumuse koostamise hetkel aluseks võetud hinnapoliitika kujundus ajakulgu arvesse võttes enam kehtida²³⁵. See tähendab, et teabe väärtus aja jooksul muutub ning mingist hetkest alates ei eksisteeri enam põhjust lepingu avaldamata jätmiseks.

Eelnevate näidete kohaselt on nii Ühendkuningriikide kui ka Eesti naaberriikide näitel hankelepingutele ligipääs oluliselt lihtsam ning tagatud on avaliku vahendite kasutamise läbipaistvus. Autori hinnangul tuleks eeskujuna võtta just sellistest regulatsioonidest, kus lepingu avalikustamise kohustuse aktiivsus on avalikul haldusel endal. Avaliku halduse usalduse tõstmisel annab selline aktiivsuskohustus palju juurde. Samuti on otstarbekas, et kui lepingus sisaldub konfidentsiaalne teave, siis vastav teave nõ „kinni katta“ ning ülejäänud lepingu osas rakenduks avalikustamise kohustus. Vastava nõude näeb tegelikult ette ka riigihanke direktiivi 2014/24/EL preambula punkt 51, mille kohaselt konfidentsiaalse teabe kaitset käsitlevad sätted ei takista ühelgi viisil sõlmitud lepingute mittekonfidentsiaalsete osade, sealhulgas nende hilisemate muudatuste avalikustamist.

Peatudes Eesti õigusel, tuleb lepingute avalikustamise ning avalikustamata jätmise juures arvestada AvTS-is sätestatud regulatsiooniga. AvTS § 36 lg 1 punktide 9 ja 10 kohaselt ei tohi

²³³ Märkus: *Information Tribunal* on organ, kes lahendab vaidlusi, mis on esitatud infovoliniku otsuste peale.

²³⁴ Information Commissioner 07.01.2010, FS50214920, *Information Commissioner and Camden Primary Care Trust*, p 27. ico.org.uk/~media/documents/decisionnotices/2010/FS_50214920.ashx (03.04.2014).

²³⁵ Oonan, E. Use of the Freedom of Information Act 2000 to obtain information in relation to tender processes and contracts awarded by the public sector in England, Wales and Northern Ireland – P.P.L.R. 2010/4, p 150.

riigi- ja kohaliku omavalitsuse asutusest ja avalik-õiguslikust juriidilisest isikust teabevaldaja asutusesiseseks kasutamiseks mõeldud teabeks tunnistada dokumente riigi, kohaliku omavalitsuse üksuse või avalik-õigusliku juriidilise isiku eelarvevahendite kasutamise ning eelarvest makstud tasude ja hüvitiste kohta ja andmeid teabevaldaja varaliste kohustuste kohta. Kuna hankelepingud kajastavad just avaliku halduse eelarvevahendite kasutamist ja varaliste kohustuste võtmist, siis tulenevalt AvTS-ist ei tohi neid salastada. Seda tohib teha üksnes seaduses sätestatud võimaluste piires²³⁶, näiteks konkreetse ärisaladuse või konfidentsiaalse teabe kaitsmiseks. Tallinna Halduskohus tuvastas lahendis 3-08-1980²³⁷, et hankija ja lepingupartner on kokku leppinud, et hankeleping on suures osas konfidentsiaalne ning seetõttu keeldus hankija lepingut väljastamast meediaväljaandele. Lepingu konfidentsiaalsena määraltamise osas väitis hankija, et äriühingu ärisaladuseks tunnistatava teabe üle on pädev otsustama üksnes äriühing ise ning kas mingi teave on äriühingu poolt tunnistatud ärisaladuseks põhjendatult või mitte, ei allu kontrollile²³⁸. Seetõttu tunnistas hankija asutusesiseseks kasutamiseks mõeldud teabeks kõik lepingupartneri soovitud lepingu sätteid põhjendusel, et teabe avalikustamine võib kahjustada lepingupartneri ärisaladust²³⁹. Halduskohus järeldas sellest, et ei ole reaalselt kontrollitud ja analüüsitud, kas hankija lepingupartner on põhjendatult kuulutanud ärisaladuseks lepingus sisalduva teabe, mille avalikustamisest keelduti²⁴⁰. Autori hinnangul on oluline, et ärisaladusele ei saa tugineda lihtsalt seetõttu, et lepingupool väidab, et tegemist on ärisaladusega, vaid tegemist peab olema reaalse põhjendatud vajadusega ning kaitstav ärisaladus peab olema lepingupooltel konkreetselt märgitud. Hankelepingute puhul peaks kehtima sama põhimõte, mille on välja öelnud professor Ginter seoses kohtuistungite kinniseks kuulutamise, et kohtuistungite kinniseks kuulutamiseks „/.../ ei piisa kindlasti mitte lihtsalt sellest, et mingi ärisaladus võib avalikuks saada²⁴¹“. Vajadus hankelepingu või selle osade konfidentsiaalseks tunnistamiseks peab olema ehtne ja põhjendatud.

AvTS võimaldab teabele ligipääsu ka nii, et konfidentsiaalne osa jääb kaitstuks ning ligipääs võimaldatakse üksnes sellele osale teabest või dokumendist, mille kohta juurdepääsupiirangud ei

²³⁶ AvTS. RT I 2000, 92, 597; RT I, 19.12.2012, 5, § 3 lg 2.

²³⁷ Tallinna Halduskohtu otsus jäi kehtima ka Tallinna Ringkonnakohtus.

²³⁸ TlnHKo 3-08-1980, TlnRnKo 3-08-1980, p 10.

²³⁹ TlnHKo 3-08-1980, *Ibid.*, p 10.

²⁴⁰ TlnHKo 3-08-1980, *Ibid.*, p 11.

²⁴¹ Lõhmus, A. Ärisaladus pole kinniseks istungiks piisav põhjus, 2008. www.postimees.ee/45695/arisaladus-pole-kinniseks-istungiks-piisav-pohjus (07.05.2014).

kehti²⁴². Seega on hankijal siiski võimalik ja kohustuslik avaldada leping vähemalt selles ulatuses, mis ei sisalda konfidentsiaalset teavet. Avaliku teabe seaduse üldjuhend selgitab samuti, et kui leping sisaldab punkti, mille kohaselt kogu lepingu sisu on ärisaladus või muul põhjusel konfidentsiaalne, on selline säte õigustühine²⁴³. Täiendavalt selgitab juhend, et ärisaladust ei saa laiendada lepingu esemele, kui sellisele²⁴⁴. See tähendab, et hankija poolt soovitu ning eelkõige pakkuja poolt pakutu, peab olema avalikkusele teada. Hankija soov on üldjuhul automaatselt avalik, kuna see on nähtav hankedokumentides ning viimased on riigihangete registri kaudu vabalt kättesaadavad. Juhendis toodud selgitus lepingu eseme avalikkuse kohta on oluline eelkõige seoses pakkumusega, kuna pakkumus kajastab konkreetset lepingu eset ning juhendi selgituse kohaselt ei ole see hõlmatud ärisaladusega.

Samas on seoses lepingute avalikustamise kohustamisega kardetud, et väheneb pakkujate huvi hangetel osaleda, kuna lepingu avalikustamisega võib avalikuks saada pakkuja seisukohalt tundlik info²⁴⁵. Pakkujate hirmude vähendamiseks on ettenähtud võimalus, et avaldama ei pea kogu lepingut ning tundlikku infot on võimalik käsitleda konfidentsiaalsena²⁴⁶. Sama kinnitab ka eelviidatud riigihanke direktiivi regulatsioon, et avalikustatakse lepingu mittekonfidentsiaalsed osad. Selline on olnud ka senine Euroopa Kohtu praktika²⁴⁷ ning vastavad regulatsioonid kajastuvad ka erinevate riikide seadusandluses. Seega on astutud samme suurema läbipaistvuse tagamiseks, samas võimaldades konfidentsiaalset teavet siiski kaitsta.

Ligipääs sõlmitud hankelepingutele annab võimaluse tuvastada keelatud otselepingute sõlmimist ning hankelepingu muutmist²⁴⁸. Vastasel juhul, kui lepinguid ei avalikustata, ei ole teistel pakkujatel võimalik hankijapoolset valekäitumist tuvastada ning oma õigusi kaitsta. Ebaseaduslikud otselepingud ning keelatud hankelepingute muutmised on sellisel juhul võimalik tuvastada samuti, kas alles mõne auditi käigus või järelevalvemenetluses. Tuleb arvestada, et hilisem lepingu muutmine on võimalik vaid erandlikel juhtudel. RHS kohaselt võib hankelepingut muuta, kui muutmise tingivad objektiivsed asjaolud, mida ei olnud hankijal

²⁴² AvTS. RT I 2000, 92, 597; RT I, 19.12.2012, 5, § 38 lg 2.

²⁴³ Andmekaitse Inspeksioon. Avaliku teabe seaduse üldjuhend, 2010. www.aki.ee/et/avalik-teave/juhised (08.04.2014).

²⁴⁴ *Ibid.*, (08.04.2014).

²⁴⁵ Henty, P., Manning, C. The public sector transparency agenda - P.P.L.R. 2011/2, p 49.

²⁴⁶ *Ibid.*, p 47.

²⁴⁷ Vaata viidet 258.

²⁴⁸ Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M. A. Ärisaladuse kaitse ja hankelepingute avalikustamise nõue riigihankeõiguses. *Juridica* 2013, nr IX, lk 662.

võimalik hankelepingu sõlmimisel ette näha ja hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamise²⁴⁹. Euroopa Kohus on mitmes lahendis toonud välja põhimõtte, et hankelepingu kehtivuse ajal tehtud muudatust võib pidada oluliseks juhul, kui muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud seatud algse hankemenetluse ajal ning mis oleksid juhul, kui nad oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda ka teistel pakkujatel kui algselt edukaks tunnistatud pakkuja või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti²⁵⁰. Kohus on oluliseks muutmiseks pidanud seda, kui sellega laiendatakse riigihanke eseme ulatust olulisel määral ka sellistele teenustele, mida ei olnud esialgu ette nähtud ning ka seda kui muutmisega kallutatakse lepingu majanduslikku tasakaalu hankija kasuks viisil, mida ei olnud esialgse lepingu tingimustes ette nähtud²⁵¹. Ehk kui hankelepingu täitmise ajal tehtavad muudatused erinevad oluliselt esialgses lepingus sätestatust, eeldab see uue hankemenetluse läbiviimist. Seetõttu peab potentsiaalsetel pakkujatel olema võimalus oma huvide kaitseks läbi vaidlustus- ja kohtumenetluse, kuid pakkuja saab seda õigust kasutada üksnes juhul, kui hankeleping ja selle muudatused on avalikud. Kui hankelepingud ei ole avalikud, jääb pakkujatel vastav õiguskaitse võimalus rakendamata.

Lisaks eelnevale toetab lepingute avalikustamine õiguskaitsevahendite direktiivis toodud meedet, mis reguleerib lepingu tühisuse tuvastamist²⁵². Selline meede ongi kutsutud ellu, et vältida hankijate poolt otselepingute sõlmimist²⁵³. On leitud, et direktiivis ette nähtud lepingu tühisuse tuvastamise võimalus võib tugevdada riigihankeõiguses kehtivat läbipaistvuse põhimõtet, kuna

²⁴⁹ RHS. RT I 2007, 15, 76; RT I, 23.12.2013, 74, § 69 lg 3.

²⁵⁰ EKo 05.10.2000, C-337/98, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs. Prantsuse Vabariik*, p 44 ja 46; EKo 13.04.2010, C-91/08, *Wall AG vs. La ville de Francfort-sur-le-Main ja Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, p 38; EKo 19.06.2008, C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH vs. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, p 35; Kohtujurist J. Kokott 13.03.2008 ettepanek kohtuasjas C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH vs. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, p 49.

²⁵¹ EKo 19.06.2008, C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH vs. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, p 36-37.

²⁵² Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas, ELT L 335/31, 20.12.2007, artikkel 2d.

²⁵³ Clifton, M.-J. Ineffectiveness – the new deterrent: will the new Remedies Directive ensure greater compliance with the substantive procurement rules in the classical sectors? – P.P.L.R. 2009/4, p 165-166, 182.

lepingu tühisuse tuvastamisega võivad hankijale kaasnedä täiendavad kulud sanktsioonide ja uue hankemenetluse korraldamise näol ning maine langus²⁵⁴.

