

Heili Kurrel

Erandid riigihangete seaduse kohaldamisest

1. Sissejuhatus

Käesoleva analüüsi eesmärgiks on anda ülevaade riigihangete seaduse¹ §-s 14 (edaspidi RHS) toodud eranditest, mille puhul ei ole hankija kohustatud RHSis sätestatud korda rakendama. Käesolev analüüs ei käsitle RHS §-s 14¹ toodud sisetehingu erandit. RHS §-s 14 toodud juhtudel võib hankija põhimõtteliselt loobuda riigihangete RHS §-s 3 toodud üldpõhimõtete järgimisest, sest tegemist on hangetega, kus lähtumine turu konkurentsiolekorrast ei ole võimalik või mõistlik. Samuti ei ole hankija teatud juhtudel kohustatud RHSis sätestatud korda rakendama, kui sõlmitav leping on seotud riigisaladusega või salastatud välisteabega.

Euroopa Kohtu praktika² kohaselt tuleb riigihankeõiguse kohaldamisalast välja jätta sellised valdkonnad, mille puhul puuduvad konkurentsi suhtes riigihangetele omased ohud, milles puudub piiriülene kaubandushuvi või mille puhul ei vastaks riigihankeõiguse kohaldamine erandiks olevate valdkondade eripäradele ja erilistele vajadustele.

Euroopa Kohtu praktikast³ tulenevalt tuleb RHS §-s 14 sätestatud erandeid alati tõlgendada rangelt ja kahtluse korral kitsendavalt. Erandite kohaldamine on lubatav ainult siis, kui see tagab erandiga kaitstava õigushüve realiseerimise. Kui erandiga kaitstava õigushüve kaitsmine on võimalik ka avaliku riigihankemenetluse käigus, siis ei ole erandi kasutamine õigustatud. Erandi rakendamisel lasub põhjendamiskohustus ja tõendamiskohustus üksnes hankijal endal.

RHSis toodud erandid tulenevad Euroopa Liidu riigihangete direktiivide⁴ regulatsioonist.

Analüüsis antakse ülevaade RHS §-s 14 toodud erandidest, tuuakse välja erandite kohta käiv riigihanke direktiivide regulatsioon ning kajastatakse tähtsamaid erandeid käsitleivaid Euroopa Kohtu lahendeid ning käsitletakse praktikas RHSis toodud erandite kasutamisega tõusetunud

¹ Riigihangete seadus võeti vastu 24.01.2007 (RT I 2007, 15, 76) ja jõustus 01.05.2007.a. Viimane redaktsioon jõustus 24.02.2012 (RT I, 14.02.2012, 1).

² Vt. Kohtujuristi Verica Trstenjak'i ettepanek kohtuasjas C-159/11, punkt 49.

³ Vt. 10. märtsi 1987.a. otsus kohtuasjas 199/85: komisjon vs. Itaalia (EKL 1987, lk 1039, punkt 14); 18. novembri 1999. a. otsus kohtuasjas C-107/98: Teckal (EKL 1999, lk I-8121, punkt 43); 17. novembri 1993. a. otsus kohtuasjas C-71/92: komisjon vs. Hispaania (EKL 1993, lk I-5923, punkt 10), ja 13. jaanuari 2005. a. otsus kohtuasjas C-84/03: komisjon vs. Hispaania (EKL 2005, lk I-139, punktid 48 ja 58).

⁴ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31.märtsist 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused ((ELT L 134, 30.04.2004); Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märtsist 2004 ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT L 134, 30.04.2004; edaspidi nimetatud kui riigihanke direktiiv).

probleeme. Viidatakse ka olulisematele muudatustele, mis tulenevad riigihanke direktiivide eelnõudest⁵.

2. RHS §-s 14 toodud erandid

2.1. Lepingud elektroonilise side sektoris

RHS § 14 lg 1 p 1 kohaselt ei ole hankija kohustatud RHSis sätestatud korda rakendama, kui ostetakse asju või tellitakse teenuseid või ehitustöid või antakse kontsessioon või korraldatakse ideekonkurss peamise eesmärgiga pakkuda või opereerida avalikkusele kättesaadavaid elektroonilise side võrke või pakkuda avalikkusele elektroonilise side teenust elektroonilise side seaduse⁶ tähenduses.

