

KELLELE: Rahandusministeerium, Agris Peedu, Kristel Mesilane
KELLELT: Advokaat Kadri Suurkivi, vandeadvokaat / partner Elo Tamm
TEEMA: Ärisaladuse kaitse Hankemenetluses
KUUPÄEV: 15. juuni 2015

Lugupeetud Agris Peedu ja Kristel Mesilane

Pöördusite meie poole analüüsima ärisaladuse kaitse mahtu ja võimalikku maksimaalset ulatust riigihankemenetluse kontekstis. Täpsemalt seisneb analüüsimist vajav õiguslik küsimus selles, mis ulatuses on hankijal kohustus avaldada teistele hankemenetluses osalenud pakkujatele infot pakkumuste maksumuste ja osamaksumuste kohta.

Uue riigihangete seaduse eelnõu (edaspidi „eelnõu“) § 48 lg 3 ning uue riigihanke direktiivi (edaspidi „uus direktiiv“) 2014/24/EL artikli 21 kohaselt ei tohi hankija avaldada teistele pakkujatele teavet, mis võiks kahjustada ettevõtjate ärisaladust.

Ärisaladuse kaitse igas õigusvaldkonnas, sh hankemenetluses, on ettevõtja jaoks oluline pakkumuste koostamisel ja läbirääkimiste pidamisel olenemata sellest, kas läbirääkimised viivad ka sõlmitud lepinguteni ning kas ettevõtja peab läbirääkimisi eraettevõtjaga või riigiga (st hankijaga). Samas peab ettevõtja, suheldes hankijaga, arvestama oluliste piirangutega tema ärisaladuse kaitse ulatuses võrreldes eraettevõtjast lepingupartneriga. Meile teadaolevalt on ärisaladuse ulatuse piiramine, eelkõige kõigi pakkujate hindade avaldamine hankemenetluses oluliseks turutõkkeks hanketurule sisenedes. Olukorras, kus niikuinii hanget ei võideta, on mitte-eduka pakkuja pakkumuse hind avalikuks tehtud ja võimalik turueelis teistes sama-liigilistes hangetes kaotatud.

Ärisaladuse mõiste on eelnõus defineeritud negatiivsena – pakkuja ei või ärisaladusena märkida pakkumuse maksumust ega osamaksumusi, kui neid arvestatakse pakkumuste hindamisel, ega muid pakkumuste hindamise kriteeriumidele vastavaid pakkumust iseloomustavaid numbriliste näitajate väärtusi (eelnõu § 112 lg 6).

Praegu kehtiva RHSi § 46 lg 2 alusel on hankijal kohustus kanda pakkumuste avamise protokollis pakkumuste maksumused, sh osamaksumused ja muude pakkumuste hindamise kriteeriumidele vastavate pakkumust iseloomustavate numbriliste näitajate väärtused (näiteks järelhoolduse

| Estonia | Latvia | Lithuania | Belarus |
|--------------------------------------------|------------------------------------------|---------------------------------------------|-------------------------------------------|
| Niguliste 4, 10130 Tallinn | Valdemara 20, LV-1010 Riga | Lvovo 25, LT-09320 Vilnius | Pobediteley ave, 100-207, 220020 Minsk |
| Tel. +372 630 6460 tallinn@cobalt.legal | Tel. +371 6724 0689 riga@cobalt.legal | Tel. +370 5250 0800 vilnius@cobalt.legal | Tel. +370 5250 0800 minsk@cobalt.legal |

maksumus). Avamise protokoll tuleb sealjuures edastada kõigile pakkujatele 3 tööpäeva jooksul, mistõttu saavad kõik hankel osalenud pakkujad teada pakkumuste hindadest koheselt peale pakkumuste esitamist. Õiguspraktikas leitakse, et ärisaladuseks ei saa olla teave, mille osas on hankijal avaldamise kohustus. Eelnõu praegune tekst seega nõ kodifitseerib mingil määral olemasoleva hankepraktika.

Eelnõu kohaselt ei avalikustata elektroonsete hangete puhul pakkujatele enam pakkumuste avamise protokollid ning autori hinnangul puudub hankijatel eelnõu teksti kohaselt kohustus avaldada pakkumise hindu isegi edukaks tunnistamise otsuses. Samas peab hankija arvestama sellega, et ta peab kõigile pakkujatele selgitama vastava taotluse esitamisel eduka pakkuja pakkumuse eeliseid ning avaldama vastavaks tunnistatud pakkumuste maksumused (eelnõu § 48 lg 3 p 3)¹. Seega saavad kõikide vastavaks tunnistatud pakkumuste maksumused avalikuks, kuid hilisemas etapis, kui praegu kehtiva seaduse alusel. Eelnõus ettenähtud muudatusena ei muutu avalikuks kvalifitseerimata jäetud pakkujate maksumused.

Arvestades eeltoodut ning asjaolu, et eelnõu on veel menetlemise staadiumis, tõusetub küsimus, milline võiks olla maksimaalne ärisaladuse kaitse ulatus riigihankes esitatud pakkumuse korral, võttes arvesse ka läbipaistvuse ja kontrollitavuse põhimõtteid ning riigi soovi kaasata hankemenetlusse suurem arv ettevõtjaid, tihendades sellega konkurentsi.

Eelnimetatu analüüsimiseks on tarvis defineerida ärisaladuse mõiste ning tuvastada selle võimalikud piirid riigihanke üldpõhimõtete valguses. Kuivõrd riigihankeõigus on olulises osas harmoneeritud Euroopa Liidu tasandil, on asjakohane uurida ja arvesse võtta välisriikide praktikat antud küsimuses.

Kokkuvõttes leiame järgmist:

Kohtupraktikast ja tsiviilkäibest tulenevalt peetakse pakkumuste maksumusi ja selle koostisosi (sh osamaksumusi) ettevõtjate ärisaladuseks (TRIPS artikli 39 lg 2). Olukorras, kus ettevõtja osaleb riigihankel, peab ta arvestama avalik-õiguslike piirangutega ärisaladuse ulatusele, eelkõige andmete hulga, mida hankija on direktiividest või seadusest tulenevalt kohustatud avaldama.

Uus riigihangete direktiiv ei nõua kõigi hankes esitatud pakkumuste maksumuste avalikustamist, vaid sätestab hankija kohustuse selgitada eduka pakkuja eeliseid vastavaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkujatele. Seaduseelnõus kajastatud lahendus kohustab hankijat avaldama kõigi vastavaks tunnistatud pakkumuste maksumused. Euroopa Kohtu praktikast, mida on üle võtnud ka osad liikmesriigid siseriiklikus õiguses, ei pea pakkumuse maksumust avaldama näiteks majanduslikult soodsaima kriteeriumi korral, kuivõrd maksumus on tuletatav hindamiskriteeriumi osaks

¹ Kõrvalepõikena peab autor välja tooma, et hankijal on kohustus vastata ettevõtja päringule 15 päeva jooksul, kuid lepingu sõlmimise keeld kehtib vaid 14 päeva alates edukaks tunnistamise otsuse tegemisest. Samuti hakkab ilma detailsete põhjendusteta otsuse kättesaamisest kulgema kaebetähtaeg 10 päeva. Autori hinnangul võimaldab selline regulatsioon kuritarvitusi.

olevast matemaatilisest tehtest. Läbipaistvuse põhimõtte tagamiseks ja direktiivi nõuete täitmiseks piisab lahendusest, kus avalikustatakse üksnes eduka pakkuja hind. Sedasi on tagatud võimalikult suures ulatuses ärisaladuse kaitse ja teiselt poolt läbipaistvus hankija otsuste tegemisel. Tegelikult jääbki mõnevõrra selgusetuks, mis eesmärki teenib kõikide pakkumuste maksumuste avaldamise nõue täna kehtivas RHS-is.