Täiendavalt tuleb arvestada, et avalike ressursside kulutamise läbipaistvuse osas kehtib üldine avalik huvi²⁵⁵. Eelneva tõttu konkureerivad omavahel kaks täiesti vastandlikku huvi, mis hankija jaoks tähendab, et hangetega seoses tuleb üha enam teostada huvide kaalumist. Ühel pool lasub ametiasutuste vastutus tagada oma tegevuse ja dokumentide läbipaistvus ning teisel pool pakkujate huvi hoida lepingus toodud informatsioon võimalikult konfidentsiaalsena²⁵⁶. Eesti õigusruumis tuleb seoses sellega julgustada osapooli avatumale suhtumisele, et tekiks vastastikune usaldus. Usaldust peakski eelkõige suurendama hankijate tegevuse läbipaistvus. Kuid ei piisa sellest, et üks hankija käitub avatult, vaid oluline on hankijate osas tagada ühtne praktika ja käitumine, ühtne arusaam avatusest ja läbipaistvusest.

Lepingute avalikustamine on oluline samuti seetõttu, et ka avalikkusel oleks ligipääs riigihanke tulemusena sõlmitud lepingule. Arvestades, et hankelepingute täitmisel kasutatakse maksumaksja raha, peab ka maksumaksjal kui üldsusel, olema võimalik kontrollida, kas lepingu täitmine toimub vastavalt hankes nõutule. Kuna õiguskaitsevahendite direktiiv väljapoole hankes osalejaid ei laiene, on lepingute avalikustamine ainus võimalus üldsusel saada ligipääs lepingutele.

Eeltoodud analüüsi põhjal pooldab autor Ühendkuningriikides ellu kutsutud infovoliniku koha loomist ka Eestis. Eestis võib infovoliniku ametikoha loomine ennast õigustada, aidates luua ja kujundada hankijate seas ühtset praktikat selle kohta, mis informatsioon seoses riigihangete läbiviimisega kuulub avaldamisele ja mis ei kuulu. Vastavat ülesannet võiks täita AKI või võib AKI juurde luua eraldi infovoliniku büroo (näiteks nagu on Rahandusministeeriumi juures asuv riigihangete vaidlustuskomisjon). AKI üks peamistest ülesannetest täna on riikliku järelevalve teostamine inspeksiooni tegevusvaldkonda reguleerivatest õigusaktidest tulenevate nõuete täitmise üle ja vajadusel riikliku sunni rakendamine²⁵⁷. Antud ülesannet laiendades võiks AKI

²⁵⁴ Clifton, M.-J. Ineffectiveness – the new deterrent: will the new Remedies Directive ensure greater compliance with the substantive procurement rules in the classical sectors? – P.P.L.R. 2009/4, p 179.

²⁵⁵ Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M. A. Access to the content of public procurement contracts: the case for a general EU-law duty of disclosure – P.P.L.R. 2013/4, p 160.

²⁵⁶ Henty, P., Manning, C., Rayment, B. Disclosure of information and issues of confidentiality – P.P.L.R. 2011/2, p 44.

²⁵⁷ Andmekaitse Inspeksiooni põhimäärus ja koosseis. RTL 2007, 17, 266; RT I, 05.03.2013, 5, § 9 p 1.

üks täiendavatest ülesannetest olla ka hankijate ja pakkujate nõustamine seoses dokumentide avalikustamisega riigihangetes. Teine ülesanne võiks olla õiguslikult siduvate otsuste andmine seoses hankelepingute ja miks mitte ka pakkumuste avalikustamise või avalikustamata jätmise korral. Hankijatepoolne kasu seisneks eelkõige ühtse praktika kujundamises. Lisaks hankijatele saaksid infovoliniku tööst kasu ka pakkujad, kellel samuti ühtlustuks arusaam avalikustamise ja avalikustamata jätmise vahel ning vastavalt sellele oskaksid pakkujad arvestada, mis infot nad võiksid hankijatele esitada, kui nad ei soovi ärisaladuse või muu konfidentsiaalse teabe ilmsikstulekut. Nimetatud ülesannete AKI-le panemine on loogiline seetõttu, et AKI teeb tänagi vaideotsuseid avaliku teabe asjades. Seega on teatud kompetents ja pädevus AKI-l juba olemas. Liiatigi, et osad vaideotsused on seotud riigihankeõiguse küsimustega. Kuna infovoliniku peamise funktsioonina on ette nähtud hankijate ja pakkujate nõustamine ning ennetav tegevus vaidluste ärahoidmiseks (nn eelotsuste andmine), ei saaks AKI vastavat funktsiooni kohe üle võtta, vaid vajalik oleks põhimääruse muutmine. Õiguslikult siduvate otsuste tegemine osas võib kaaluda ka varianti, kus otsuste tegemine jääb AKI ülesandeks ning infovolinikule jääb sealjuures nõustamise ja hinnangute andmise roll (näiteks nagu on reguleeritud Tarbijakaitseameti juurde moodustatud Reklaami Nõukoja ülesanded).

Arvestades töö esimeses osas püstitatud hüpoteesi, kas läbipaistvus on nii avaliku halduse kui ka riigihankeõiguse lähtekoht ning tulemit, et üldjuhul kehtib läbipaistvuse põhimõtte ning dokumentide salastamine on erand ning on erandkorras lubatav, siis tuleb lepingutes toodud informatsiooni osas asuda seisukohale, et avaliku sektori sõlmitud lepingud ei peaks olema konfidentsiaalsed. Konfidentsiaalsus on lubatud üksnes mõjuval põhjusel – ärisaladuse kaitseks, kui see on nii seaduses võimaldatud ning ärisaladus on konkreetselt määratletud.

2.3. Ärisaladus riigihankeõiguses

2.3.1. Ärisaladuse olemus

Eelnevatest peatükkidest selgus, et nii pakkumus kui ka leping võivad olla teatud juhtudel konfidentsiaalsed, kui nad sisaldavad ärisaladust või tundliku loomuga informatsiooni. Nagu ka eelnevalt välja toodud, ei anna see siiski alust tunnistada konfidentsiaalseks kogu pakkumust ja/või lepingut. Konfidentsiaalne saab olla üksnes see osa pakkumusest ja/või lepingust, mis sisaldab konfidentsiaalsena käsitletavat informatsiooni. Seega on hankijate ja pakkujate jaoks

hoopis oluline see, kuidas määrata, mis osa esitatud informatsioonist tuleb hankijal käsitleda konfidentsiaalsena.

Ärisaladuse kaitset on Euroopa Kohtu poolt tunnustatud kui Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtet²⁵⁸. Euroopa Kohus on mitmes oma lahendis toonud välja, et kui dokument sisaldab ärisaladust, tuleb seda kaitsta. Juba 24.06.1986 aasta kohtuasjas 53/85 on Euroopa Kohus leidnud, et ärisaladustele laieneb eriline kaitse²⁵⁹ ning kohtuasjas C-36/92 on leitud, et kui dokument sisaldab ärisaladust, kehtib piirang selle dokumendi kolmandale osapoolle väljaandmises²⁶⁰. Esimese Astme Kohus on proovinud piiritleda ärisaladuse mõistet ning toonud välja, et ärisaladus on teave, mille avalikustamine üldsusele või selle edastamine isikule, kellelt teave ei pärine, võib tõsiselt kahjustada teabe esitanud isiku huve²⁶¹. Ärisaladuse kaitsmise põhimõtte on Euroopa Kohtu poolt ülekantud ka riigihankeõiguse valdkonda.

Euroopa Komisjoni selgitavas teatises on komisjon andnud selgitusi konfidentsiaalsuse kohta²⁶². Seletused on antud direktiivi 2004/18/EÜ artikli 29 lg 3 põhjal, mis käsitleb pakkujate poolt konfidentsiaalse teabe käsitlemist võistleva dialoogi käigus, kuid siin saab kasutada tõlgenduse osas ka analoogiat ning sarnaselt käsitleda ka direktiivi artiklit 6, mis reguleerib üldiselt konfidentsiaalse teabe käsitlemist. Selgitav teatis ütleb, et osalejad (pakkujad) võivad konfidentsiaalsuse klauslile tugineda täiendavalt ka siseriikliku või ühenduse õiguse alusel, mis puudutab immateriaalset vara²⁶³. Arrowsmith leiab, et selline tõlgendus tekitab palju segadust ning ikkagi on selgusetu, mis info võib olla konfidentsiaalne ja mis mitte, kuna lahendused, mis võistlevas dialoogis välja pakutakse, võivad tugineda ideedele, mis ei ole intellektuaalse omandiga kaitstud²⁶⁴. Ehk kui pakutud lahendus on intellektuaalse omandiga kaitstud, ei peaks sellist lahendust enam konfidentsiaalseks pidama ning kui lahendus on avaldamata, võib seda

²⁵⁸ EKo 24.06.1986, 53/85, *AKZO Chemie BV and AKZO Chemie UK Ltd vs. Commission of the European Communities*, p 28; EKo 19.05.1994, C-36/92, *SEP vs. Komisjon*, p 37; EKo 14.02.2008, C-450/06, *Varec SA vs. Belgia riik*, p 49; EKo 29.03.2012, C-1/11, *Interseroh Scrap and Metal Trading GmbH vs. Sonderabfall-Management-Gesellschaft Rheinland-Pfalz mbH (SAM)*, p 43.

²⁵⁹ EKo 24.06.1986, 53/85, *AKZO Chemie BV and AKZO Chemie UK Ltd vs. Commission of the European Communities*, p 28.

²⁶⁰ EKo 19.05.1994, C-36/92, *SEP vs. Komisjon*, p 37.

²⁶¹ Esimese Astme Kohus 18.09.1996, T-353/94, *Postbank NV vs. Euroopa Ühenduste Komisjon*, p 87.

²⁶² Märkus: Võistleva dialoogi kontekstis.

²⁶³ European Commission. Explanatory Note – Competitive Dialogue. ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf (06.03.2014).

²⁶⁴ Arrowsmith, S. EU Public Procurement Law: An Introduction. UK: University of Nottingham 2010, p 192.

pidada ärisaladuseks. Tõesti, riigihankes võivad pakkujad pakkuda välja ka selliseid lahendusi, mis on oma olemuselt täiesti uudsed. Autor nõustub sellega, et kui selline lahendus on riigihankes välja pakutud, saab sellist osa pakkumusest pidada konfidentsiaalseks, kuid vastav põhjendus koos vajaliku analüüsiga peab tulenema pakkujalt, kes taotleb sellise lahenduse osas direktiivist tulenevat pakkumuse konfidentsiaalsust. Kui pakutud lahendus on intellektuaalse omandina kaitstud, ei ole riigihankes täiendavat konfidentsiaalsust vaja rakendada.

Ärisaladuse olemuse alusel on Eestis välja pakutud, et tinglikult võib ärisaladused jaotada kolme gruppi: esiteks ärisaladused, mis puudutavad oskusteavet (tootmisprotsessid, arvutiprogrammid, mudelid jne); teiseks ärisaladused, mis puudutavad turundustegevust (müügilepingud, hinnakalkulatsioonid, turunduskontseptsioonid, litsentsilepingud, klientide nimekirjad) ning kolmandaks ärisaladused muudes ettevõtjasisestes valdkondades (aastaruanded, kui need ei ole veel äriregistrile esitatud, pangakontol olevad vahendid, rahalised kohustused jne)²⁶⁵. Riigihankeõiguses on eelloetletust kõige sagedamini võimalik kokku puutuda infoga, mis puudutab tootmisprotsesse, arvutiprogramme, hinnakalkulatsiooni, klientide nimekirju.