Seega antud erandi kasutamisel peab hankija analüüsima, kas tegemist on elektroonilise side võrkude või elektroonilise side teenusega elektroonilise side seaduse tähenduses.

Elektroonilise side seaduse § 2 p-s 5 on toodud elektroonilise side teenuse ja elektroonilise side võrgu mõisted. Elektroonilise side teenus seisneb kokkulepitud tingimustel tervikuna või peamiselt signaalide edastamises või suunamises elektroonilise side võrgu kaudu. Elektroonilise side teenus on ka võrguteenus. Elektroonilise side võrk on ülekandesüsteem koos selle tööks vajalike lülitusseadmete ning muude tugisüsteemidega, mis võimaldab signaalide edastamist ja suunamist kaabli kaudu, samuti raadio, optiliste või muude elektromagnetiliste vahenditega. Muu hulgas on elektroonilise side võrkudeks, sõltumata nende kaudu edastatava informatsiooni iseloomust satelliitvõrk, telefonivõrk, andmesidevõrk, mobiiltelefonivõrk, ringhäälinguvõrk, kaabelvõrk ja elektrikaablisüsteem, kui seda kasutatakse signaalide edastamiseks või suunamiseks. Antud sättest tuleneb, et elektroonilise side teenusteks on näiteks mobiiltelefoniteenus, lauatelefoniteenus ja internetiühenduse teenuse pakkumine.

Mõisted elektroonilise side võrk ja teenus tähistavad senist telekommunikatsioonivõrku ja teenust. Nimetatud terminoloogilised muudatused tehti 01.01.2005.a. jõustunud elektroonilise side seadusega.

Riigihanke direktiivi artikli 13 kohaselt ei kohaldata direktiivi hankelepingute suhtes, mille põhieesmärk on võimaldada hankijal⁷ pakkuda või kasutada üldkasutatavaid telekommunikatsioonivõrke või pakkuda üldsusele üht või mitut telekommunikatsiooniteenust. Riigihanke direktiivi preambula punktis 21 on toodud, et direktiivi reguleerimisalast tuleks välja jätta telekommunikatsiooniturul sõlmitavad lepingud, kui need on mõeldud eeskätt selleks, et võimaldada hankijate teatavat tegevust telekommunikatsioonisektoris. Siia alla kuuluvad

⁵ Euroopa Komisjoni poolt algatatud direktiivide eelnõudes erandite kohta käiv regulatsioon kattub (edaspidi riigihanke direktiivi eelnõu) arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/Ir1/web/guest/eelnoud>.

⁶ Elektroonilise side seadus võeti vastu 08.12.2004.a (RT I 2004, 87, 593) ja jõustus 01.01.2005.a.

⁷ Riigihanke direktiivis kasutatakse termini „hankija“ asemel terminit „ostja“. Käesolevas analüüsis kasutatakse jooksvalt terminit „hankija“.

lepingud, mis sõlmitakse üldkasutatavate telekommunikatsioonivõrkude pakkumise või käitamise või ühe või mitme üldkasutatava telekommunikatsiooniteenuse osutamise tegevusvaldkonnas niisugusteks ostudeks, mille ainus eesmärk on võimaldada ühe või mitme telekommunikatsiooniteenuse osutamist, kui teistel ettevõtjatel on õigus pakkuda samu teenuseid samas geograafilises piirkonnas ja põhiliselt samadel tingimustel.

2.2. Riigisaladuse või välisriigi salastatud teabe valdkonna lepingud, Eesti Panga turvalisuse või avaldamisele mittekuuluva teabega seotud lepingud, eriliste turvalisusnõuete täitmisega seotud lepingud ja riigi oluliste huvide kaitsmise vajadus

RHS § 14 lg 1 p 2 kohaselt ei ole hankija RHSis sätestatud korda kohustatud rakendama, kui sõlmitav leping või korraldatav ideekonkurss on seotud riigisaladusega või salastatud välisteabega riigisaladuse ja salastatud välisteabe seaduse tähenduses.

Riigisaladuse ja salastatud välisteabe mõisted on toodud riigisaladuse ja salastatud välisteabe seaduse⁸ §-s 3. Riigisaladuse liigid on nimetatud riigisaladuse ja salastatud välisteabe seaduse §-des 6-10. RHS § 14 lg 1 p 2 sätestab ka erandi riigi oluliste huvide kaitsmise vajadusest lähtuvalt.