I Ärisaladuse kui mõiste õiguslikud allikad ja nende kohaldatavus hankeasjades

1.1. TRIPS-leping

Ärisaladusega seonduvat on rahvusvahelisel tasandil reguleeritud intellektuaalomandi õiguste kaubandusaspektide lepinguga (nn TRIPS-leping), mis on Maailma Kaubandusorganisatsiooni (WTO) asutamislepingu lisa. Kuivõrd Eesti on WTO täieõiguslik liige ning on allkirjastanud ja ratifitseerinud ka vastavad WTO toimimise aluseks olevad lepingud, on TRIPS-leping Eestile järgimiseks kohustuslik.

TRIPS-lepingu art 39 p 2 sätestab: „Füüsilistel ja juriidilistel isikutel peab 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 kaubandustavade, 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 ringkondades, 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.“

Nagu TRIPS-lepingu lõpuosas selgitatud, tähendab väljend „viis, mis on vastuolus ausate kaubandustavade“ minimaalselt selliseid tegevusi nagu lepingu rikkumine, usalduse kuritarvitamine ja rikkumisele kallutamine ning hõlmab avaldamata teabe omandamist kolmanda isiku poolt, kes teadis või pidi teadma, et teabe hankimine kuulub seesuguse tegevuse alla.

TRIPS-leping ei ole relevantne vaid klassikalistes intellektuaalse omandi (edaspidi „IO“) õigustega seotud küsimustes (autoriõigused, kaubamärgid, disainid, patendid jne), vaid mõnevõrra laiemat ringi õigusi puudutavates küsimustes. Ehkki TRIPS-leping ise ei sätesta IO definitsiooni, võib ärisaladuse reguleerimisest selles lepingus järeldada, et ärisaladust on üheks IO alaliigiks peetud. Ka Maailma Intellektuaalse Omandi Organisatsiooni (WIPO) asutamislepingu, täpsemalt selle art 2 (viii) kohaselt sisaldab IO mh õigusi seoses kaitsega kõlvatu konkurentsi vastu, samuti kõiki muid õigusi, mis tulenevad intellektuaalsest tegevusest tööstuse, teaduse, kirjanduse ja kunsti alal. Sellise laia määratluse alla mahub kindlasti ka ärisaladus, mis omab kokkupuudet nii kõlvatu konkurentsi kui ka üldise intellektuaalse tegevusega tööstuse alal. WIPO asutamisleping on Eestile siduv. Eesti õiguskirjanduses ja –praktikas ollakse läbivalt seisukohal, et kuna IO mõistet muudes õigusaktides sätestatud pole, tuleb juhinduda just WIPO definitsioonist.

Seda et ärisaladus on IO üheks alaliigiks ja et sellest johtuvalt on TRIPS-lepingust lähtumine asjakohane, kinnitab ka Eesti seadusandja arusaam ärisaladuse rollist õiguskäibes. Nimelt on praegusel ajal käimas Eesti IO-õiguse kodifitseerimine, mille tagajärjel kaotatakse Eesti õigusareenilt mitmed eriseadused ning kogu asjaomane regulatsioon koondatakse kahte õigusakti. Üheks neist on tööstusomandi seadustik. Tööstusomandi seadustiku eelnõu 22.07.2014 tööversiooni § 2 lg 2 p 6 kohaselt hõlmab tööstusomand selle seadustiku tähenduses mh ärisaladuse kaitset.

Niisiis on ärisaladus üheks IO alaliigiks ning TRIPS-lepingust juhendumine on asjakohane kõikides ärisaladusega seotud asjades (mh riigihankeasjades). See tuleneb selgelt ka Riigikohtu praktikast, mille toome eraldi välja punktis 2.1. Kõnekas on, et riigi kõrgeim kohus on TRIPS-lepingule toetunud nii tsiviil-, haldus- kui ka kriminaalasjades.

1.2. Konkurentsiseadus

Konkurentsiseaduse (KonkS) § 63 lg 1 sätestab: „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. Ärisaladus ei ole avalikustamisele kuuluv või avalikustatud teave, Konkurentsiameti tehtud otsus ja ettekirjutus ning Konkurentsiameti peadirektori või Konkurentsiameti muu ametniku koostatud dokument, millest on ärisaladused välja jäetud.“

Vastupidiselt TRIPS-lepingule pole KonkS-is sätestatud ärisaladuse mõistest lähtumine väljaspool konkurentsioigust eelistatud, kuna see ei pruugi olla õiguslikult põhjendatud. Nimelt, KonkS § 63 tervikuna on suunatud Konkurentsiameti ametnikele ja selle kohaldamissfäär piirneb KonkS alusel läbi viidavate menetlustega. Kuna konkurentsialaste menetluse raames võivad turuosalised Konkurentsiametile avaldada rangelt salajast teavet, on seadusega ette nähtud sätted, millist teavet neile esitatud koguteabe hulgast peab ametnik lugema konfidentsiaalseks. Eeltoodut on kinnitanud Riigikohus lahendis 3-2-1-103-08, öeldes, et alates 1.01.2008 KonkS § 63 lg-s 1 sätestatud lahtine loetelu näidetest ärisaladuste kohta on suunatud Konkurentsiameti ametnikele. Samas ei eitanud kohus, et KonkS § 63 lg 1 võib anda teatava indikatsiooni ärisaladuse sisust ka üldisemalt. Seda on tõdetud ka õiguskirjanduses.² Siiski, arvestades eelnevalt välja toodut, tuleks TRIPS-lepingu ja KonkS ärisaladuse mõiste lahtiseletuste konkurentsi olukorras eelistada TRIPS-lepingut.

1.3. Väljatöötamisel õigus

1.3.1. Tööstusomandi seadustiku eelnõu

² M. Raude. Kohtuistungil kinniseks kuulutamine ärisaladuse kaitseks. – Juridica 6/2013, lk 398.

Nagu eespool viidatud, on hetkel välja töötamisel tööstusomandi seadustiku (ToS) eelnõu. Praegusel ajal on avalikult kättesaadav 22.07.2014 eelnõu tööversioon³ (edaspidi „tööversioon“). Oluline on arvestada sellega, et eelnõu tekst ei ole 15.06.2015 seisuga jõudnud eelnõude infosüsteemi ja ei ole esitatud kooskõlastamiseks erinevatele ministereeriumitele. Seega tuleb dokumenti tõlgendada puhtalt tööversioonina. Tööversiooni § 236 kohaselt on ToS planeeritud jõustuma 2017. aasta 1. jaanuaril. ToS-i soovitakse praeguste plaanide kohaselt lülitada ka ärisaladuse kaitset puudutav regulatsioon. Sel moel oleks alates ToS jõustumisest Eesti õiguskorras siseriiklik õigusakt, mis määratleb ärisaladuse mõiste nõnda, et see definitsioon on probleemideta üle kantav erinevatesse juriidilistesse kontekstidesse (vastupidiselt praeguse KonkS definitsioonile).