Eesti õigussüsteemis ärisaladuse ning tundliku loomuga informatsiooni kohta ühene definitsioon puudub. Kuigi konkurentsiseadus ütleb, et ärisaladuseks loetakse niisugune teave ettevõtja äritegevuse kohta, mille avaldamine teistele isikutele võib selle ettevõtja huve kahjustada, eelkõige oskusteavet puudutav tehniline ja finantsteave ning teave kulude hindamise meetodika, tootmissaladuste ja -protsesside, tarneallikate, ostu-müügi mahtude, turuosade, klientide ja edasimüüjate, turundusplaanide, kulu- ja hinnastruktuuride ning müügistrateegia kohta,²⁶⁶ on Riigikohus leidnud, et vastav definitsioon on suunatud eelkõige Konkurentsiameti ametnikele, kes igapäevases töös puutuvad kokku ettevõtte poolt neile edastatud konfidentsiaalse infoga ning kellel üldjuhul ei ole õigust vastavat infot avaldada²⁶⁷. Riigikohtu arvamust toetab ka paragrahvi asukoht seaduses, kajastudes riikliku järelevalve peatükis, paragrahvi pealkiri „Ärisaladuse hoidmise kohustus“ ning ka Riigikogus algatatud eelnõu algtekst, mis sätestas ärisaladust reguleeriva paragrahvi juures, et Konkurentsiametil ei ole õigust avaldada ettevõtja nõusolekuta

²⁶⁵ Vutt, A. KarS § 377 – Sootak, J., Pikamäe, P (koost). Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. 3. täiendatud ja ümbertöötatud väljaanne. Tallinn: Juura 2009, lk 930-931.

²⁶⁶ KonkS. RT I 2001, 56, 332; RT I, 05.07.2013, 9, § 63 lg 1.

²⁶⁷ RKKKo 3-2-1-103-08, p 20 ja RKKKo 3-1-1-46-09, p 10.2.

tema ärisaladusi²⁶⁸. Kas konkurentsiseaduses olevat määratlust saaks kasutada ülddefinitsioonina ärisaladuse selgitamiseks, võiks autori arvates olla eraldiseisva uurimustöö objekt.

Mõiste „ärisaladus“ olemust on võimalik määratleda välislepingute (näiteks intellektuaalomandi õiguste kaubandusaspektide lepingu²⁶⁹ (edaspidi *TRIPS-leping*)), siseriiklike õigusaktide ja kohtupraktika kaudu. Seetõttu on Riigikohus leidnud, et ärisaladuse mõiste sisulisel määratlemisel (sh ka konkurentsiseaduses toodud ärisaladuse mõiste määratlemisel²⁷⁰) on võimalik kasutada TRIPS-lepingu artikkel 39 lõiget 2²⁷¹. TRIPS-lepingu kohaselt peab füüsilistel ja juriidilistel isikutel olema võimalus takistada nende seadusliku kontrolli all oleva teabe avaldamist teistele või selle omandamist või kasutamist teiste poolt ilma nende nõusolekuta viisil, mis on vastuolus ausate kaubandustavadega, tingimusel et: a) selline teave on saladus selles tähenduses, et see ei ole kogumis või üksikosade täpses paigutuses ja kokkupanus üldteada või kergesti kättesaadav isikutele ringkonnades, kes tavaliselt kõnesolevat laadi teabega tegelevad; b) sellel teabel on kaubanduslik väärtus tema salajasuse tõttu; c) selle teabe üle seaduslikku kontrolli omav isik on asjaoludest lähtuvalt võtnud vajalikke meetmeid, et hoida seda salajas. Riigikohus on leidnud, et konkurentsiseaduse ja TRIPS-lepingu artikkel 39 mõttes on konfidentsiaalne selline terviklik informatsioon, mida ettevõtja hoiab oma klientide ja nendega seotud hinnastrateegia kohta, kui see ei ole kogumis üldteada ega kergesti kättesaadav vastava valdkonna ettevõtjatele, mille tõttu sel teabel on kaubanduslik väärtus²⁷².

TRIPS-leping näeb ette, et füüsilistel ja juriidilistel isikutel, kes omavad tundliku sisuga infot, peab olema võimalus seda infot mitte avaldada. Antud sättest saab tuletada, et riigil tuleb seega tagada võimalus isikutel kaitsta salastatud või tundliku sisuga infot, kuid riik saab seda teha üksnes läbi selle, et kehtestab vastava seadusandliku regulatsiooni.

Riigikohus on pöördunud ärisaladuse defineerimise osas ka Saksamaa Liidukohtu praktika poole. Saksamaa Liidukohtu praktika kohaselt on ärisaladus asjaolu, mis on seotud ettevõtlusega, mida

²⁶⁸ Riigikogu. Konkurentsiseadus. Eelnõu, 2001. www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=010780003 (14.04.2014)

²⁶⁹ Intellektuaalomandi õiguste kaubandusaspektide leping. RT II 1999, 22, 123.

²⁷⁰ RKTKo 3-2-1-22-07, p 13.

²⁷¹ RKKKo 3-2-1-103-08, p 20 ja RKKKo 3-1-1-46-09, p 10.2.

²⁷² RKTKo 3-2-1-22-07, p 13.

teab piiratud ring isikuid ja mille saladuses hoidmise tahe ettevõtja poolt peab olema kas dokumenteeritud või vähemalt selgelt äratuntav²⁷³.

Eelnevalt toodud tõlgendustele tuginedes on Riigikohus nõustunud, et „tarneallikaid puudutavad andmed võivad teatud juhul olla ärisaladusena kaitstavad. Selleks peavad andmed vastama TRIPS-lepingus toodud kriteeriumitele. Näiteks võib ärisaladuseks olla info ettevõtja salajaste tarneallikate kohta, samuti informatsioon erinevate varustajate müügihindadest ja kaupade kvaliteedist, kui see pole üldiselt kättesaadav. Kättesaadavaks võib lugeda ka teavet kaupade ja nende hindade kohta juhul, kui selleks on vaja pöörduda vastava varustaja poole ning see ei ole ülemäära keeruline“²⁷⁴. Seega ei saa näiteks iga tarneallikas või varustaja müügihind olla kaitstud ärisaladusega, kui eelnimetatud info on üldiselt kättesaadav ja teada.

Harju Maakohus, tuginedes TRIPS-lepingule ja Riigikohtu tõlgendustele, on ärisaladust defineerinud järgmiselt: „/.../ ärisaladus on teave, mis peab vastama järgmistele tingimustele: 1) asjaomane teave on seotud ettevõtlusega; 2) see ei ole üldteada ega kergesti kättesaadav; 3) sel on kaubanduslik väärtus tema salajasuse tõttu; 4) on rakendatud meetmed teabe saladuses hoidmiseks; 5) teabe avaldamine võib panna konkurendi eelisolukorda“²⁷⁵.

Ärisaladuse tõlgendamisele võib autori arvates läheneda ka ametisaladuse tõlgendamise kaudu. Esimese Astme Kohus on andnud hinnangu teabele, mida tuleb käsitleda ametisaladusena. Nimelt on lahendis T-198/03 välja toodud, et „selleks et informatsioon oleks oma laadilt ametisaladus, on eelkõige vajalik, et informatsioon oleks teada piiratud arvule isikutele. Lisaks peab olema tegemist informatsiooniga, mille avalikustamine võib põhjustada olulist kahju informatsiooni esitanud isikule või kolmandatele isikutele. Lõpuks on vajalik, et huvid, mida võidakse informatsiooni avalikustamisega kahjustada, on objektiivselt kaitstavad“²⁷⁶. Autor ei välista, et samasugust analoogiat hindamise osas on võimalik kasutada ka ärisaladuse tõlgendamise suhtes. Kehtivad ju ärisaladuse juures samuti järgmised kriteeriumid: 1) informatsioon on teada piiratud arvule isikutele; 2) informatsiooni avalikustamine võib põhjustada olulist kahju ning 3) võimalik kahjustatav huvi on objektiivselt kaitstav.

²⁷³ RKKKo 3-2-1-103-08, p 20 ja RKKKo 3-1-1-46-09, p 10.2.

²⁷⁴ RKKKo 3-1-1-46-09, p 10.3.

²⁷⁵ HMKo 2-13-48064, p 15.

²⁷⁶ Esimese Astme Kohus 30.05.2006, T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt AG vs. Euroopa Ühenduste Komisjon*, p 71.

Kuna ka riigihankeõiguses on võimalik kokku puutada konfidentsiaalse infoga, siis riigihankeõiguse kontekstis tuleb vastava regulatsiooni osas pöörduda RHS-i poole. RHS § 43 lõige 4 sätestab, et pakkumus on konfidentsiaalne ning et pakkumuses sisalduvat teavet võib avalikustada üksnes käesolevas seaduses sätestatud juhtudel ja ulatuses. Töö eelnevates osades on jõutud järeldusele, et Eesti ja Euroopa Liidu õigussüsteemis prevaleerib läbipaistvus ja avalikustamine ning teabele juurdepääsu piiramine peab olema pigem erand. Eestis on autori arvates liiga laiaulatuslikult võimaldatud tunnistada pakkumus tervikuna konfidentsiaalseks ning vastav RHS säte on vastuolus direktiivis kehtestatud. Eesti kohtud tuginevad sarnaselt VAKO-le lihtsalt asjaolule, et RHS võimaldab tunnistada pakkumuse konfidentsiaalseks. Olukorras, kus hankija lasi pakkujal esitada selgitused põhjendamatult madala hinna kontrollimiseks, asus Tallinna Halduskohus kohtuasjas nr 3-12-971 arvamusele, et selgitusena esitatud andmed on konfidentsiaalsed²⁷⁷. Kohus on tuginenud vastava info osas RHS § 43 lõikele 4 ning sellele, et isik oli andmete kohta nii öelnud. Samas on antud lahendis halduskohus tuginenud Euroopa Kohtu otsusele asjas C-450/06, mille kohaselt peab enne informatsiooni teisele vaidluse poolele avaldamist andma asjaomasele ettevõtjale võimaluse kaitsta seda informatsiooni või ärisaladuse konfidentsiaalsust²⁷⁸. Kohus on pidanud vajalikuks, et isiku käest on üle küsitud andmete avaldamise lubatavus. Kolmas isik on hankijale edastatud selgituses piiritlenud kõnealused andmed ärisaladusena²⁷⁹. Sisuline analüüs andmete konfidentsiaalsena käsitlemisena puudub. Tuues võrdluse kohtumenetlusega, on leitud, et istungi kinniseks kuulutamiseks ei piisa lihtsalt sellest, et mingi ärisaladus võib avalikuks saada²⁸⁰. Vastav põhimõte riigihankeõiguses hetkel ei kehti.

On selge, et ärisaladuse kaitse riigihanke menetluses on õigustatud nii kaua, kuni on tagatud aus konkurents. Euroopa Kohus on leidnud, et ausa konkurentsi tagamine riigihankemenetluses kujutab endast olulist avalikku huvi, mille kaitsmise eesmärgil võib teatud juhtudel osutada vajalikuks jätta pooltele esitamata teatud informatsioon, et kaitsta kolmandate isikute põhiõigusi või olulist avalikku huvi²⁸¹. Ainult teatud juhtudel võib jätta info avaldamata. Konfidentsiaalseks

²⁷⁷ TlnHKO 3-12-971, p 33-36.

²⁷⁸ *Ibid.*, p 36.

²⁷⁹ *Ibid.*, p 36.

²⁸⁰ Lõhmus, A. Ärisaladus pole kinniseks istungiks piisav põhjus, 2008. www.postimees.ee/45695/arisaladus-pole-kinniseks-istungiks-piisav-pohjus (27.04.2014).

²⁸¹ EKO 14.02.2008, C-450/06, *Varec SA vs. Belgia riik*, p 47 ja 50.

peaks saada tunnistada üksnes tõelist ärisaladust, mis vastab järgmises alapeatükis esitatud konfidentsiaalsuse testile.

Probleemiks on, et ärisaladuse mõiste selge ja ühene määratlus on kehtivas õigussüsteemis selgelt piiritlemata. On välja pakutud, et mõiste tõlgendamisel peaks lähtuma nii subjektiivsest kui ka objektiivsest küljest²⁸². Subjektiivne pool tõendaks, et info on teabevaldaja poolt konkreetselt määratletud ning kaitstud ning teave ei ole avalikkusele teada, samas kui objektiivne pool tõendaks, et teave on väärtuslik või selle avaldamine tooks kaasa teabe valdajale kahju²⁸³. On leitud, et õigusaktides peaks sisalduma ühtne ärisaladuse mõiste, et ära hoida selle sisutust ning hajumist²⁸⁴ ning mis võimaldab seda kasutada horisontaalselt kogu seadusandluses²⁸⁵. Ärisaladuse mõiste tõlgenduse osas tuleb seni lähtuda Riigikohtu poolt antud juhistest ning tuge otsida konkurentsiseadusest ning TRIPS-lepingu artikli 39 lõikes 2 toodud definitsioonist. Autor nõustub seisukohaga, et õigusaktides peaks sisalduma ühtne ärisaladuse mõiste. Selleks on vaja kaardistada kõik valdkonnad, kus ärisaladus eksisteerib ning seda kasutatakse ja selle põhjal teha analüüs konkreetse mõiste määratlemiseks. Teema on aktuaalne, et kirjutada sellest eraldiseisev teadustöö.