Nimetatud erandi rakendamine on õigustatud, kui erandi kohaldamine on otseselt vajalik riigi oluliste huvide kaitsmiseks. RHS § 14 lg 1 p-s 2 sätestatud erandi kohta on riigihanke direktiivi artiklis 14 märgitud, et nimetatud erand käsitleb salajasi lepinguid ja erilisi julgeolekumeetmeid nõudvaid lepinguid. Seega tuleks riigi olulisteks huvideks pidada eelkõige riigi julgeolekuga seotud huvisid.

Riigihangete juhises⁹ on toodud, et nimetatud erandi alla võivad kuuluda näiteks isikut tõendavate dokumentide tellimisega seotud hanked, kui sellise lepingu täitmine eeldab kooskõlas õigusaktidega eriliste turvalisusnõuete täitmist või kui erandi kohaldamine on otseselt vajalik riigi oluliste huvide tagamiseks.

RHS §-s 14 lg 1 p-s 2 toodud erandit ei saa tõlgendada liiga laialt. Peab kaaluma ka võimalusi, kas hanke korraldamise puhul on riigi oluliste huvide kaitsmine ja turvameetmed siiski võimalikud. Erandi kasutamine on lubatud üksnes juhul, kui selle rakendamise mõjud ei ulatu kaugemale, kui on riigi oluliste huvide kaitsmiseks tingimata vaja. Euroopa Kohtu praktika kohaselt tuleb erandeid tõlgendada kitsendavalt ja hankijal on seejuures oluline põhjendamiskohustus ja tõendamiskoormus.

⁸ Riigisaladuse ja salastatud välisteabe seadus, vastu võetud 25.01.2007 (RT I 2007, 16, 77), jõustus 01.01.2008.a.

⁹ Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=7acd26a2-2706-4113-9b33c7d057896668&groupId=11726.

Antud juhtu ilmestab Euroopa Kohtu lahend¹⁰, kus Itaalia tellis hankemenetlust korraldamata riigiasutustele mõeldud andmetöötlussüsteemide projekteerimist, programmeerimist ja toimumist. Itaalia valitsus viitas andmete konfidentsiaalsusele maksude, rahva tervise ja põllumajanduslike pettuste valdkonnas ja vajadusele neid kaitsta. Samuti leidis Itaalia valitsus, et riigiasutus peab kontrollima hankelepingute täitmist, et kohandada töid vastavalt muutustele, mida hankelepingu sõlmimise ajal ei olnud võimalik ette näha. Itaalia valitsus oli seisukohal, et teatud liiki tegevustes, mis eriti strateegilistes sektorites on seotud konfidentsiaalsete andmetega, peab riigil olema võimalus kasutada ettevõtjat, keda ta saab täielikult usaldada.

Euroopa Kohus¹¹ leidis, et antud erandi kasutamine ei ole õigustatud, sest konfidentsiaalseid andmeid saab kaitsta ka teenuste osutamise vabadust vähem piiravaid meetmeid kasutades.

Näiteks pannes teenust osutava ettevõtte töötajatele saladuse hoidmise kohustuse, mille rikkumisel on võimalus alata kriminaalmenetlust.

RHS §-s 14 lg 1 p-s 2 sätestatud erandi kohaldamiseks tuleb ka analüüsida, kas sõlmitava lepingu objekt kuulub kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hangete alla või mitte. Kaitse- ja julgeolekudirektiivi¹² preambula punkti 11 kohaselt tuleks mittesõjalise julgeoleku valdkonnas kohaldada kaitse- ja julgeolekudirektiivi selliste riigihangete suhtes, millel on kaitsealaste riigihangetega sarnased tunnused ja mis on niisama tundlikud. See võib olla eelkõige valdkondades, kus sõjavägi ja mittesõjalised jõud teevad koostööd samade ülesannete täitmiseks ja/või kus riigihanke eesmärk on kaitsta liidu ja/või liikmesriikide julgeolekut nende oma territooriumil või kaugemal mittesõjalisest ja/või valitsusvälistest osalejatest lähtuva tõsise ohu eest. See võib hõlmata näiteks piirikaitset, politseitööd ja kriisiohjamismissioone.