ToS eelnõu § 228 näeb ette, et: „Ärisaladus on teave, mis vastab järgmistele tunnustele:

- 1) see on salajane selles tähenduses, et teave ole kogumis või üksikosade täpses paigutuses ja kokkupanus üldteada või kergesti kättesaadav nende ringkondade isikutele, kes tavaliselt kõnesolevat laadi teabega tegelevad;
- 2) sellel on kaubanduslik väärtus selle salajasuse tõttu;
- 3) ärisaladuse omanik on asjaoludest lähtuvalt võtnud vajalikke meetmeid, et hoida teavet salajas.“

Tsiteeritud sätte kujundamisel on otseselt tuginetud TRIPS-lepingu art 39 p-le 2. Seda on tõdetud ka tööversiooni seletuskirjas⁴: „Toodud ärisaladuse mõiste tugineb TRIPS lepingule.“ Olulise asjaoluna tuleb tähele panna, et tööversiooni seletuskirja kohaselt tunnistatakse ToS rakendusseadusega KonkS-is sisalduv ärisaladuse määratlus kehtetuks. Põhjus ei ole selles, et KonkS määratlus oleks vale, vaid kuna ToS eelnõu määratleb ärisaladuse (küllalt abstraktsel tasemel), siis konkureerivate määratluste olemasolu võib tekitada ebaselgust.

Tööversiooni seletuskirjas tõdetakse ka, et ärisaladuse regulatsiooni aluseks on ka Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi ettepanek avalikustamata oskusteabe ja äriteabe (ärisaladuste) ebaseadusliku omandamise, kasutamise ja avalikustamise vastase kaitse kohta (edaspidi „ettepanek“).⁵ Ettepanek ja selle sisu tuleb käsitlusele järgnevalt.

1.3.2. EL ärisaladuste kaitse direktiiv

Käesoleval ajal on Euroopa Liidu seadusandja menetluses direktiivi eelnõu, millega kavatsetakse ühtlustada liikmesriikide ärisaladuste kaitset puudutavat seadusandlust. Euroopa Komisjoni 26.05.2014 pressiteate⁶ kohaselt katavad ärisaladused laia spektrit informatsiooni, ulatudes pelga

³ <https://ajaveeb.just.ee/intellektuaalneomand/wp-content/uploads/2014/08/ToS-EN-22-7-2014.pdf>.

⁴ <https://ajaveeb.just.ee/intellektuaalneomand/wp-content/uploads/2014/08/T%C3%B6stusomandi%C3%B5iguse-seletuskiri-22-7-2014.pdf>.

⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013PC0813&from=EN>.

⁶ http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/142780.pdf.

tehnoloogilise teabe juurest ka kaubandusliku teabeni nagu nt kliente ja tarnijaid puudutav informatsioon, äriplaanid, turu-uuringud ja –strateegiad jne.

Ka direktiivi ettepanekus on ärisaladuse defineerimisel malli võetud just TRIPS-lepingust. Direktiivi ettepaneku art 2 lg 1 sätestab: „ärisaladus” – teave, mis vastab kõikidele järgmistele nõuetele:

- a) on saladus selles tähenduses, et see ei ole kogumis või üksikosade täpses paigutuses ja kokkupanus üldteada või kergesti kättesaadav nende ringkondade isikutele, kes tavaliselt kõnesolevat laadi teabega tegelevad;
- b) sellel on kaubanduslik väärtus selle salajasuse tõttu;
- c) selle üle seaduslikku kontrolli omav isik on asjaoludest lähtuvalt võtnud vajalikke meetmeid, et hoida seda salajas.“

Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomitee, andes direktiivi ettepanekus hetkel sisalduvale materjalile oma hinnangu⁷, märkis, et ärisaladused puudutavad tegelikult igasugust majandusliku väärtusega teavet (tehnoloogia, retseptid, turundusteave jne), mille konfidentsiaalsust tuleks kaitsta. Samas tehti hetkel valitud suuna kohta ka kriitikat, leides, et kuigi ärisaladuse määratlus on kooskõlas TRIPS-lepinguga, ei näi see olevat piisavalt täpne, et katta kõik teabekategooriad, mida tuleks kaitsta ärisaladuse nimetuse all.

II Ärisaladuse mõiste sisu analüüs lähtuvalt õiguskirjandusest, kohtupraktikast jm materjalidest

2.1. Riigikohtu praktikat seoses TRIPS-lepingu ärisaladuse mõiste kasutamisega

Riigikohus selgitas tsiviiljas 3-2-1-22-07, mis puudutas kõlvatu konkurentsi esmalt, et TRIPS-lepingu art 39 p 2 alapunktides a-c nimetatud tingimused peavad esinema samaaegselt. Konkreetse kaasuse baasilt toonitas kohus, et konfidentsiaalseks teabeks tuleb pidada teavet ettevõtja klientide ja nendega seotud hinnastrateegia kohta eeldusel, et see ei ole kogumis üldteada ega kergesti kättesaadav vastava valdkonna ettevõtjatele, mille tõttu sel teabel on kaubanduslik väärtus. Terviklik informatsioon ettevõtja klientide ja nendega seotud hinnastrateegia kohta on konfidentsiaalne teave KonkS ja TRIPS-lepingu art 39 mõttes.

Tsiviilvaidluses 3-2-1-103-08 kinnitas Riigikohus oma juba varasemalt kujundatud seisukohta, et ärisaladuse asjades tuleb mh juhinduda TRIPS-lepingu määratlusest. Kohtukolleegium viitas ärisaladuse sisustamisel Saksamaa Liidukohtu praktikale, milles on ärisaladust defineeritud järgmiselt: "Ärisaladus on asjaolu, mis on seotud ettevõtlusega, mida teab piiratud ring isikuid ja mille saladuses hoidmise tahe ettevõtja poolt peab olema kas dokumenteeritud või vähemalt selgelt äratuntav." Lõpetuseks rõhutas kohus, et ärisaladuse õigustamatu avaldamise ja kasutamise kindlakstegemiseks

⁷ <http://toad.eesc.europa.eu/viewdoc.aspx?doc=ces/int/int725/et/eesc-2013-08066-00-00-ac-tra-et.doc>.

on vajalik võimalikult täpselt avada selle sisu. Vastasel korral võib olla takistatud vaba ettevõtlus. Ehkki sellekohane sõnavõtt oli ajendatud pigem kohtumenetluslike küsimuste vaagimisest, on see tõenäoliselt ülekantav ka riigihangete konteksti. S.t ärisaladuse olemasolu ja selle ulatus peab olema kindlalt determineeritud, muidu võib tekkida olukord, mil konfidentsiaalsena käsitletakse liiga suurt teaberingi, mis on eproportsionaalselt takistav teistele isikutele.