2.3.2. Konfidentsiaalsuse test

Avalikul sektoril on oluline määrata eelmises peatükis kirjeldatud ärisaladuse kriteeriumite praktiline rakendamine ja tõlgendamine. On vajalik, et nii teabe esitanud pool, kui ka teabe saanud pool kriteeriume kasutades jõuaksid samadele järeldustele esitatud info osas (kas tegemist on ärisaladusega või ei ole). Autori arvates on võimalik leida praktiline lahendus pakkumuste ja hankelepingute konfidentsiaalsuse määramisele ärisaladuse kontekstis. Hankijad ei peaks koheselt nõustuma pakkuja väitega, et esitatud info on konfidentsiaalne, kuna sisaldab ärisaladust või muud tundliku sisuga infot. Tuvastamaks, kas tegemist on ärisaladusega, on ühe võimalusena võimalik kasutada konfidentsiaalsuse testi, mida hankijad peaksid rakendama, enne

²⁸² Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M. A. Access to the content of public procurement contracts: the case for a general EU-law duty of disclosure – P.P.L.R. 2013/4, p 159.

²⁸³ *Ibid.*, p 159.

²⁸⁴ Kalmet, T. Tööstusomandi õiguse kodifitseerimise väljavaated. *Juridica* 2012, nr VII, lk 489.

²⁸⁵ Bronckers, M., McNelis, N. Is the EU obliged to improve the protection of trade secrets? An inquiry into TRIPS, the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights – E.I.P.R. 2012/34(10), p 683.

kui nõustuvad info salajaseks tunnistama. Autor on võtnud käesoleva testi koostamise aluseks peatüki 2.3.1. lõpus esitatud subjektiivsed ja objektiivsed asjaolud ning Austraalia valitsuse välja töötatud testi²⁸⁶, kuna Austraalia valitsuse välja töötatud testi sisu sobib rakendamiseks ka Euroopa Liidu õiguse sh Eesti õiguse kontekstis ning sobib ka Riigikohtu tõlgendusega ärisaladusest. Näiteks peab eksisteerima õiguslik põhjus ja põhjendus, et dokumenti või osa sellest saaks konfidentsiaalseks tunnistada; infot, mida soovitakse kaitsta, teab üksnes piiratud ring isikuid ning et info avalikustamine toob teabe valdajale kaasa kahju. Testi rakendamise eelduseks on, et RHS-i kohaselt on pakkumus avalik. Autori hinnangul on seaduseandjal pakkumuste avalikkuse kehtestamiseks kaks võimalust. Üks võimalus on, et pakkumus on avalik alates pakkumuste avamisest. Teine variant oleks, et pakkumus on avalik alates esimese otsuse tegemist, mis puudutab pakkumuste vastavust. Mõlemad variandid võimaldavad testi rakendada.

Test koosneb viiest kriteeriumist. Testi esimene kriteerium on, et informatsioon, mida tuleb kaitsta, on selgelt määratletud. Konkreetne määratlemine on subjektiivse külje üks asjaolu ehk eelduseks on, et ettevõtja ise on vastava teabe määratlenud ärisaladusena. Täpne määratlemine on vajalik ka seetõttu, nagu eelnevalt välja toodud, et pakkuja ise mõtleks hoolikalt läbi, mis esitatud infost on konfidentsiaalne ning teiseks seetõttu, et hankija saaks kogumis hinnata, kas väljatoodud infole saab kohaldada konfidentsiaalsuse klauslit. Eelnevalt toodud Saksamaa Liidukohtu praktika kohaselt on ärisaladuse määratlemist peetud oluliseks. Selle kohaselt peab saladuses hoidmise tahe ettevõtja poolt olema kas dokumenteeritud või vähemalt selgelt äratuntav. Eesti konkurentsiseadus näeb samuti ette, et aktiivsuskohustus ärisaladuse määratlemisel on ettevõtjal endal. Konkurentsiseaduse § 63 lõige 2 sätestab, et ettevõtja määrab kindlaks ja märgib ära teabe, mida ta põhjendatult loeb oma ärisaladuseks. AKI on samuti väljendanud, et ärisaladuse selge määratlemise osas peab aktiivsus olema ettevõtjapoolne ning asutus peaks AvTS-i § 35 lg 1 punkti 17 kohaldama omal algatusel vaid siis, kui ärisaladuse sisaldumine dokumendis on täiesti ilmne²⁸⁷. Testi esimese kriteeriumi rakendamisel peab vastav kohustus jääma siiski pakkuja kanda, kuna riigihangetes võib hankija kokku puutuda väga spetsiifilist liiki teabega, millest hankija ei pruugi välja lugeda ärisaladuse puudumist või olemasolu.

²⁸⁶ Australian Government. Department of Finance and Administration. Guidance on Confidentiality in Procurement, 2007. www.finance.gov.au/archive/archive-of-publications/fmg-series/03-guidance-on-confidentiality-in-procurement.html (06.04.2014).

²⁸⁷ Andmekaitse Inspeksioon. Avaliku teabe seaduse üldjuhend, 2010. www.aki.ee/et/avalik-teave/juhised (08.04.2014).

Kui pakkuja on määratlenud siiski terve pakkumuse ärisaladusena, peaks testi esimene kriteerium saama automaatselt eitava tulemuse ning teave tuleks avalikustada. Antud asjaolu negatiivne külge on see, et kui pakkumus siiski sisaldas ärisaladust, saab see avalikuks. Negatiivset külge saaks ära hoida sellega, et hankijad panevad hankedokumentidega kaasa konfidentsiaalsuse testi, mis on pakkujal kohustuslik pakkumuses esineva ärisaladuse olemasolu korral koos pakkumusega täidetud ja argumenteeritud kujul esitada.

Teine kriteerium on, et info, mida soovitakse kaitsta, peab olema äriliselt tundlik ehk info ei ole üldiselt teistele teada või kindlaks määratav. Tegemist on subjektiivse külje teise asjaoluga, mille kohaselt teave ei ole avalikkusele teada. Teine kriteerium tähendab seega, et info ei ole osapooltele juba avalikult kättesaadav ning pakkuja peab tõendama, et eksisteerib objektiivne põhjus teavet konfidentsiaalsena käsitleda ning et info on tundlik. Kuigi praktikas võib pakkujal olla keeruline tõestada, et keegi teine veel ei tea seda, läheb antud kriteerium kokku ka TRIPS-lepingu ja Riigikohtu tõlgendusega, mille kohaselt info ei ole üldteada või kergesti kättesaadav isikutele ringkondades, kes tavaliselt kõnesolevat laadi teabega tegelevad ning ettevõtja poolt teab vastavat infot ainult piiratud ring isikuid. Ettevõtja käitumisest nähtub sellisel juhul kindel soov, et info säiliks konfidentsiaalsena, et tal säiliks ärisaladuse tulemusena teatav eelis teiste ettevõtjate ees, kes konkureerivad samas turusegmenendis.

Kolmas kriteerium sätestab, et teabe avalikustamine tooks teabe valdajale ebamõistliku kahju. Tegemist on ärisaladuse objektiivse kriteeriumiga, mille kohaselt ärisaladusena kaitstav teave on väärtuslik või selle avaldamine tooks kaasa teabe valdajale kahju. Kolmanda kriteeriumi täitmiseks peab eksisteerima reaalne risk, et teabe avalikustamine tooks endaga kaasa põhjendamata kahju. TRIPS-leping näeb ärisaladuse määratlemise ühe kriteeriumina, et konfidentsiaalsena hoitava teabel on kaubanduslik väärtus tema salajasuse tõttu. Teabe avaldamisel saavad vastavale infole ligi ka teised ettevõtjad, kes võivad hakata nõ kopeerima meetodeid, mis hetkel annavad eelise ühele ettevõttele ning seetõttu kannataks teabe valdaja olulist kahju.

Esimese kuni kolmanda kriteeriumi puhul on oluline, et pakkuja esitaks vastavad põhjendused kriteeriumi nõuete täitmise kohta kohe koos pakkumusega (nagu esimese kriteeriumi juures välja pakutud), et hankijal oleks vajaduse korral võimalik koheselt tegutseda, et kaitsta ärisaladust.

Ehk initsiatiiv ärisaladuse kaitsmiseks peab olema pakkujapoolne. Vastav põhimõte kehtib ka kohtumenetluses, kus algatus kohtumenetluse kinniseks tunnistamiseks ärisaladuse kaitseks, peab tulema isikult, kes vastavat kaitset rakendada soovib²⁸⁸. Esimesest kuni kolmanda kriteeriumini saab kaaluda kahe rakendamismeetodi vahel ning nende valik sõltub sellest, millise lähenemise Eesti seadusandja pakkumuste avalikustamise osas kasutusele võtab. Kui muudetakse RHS-i ning pakkumused saavad kohe algusest peale avalikud olema, on vajalik, et pakkuja esitaks vastavad selgitused kriteeriumite kohta kohe koos pakkumusega. Selline valik toob pakkujatele kaasa lisakoormuse. Kui RHS-i muutmisel otsustatakse, et üksnes eduka pakkuja pakkumus on avalik, siis saab hankija vastavad põhjendused lasta esitada edukal pakkujal vahetult peale edukaks tunnistamist. Töö autor pooldab lähenemist, kus kõik pakkumused on avalikud ning esimese kuni kolmanda kriteeriumi kohta esitavad selgituse kõik pakkujad (eeldusel, et pakkujal oli vajalik ärisaladuse olemasolu tõttu selgitus esitada). Selline lähenemine on selgem ja konkreetsem, aidates ennetada võimalikke ebakõlasid hankija ja pakkujate vahel.

Neljas kriteerium näeb ette, et teave esitati teadmises, et seda ei avalikustata ning teave jääb konfidentsiaalseks. Pakkujal võib selline arusaam tekkida juhul, kui hankija on näiteks hankedokumentides toonud välja, et pakkujad peavad pakkumuses täpselt ära määratlema, kas pakkumus sisaldab konfidentsiaalset teavet või kui hankija on lepingutingimustes ettenäinud, et pakkuja esitatud konfidentsiaalset teavet käsitletakse ka lepingu kontekstis konfidentsiaalsena. Kui hankedokumentides selliseid tingimusi ei ole, peaks pakkuja vastava selgitustaotlusega pöörduma hankija poole, saamaks selgust, kas salajast teavet hoitakse konfidentsiaalsena. Kui dokumentides vastavad klauslid puuduvad, ei peaks pakkuja hankijapoolse konfidentsiaalsuskohustusega arvestama. Eesti praktikas vajab neljas kriteerium kindlasti olulist muutust ka hankija käitumises. Hankijad peaksid hankedokumente ja lepingu projekte ette valmistades oluliselt hoolikamalt mõtlema läbi, kas pakkujal võib tekkida vajadus konfidentsiaalse teabe esitamiseks ning vastavalt jõutud järeldustele vajadusel nägema ette kas konfidentsiaalsusklauslid hankedokumentidesse ja lepingutesse või selgelt tooma välja, et hankija antud ostu juures ei pea vajalikuks, et pakkujad esitavad konfidentsiaalset teavet ning seetõttu, kui pakkujad siiski sellise info esitavad, ei taga hankija selle salajasena hoidmist.

²⁸⁸ Kergandberg, E. PS § 24 – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Kolmas, täiendatud väljaanne. Tallinn: Juura 2012, lk 324.

Viies kriteerium oleks avaliku huvi ja ärisaladuse kaitse tasakaalustamine. Isegi kui eelnevalt nimetatud kriteeriumite põhjal on tegemist teabega, mis vajab kaitset, tuleb siiski hinnata, kas avalik huvi ei kaalu ärisaladuse kaitset üle. Kui hankija jõuab järeldusele, et avalik huvi kaalub ärisaladuse kaitset üle, tuleks anda pakkujale täiendav võimalus selgitada, kuidas ärisaladuse kaitse hoidmise vajadus kaalub üle avaliku huvi²⁸⁹. Osapooltel tuleb arvestada, et õigus teabe konfidentsiaalsena kohtlemisele ei ole absoluutne²⁹⁰.