RHSis reguleerib kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete korraldamist peatükk 5¹. RHS § 103² lg 1 p 4 kohaselt on kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangeteks ka julgeolekuotstarbeliste ehitustööde ja teenuste tellimine, mis on seotud riigisaladuse või salastatud välisteabega. RHS § 103¹⁰ lg 2 kohaselt võib hankija riigisaladuse või salastatud välisteabega seotud riigihanke puhul ühe kvalifitseerimistingimusena kehtestada nõude, et pakkuja või taotleja peab esitama töötlemisloa või oma töötaja riigisaladuse juurdepääsuloa või salastatud välisteabe juurdepääsuserifikaadi või pakkuja asukohariigi pädeva ametiasutuse tõendi või pakkuja või taotleja kinnituse, et ta tagab nõuetekohaselt kogu tema käsutuses oleva või hankelepingu kehtivuse jooksul ja pärast hankelepingu lõpetamist talle teatavaks saava riigisaladuse ja salastatud välisteabe salastatuse vastavalt kehtivatele õigusaktidele.

25.01.2012. a Riigikogu poolt vastu võetud riigihangete seaduse muudatustega toodi sisse eraldi kaitsevaldkonna hankemenetlused. Nimetatud RHSi muutmise seaduse eelnõu 113SE seletuskirjas¹³ märgitakse järgmist: “RHSi § 14 lg 1 punkti 2 kohaselt ei ole hankija kohustatud

¹⁰ Euroopa Kohtu 05.12.1989.a otsus C-3/88: Komisjon vs. Itaalia, punkt 10.

¹¹ Euroopa Kohtu 05.12.1989.a otsus C-3/88: Komisjon vs. Itaalia, punkt 11.

¹² Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, 13. juuli 2009, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ; (ELT L 216/76, 20.08.2009.a.).

¹³ Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems2&emshelp=true&eid=1424299&u=20121102143016>.

RHSiga sätestatud korda rakendama muu hulgas juhul, kui erandi kohaldamine on otseselt vajalik riigi oluliste huvide kaitsmiseks. Säte põhineb ELTLi artiklil 346, millest tulenevalt võib riigihankelepinguid sõlmida ilma direktiivi kohaldamata eelkõige juhtudel, kui see on vajalik liikmesriigi oluliste julgeolekuhuvide kaitsmiseks. Kuigi oluliste julgeolekuhuvide määramine on selgelt liikmesriikide ainuvastustus, on Euroopa Kohus märkinud, et sätte alusel kohaldatavaid erandeid tuleb piirata vaid erandlike ja selgelt määratud juhtumitega ning võetavad meetmed ei tohi ületada selliste juhtumite piire. Nagu teisigi põhivabaduste erandeid, tuleb ka seda tõlgendada kitsendavalt. Seega, tuginedes ELTLi artiklile 346 direktiividega hõlmatud riigihankelepingu sõlmimisel ilma vastavates direktiivides sätestatud protseduurilisi reegleid järgimata, peab hankija tagama, et valitud meede (nt konkreetse tootjaga otse sõlmitud hankeleping) oleks vajalik tema oluliste julgeolekuhuvide kaitsmiseks. Otsus peab põhinema iga juhtumi hindamisel, millega tuvastatakse olulised julgeolekuhuvid ja hinnatakse vajadust konkreetse meetme, st direktiivi kohaldamata jätmise järele, võttes arvesse proportsionaalsuse põhimõtet ja vajadust tõlgendada kitsendavalt ELTLi artiklit 346.

Sellest tuleneb, et eelnõus ülevõetavate riigihankelepingute sõlmimise menetlusi tuleks käsitleda kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete tavamenetlustena ja RHSi § 14 lg 1 punktile 2 tuginemine peaks olema piiratud selgelt erandlike juhtumitega.

Seega võib olla hankelepinguid, mis on nii salajased või olulised, et isegi eelnõu konkreetsetest sätetest ei piisa riigi oluliste julgeolekuhuvide kaitsmiseks. Sellistel juhtumitel peab hankija tagama ja vajadusel ka näitama, et konkreetne võetud meede on tuvastatud oluliste julgeolekuhuvide kaitsmiseks kohane ja et vastav meede ei lähe kvaliteedi ja kvantiteedi poolest kaugemale, kui antud eesmärgi täitmiseks otseselt vajalik. Seejuures on oluline tähele panna, et eelnõu pakub õiguslikke vahendeid (teabe kaitse ja tarnekindluse nõuded, võimalus kehtestada hankelepingus nõudeid allhankijatele), mis on loodud just kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete vajaduste ja nõuete jaoks“.