Ka kriminaalasjas 3-1-1-46-09 puudutas Riigikohus ärisaladusega seotud teemaderingi. Kohus suuresti kordas juba varasemalt tehtud lahendites sisalduvat. Kohus tõi esile, et üldjuhul peab ettevõtja kindlaks määrama, mis on tema ettevõttes ärisaladus, tehes seda näiteks töölepingus või sisekorraeskirjas. **Seega on ärisaladuse olemasolu ja selle ulatuse defineerimine ennekõike ettevõtja ülesandeks.** Selline seisukoht on arusaadav TRIPS-lepingu ärisaladuse definitsiooni valguses, milles teadupärast üheks kohustuslikuks alatingimuseks on, et konfidentsiaalse teabe üle seaduslikku kontrolli omav isik on asjaoludest lähtuvalt võtnud vajalikke meetmeid, et hoida seda salajas. Konkreetse asja raames kommenteeris kohus, et tarneallikaid puudutavad andmed võivad teatud juhul olla ärisaladusena kaitstavad. Näiteks võib ärisaladuseks olla info ettevõtja salajaste tarneallikate kohta, samuti informatsioon erinevate varustajate müügihindadest ja kaupade kvaliteedist, kui see pole üldiselt kättesaadav.

2.2. Välisriikide näide

Kuivõrd Saksamaa Liitvabariigi õigusest on Eesti riigi seadusandja juhitud nii Eesti iseseisvumise järgselt kui ka pärast taasiseseisvumist, on põhjendatud uurida ärisaladuse kaitse režiimi Saksamaa õiguskorras. Ka Riigikohus tugines kohtuasjas 3-2-1-103-08 mh Saksamaa Liidukohtu praktikale. Samuti on Riigikohtu läbiv praktika olnud, et teiste riikide analoogilisi seadusi ja praktikat võib vähemalt eraõiguse normide puhul arvestada võrdlusmaterjalina Eesti seaduse mõtte ja eesmärgi väljaselgitamisel ka juhul, kui tegemist ei ole rahvusvahelise eraõiguse suhtega (nt kohtuasi 3-2-1-145-04).

Euroopa Komisjoni palvel koostati ärisaladuste kaitse direktiivi väljatöötamiseks vajaliku sisendi ammutamiseks kõikide liikmesriikide ärisaladuse regulatsioone puudutav uurimus⁸. Uurimusest selgub esmalt, et Saksamaa õigusaktides puudub ärisaladuse mõiste legaaldefiniitsioon, mistõttu on mõistet sisustatud ennekõike kohtupraktika kaudu ning juhitud on ka autoriteetsest õiguskirjandusest. Kõnesoleva uurimuse riikieraportist⁹ nähtub, et Saksamaa üldises praktikas aktsepteeritakse lähtumist järgmistest kriteeriumidest. Ärisaladus hõlmab endas: a) igasugust äri- ja kaubandustegevusega seotud informatsiooni; b) selline informatsioon pole avalik; c) sellist informatsiooni hoitakse majanduslikel eesmärkidel salajas; d) ettevõtjal peab olema põhjendatud kaubanduslik huvi hoidmaks seda informatsiooni salajasena.

⁸ http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_final-study_en.pdf.

⁹ http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_appendix-1_en.pdf.

Ärisaladuse olemust on püüdnud lahti mõtestada ka Saksa Konstitutsioonikohus. Kohtu sõnutsi on selleks faktid, asjaolud ja protsessid, a) mis on isiku poolt sellisena määratletud, b) mis ei ole avalikud (vaid juurde pääsetavad piiratud ringile isikutele) ja c) mille saladuses hoidmise vastu on isikul legitiimne huvi (nt BVerfG, 1 BvR 2087/03, 14.3.2006, § 87).

Kahe riigi õigus- ja majanduskultuuriliste sarnasuste valguses on paslik heita pilk ka Soome Vabariigi kehtivale korrale. Euroopa Komisjoni uuringu riikidereportis selgitatakse, et ärisaladuse definitsioon sisaldub vaid Soome kriminaalkodeksis, tsiviilõiguslikes jm allikates selline lahtiseletus puudub. Uurimuse kohaselt on Soome kohtupraktika arenenud nõnda, et ärisaladusena käsitletakse mis tahes ettevõtjat või selle ettevõtet puudutavat teavet, mille konfidentsiaalsus on asjaomasele ettevõtjale tähtis ning mille avaldamine kolmandatele isikutele tekitaks ettevõtjale kahju.

2.3. Õiguskirjanduses ja rahvusvahelises kohtupraktikas avaldatud seisukohti

ToS eelnõu seletuskirjas on välja toodud, et teabe ärisaladuseks olemine ei anna selle omanikule niivõrd laia ulatusega õigusi, nagu see on muude tööstusomandi liikide puhul. Eelkõige ei saa ärisaladuse omanik keelata teistel isikutel kasutamast või avalikustamast teavet, milleni teised isikud on jõudnud iseseisvalt. Veel on ToS eelnõu seletuskirjas selgitatud, et ärisaladuse regulatsiooni eesmärgiks on isikute varalist väärtust omava informatsiooni kaitse. Seejuures ei tohi ebaproportsionaalselt piirata töötajate vaba liikumist (ärisaladuse kaitse kokkulepe ei tohi takistada isiku erialast töötamist), sõnavabadust (õigusvastasest tegevusest teatamist nn „vilepuhumist“), ettevõtlus- ja üldist tegevusvabadust (ärisaladuse iseseisvat väljatöötamist, sh pöördprojekteerimist).

TRIPS-lepingu kommentaarides on selgitatud, et ärisaladuseks võib olla nii tehniline (nn. *knowhow*) kui ka äriline (kliendi nimekirjad, turustusplaanid, jne) informatsioon. Informatsioon ei eelda uudsust või originaalsust. See peab omama üksnes kaubanduslikku väärtust ja olema salajane. Ka Intellektuaalomandi Kaitse Rahvusvaheline Assotsiatsioon (AIPPI) on pakkunud välja oskusteabe (*know how*) määratluse. Selle kohaselt koosneb oskusteave tehnilisest, ärilisest, administratiivsest, finantsilisest ja muust teadmusest ja kogemusest, mida saab kasutada ettevõtte või elukutse tegevuses.¹⁰

Eesti siseriiklikus õiguskirjanduses on selgitatud, et õigus ärisaladuse kaitsele seostub mitme põhiõigusega ning ilmselt just seetõttu on ka Euroopa Kohus korduvalt nentunud, et õigus ärisaladuse kaitsele on üheks Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtteks.¹¹ Samuti on asutud seisukohale, et kuigi senises kohtupraktikas puudub sellekohane sõnaselge sedastus, ei ole välistatud, et ka ärisaladus

¹⁰ <https://www.aippi.org/download/commitees/53A/RS53AEnglish.pdf>.

¹¹ C. Ginter jt. Ärisaladuse kaitse ja hankelepingute avalikustamise nõue riigihankeõiguses. – *Juridica* 9/2013, lk 659.

võiks põhimõtteliselt olla kaitstav Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni (EIÕK) artikli 8 (õigus austusele era- ja perekonnaelu vastu) alusel. Kindlasti on õigus ärisaladuse kaitsele aga omandiõiguse osaks (EIÕK 1. protokolli art 1, Euroopa Liidu põhi õiguste harta, Eesti Vabariigi põhiseaduse § 32). Sama meelt tunduvad olevat ka teised õigusteoreetikud.¹²

Ka Euroopa Inimõiguste Kohus on omandiks ja EIÕK 1. protokolli artikli 1 alusel kaitstavaks pidanud näiteks intellektuaalomandit (nt lahendid 18.09.2007, *Paeffgen GMBH vs. Saksamaa*; 11.01.2007, *Anheuser-Busch Inc. vs. Portugal*). Euroopa Liidu Üldkohus on nentunud, et ärisaladus on teave, mille puhul mitte üksnes selle avalikustamine üldsusele, vaid ka juba edastamine kolmandale isikule võib raskelt kahjustada ärisaladuse omaja huve (T-353/94, *Postbank NV vs. komisjon*).