Hankija peab igal juhul arvestama, et testi tuleb rakendada nõ *case-by-case* ning igakordselt tuleb kaaluda kõiki kriteeriume. Kui mõni kriteeriumitest ei ole täidetud, tuleb info avalikustada. Testi rakendamine aitaks hankijate ja ka pakkujate hulgas kujundada ja ühtlustada praktikaid ning aitaks kaasa vastastikkuse usalduse tekkimisele. Testi rakendamise osas võiks kaaluda võimalusi, et hankija paneks selle alati hanke alusdokumentidega kaasa või e-hanke puhul tuleks vastav test riigihangete registris automaatselt kaasa. Testi kirjeldus tabeli kujul on toodud lisa 1.

Arvestades, et ärisaladuse mõiste riigihangete kontekstis on määratlemata õigusmõiste, on Eesti riigihanke õigussüsteemis otstarbekas lähtuda Riigikohtu käsitlest ärisaladuse mõiste sisustamisel ning konfidentsiaalsuse testi rakendades. Nagu ka eelnevalt toodud, on Riigikohus pidanud ärisaladuseks eelkõige sellist infot, mis ei ole teistele osapooltele üldteada ning vastavas valdkonnas tegutsejatele kergesti kättesaadav ja omab seetõttu kaubanduslikku väärtust. Ärisaladuse määratlemisel on oluline, et pakkuja kaardistaks esmalt ettevõtte tasandil, mis tema ettevõttes on ärisaladus ning kuulub konfidentsiaalse info alla ning mis ei ole. Võimalusel tuleks pakkujal vältida sellise info esitamist koos pakkumusega. Kui pakkujal on pakkumuse koostades siiski vajadus sellise info esitamiseks, peaks ta selgelt juba pakkumuses ära näitama, mis osa pakkumusest sisaldab ärisaladust ning samuti selgitama hankijale, mis põhjusel antud informatsioon on ärisaladus. Selline lahendus võimaldab ka hankijatel korrektselt konfidentsiaalsuse testi rakendada ning vajadusel avaldada pakkumused osas, mis ei sisalda konfidentsiaalset infot.

²⁸⁹ Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M. A. Ärisaladuse kaitse ja hankelepingute avalikustamise nõue riigihankeõiguses. *Juridica* 2013, nr IX, lk 663.

²⁹⁰ Kohtujurist E. Sharpston 25.10.2007 ettepanek kohtuasjas C-450/06, *Varec SA vs. Belgia riik*, p 46.

Kokkuvõte

Magistritöö üheks eesmärgiks oli uurida läbipaistvuse põhimõtte elluviimist avalikus halduses ja riigihankeõiguses ning sellest tulenevalt oli töö esimese osa probleempüstituseks, et läbipaistvus on nii avaliku halduse kui ka riigihankeõiguse lähtekoht. Selleks analüüsiti erinevaid läbipaistvuse põhimõtte käsitusi avalikus halduses – OECD, Euroopa Liidu, Euroopa Liidu Kohtu kohtulahendite, Soome, Läti, Ühendkuningriikide ja Eesti õiguse varal. Riigihankeõiguse läbipaistvuse põhimõtet analüüsiti Maailma Kaubandusorganisatsiooni GPA-lepingu, OECD, Euroopa Liidu õiguse (direktiivide), Euroopa Liidu Kohtu ja Eesti õiguse varal.

Võrdlevast analüüsist selgus läbipaistvuse põhimõtte kaalukus. Nii avalikus halduses kui riigihankeõiguses on läbipaistvuse põhimõtet järgides võimalik saavutada osapoolte vastastikune usaldus. Selleks tagatakse läbipaistvuse põhimõtte abil ligipääs teabele ja dokumentidele, et tagada avaliku halduse ja riigihankes tehtavate toimingute arusaadavus ning kontrollitavus, negatiivsete otsuste korral lisatakse neile põhjendus, edendatakse avaliku halduse aktiivsuskohustust teabe andmisel. Teisisõnu, läbipaistvuse põhimõtte elluviimist tagatakse eelkõige teabele ligipääsu tagamise kaudu, võimaldades avalikkusel kontrollida ja jälgida avaliku võimu teostamist. Läbipaistvuse rakendamine avalikus halduses ja riigihankeõiguses on vajalik, et tagada dialoog ja võrdsus riigiasutuste ja isikute, hankijate ja pakkujate vahel ning seeläbi tagatakse ka üldsuse õigus olla informeeritud avaliku halduse tegevustest ja otsustest.

Analüüsist selgus ka see, et teatud juhtudel võib osutada vajalikuks piirata läbipaistvuse põhimõtet. Tuleb arvestada asjaoluga, et info ja dokumentide avalikkusele ja juurdepääsu tagamisele kehtivad erandid, mil teabe olemusest tulenevalt kaalub konfidentsiaalsus üles avaliku huvi. Avalikus halduses on erandid eelkõige hõlmatud riikliku julgeolekuga, rahvusvaheliste suhetega, eraelu - ja isikupuutumatusesega, ärihuvidega, kohtumenetluse ja õigusemõistmisega. Riigihankeõiguses on eranditeks tehnilise- ja ärisaladuse kaitse.

Esimese peatüki kokkuvõttes asub autor seisukohale, et erandite tegemine saab olla võimalik vaid põhjendatud juhtudel, kuna läbipaistvuse näol on tegemist nii avaliku halduse kui ka riigihankeõiguse aluspõhimõttega. Olukorras, kus avalik haldus peab tegema erandi läbipaistvuse põhimõtte piiramisel, on oluline leida vastanduvate huvide vahel tasakaal. Oluline on

tasakaalustada läbipaistvuse põhimõtet ja sellest lubatud erandite tegemist. Arvestades, et läbipaistvuse põhimõtte on pidevalt ajas arenev kontseptsioon, liikudes järjest suurema avalikustamise suunas, kaalub läbipaistvuse tagamine üha enam üles erandite rakendamise. Seega on probleemipüstituse ja sellega seotud analüüsi tulemuseks, et läbipaistvus on nii avaliku halduse kui ka riigihankeõiguse oluline lähtekoht.

Töö teises peatükis analüüsiti pakkumuste ja hankelepingute konfidentsiaalsust. Uurimisprobleemiks oli püstitatud, kas pakkumuste ja hankelepingute konfidentsiaalsus on vajalik ning kas konfidentsiaalsus takistab läbipaistvuse põhimõtte elluviimist. Uurimisprobleemi lahendamiseks teostati võrdlev analüüs Euroopa Liidu direktiivide, Euroopa Liidu Kohtu kohtulahendite, Soome, Läti, Leedu, Ühendkuningriikide ja Eesti õiguse ning Eesti kohtulahendite varal. Analüüsis arvestati ka õigusosalases kirjanduses kajastatud seisukohtadega.

Pakkumuste konfidentsiaalsuse osas jõudis autor järeldusele, et RHS-is on kehtestatud oluliselt rangem regulatsioon, kui seda võimaldavad riigihangete direktiivid (nii äsja kehtivuse kaotanud direktiiv 2004/18/EÜ, kui ka uus direktiiv 2014/24/EL) ning Euroopa Liidu Kohtu kohtupraktika. RHS § 43 lõike 4 kohaselt on pakkumus konfidentsiaalne. Riigihangete direktiivide kohaselt aga ei avalikusta avaliku sektori hankija talle ettevõtjate edastatud konfidentsiaalsena märgitud teavet, sh tehnika- või ärialaseid saladusi ja pakkumuste konfidentsiaalseid aspekte. RHS-i ja direktiivide vastuolu võimaldaks ületada kooskõlaline tõlgendamine, kui Eesti riik ei ole seda pakkumuste osas rakendanud. Samuti töös analüüsitud liikmesriikides on pakkumuste konfidentsiaalsus oluliselt väiksema ulatusega kui Eestis. Võrreldud riikides ei ole üheski pakkumus konfidentsiaalne, vaid konfidentsiaalsena tuleb käsitleda üksnes kitsalt tehnilist- või ärisaladust puudutavaid aspekte. Küll aga on riigiti erinev, mis hetkel pakkumus kõikidele osapooltele kättesaadavaks tehakse. Näiteks Soomes tehakse pakkumus kättesaadavaks peale lepingu sõlmimist, samas on Leedus pakkumus avalik alates selle avamisest.

Kuna Eesti on RHS-is sätestanud, et pakkumus tervikuna on konfidentsiaalne, lähtub ka kogu Eesti kohtupraktika ning vaidlustuskomisjoni praktika sellest. Kuigi Riigikohus on järeldanud, et Eesti õigust tuleb tõlgendada kooskõlas Euroopa Liidu direktiivide ja Euroopa Liidu Kohtu kohtupraktikaga, ei ole pakkumuste avaliku olemuse osas sellest seisukohast lähtunud. Sellest tulenevalt teeb töö autor ettepaneku muuta RHS-i, nii et see oleks kooskõlas direktiivides

sätestatuga. Seadusandja otsustada jääb pakkumuste avalikustamise hetk – kas pakkumused on avalikud kohe peale pakkumuste avamist või peale pakkumuse vastavaks tunnistamist. Töö autor pooldab viimast varianti, sest alles sellest hetkest võib tekkida konkurentidel reaalne ja õigustatud vajadus oma huvide kaitseks tutvuda pakkumustega. Üldsuse huvi pakkumusega tutvuda tekib üldjuhul siis, kui on edukas pakkumus välja valitud. Selle lahendusega on autori hinnangul tagatud ka üldsuse ligipääs edukale pakkumusele. Kuni seaduse muutmiseni tuleks aga rakendada kooskõlalist tõlgendamist.

Töös käsitleti eraldi ka lepingute avalikkust. Selles osas on töös jõutud tulemusele, et vajalik on suurem avalikustamine, et tagada hankelepingute täitmise kontroll, keelatud otselepingute sõlmimine ja keelatud lepingumuudatuste tegemine. Lepingute avalikustamiseks eksisteerib üldine kaalukas avalik huvi rahaliste vahendite kasutamise läbipaistvuse tagamiseks. Pakkumuste ja lepingute avalikustamine kannab endas eesmärki, lisaks üldsuse kontrollile, tagada efektiivne õiguskaitsevahendite rakendamine.

Pakkumuste ja hankelepingute avalikkuse suhtes on jõutud järeldusele, et nende avalikustamine on vajalik, kuid tuleb arvestada, et nii pakkumus kui ka hankeleping võivad sisaldada konfidentsiaalset teavet, mis vajab kaitsmist. Vastav kaitset vajav konfidentsiaalne teave on üldjuhul tehniline- või ärisaladus. Autori arvates tuleb ärisaladust käsitleda konfidentsiaalsena üksnes seal, kus tegemist on konfidentsiaalset kaitset vajava teabega. Analüüsi põhjal nendib autor, et ärisaladuse ühtne ja selge definitsioon aitaks oluliselt ära hoida hetkel tekkivaid arusaamatusi.

Püstitatud uurimusprobleemi osas on autor seisukohal, et pakkumuste ja hankelepingute konfidentsiaalsus võib olla teatud juhtudel vajalik, kuid kindlasti mitte ulatuses, kus pakkumustele ja hankelepingutele ligipääs üleüldse puudub. Konfidentsiaalsus on vajalik sel määral, et tagada tõelise tehnilise- või ärisaladuse kaitse. Konfidentsiaalsus takistab läbipaistvuse põhimõtte elluviimist, kui seda tõlgendatakse liiga laiaulatuslikult. Kui teabe konfidentsiaalsena määratlemine on kooskõlas avaliku huviga, siis see ei takista läbipaistvuse põhimõtte elluviimist ning aitab kaasa avatud konkurentsi suurenemisele ning tehnilisele arengule.

Eelnevast tulenevalt leiab kinnitust töö sissejuhatuses seatud hüpotees, et pakkumuste ja hankelepingute konfidentsiaalsuse lai tõlgendamine hankijate poolt takistab suuremal määral

riigihankeõiguse läbipaistvuse põhimõtte järgimist. Eestis kehtiv regulatsioon ei ole kooskõlas riigihanke direktiividega.