Seega siit tuleneb, et riigisaladus ei ole enam erandi kohaldamiseks absoluutne alus, vaid on selgelt piiratud väga erandlike juhtumitega.

RHSi muutmise seaduse eelnõu 113SE seletuskirjas on kirjeldatud ka segalepingute regulatsiooni: „Kui hankelepingu ese jääb osaliselt seaduse 5¹. peatüki rakendusalasse ja osaliselt on tegemist riigihankega, millele seadust ei kohaldata (nt RHSi § 14 lg 1 p 2), ning ühe hankelepingu sõlmimine on põhjendatud, ei kohaldata hankelepingu sõlmimisel RHSis sätestatud korda. Siin tuleb arvestada ka Euroopa Kohtu praktikat, mis on korduvalt rõhutanud, et segalepingu puhul, mille eri osad on lahutatult seotud ja moodustavad jagamatu terviku, tuleb kõnealust tehingut selle õiguslikuks kvalifitseerimiseks vaadelda ühtse tervikuna, ning seda tuleb hinnata nende õigusnormide alusel, mis reguleerivad selle lepingu peamiseks eesmärgiks või olulisimaks koostisosaks olevat lepingu osa“.

RHS § 14 lg 1 p-s 2 toodud erandite alla kuuluvad ka Eesti Panga poolt sõlmitavad lepingud, mis on seotud avalikustamisele mittekuuluva teabega või Eesti Panga turvalisuse kaalutlusega. Eesti Panga turvalisuse tagamine on määratlemata õigusmõiste ja seega vajab selle erandi kasutamine hankija poolt eraldi põhjendamist ja tõendamist. Hankija peab olema võimeline tõendama, et erandiga kaitstav huvi kaalub üles RHSis sätestatud hankemenetluse korraldamise kohustuse.

2.3. Eesti ja Euroopa Liitu mittekuuluva välisriigi koostööd sätestav leping, mis on sõlmitud Euroopa Ühenduse asutamislepinguga kooskõlas olevast välislepingust tulenevate reeglite kohaselt

RHS § 14 lg 1 p 3 kohaselt ei ole hankija kohustatud RHSis sätestatud korda rakendama, kui asju ostetakse või ehitustöid tellitakse või ehitustööde kontsessioon antakse Eesti ja mõne välisriigi, välja arvatud Euroopa Liidu liikmesriigi vahel sõlmitud Euroopa Ühenduse asutamislepinguga kooskõlas olevast välislepingust tulenevate reeglite kohaselt ja nende asjade ostmise või ehitustööde tellimise või ehitustööde kontsessiooni andmise eesmärk on Eesti ja välisriigi ehitustöö ühine teostamine või ehitise ühine kasutamine või kui teenuseid tellitakse või ideekonkurss korraldatakse sellisest välislepingust tulenevate reeglite kohaselt ja nende teenuste tellimise või ideekonkursi korraldamise eesmärk on Eesti ja välisriigi ühise projekti rakendamine või kasutamine.

Antud erandi kasutamiseks tuleb hinnata kõiki antud sättes toodud tingimusi kumulatiivselt. Esiteks tuleb kontrollida, kas hankele kohaldatakse välislepingust tulenevaid reegleid. Seega tuleb ka hinnata, kas on tegemist välislepinguga välissuhtlemisseaduse¹⁴ kohaselt. Leping peab olema sõlmitud Eesti ja Euroopa Liitu mittekuuluva välisriigi vahel ja leping peab olema kooskõlas Euroopa Ühenduse asutamislepinguga. Leping sõlmimise eesmärk peab olema lepingupoolte ühine tegutsemine lepingus toodud sihi saavutamiseks.

RHS § 14 lg 1 p-s 3 toodud erandi kasutamine toimub üksnes koostoimes RHS § 14 lõikega 2. Nimetatud sätte kohaselt teavitab välislepingu sõlminud hankija välislepingu sõlmimisest viivitamata Rahandusministeeriumi kaudu Euroopa Komisjoni. Antud regulatsioon tuleneb riigihanke direktiivi artiklist 15, mille kohaselt kõikidest välislepingutest teatatakse komisjonile, kes võib nõu pidada artiklis 77 nimetatud riigihankelepingute nõuandekomiteega.