Olukorras, mil Euroopa Liidu tasandil pole ärisaladuse mõiste sisustamist harmoniseeritud, on asjakohane arvestada ka Eesti karistusõiguse teoreetikute poolt karistusseadustiku kommenteeritud väljaandes sedastatud. Nimelt, ärisaladust tuleb sisustada kaasuspõhiselt, lähtudes konkreetse juhtumi asjaoludest. Seejuures tuleb arvesse võtta nii subjektiivseid kui ka objektiivseid kriteeriume. Subjektiivselt peab teave olema ärisaladusena määratletud ja omaja poolt sellisena kaitstud. Objektiivselt aga tuleb tuvastada, et teabe sisu ei ole üldsuse jaoks teada ning et teabe sellisena hoidmine omab teatavat objektiivset väärtust. Objektiivseks väärtuseks tuleb muuhulgas pidada asjaolu, et teabe avalikustamine tooks kaasa kahju, mille teket teabe avalikustamata jätmine väldib.¹³

Ärisaladuse konkreetse defineerimise problemaatikaga seoses on leitud, et ärisaladuse ammendav ja ühene defineerimine on keerukas mh seetõttu, et ärisaladus ja selle hoidmise vajalikkus on seotud eri õigusharudega. Seetõttu võivad õigusharuti erineda teabe konfidentsiaalsena hoidmise eesmärgid ja ärisaladuse kaitse õigustatud ulatus, samuti aga ka ärisaladuse avalikustamise vajadus ehk ärisaladuse kaitsele kollideeruv õigusväärtus – seda nii olemuslikult kui ka kaalult. Riigihankeõiguse kontekstis on kaheks kollideeruvaks õigushüveks ärisaladuse kaitse ühelt poolt ning riigihankeõiguse üldpõhimõtetest tulenev läbipaistvuse ja kontrollitavuse nõue teiselt poolt¹⁴.

Kokkuvõttes tuleb tõdeda, et käesoleval ajal ei ole Euroopa Liidu õiguses ega Eesti siseriiklikus õiguses ühtset ja kõikehõlmavat ärisaladuse definitsiooni, mistõttu on selle mõistega kokku puutuvate juriidiliste küsimuste lahendamine mõnevõrra komplitseeritud.

Seega tuleb mõiste sisustamisel lähtuda õiguspraktikas välja kujunenud suundumustest. Nende kohaselt on peamiseks allikaks ärisaladuse kontseptsiooni lahtimõtestamisel TRIPS-lepingu art 39 p 2.

¹² M. Raude (viide 2), lk 398.

¹³ Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. J. Sootak, P. Pikamäe (koost.). Kolmas, täiendatud väljaanne. Tallinn: Juura 2009, § 377 komm. 2.3 (A. Vutt).

¹⁴ C. Ginter jt. (viide 11), lk 661.

TRIPS-lepingu art 39 p 2 sätestab: „Füüsilistel ja juriidilistel isikutel peab 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.“

Riigikohtu praktika kohaselt võib abistavate materjalidena abiks võtta veel ka konkurentsiseaduses ette nähtud määratlust (mis on, tõsi, rangelt võttes kohaldatav vaid Konkurentsiameti ametnike suhtes) ja välismaist – nt Saksamaa Liidukohtu – kohtupraktikat.

Praktikas peetakse ärisaladuseks ka pakkumuse maksumust, sh selle osamaksumusi, kui pakkuja on võtnud vajalikke meetmeid, et hoida seda salajas. Eelkõige kui pakkuja ei ole seda ise avaldanud ning pakkumusega seotud dokumendid (sh lepingud) on määratletud konfidentsiaalsetena.

III Avalik-õiguslikud nõuded teabe avalikkusele

3.1 Riigihankeõigusest tulenevad avalikustamise nõuded

Eelpool toodud analüüsi tulemusena leidsime, et Eesti õigusruumis tuleb ärisaladust defineerida TRIPS artikli 39 p 2 alusel. Kuivõrd riigihankeõiguses puudub erinorm, mis defineeriks ärisaladust muud moodi, tuleb ka RHSis sätestatud „ärisaladust“ defineerida kooskõlas TRIPS lepinguga. Eelduslikult on ärisaladuseks ka pakkumuse maksumus ja selle osamaksumused, kui ettevõtja ise seda ärisaladusena defineerib.

Uue direktiivi artikkel 21 sätestab, et kui käesoleva direktiivi või siseriiklike, eelkõige teabele juurdepääsu käsitlevate õigusaktidega, mis on avaliku sektori hankija suhtes kohaldatavad, ei ole teisiti ette nähtud ning ilma, et see piiraks kohustusi seoses sõlmitud lepingute avaldamisega ning taotlejatele ja pakkujatele artiklite 50 ja 55 kohase teabe andmisega, ei avalikusta avaliku sektori hankija talle ettevõtjate poolt edastatud konfidentsiaalsena märgitud teavet, sh tehnika- või ärialaseid saladusi ja pakkumuste konfidentsiaalseid aspekte. Seega viitab uue direktiivi regulatsioon avaliku teabe seadusele ning hankija kohustusele avaldada pakkujatele informatsiooni direktiivis ette nähtud mahus.

Uue riigihanke direktiivi artiklis 55 ette nähtud pakkujate ja taotlejate teavitamine on kantud riigihankeõiguse keskseks põhimõtteks olevast läbipaistvuse põhimõtetest. Läbipaistvuse põhimõte on üldpõhimõttena välja toodud nii vana riigihankedirektiivi 2004/18/EÜ artiklis 2 kui ka uue direktiivi

artikkel 18 lõikes 1. Läbipaistvuse põhimõtte kui aluslepingu üks printsiipidest tagab lepingute avalikkust, hankemenetluse reeglite avalikkust, hankedokumentis ettenähtud tingimustest kinnipidamist otsuste tegemisel (kaalutusõiguse piiramine) ning otsuste kontrollitavust ja täidetavust. Direktiivis sõnastatud läbipaistvuspõhimõtte aitab tagada parima ettevõtja valikut ning et vastavad hankija otsused oleksid kontrollitavad¹⁵.

Sealjuures kohustab uus direktiiv avaldama kõigile vastavaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkujatele eduka pakkuja eelised tema pakkumuse ees. Hankija peab avaldama eduka pakkuja eelised teiste pakkujate ees, kuivõrd vaid sellisel juhul on tagatud hankija otsuste läbipaistvus (ja ka kontrollitavus). Õiguskaitse meetmete direktiivi (89/665/EMÜ) artikli 2a p 2 kohaselt peab hankija koos teatega lepingu sõlmimisotsusest saatma igale asjaomasele pakkujale ja kandidaadile asjakohaste põhjenduste kokkuvõtte vastavalt direktiivi 2004/18/EÜ artikli 41 lõikele 2, kui kõnealuse direktiivi artikli 41 lõike 3 sätetest ei tulene teisiti. Vana direktiiv kohustab avaldama kõigile vastavaks tunnistatud pakkumise teinud pakkujatele väljavalitud pakkumise sisu ja suhtelised eelised, samuti eduka pakkuja nime või raamlepingu osapoolte nimed, arvestades ärisaladusega kaitstud teabe mahtu. Vana ja ka uue direktiivi mõtte kohaselt ei saa hankija mitte avaldada ärisaladuse tõttu infot, mille avaldamise kohustus tuleneb direktiivist (vana direktiivi artikkel 41 lg 2 ja uue direktiivi artikkel 55)¹⁶

Eelnõu sätestab, et hankija kohustub avaldama kõigi vastavaks tunnistatud pakkumuste maksumused. Seega on eelnõus sätestatud laiem avaldamiskohustus kui direktiiv ise ette näeb.