Konfidentsiaalse teabe paremaks piiritlemiseks (nii hankijate kui pakkujate jaoks) ja kaitsmiseks on töös välja pakutud kaks lahendust: infovoliniku ametikoha loomine ning konfidentsiaalsuse testi kasutamine. Mõlemad lahendused lähtuvad pakkumuste avalikustamise eeldusest (RHS-i muutmise vajadusest). Infovoliniku ametikoht on eelkõige sobilik seoses vaidlustega, mis puudutab lepingute avalikustamist, kuid välistatud ei ole ka pakkumuste avalikustamise vaidlusega infovoliniku poole pöördumine. Konfidentsiaalsuse test sobib kasutamiseks riigihanke menetluses. Konfidentsiaalsuse testi saab mugandatud kujul kasutada ka muudes valdkondades, kus on vajalik konfidentsiaalse teabe piiritlemine. Alljärgnevalt on välja toodud pakutud lahenduste kontseptsioon.

Infovolinikul peaks olema kaks peamist ülesannet. Esimesega nendest aitab infovolinik kujundada hankijate ja pakkujate seas ühtset praktikat selle kohta, mis informatsioon seoses riigihangete läbiviimisega kuulub avaldamisele ning millist informatsiooni tuleb käsitleda konfidentsiaalse teabena. Tegemist on eelkõige nõustamisfunktsiooniga. Teine ülesanne oleks õiguslikult siduvate otsuste andmine seoses hankelepingute ja pakkumuste avalikustamise või avalikustamata jätmisega. Hankijate- ja pakkujatepoolne kasu seisneks ühtse tõlgenduse ja praktika kujundamises, tekib konkreetne koht, kuhu vastava info saamiseks pöörduda. Lisaks saabuks mõlemapoolne selgus avalikustamise ja avalikustamata jätmise kriteeriumite vahel.

Ärisaladuse tuvastamiseks nii pakkumustes, kui hankelepingutes võib kasutada töös välja pakutud konfidentsiaalsuse testi. Test koosneb viiest kriteeriumist, mida tuleb igakordselt kasutada asjaolude põhisel. Testi esimese, teise ja kolmanda kriteeriumi rakendamisel on aktiivsuskohustus pandud pakkujatele. See tähendab, et pakkujatel lasub nende kriteeriumite osas põhjendamise ja argumenteerimise kohustus. Testi esimene kriteerium on, et informatsioon, mida tuleb kaitsta, on selgelt määratletud. Testi teine kriteerium on, et info peab olema äriselt tundlik ehk info ei ole üldiselt teistele teada või kindlaks määratav. Testi kolmas kriteerium näeb ette, et teabe avalikustamine tooks teabe valdajale ebamõistliku kahju. Kõik kolm kriteeriumi on seotud pakkuja esitatava infoga ning pakkuja peab seetõttu suutma ära määrata, milline tema esitatud teave on konfidentsiaalne ning millistel põhjustel. Vastav argumentatsioon tuleb esitada pakkujal, et hankija saaks vajadusel pakkuja äriselt tundlikku informatsiooni kaitsta.

Testi neljanda kriteeriumi osas peab oma hinnangu andma samuti eelkõige pakkuja, kuna neljas kriteerium on seotud teadmise ja teabe avalikustamisega, et teave on esitatud arusaamas, et seda ei avalikustata ning teave jääb konfidentsiaalseks. Antud kriteerium eeldab ka hankijatepoolset tegutsemist. Hankijad peavad hankedokumente ja lepingu projekte ette valmistades oluliselt hoolikamalt mõtlema läbi, kas pakkujal võib tekkida vajadus konfidentsiaalse teabe esitamiseks ning vastavalt jõutud järeldustele vajadusel nägema ette, kas konfidentsiaalsusklauslid hankedokumentidesse ja lepingutesse või selgelt tooma välja, et hankija antud ostu juures ei pea vajalikuks, et pakkujad esitavad konfidentsiaalset teavet. Juhul kui pakkuja sellise info esitab, ei taga hankija selle salajasena hoidmist.

Viies kriteerium on kõige olulisem. Isegi kui eelmise nelja kriteeriumi tulemusel on tegemist konfidentsiaalse teabega, siis viienda kriteeriumi rakendamine võib tulemust muuta. Viies kriteerium on seotud avaliku huvi ja ärisaladuse kaitse tasakaalustamisega. Viienda kriteeriumi raames tuleb hinnata, kas avalik huvi ei kaalu ärisaladuse kaitset üles. Kui avalik huvi kaalub üles ärisaladuse kaitse, tuleb igal juhul ärisaladuse kaitset taotlenud isikule anda võimalus oma seisukohti täiendada ning sellest lähtuvalt teha lõplik otsus teabe avalikustamiseks või avalikustamata jätmiseks. Õigus teabe konfidentsiaalsena kohtlemiseks ei ole absoluutne ning kui avalikust huvist tulenevalt on põhjendatud teabe avalikustamine, tuleb vastavalt ka käituda.

Antud töö seisukohalt on uudne ettepanek infovoliniku ametikoha loomiseks ning konfidentsiaalsuse testi rakendamiseks. Autori teada ei ole Eestis varasemalt selliseid ettepanekuid tehtud ja arutatud. Seadusandluse kohapealt on tuvastatud RHS-i vastuolu riigihanke direktiividega, mistõttu on vajalik RHS-i muutmise ning/või vastava infoga arvestamine ka uues väljatöötatavas riigihangete seaduses.

Riigihankeõiguse läbipaistvuse põhimõtet on võimalik edasi uurida majanduslikust aspektist, kuna töös oli toodud õigusteadlaste arvamusi, mille kohaselt liigne avalikustamine viib konkurentsi riigihankest. Tööd on võimalik edasi arendada ka ärisaladuse osas leidmaks ühest mõistet ärisaladuse määratlemiseks. Eesti kontekstis on näiteks võimalik uurida, kas KonkS-is toodud ärisaladuse definitsiooni saaks kasutada ka üldisena kõikides õigusharudes, sh riigihankeõiguses.

CONFIDENTIALITY IN PUBLIC PROCUREMENT LAW

Abstract

One of the objectives of this Master's thesis was to study the application of the principle of transparency in public administration and public procurement law, and due to that one of the problems posed was the question whether transparency is the starting point for public administration and public procurement law. For that purpose, different theories of the principle of transparency in public administration were analysed on the basis of the rulings of the OECD, European Union, European Court of Justice as well as legislation of Finland, Latvia, the United Kingdom and Estonia. The principle of transparency of the public procurement law was analysed on the basis of the GPA of the World Trade Organisation, legislation of the OECD, European Union (directives), rulings of the European Court of Justice and Estonian legislation. Both analyses were also based on legal literature.

The comparative analysis revealed the importance of the principle of transparency. In public administration and in public procurement law, mutual trust of the parties can be achieved through following the principle of transparency. For that purpose, access to information and documents is ensured through the principle of transparency in order to guarantee understandability as well as traceability of activities carried out in public administration and public procurements; in case of negative decisions, statements of grounds are attached thereto, promoting proactiveness of public administration in forwarding information. In other words, the principle of transparency is first and foremost ensured through ensuring access to information, allowing the public to check and observe the exercise of official authority. Applying transparency in public administration and public procurement law is necessary for ensuring a dialogue and equality between the state authorities and persons, contracting authorities and tenderers, thereby guaranteeing the right of the public to know of the activities and decisions in public administration.

The analysis also revealed that in certain cases, restricting the principle of transparency may prove to be necessary. It is necessary to consider the fact that exceptions are applicable for ensuring accessibility to information and documents, when confidentiality outweighs the public

interest due to the nature of the information. In public administration, the exceptions primarily concern public safety, international relations, inviolability of private life and security of person, business interests, judicial proceedings and administration of justice. In the public procurement law, exceptions include protection of technical and trade secrets.

In conclusion of the first Chapter, the author takes the position according to which exceptions would be possible only in justified cases, due to the fact that transparency is a basic principle in both public administration and public procurement law. In a situation where public administration must make an exception in restricting the principle of transparency, it is important to find a balance between conflicting interests. It is important to balance the principle of transparency and allowing exceptions from it. Considering that the principle of transparency is a concept that develops constantly in time, moving towards increased disclosure, ensuring transparency is increasingly outweighing the application of exceptions. Thus, the result of posing the problem is that transparency is the starting point of public administration as well as public procurement law.

The second Chapter of the thesis analysed confidentiality of tenders and procurement contracts. The research question posed was whether the confidentiality of tenders and procurement contracts is necessary and if confidentiality hinders realisation of the principle of transparency. In order to solve the research question, a comparative analysis was carried out based on the directives of the European Union, rulings of the European Court of Justice, legislation of Finland, Latvia, Lithuania, the United Kingdom and Estonia as well as Estonian judicial decisions. The analysis also took into account the positions discussed in legal literature.

In terms of confidentiality of tenders, the author came to the conclusion that the Public Procurement Act sets forth far stricter regulation than provided for by the public procurement directives (2004/18/EC that recently became invalid as well as the new Directive 2014/24/EU) and judicial practice of the European Court of Justice. Pursuant to section 43 (4) of the Public Procurement Act, a tender is confidential. Pursuant to the public procurement directives, the contracting authority of the public sector shall not disclose information forwarded to it by economic operators which they have designated confidential, including technical or trade secrets and the confidential aspects of tenders. Confidentiality of tenders is also significantly lower in the member states analysed in this thesis. A tender is not confidential in any of the compared

countries, instead, aspects concerning technical or trade secrets must be considered confidential. However, the moment when a tender is made available for all parties differs by country. In Finland, a tender is made available after the conclusion of the contract, while in Lithuania a tender is public from the moment of its opening.

Due to the fact that Estonia has set forth in the Public Procurement Act that a tender is confidential, the entire Estonian judicial practice and the practice of the Public Procurements Review Committee is based on that. Although the Supreme Court has concluded that the Estonian law must be interpreted in line with the directives of the European Union and judicial practice of the European Court of Justice, this approach has not been considered in terms of the public nature of tenders. Due to that, the author proposes an amendment to the Public Procurement Act, which would bring it into conformity with the provisions of the directives. The moment of disclosure of the tenders is for the legislator to decide – whether the tenders would be public immediately after opening of the tenders or after making of the decision to declare a tender admissible/reject a tender/reject all tenders. The author of this thesis supports the latter option due to the fact that the competitors would then have actual and legitimate need to examine the tenders in order to protect their interests. Public interest to examine tenders generally occurs after a successful tender has been selected. This approach would also ensure public access to the successful tender. Until the law will be amended the national law should be interpreted in conformity with EU law.

With reference to disclosure of contracts, the author has come to the conclusion that increased disclosure is necessary in order to ensure control over performance of procurement contracts, conclusion of prohibited direct contracts, and making prohibited changes to the contracts. There is general public interest to disclose contracts in order to ensure transparency of the use of financial resources. In addition to the control of the public, disclosure of tenders as well as contracts serve the purpose of ensuring efficient implementation of legal remedies.

As regards to tenders and procurement contracts, a conclusion has been made that their disclosure is necessary, although it must be taken into account that both the tender and the procurement contract may contain confidential information that needs protection. Such protected confidential information generally includes technical or trade secrets. In the author's opinion, trade secrets must be considered confidential only if the case includes information requiring

confidential protection. Based on the analysis, the author states that uniform and clear definition of trade secret would significantly contribute to preventing misunderstandings that may occur at the moment.

In respect of the research question posed, the author is of the opinion that confidentiality of tenders and procurement contracts may be necessary in certain cases, but certainly not in the extent in which there is no access to the tenders and procurement contracts. Confidentiality is necessary to the extent in which the protection of real technical or trade secrets is ensured. Confidentiality hinders realising the principle of transparency if it is interpreted too broadly. If designating information as confidential is in line with public interest, it will not hinder the realisation of the principle of transparency.

Based on the above, the hypothesis set forth in the introduction of the thesis is confirmed – broad interpretation of confidentiality of tenders and procurement contracts by the contracting authorities will hinder, to a large extent, following the principle of transparency of the public procurement law. Current Estonian regulatory framework does not comply with the public procurement directives.

The following two solutions are proposed in this thesis for delimiting and protecting confidential information: creating the position of information commissioner and using the confidentiality test. Both solutions are based on the presumption of disclosure of tenders (the need to amend the Public Procurement Act). The position of the information commissioner is primarily suitable for disputes concerning disclosure of contracts, not excluding addressing the information commissioner also with disputes concerning disclosure of tenders. The confidentiality test is suitable for public procurement procedures. In its adapted form, the confidentiality test can also be used in other areas where delimiting confidential information is required. Below the author sets forth the concept of the proposed solutions.