Seega selleks, et antud erandit kasutada, tuleb Euroopa Komisjoni Rahandusministeeriumi kaudu ka vastavast välislepingust teavitada.

¹⁴ Välissuhtlemisseadus, vastu võetud 15.06.2006 (RT I 2006, 32, 248), jõustus 01.01.2007.a.

2.4. Sõjaväeüksuste paigutamisega seotud välislepingu või rahvusvahelise organisatsiooni erimenetluse alusel sõlmitav leping

Antud erandi kehtestamise aluseks on riigihanke direktiivi artikkel 15, mille kohaselt direktiivi ei kohaldata hankelepingute suhtes, mida reguleeritakse eri protseduurireeglitega ja mis on sõlmitud sõjaväeüksuste paigutamisega seotud rahvusvahelise lepingu alusel või rahvusvahelise organisatsiooni konkreetse menetluse alusel.

RHS § 14 lg 1 p-s 5 sätestatud erandi kohaselt võib seaduses kehtestatud korda mitte järgida hankelepingu sõlmimisel või ideekonkursi korraldamisel rahvusvahelise organisatsiooni erimenetluse alusel. Hankija peab igakordselt otsustama, kas tegemist on rahvusvahelise organisatsiooni erimenetluse kasutamisega, mida erandi rakendaamine eeldab.

RHSi eelnõu 816 SEI¹⁵ seletuskirja kohaselt kuuluvad eelnimetatud erandi alla näiteks NATO agentuuride kohustusliku menetluse alusel tehtavad hanked. Antud erandi alla kuuluvad näiteks veel Maailmapanga, Euroopa Arengu- ja Rekonstruktsioonipanga (EBRD) ja ÜRO¹⁶ kohustusliku menetluse alusel tehtavad hanked. Euroopa Investeerimispanga (EIB), samuti Põhjamaade Investeerimispanga (NIB) erimenetluste alusel sõlmitav finantseerimisleping läheb RHS §-s 14 toodud erandi alla.

Kaitsehangete direktiivi artikkel 12 on oma sisult sarnane direktiivi 2004/18/EÜ artikliga 15. Euroopa Komisjon märgib kaitsehangete direktiivile antud juhises¹⁷ samuti, et artikli 12 näol on sisuliselt üle võetud riigihanke direktiivi artikkel 15, mis praktikas puudutab peamiselt kaitsevaldkonda, sest artiklis mainitud rahvusvahelised lepingud/kokkulepped ja organisatsioonid eksisteerivad peamiselt just nimetatud valdkonnas.

Eraldi on samas juhises rõhutatud ka asjaolu, et artikli (ja seega ka RHSis sätestatud erandi) rakendumise eelduseks on rahvusvahelise organisatsiooni poolt kehtestatud väga konkreetsete menetlusreeglitele vastava protseduuri kohaselt läbi viidud alternatiivse menetluse läbiviimine. Seega juhul, kui lepingu/kokkuleppe sõlmimise menetluses ei ole järgitud väga konkreetseid rahvusvahelise organisatsiooni poolt kehtestatud protseduurireegleid, ei ole võimalik eelnimetatud direktiivide artikleid kohaldada.

Riigihanke direktiivi eelnõus on toodud, et Euroopa Finantsstabiilsus Fondiga tehtavad tehingud jäävad samuti direktiivi kohaldamisalast välja.

¹⁵ Arvutivõrgus: http://www.riigikogu.ee/?op=emspain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=060180002.

¹⁶ Arvutivõrgus: http://www.un.org/Depts/ptd/pdf/pm_english_08.pdf.

¹⁷ Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-exclusions_en.pdf.

2.5. Kinnisasja või sellega seotud õiguste omandamiseks, üürimiseks või rentimiseks sõlmitav leping

RHS § 14 lg 1 p 6 kohaselt ei ole hankija kohustatud RHSis sätestatud korda rakendama, kui leping sõlmitakse kinnisasja või sellega seotud õiguste omandamiseks, üürimiseks või rentimiseks, sõltumata lepingu liigist. Erand rakendub üksnes siis, kui hankija soovib rentida olemasolevat hoonet või ka hooneosa, samuti muud olemasolevat kinnisvara või maad. Seega tuleb lugeda RHS § 14 lg 1 p 6 mõistes kinnisasja all juba olemasolevat kinnisasja mitte alles kavandatavat või ehitusfaasis hoonet.