Analüüsi autori hinnangul piisab läbipaistvuse ja kontrollitavuse kohustuse tagamiseks vaid eduka pakkuja hinna avaldamisest. Seda eelkõige juhul kui edukas pakkumus valitakse madalaima hinna aluse.

Näide 1: hankes esitab pakkumuse kolm pakkujat hindadega 100 000 eurot (pakkuja A), 150 000 eurot (pakkuja B) ja 200 000 eurot (pakkuja C). Hankija tunnistab kõik pakkumused vastavaks ja edastab pakkujatele ka pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse, kuid ilma põhjendusteta. Vastavaks tunnistatud pakkujad saavad hankijale taotluse avaldamaks eduka pakkuja pakkumuse eelised nende ees. Hankija avaldab pakkujatele üksnes eduka pakkuja hinna 100 000 eurot. Iga pakkuja on teadlik enda pakkumuse hinnast, mistõttu saab ta kontrollida, et tema õiguseid ei ole rikutud (vaidlustusmenetlus toimub üksnes subjektiivsete õiguste rikkumise pinnalt) ja otsuste läbipaistvus on tagatud.

Kaebõiguse kontrollimiseks on kohane avaldada pakkujate pingerida vastavalt nende poolt esitatud maksumustele hiljemalt hankija vastuses pakkujate selgitustaotlusele direktiivi artikli 55 lg 2 p c alusel.

¹⁵ S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume I. UK 2014, 3rd edition. P 7-18

¹⁶ S. Arrowsmith (viide 15), p 13-25

Seoses uue kvalifitseerimise süsteemiga tõusetub küsimus, millal on kohane vaidlustada pakkuja kvalifitseerimine ning sellest tulenevalt, mis ajahetkeks peab hankija avaldama pakkumuste pingerea. Eelnõu seletuskirjas on selgitatud, et hankijad ei pea enne edukaks tunnistamise otsuse tegemist tegema sisulist kvalifitseerimise otsust, vaid võivad piirduda nõo formaalse kontrolliga (lk 74). Samas olenemata sellest, mis ajahetkel teeb hankija kvalifitseerimise otsuse, on see teiste pakkujate poolt vaidlustatav, eeldusel, et pakkujal on kaebeõigus. Kaebeõiguse tagamiseks peab hankijal tekkima kohustus avaldada pakkumuste pingerida esimese vaidlustatava otsustusega, mida hankija teeb.

Näide 2: oletame, et näites 1 toodud pakkuja B teab, et pakkuja A ei saa vastata kvalifitseerimise tingimustele. Hankija kontrollib pakkuja A kvalifikatsiooni alles peale pakkumuse edukaks tunnistamist. Kuna hankija on avaldanud pakkujatele ka pakkumuste pingerea, on tuvastatav, et pakkujal B on kaebeõigus pakkuja A kvalifitseerimise vaidlustamiseks. Pakkuja B vaidlustab pakkuja A kvalifitseerimise ning vaidlustuse rahuldamise korral saavutab eduka pakkuja staatuse pakkuja B. Kordub sama stsenaarium, mis näites 1.

Probleemsem on tagada otsuste läbipaistvust ilma hindu avaldamata olukorras, kus hindamise aluseks on majanduslik soodsus ja mitte madalaim hind. Sellisel juhul antakse hinnakriteeriumi eest punkte koos muude ettenähtud kriteeriumidega.

Näide 3: Hankija määrab järgmised kriteeriumid: hind 75% (odavaim pakkuja saab maksimumpunktid ning ülejäänud pakkujatele arvutatakse proportsionaalselt vähem); 10% garantiiaeg (pikima aja pakkuja saab maksimumpunktid ning ülejäänud pakkujatele arvutatakse proportsionaalselt vähem); toote kvaliteet 15% (ettenähtud numbrilised näitajad sõltuvalt toote eripärast). Pakkuja A pakub hinda 50 000 eurot, garantiiaega 5 aastat ja toote kvaliteet vastab 10-le punktile. Pakkuja B pakub hinda 45 000 eurot, garantiiaega 3 aastat ja toote kvaliteet vastab 5le punktile. Punktid jagunevad:

Pakkuja A: hind 67,5 p, garantii 10p, toote kvaliteet 10p = 87,5 p (kokkuvõttes edukas)

Pakkuja B: hind 75 p, garantii 6 p, kvaliteet 5p = 86 p

Täielik läbipaistvus ilma kõikide pakkumuste numbrilisi väärtusi avaldamata on võimalik vaid juhul, kui hankija avaldab igas hindamiskategoorias parima pakkumuse teinud pakkuja. Sellisel juhul on võimalik igal pakkujal arvutada, kas temale antud punktid vastavad etteantud valemitele. Juhul kui hindamiskriteerium seondub kvaliteedi või esteetilise omadusega, mille eest antakse punkte etteantud skaalal või mõõdikuid kasutades, kuid, mis ei seostu nõo proportsionaalselt parima pakkujaga, ei ole vajalik avalikustada, kuivõrd konkreetset kriteeriumi on võrreldud hankedokumendi tingimusega ja mitte teise pakkujaga. Tõsi, pakkujad ei see sellisel juhul kontrollida, kas hankija on andnud kohaselt punkte teisele pakkujale.

Samas ei nõua uus direktiiv ega ka kehtiv seadusandlus otsuste täielikku läbipaistvust. Artikli 55 lg 2 p 3 kohustab hankijat kirjeldama eduka pakkuja eeliseid, arvestades ärisaladusega kaitstud infot (lg 3).

Sarnaselt ei ole võimalik teha täielikult läbipaistvaks pakkumuse vastavaks tunnistamise otsuseid, kuivõrd hankija kontrollib pakkuja pakkumuse koostisosi, mis on kaitstud ärisaladusega. Näiteks pakkumuse tehnilised lahendused ja muu oskusteave, mida pakkuja on enda pakkumuses kirjeldanud, on konfidentsiaalsed (RHS § 43 g 4, § 54 lg 3, vana direktiivi artikkel 6, uue direktiivi artikkel 21). Praktikast on selline lähenemine pakkujate poolt aktsepteeritud ning on tegelikult kehtestatud pakkujate õiguste tagamiseks ebaausa konkurentsi tõkestamiseks.

Euroopa Kohus on hinnanud pakkumuse komponentide avaldamise ulatust riigihanke direktiivide valguses otsuses T-437/05 ja leidnud, et majanduslikult soodsaima kriteeriumiga hankes on hankija täitnud enda põhjendamiskohustuse avaldades hindamise tulemused ehk punktiarvu iga kriteeriumi suhtes. Seoses hinnakriteeriumiga leidis kohus järgmist: „Majandusliku hindamise osas oli hankedokumentide punktis 29 täpsustatud, et kõige madalam hinnapakumuse saab maksimaalsed hindamispunktid, teised pakkumused saavad proportsionaalselt madalamad punktid. Hageja ja eduka pakkuja pakkumusele antud hindamispunktid tuginevad seega matemaatilisele loogikale, mille kasutamine ei vaja komisjoni täiendavaid selgitusi.“¹⁷ Seega ei pea põhjendamiskohustuse täitmiseks majanduslikult soodsaima pakkumuse kriteeriumi korral avaldama isegi eduka pakkuja pakkumuse hinda hankemenetluse käigus. Autori hinnangul peab siinkohal eristama hankija kui teabevaldaja kohustust avaldada pakkumuse hind peale lepingu sõlmimist (sellest täpsemalt punktis 3.2).