The information commissioner should serve two principal tasks. With the first, the information commissioner would help establishing a common practice among the contracting authorities and tenderers regarding which type of information is subject to disclosure in relation to carrying out public procurements and which type of information should be considered confidential. The second task would be making legally binding decisions in relation to disclosure or refusal to

disclose procurement contracts and tenders. The benefit for the contracting authorities and tenderers would be in establishing a common practice. Additionally, both parties would have clarity in terms of disclosure and non-disclosure.

In order to establish a trade secret in the tender as well as procurement contracts, the confidentiality test proposed in this thesis can be used. The test consists of five criteria, which must each time be used according to circumstances. Upon applying the first, second and third criterion of the test, the proactiveness obligation lies with the tenderers. This means that the tenderers are obliged to reason and justify these criteria. The first criterion of the test is that information that needs protection is clearly specified. The second criterion of the test is that information must be commercially sensitive, i.e. not generally known or established. The third criterion of the test foresees that disclosure of the information would bring the holder of information unreasonable damage. All three criteria are related to the information submitted by the tenderer, and the tenderer must therefore be able to determine, which information submitted by them is confidential and for what reasons. The respective arguments must be submitted by the tenderer in order for the contracting authority to be able, if necessary, to protect commercially sensitive information.

In terms of the fourth criterion of the test, primarily the tenderer is required to give their assessment because the fourth criterion is related to the knowledge that the information is submitted with the understanding that it is not disclosed and the information will remain confidential. This criterion also requires actions by the contracting authority. When preparing procurement documents and draft projects, the contracting authorities need to carefully think through if the tenderers may have the need for submitting confidential information and, according to the conclusions made, provide for the confidentiality clauses, if necessary, in the procurement documents and contracts, or clearly set forth that for the purposes of the relevant purchase, the contracting authority does not consider it necessary that the tenderers submit confidential information. If the tenderers submit such information, the contracting authority cannot ensure its confidentiality.

The fifth criterion is the most significant. Even if based on the four abovementioned criteria, the information is considered confidential, applying the fifth criterion may change the result. The fifth criterion is related to balancing the public interest and protection of trade secret. Within the

framework of the fifth criterion, it is important to assess if the public interest outweighs the protection of the trade secret. If the public interest does outweigh the protection of the trade secret, the person who applied for the protection of the trade secret must be given the opportunity to update their positions and based on that, the final decision to disclose or not to disclose information must be made. The right to consider information confidential is not absolute and if the public interest for disclosing information is justified, respective approach should be taken.

Kasutatud allikate loetelu

Kasutatud kirjandus:

1. Aedma, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004.
2. Alemanno, A. Unpacking the principle of openness in EU law: transparency, participation and democracy. *European Law Review* 2014/39(1).
3. Arrowsmith, S. *EU Public Procurement Law: An Introduction*. UK: University of Nottingham 2010.
4. Arrowsmith, S. *Government Procurement in the WTO*. The Netherlands: Kluwer Law International 2003.
5. Arrowsmith, S., Anderson, R. D. (eds). *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*. New York: Cambridge University Press 2011.
6. Arrowsmith, S., Kunzlik, P. (eds). *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. New York: Cambridge University Press 2009.
7. Bernitz, U., Nergelius, J., Cardner, C. (eds). *General Principles of EC Law in A Process of Development*. The Netherlands: Kluwer Law International 2008.
8. Bovis, C. *Public Procurement in the European Union*. UK: Palgrave Macmillan 2005.
9. Bovis, C. H. *EU Public Procurement Law*. UK: Edward Elgar Publishing Limited 2007.
10. Bovis, C. H. *Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level*. *European Procurement and Public Private Partnership Law* 4/2012.
11. Bronckers, M., McNelis, N. Is the EU obliged to improve the protection of trade secrets? An inquiry into TRIPS, the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights. *European Intellectual Property Review* 2012/34(10).
12. Brown, A. EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives. *Public Procurement Law Review* 2010/5.
13. Clifton, M.-J. Ineffectiveness – the new deterrent: will the new Remedies Directive ensure greater compliance with the substantive procurement rules in the classical sectors? *Public Procurement Law Review* 2009/4.
14. Curtin, D. *Executive Power of the European Union*. Oxford: Oxford University Press 2011.

15. Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M. A. Access to the content of public procurement contracts: the case for a general EU-law duty of disclosure. *Public Procurement Law Review* 2013/4.
16. Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M. A. Ärisaladuse kaitse ja hankelepingute avalikustamise nõue riigihankeõiguses. *Juridica* 2013, nr IX.
17. Graells, A. S. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Oxford: Hart Publishing 2011.
18. Henty, P., Manning, C. The public sector transparency agenda. *Public Procurement Law Review* 2011/2.
19. Henty, P., Manning, C., Rayment, B. Disclosure of information and issues of confidentiality. *Public Procurement Law Review* 2011/2.
20. Härginen, K. 1934. aasta riigihangete seadus. *Juridica* 2013, nr IX.
21. Ikkonen, K. Avalik huvi kui määratlemata õigusmõiste. *Juridica* 2005, nr II.
22. Kalmet, T. Tööstusomandi õiguse kodifitseerimise väljavaated. *Juridica* 2012, nr VII.
23. Krüger, K., Nielsen, R., Bruun, N. *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*. Copenhagen: DJØF Publishing 1998.
24. Lember, V., Kattel, R., Kalvet, T. *Public Procurement, Innovation and Policy: International Perspectives*. Heidelberg: Springer 2014.
25. Madise, Ü. jt (toim). *Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Kolmas, täiendatud väljaanne*. Tallinn: Juura 2012.
26. de Mars, S. The limits of general principles: a procurement case study. *European Law Review* 2013/38(3).
27. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. *Juridica* 2007, nr VIII.
28. Oonan, E. Use of the Freedom of Information Act 2000 to obtain information in relation to tender processes and contracts awarded by the public sector in England, Wales and Northern Ireland. *Public Procurement Law Review* 2010/4.
29. Parre, J., Kaljurand, A. *Riigihange. Põhimõtted, hankija ja hankeleping*. Tallinn: Äripäev 2008.
30. Parrest, N., Aedma, A. *Ülevaatlik õppematerjal haldusõigusest*. Tallinn: Avaliku Teenistuse Arendus- ja Koolituskeskus ning Riigikantselei 2003.
31. Reich, A., Shabat, O. The remedy of damages in public procurement in Israel and the EU: a proposal for reform. *Public Procurement Law Review* 2014/2.

32. Sootak, J., Pikamäe, P (koost). Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. 3. täiendatud ja ümbertöötatud väljaanne. Tallinn: Juura 2009.
33. Trepte, P. Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation. New York: Oxford University Press 2004.
34. Williams QC, R. The European Commission's Annual Public Procurement Implementation Review 2012. Public Procurement Law Review 2013/2.

Kasutatud õigusaktid

Välislepingud:

35. Agreement on Government Procurement. www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm (07.03.2014).
36. Intellektuaalomandi õiguste kaubandusaspektide leping. RT II 1999, 22, 123.

Euroopa Liidu õigusaktid:

37. Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts, OJ L 185/5, 25.08.1971.
38. Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts, OJ L 13/1, 15.01.1977.
39. Council Directive of 22 March 1988 amending Directive 77/62/EEC relating to the coordination of procedures on the award of public supply contracts and repealing certain provisions of Directive 80/767/EEC (88/295/EEC), OJ L 127, 20.05.1988.
40. Council Directive of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts (89/665/EEC), OJ L 395, 30.12.1989.
41. Nõukogu direktiiv 92/50/EMÜ, 18. juuni 1992, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord, ELT L 209, 24.07.1992.
42. Nõukogu direktiiv 93/36/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord, ELT L 199, 09.08.1993.
43. Nõukogu direktiiv 93/37/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord, ELT L 199, 09.08.1993.
44. Euroopa Ühenduse asutamisleping (Konsolideeritud versioon 1997), EÜT C 340, 10.11.1997.

45. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EÜ) nr 1049/2001, 30. mai 2001, üldsuse juurdepääsu kohta Euroopa Parlamendi, nõukogu ja komisjoni dokumentidele, ELT L 145/43, 31.05.2001.
46. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta, ELT L 134, 30.04.2004.
47. Komisjoni tõlgendav teatis, milles käsitletakse ühenduse õigust lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega (2006/C 179/02), ELT C 179/2, 01.08.2006.
48. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas, ELT L 335/31, 20.12.2007.
49. Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon, ELT C 326, 26.10.2012.
50. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta, ELT L 94/65, 28.03.2014.

Eesti õigusaktid:

51. Põhiseadus – RT 1992, 26, 349, 28.06.1992, rahvahääletusel vastuvõetud seadus.
52. Avaliku teabe seadus – RT I 2000, 92, 597, 15.11.2000, Riigikogu seadus.
53. Konkurentsiseadus – RT I 2001, 56, 332, 05.06.2001, Riigikogu seadus.
54. Haldusmenetluse seadus – RT I 2001, 58, 354, 06.06.2001, Riigikogu seadus.
55. Riigihangete seadus – RT I 2007, 15, 76, 24.01.2007, Riigikogu seadus.
56. Andmekaitse Inspektsiooni põhimäärus ja koosseis. RTL 2007, 17, 266, 14.02.2007, Justiitsministri määrus.

Välisriikide õigusaktid:

57. Law on Public Procurement, 13.08.1996.
www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=406821 (18.03.2014).
58. Informācijas atklātības likums, Saeimā, 29.10.1998. m.likumi.lv/doc.php?id=50601;
www.legislationline.org/documents/action/popup/id/4768 (07.04.2014).
59. Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta 21.5.1999/621.
www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1999/19990621 (03.04.2014).

60. Freedom of Information Act 2000 – enacted by the Queen’s most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, 30.11.2000. www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/data.pdf (03.04.2014).
61. Publisko iepirkumu likums, Saeimā, 01.05.2006. m.likumi.lv/doc.php?id=133536, www.knab.gov.lv/uploads/eng/public_procurement_law1.pdf (18.03.2014).
62. Laki julkisista hankinnoista 30.3.348/2007. www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2007/20070348 (04.04.2014).

Kasutatud teadustööd:

63. Kulp, M. Halduse kandja tsiviilõigusliku lepingu poolena: võrdlus halduslepingu instituudiga kohtupraktika näidetel, magistritöö, Tartu Ülikooli Õigusteaduskond 2012.
64. Ojasalu, M. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses, magistritöö, Tartu Ülikooli Õigusteaduskond 2006.
65. Raude, M-J. Kohtuistungis kinniseks kuulutamise ärisaladuse kaitseks, magistritöö, Tartu Ülikooli Õigusteaduskond 2013.
66. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2010.
67. Väljaots, T. Põhjendamatult madal pakkumus Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses, magistritöö, Tartu Ülikooli Õigusteaduskond 2011.

Kasutatud kohtupraktika

Kasutatud Esimese Astme Kohtu kohtulahendid:

68. Esimese Astme Kohus (esimene, laiendatud koda) 18.09.1996, T-353/94, *Postbank NV vs. Euroopa Ühenduste Komisjon*.
69. Esimese Astme Kohus (neljas koda) 07.02.2002, T-211/00, *Aldo Kuijter vs. Euroopa Liidu Nõukogu*.
70. Esimese Astme Kohus 30.05.2006, T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt AG vs. Euroopa Ühenduste Komisjon*.
71. Esimese Astme Kohus (kolmas koda) 06.07.2007, liidetud kohtuasjad T-391/03 ja T-70/04, *Franchet ja Byk vs. komisjon*.

72. Esimese Astme Kohus (kolmas koda) 08.11.2007, T 194/04, *The Bavarian Lager Co. Ltd vs. Euroopa Ühenduste Komisjon*.

Kasutatud Euroopa Kohtu kohtulahendid:

73. Euroopa Kohus (viies koda) 24.06.1986, 53/85, *AKZO Chemie BV and AKZO Chemie UK Ltd vs. Commission of the European Communities*.

74. Euroopa Kohus (viies koda) 19.05.1994, C-36/92, *SEP vs. Komisjon*.

75. Euroopa Kohus 11.01.2000, liidetud kohtuasjad C-174/98 P ja C-189/98 P, *Madalmaade Kuningriik ja Gerard van der Wal vs. Euroopa Ühenduste Komisjon*.