Kui pakkumuse hindamise kriteeriumide rakendamine on kriteeriumi olemusest selge (nt proportsionaalne hindamine), siis direktiividest tulenevalt ei ole hankijal kohustust avaldada hindamise aluseks olevaid andmeid.¹⁸ Hilisemas kohtupraktikas on Euroopa Kohus täpsustanud, et ebaselgete ja mitte ilmselgete hindamiskriteeriumide osas peab hankija siiski avaldama narratiivi, millest tulenevalt anti edukale pakkujale rohkem punkte kui mitte edukale pakkujale.¹⁹

Seega juhul kui riigihankeõiguses sätestatud avaldamise kohustuse eesmärgiks on otsuste läbipaistvus, siis peab madalaima hinna baasil korraldatud riigihankes minimaalselt olema tagatud hinna avaldamine üksnes eduka pakkuja korral. Kaebeõiguse tuvastamiseks peaks hankija avaldama pakkumuste pingerea.

Majanduslikult soodsaima kriteeriumi korral on olukord veidi keerulisem. Kuid Euroopa Kohtu praktikast tuleneb, et juhul kui hinna eest antakse punkte proportsionaalselt odavaima pakkumusega, siis ei ole ka eduka pakkuja pakkumuse hinna avaldamine hankemenetluse ajal kohustuslik.

¹⁷ EK T-437/05 *Brink's Security Luxembourg vs Komisjon*, p 174. Kuigi kohtuotsuses rakendati komisjoni finantsmäärust 1605/2002, leitakse õiguskirjanduses, et kohtu seisukohad on kohaldatavad ka riigihanke direktiivide rakendamisel (S. Arrowsmith, p 13-28), seetõttu, et finantsmääruse vastav regulatsioon on sisuliselt identne riigihanke direktiividega

¹⁸ S. Arrowsmith (viide 15), p 13-28

¹⁹ T-59/05, p 129 ja T-461/08, p 212-216, T-57/09, T-300/07, p 70

3.2 Avaliku teabe seadusest tulenevad avalikustamise nõuded

Avaliku teabe seaduse (edaspidi AvTS) eesmärk on tagada üldiseks kasutamiseks mõeldud teabele avalikkuse ja igaühe juurdepääsu võimalus, lähtudes demokraatliku ja sotsiaalse õigusriigi ning avatud ühiskonna põhimõtetest, ning luua võimalused avalikkuse kontrolliks avalike ülesannete täitmise üle (AvTS § 1 lg 1).

Hankijad on enamjaolt²⁰ ka avaliku teabe valdajad AvTS mõttes ning peavad arvestama asjaoluga, et seadus keelab kehtestada juurdepääsupiirangut dokumentidele, mis seonduvad riigi, kohaliku omavalitsuse üksuse või avalik-õigusliku juriidilise isiku eelarvevahendite kasutamise ning eelarvest makstud tasude ja hüvitistega (AvTS § 36 lg 1 p 9, 10). Lepingu maksumuse avaldamise nõue on kantud riigihalduse käigus loodud informatsiooni avalikkuse põhimõttest. Seega ei ole võimalik salastada lepingu kogumaksumust ning igal isikul on õigus saada informatsiooni lepingu maksumuse kohta. Tulenevalt sellest ei ole põhjendatud eduka pakkuja pakkumuse maksumuse mitte avaldamine, kui peale lepingu sõlmimist muutub info igal juhul avalikuks.

Andmekaitse Inspeksioon on enda juhises selgitanud, et avaliku teabe seaduse alla kuuluva lepingu kogu sisu ei saa olla täieliku juurdepääsupiiranguga juba sellepärast, et AvTS-i § 36 lg 1 punktid 9 ja 10 keelavad eelarvevahendite kasutamist, eelarvest makstud tasusid ja hüvitiisi ning asutuse varalisi kohustusi salastada. Järelikult vähemalt eelarvest raha eraldamist puudutav lepingu osa on igal juhul avalik²¹.

Seega piirab avalik-õiguslik norm konfidentsiaalse teabe ulatust, mis eraõiguslikus suhtes oleks ärisaladusega kaitstav. Juurdepääsu õigus avaliku teabele (PS § 46) ning ettevõtlusvabadus (PS § 31) ja omandikaitse (PS § 32) on kõik põhiseaduse järku vabadused, mida saab seadusega piirata. Oluline on leida tasakaal teabe avalikkuse ning ettevõtlusvabaduse ja ärisaladuse kui omandikaitse alla kuuluva õigushüve riivamisel.

Peame mõnna, et teatud sektorites on hinna mitte avaldamine kuni lepingu sõlmimiseni omaette väärtusega. Näiteks olukorras, kus leping sõlmitakse ühikhindade baasil (näiteks jäätmeveosektor), kuid hindamiskriteeriumite kohaselt on eduka pakkuuse valiku aluseks näiteks aastate keskmine hind või pakkuja poolt välja arvatud kogumaksumus. Sellisel juhul avaldatakse avamise protokollis üksnes hindamise aluseks olev kogumaksumus ning ühikhindu automaatselt ei avaldata. Juhul kui

²⁰ Eraõiguslikust juriidilisest isikust teabevaldaja ja hankija legaaldefiniitsioonid ei ole 100% kattuvad, sh on hankija mõiste RHS §-s 10 laiem kui teabevaldaja mõiste AvTS §-s 5 ja tema poolt avalikustava teabe ulatuse mahu osas. Võimalik on olukord, kus eraõiguslikust isikust hankija kohustub hankima teenust enda äritegevuse tarbeks (nt seoses restorani pidamisega), kuid, mis ei kvalifitseeru avaliku ülesande täitmiseks ning mida ei rahastata avalikest vahenditest, mistõttu ei ole tegemist avaliku teabega AvTS mõistes

²¹ Avaliku teabe seaduse üldjuhend
http://www.aki.ee/sites/www.aki.ee/files/elfinder/article_files/Avaliku%20teabe%20seaduse%20%C3%BCldjuhend%20%2822.10.2014%29.pdf (10.06.2015)

pakkujad küsivad näha ka ühikhindu, siis on nii pakkujate kui hankijate praktika meile teadaolevalt erinev. Näiteks võib pakkujal olla põhjendatud huvi hoida ühikhinnad saladuses hankemenetluse jooksul omades sellega konkurentsieelist teistes samaaegsetest hankemenetlustes.

Kokkuvõttes kohustab avaliku teabe seadus avaldama hankelepingu ja selle põhitingimused – kellega leping sõlmiti, mis summas ja mis on lepingu sisu. Avaliku teabe seadus ei nõua pakumuste maksumuste avaldamist hankemenetluses ega ka eduka pakkuja maksumuse avaldamist enne hankelepingu sõlmimist. Eduka pakkuja maksumuse avaldamise nõue saab tulla vaid riigihangete seadusest. Selline lähenemine on ka kooskõlas ettevõtlusvabaduse ja omandikaitse piiranguga, kuivõrd ärisaladuse avaldamine toimub viisil, mis riivab pakkujate huvisid kõige vähem, täites samas informatsiooni avalikkuse nõuet.

IV Võrdlusriikide praktika

Arvestades, et riigihankeõigusest tulenev hankija põhjendamis- ja avaldamiskohustus tuleneb paljuski riigihanke alastest direktiividest, on kohane arvestada ka teiste liikmesriikide praktikaga antud küsimuses. Sel eesmärgil viisime läbi küsitluse kolleegidega järgmistest riikidest: Austria, Belgia, Hispaania, Iirimaa, Leedu, Luksemburg, Läti, Madalmaad, Malta, Poola, Portugal, Prantsusmaa, Saksamaa, Slovakkia, Sloveenia, Soome, Taani ja Tšehhi Vabariik. Palusime vastata järgmistele küsimustele:

- 1) Mis staadiumis avaldatakse pakumuste hinnad?
- 2) Kas hinna avaldamine on kohustuslik üksnes eduka pakkuja pakumuse osas või kõigi pakumuste osas?
- 3) Kas avaldatakse kogumaksumus või ka osamaksumused?

Küsimuste vastused on detailselt välja toodud käesoleva memo lisas. Kokkuvõttes on riikide õigussüsteemid pakumuste maksumuste avaldamise osas vägagi erinevad. On riike, kus avaldatakse kõikide pakkujate maksumused pakumuste avamisel nagu Eestis ning riike, kus pakumuste maksumuste avaldamist üldse ei toimu, või toimub see üksnes teatud liiki hangetes (Saksamaa, Taani) ja/või ületades teatud piirmäärasid (Malta).

Allpool toome välja huvitavaimad näited:

Madalmaad. Pakumuste hindade avaldamine on vabatahtlik ja praktikas avaldavad hankijad hindu harva. Hankijad peavad avaldama eduka pakkuja suhtelised eelised ning hinnakriteeriumi osas saavad pakkujad tuletada eduka pakumuse hinna tulenevalt valemist.

Hispaania. Pakumuste hinnad avaldatakse pakumuste avamisel ning samuti avaldatakse kõik osamaksumused, sh ühikhinnad.

Taani. Ehitustööde hangetes avaldatakse kõikide pakkujate hinnad pakumuste avamisel. Asjade/teenuste hangetes avaldatakse vaid eduka pakkuja hind edukaks tunnistamisest teavitamisel.

Soome. Hankemenetluses esitatud dokumente käsitletakse reeglina avaliku teabena ning pakkumustega saavad tutvuda kõik huvitatud isikud (ei ole piiratud vaid pakkujate ringiga). Juhul kui pakkuja on enda pakkumuse hinna määratlenud ärisaladusena, siis on pakkumuse hinda õigus teada vaid teistel hanke osalenud pakkujatel, kuid mitte avalikkusel.

Belgia. Hind avalikustatakse üksnes madalaima hinna baasil korraldatud Hankemenetluses. Majanduslikult soodsaima hinna baasil korraldatud hangetes võib hankija avaldada hinna, kuid ei pea seda tegema. Pakkumuse osamaksumusi üldjuhul ei avaldata viidates ärisaladusele. Kuid viimasel ajal on vaidlusi lahendav organ kohustanud hankijaid avaldama pakkumuse kohta detailset infot, kui pakkumus on vaidlustatud põhjendamatult madala maksumuse motiivil.

Prantsusmaa. Pakkumuste maksumuste avaldamine enne edukaks tunnistamise otsuse tegemist on keelatud põhjendusel, et see võib viia ebaausa konkurentsini. Hankemenetluse ajal kuulub avalikustamisele üksnes eduka pakkuja maksumus, kuid peale hankelepingu sõlmimist on võimalik teabenõude abil tutvuda ka teiste pakkujate kogumaksumustega. Teatud juhtudel on võimalik ka eduka pakkuja pakkumuse osamaksumuste avaldamine (eeldusel, et see ei kahjusta turusituatsiooni).

Saksamaa. Pakkumuste maksumused avaldatakse vaid ehitustööde hangetes.

Eraldi ei ole välja toodud riike, kus regulatsioon on sarnane praegu kehtiva RHSiga – kõikide pakkumuste maksumused avalikustatakse avamisel ning üldjuhul avaldatakse üksnes kogumaksumus. Andmeid koondades paistis välja, et täieliku avalikustamise teed on läinud pigem Ida- ja Kesk-Euroopa riigid ning nõ vanad Euroopa riigid eelistavad vähemalt teatud osas hoida pakkumuste maksumusi salajas väärtustades pakkumuste maksumust kui ettevõtjate ärisaladust.

Kuna vana ja uus riigihangete direktiiv jätavad hankes esitatud andmete avaldamise hulga liikmesriigi otsustada, siis on riikide lähenemine erinev ja sõltub ühiskonnas aktsepteeritud standarditest – kuivõrd läbipaistvalt on vaja otsuseid teha. Samas, ei aita läbipaistvuskohustusele kuidagi kaasa kõigi pakkujate hinna avaldamine, kuivõrd leping sõlmitakse vaid eduka pakkujaga. Hind ei ole oluline pakkujate kvalifitseerimise ega vastavaks tunnistamise otsuste tegemisel ning teistel pakkujatel puudub põhjendatuid huvi mitte-edukate pakkujate hinna teada saamiseks.

V Järeldused

Kohtupraktikast ja tsiviilkäibest tulenevalt peetakse pakkumuste maksumusi ja selle koostisosi (sh osamaksumusi) ettevõtjate ärisaladuseks (TRIPS artikli 39 lg 2). Olukorras, kus ettevõtja osaleb riigihankel, peab ta arvestama avalik-õiguslike piirangutega ärisaladuse ulatusele, eelkõige andmete hulgale, mida hankija on direktiividest või seadusest tulenevalt kohustatud avaldama.

Uus riigihangete direktiiv ei nõua kõigi hankes esitatud pakkumuste maksumuste avalikustamist vaid sätestab hankija kohustuse selgitada eduka pakkuja eeliseid vastavaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkujatele. Seaduseelnõus kajastatud lahendus kohustab hankijat avaldama kõigi

vastavaks tunnistatud pakkumuste maksumused. Euroopa Kohtu praktikast, mida on üle võtnud ka osad liikmesriigid siseriiklikus õiguses, ei pea pakkumuse maksumust avaldama näiteks majanduslikult soodsaima kriteeriumi korral, kuivõrd maksumus on tuletatav hindamiskriteeriumi osaks olevast matemaatilisest tehtest. Läbipaistvuse põhimõtte tagamiseks ja direktiivi nõuete täitmiseks piisab lahendusest, kus avalikustatakse üksnes eduka pakkuja hind. Sedasi on tagatud võimalikult suures ulatuses ärisaladuse kaitse ja teiselt poolt läbipaistvus hankija otsuste tegemisel. Tegelikult jääbki mõnevõrra selgusetuks, mis eesmärki teenib kõikide pakkumuste maksumuste avaldamise nõue täna kehtivas RHS-is.

Lugupidamisega

Kadri Suurkivi
Advokaat

Elo Tamm
Vandeadvokaat