76. Euroopa Kohus 05.10.2000, C-337/98, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs. Prantsuse Vabariik*.

77. Euroopa Kohus (kuues koda) 07.12.2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH vs. Telekom Austria AG, Herold Business Data AG*.

78. Euroopa Kohus (kuues koda) 18.06.2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) vs. Stadt Wien*.

79. Euroopa Kohus (kuues koda) 12.12.2002, C-470/99, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH vs. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*.

80. Euroopa Kohus (kuues koda) 29.04.2004, C-496/99, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs. CAS Succhi di Frutta SpA*.

81. Euroopa Kohus (esimene koda) 11.01.2005, C-26/03, *Stadt Halle vs. RPL Lochau*.

82. Euroopa Kohus (esimene koda) 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH vs. Gemeinde Brixen ja Stadtwerke Brixen AG*.

83. Euroopa Kohus (teine koda) 13.06.2006, C-438/04, *Mobistar SA vs. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*.

84. Euroopa Kohus (kolmas koda) 14.02.2008, C-450/06, *Varec SA vs. Belgia riik*.

85. Euroopa Kohus (kolmas koda) 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*.

86. Euroopa Kohus (suurkoda) 13.04.2010, C-91/08, *Wall AG vs. La ville de Francfort-sur-le-Main ja Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*.

87. Euroopa Kohus (neljas koda) 29.03.2012, C-1/11, *Interseroh Scrap and Metal Trading GmbH vs. Sonderabfall-Management-Gesellschaft Rheinland-Pfalz mbH (SAM)*.

Kasutatud Üldkohtu kohtulahendid:

88. Üldkohus (esimene koda) 13.12.2013, T-165/12, *European Dynamics Luxembourg SA ja Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE vs. Euroopa Komisjon*.

Kasutatud Eesti kohtulahendid:

89. RKPJKo 14.04.2003 3-4-1-4-03.
90. RKO 30.03.2006 3-2-1-4-06.
91. RKTko 21.03.2007 3-2-1-22-07.
92. TlnHKO 24.11.2008 3-08-1980.
93. RKKKo 09.12.2008 3-2-1-103-08.
94. RKKKo 08.06.2009 3-1-1-46-09.
95. TlnRnKo 18.09.2009 3-08-1980.
96. RKÜKo 07.12.2009 3-3-1-5-09.
97. RKHKO 12.10.2011 3-3-1-31-11.
98. RKHKO 22.02.2012 3-3-1-2-12.
99. TlnHKO 12.06.2012 3-12-971.
100. RKHKO 29.11.2012 3-3-1-29-12.
101. RKHKO 13.06.2013 3-3-1-24-13.
102. HMKo 20.12.2013 2-13-48064.
103. RKHKO 06.03.2014 3-3-1-13-12.

Kohtujuristide ettepanekud:

104. Kohtujurist C. Stix-Hackl ettepanek kohtuasjas C-231/03 – EKO 12.04.2005.
105. Kohtujurist E. Sharpston ettepanek kohtuasjas C-450/06 – EKO 25.10.2007.
106. Kohtujurist J. Kokott ettepanek kohtuasjas C-454/06 – EKO 13.03.2008.

Riigihangete vaidlustuskomisjoni otsused

107. Riigihangete vaidlustuskomisjoni 19.01.2011 otsus nr 275-10/121397.
108. Riigihangete vaidlustuskomisjoni 26.07.2012 otsus nr 143-12/133806.
109. Riigihangete vaidlustuskomisjoni 30.11.2012 otsus nr 224-12/135633.
110. Riigihangete vaidlustuskomisjoni 15.04.2013 otsus nr 74-13/141267.

111. Riigihangete vaidlustuskomisjoni 22.04.2013 otsus nr 60-13/134317.
112. Riigihangete vaidlustuskomisjoni 04.03.2014 otsus nr 19-14/144739.

Andmekaitse Inspeksiooni vaideotsused

113. Andmekaitse Inspeksiooni 31.05.2013 vaideotsus avaliku teabe asjas nr 2.1-3/13/875.

Kohtuväliste organite lahendid:

114. Information Commissioner's 07.01.2010 Decision Notice reference, FS50214920. ico.org.uk/~media/documents/decisionnotices/2010/FS_50214920.ashx (03.04.2014).

Elektroonilised allikad:

115. Andmekaitse Inspeksioon. Avaliku teabe seaduse üldjuhend, 2010. www.aki.ee/et/avalik-teave/juhised (08.04.2014).
116. Australian Government. Department of Finance and Administration. Guidance on Confidentiality in Procurement, 2007. www.finance.gov.au/archive/archive-of-publications/fmg-series/03-guidance-on-confidentiality-in-procurement.html (06.04.2014).
117. Cabinet Office, Freedom of Information Unit. White Paper. Your Right to Know: Freedom of Information, 1997. www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/272048/3818.pdf (03.04.2014).
118. Eesti keele seletav sõnaraamat. www.eki.ee/dict/ekss/index.cgi?Q=avalik&F=M (06.05.2014).
119. Eesti Töötukassa avalik dokumendiregister, 2014. a sõlmitud tööhajutuse lepingud atp.tootukassa.ee/index.php?op=adr_search_result&id=10194&liik_atpdoc=Leping&kellel_e_atpdoc=&kellelt_atpdoc=&saatja_kuupaev_datefrom_atpdoc=&saatja_kuupaev_dateto_atpdoc=®istreerimiskuupaev_datefrom_atpdoc=®istreerimiskuupaev_dateto_atpdoc=&saatja_indeks_atpdoc=7-6.4%2F14&juurdepaasupiirang_atpdoc=&saatmisviis_atpdoc ning 2014. a sõlmitud tööturukoolituse lepingud atp.tootukassa.ee/index.php?op=adr_search_result&id=10194&liik_atpdoc=Leping&kellel_e_atpdoc=&kellelt_atpdoc=&saatja_kuupaev_datefrom_atpdoc=&saatja_kuupaev_dateto_atpdoc=®istreerimiskuupaev_datefrom_atpdoc=®istreerimiskuupaev_dateto_atpdoc=&saatja_indeks_atpdoc=7-6.3%2F14&juurdepaasupiirang_atpdoc=&saatmisviis_atpdoc (07.05.2014).

120. E-riigihangete keskkond, 2014. riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/jarelevalvemenetluse-lopetaised?p_p_id=110_INSTANCE_0qkB&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal (05.05.2014).
121. Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv riigihangete kohta, 20.12.2011. Seletuskiri. eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&qid=1396892744108&from=ET (07.04.2014).
122. Euroopa Komisjon. Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele. Võitlus korrupsiooniga Euroopa Liidus, 2011. register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ET&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2011237%202011%20INIT (06.05.2014).
123. Euroopa Komisjon. Roheline Raamat. ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta Euroopa hanketuru tõhustamine, 2011. eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ET:PDF (09.04.2014).
124. Euroopa Komisjon. Roheline Raamat. Üldsuse juurdepääs Euroopa Ühenduse institutsioonide valduses olevatele dokumentidele: Ülevaade, 2007. ec.europa.eu/transparency/revision/docs/gp_et.pdf (31.03.2014).
125. European Commission. European Governance: A White Paper, 2001. ec.europa.eu/dgs/communication/pdf/comm-initiatives/2001-european-governance-white-paper-com2001_0428_en.pdf (26.03.2014).
126. European Commission. Explanatory Note – Competitive Dialogue. ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf (06.03.2014).
127. European Commission. Green Paper: European transparency initiative, 2006. europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com2006_194_en.pdf (31.03.2014).
128. European Commission. Green Paper. Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward, 1996. europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_en.pdf (01.04.2014).
129. European Commission. Public sector information: a key resource for Europe. Green Paper on public sector information in the information society, 1998. ftp.cordis.europa.eu/pub/econtent/docs/gp_en.pdf (25.03.2014).
130. Evenett, S. J., Hoekman, B. M. Government Procurement: Market Access, Transparency, and Multilateral Trade Rules, 2004. www-

- wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2004/04/19/000009486_20040419110851/Rendered/PDF/wps3195govtprocurement.pdf (03.03.2014).
131. Information Commissioner's Office. ico.org.uk/for_organisations/freedom_of_information/guide/act#what-is-the-freedom-of-information-act-2 (02.04.2014).
132. Laar, M. Haldusreformi ideed ja praktika. www.riigikogu.ee/rito/index.php?id=11634 (04.03.2014).
133. Lõhmus, A. Ärisaladus pole kinniseks istungiks piisav põhjus, 2008. www.postimees.ee/45695/arisaladus-pole-kinniseks-istungiks-piisav-pohjus (27.04.2014).
134. Ministry of Justice, Finland. oikeusministerio.fi/en/index/basicprovisions/legislation/actontheopennessofgovernmentactivities.html (03.04.2014).
135. OECD. Euroopa avaliku halduse printsiibid: SIGMA kogumik nr 27. www.sigmaweb.org/publicationsdocuments/39560237.pdf (04.03.2014).
136. OECD. Public Sector Transparency and the International Investor, 2003. www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/18546790.pdf (04.03.2014).
137. OECD. Recommendation of the Council on enhancing integrity in public procurement, 2001. www.oecd.org/governance/ethics/41549036.pdf (06.04.2014).
138. Rahandusministeerium. Riigihangete 2012. aasta statistiline ülevaade, 2013. riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216043&folderId=23484&name=DLFE-27101.pdf (27.04.2014).
139. Riigikantselei. Eesti tegevuskava avatud valitsemise partnerluses osalemisel, 2012. valitsus.ee/UserFiles/valitsus/et/uudised/istungid/istungite-paevakorrad/AVP%20Eesti%20tegevuskava.pdf (23.04.2014).
140. Riigikogu. "Haldusmenetluse seaduse" ja "Vabariigi Valitsuse seaduse muutmise seaduse" eelnõu seletuskiri, 2000. www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=003673103#P31_5361 (31.03.2014).
141. Riigikogu. Konkurentsiseadus. Eelnõu, 2001. www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=010780003 (14.04.2014).

Lisa 1 - Konfidentsiaalsuse test

Nr	Kriteerium	Pakkuja tegevus	Hankija tegevus
1	Informatsioon, mida tuleb kaitsta, on selgelt määratletud	Pakkuja toob välja, kus kohas pakkumuses ta on esitatud info määratlenud konfidentsiaalsena	Hankija, kas kinnitab, et info on selgelt määratletud või ei kinnita ning lisab sel juhul selgituse
2	Info, mida kaitsta soovitakse, ei ole üldiselt teada või kindlaks määratav	Pakkuja põhjendab, et eksisteerib objektiivne põhjus teavet konfidentsiaalsena käsitleda; info ei ole üldteada või kergesti kättesaadav isikutel ringkondades, kes tavaliselt kõnesolevat laadi teabega tegelevad	Hankija, kas aktsepteerib põhjenduse või mitte. Viimasel juhul põhjendab, miks ei aktsepteerinud
3	Info avalikustamine toob teabe valdajale ebamõistliku kahju	Pakkuja peab põhjendama, et konfidentsiaalsena käsitletav teave on väärtuslik ning selle avalikustamine toob kaasa teabe valdajale kahju	Hankija, kas aktsepteerib põhjenduse või mitte. Viimasel juhul põhjendab, miks ei aktsepteerinud
4	Info esitati teadmises, et seda ei avalikustata ning teave jääb konfidentsiaalseks	Pakkuja toob välja, millest tulenevalt tal tekkis teadmine, et konfidentsiaalsena esitatud teave jääb konfidentsiaalseks	Hankija toob siinkohal välja hanke alusdokumentide sätteid, mille tulemusena konfidentsiaalsena esitatud teabe konfidentsiaalsus tagatakse või sätteid, mille tulemusena konfidentsiaalsele teabele konfidentsiaalsust ei tagata
5	Avaliku huvi ja ärisaladuse	Pakkuja esitab omapoolse selgituse alles siis, kui	Hankija hindab, kas avalik huvi kaalub üles ärisaladuse

	tasakaalustamine	hankija on kaalumise tulemusena jõudnud järeldusele, et avaliku huvi tõttu tuleb info avalikustada	kaitse ning positiivse tulemuse korral annab pakkujale võimaluse esitada omapoolsed selgitused ja argumendid
--	------------------	--	--