Eelnimetatud norm on üle võetud 2004/18/EU direktiivi artikli 16 (*specific exclusions*) punktist (a) mis on sõnastatud järgmiselt: *.../This Directive shall not apply to public service contracts for: (a) the acquisition or rental, by whatever financial means, of land, existing buildings or other immovable property or concerning rights thereon; nevertheless, financial service contracts concluded at the same time as, before or after the contract of acquisition or rental, in whatever form, shall be subject to this Directive;/.*

Erand on kehtestatud põhjusel, et üldjuhul on hankija soovidele vastav kinnistu asukoht selgelt piiritletud ja seetõttu on võimalik konkurents minimaalne.

Silmas tuleb pidada seda, et RHS § 14 lg 3 kohaselt ei ole erandiga hõlmatud kinnisasja või nendega seotud õiguste omandamise, üürimise või rentimisega seotud finantsteenuste tellimine. Seega, kui mis tahes vormis ostu- või üürilepinguga samaaegselt, enne või pärast seda sõlmitakse finantsteenuste lepinguid kinnisvara või sellega seotud õiguste omandamiseks, tuleb vastava finantsteenuse osutaja leidmiseks korraldada riigihange.

RHSis ei ole sätestatud finantsteenuste definitsiooni, mistõttu tuleb osundatud mõiste selgitamisel lähtuda krediitiasutuse seadusest¹⁸. Finantsteenuste mõiste on toodud osundatud seaduse §-s 6¹⁹.

Kui RHS § 14 lg 1 p-s 6 toodud erandit kasutades sõlmitav leping vastab hankija vajadustele, siis täiendavaid RHSist tulenevaid kohustusi ei teki. Kui omandatavat kinnisasja tuleb vastavalt hankija soovidele muuta, siis tuleb silmas pidada ka RHS § 11 lg-s 2 toodud regulatsiooni. RHS § 11 lg 2 sätestab, et ehitustööde hankelepingu sõlmimisel on iga isik, kes tellib RHS § 4 lg 3 p 3 nimetatud ehitustöid kinnisasja või sellega seotud õiguse²⁰ hankijale üleandmise või muu kinnisasja kasutamise seotud kohustuse täitmiseks, kohustatud järgima vastava hankija kohta käivaid RHSi sätteid.

¹⁸ Krediitiasutuste seadus, vastu võetud 09.02.1999.a (RT I 1999, 23, 349).

¹⁹ Finantsteenuse mõistel ei ole üheselt määratletud definitsiooni, vaid see hõlmab väga mahukat instrumendide loetelu, seega on analüüsis piiratud vaid viitega vastavale seadusele.

²⁰ Vastavalt asjaõigusseadusele on kinnisasjaga seotud asjaõigusteks omand ja piiratud asjaõigused: servituut, reaalkoormatis, hoonestusõigus, ostueesõigus, pandiõigus.

RHS § 4 lg 3 p 3 kohaselt tellitakse ehitustööde hankelepinguga enne kinnisasja või sellega seotud õiguste omandamist, üürimist või rentimist hankija poolt või muul õiguslikul alusel hankija kasutusse andmist selle kinnisasja suhtes ehitustöö tegemist vastavalt hankija esitatud nõuetele mis tahes viisil ja vahenditega.

Sätte seadusesse lisamise eesmärk oli allutada RHSi regilatsioonile ka sellised ehitustööde soetused, mida tehakse vastavalt hankija esitatud nõudmistele ja mille eest tasub hankija, kuid tööde tellijaks on hankija asemel ükskõik milline teine isik (nt ehitustööde teostaja, üürileandja või arendaja).

Näiteks:

- 1) Ehitatakse hankija soovidele vastav spetsiifiline hoone, mida kinnisvaraarendaja ilma hankija tellimusega ei oleks ehitanud (nt vangla);
- 2) Ehitatakse hoone, mis on mõeldud paljudele asutustele/ettevõtetele, kuid mille projektis enne ehitustööde tellimist hankija soovi järgi muudetakse konstruktsioone või tehnosüsteeme;
- 3) Hankija poolt üürile võetud hoones teostatakse ümberehitusi (laiendamine, rekonstrueerimine, tehnosüsteemi või selle osa muutmine või tehnosüsteemi terviklik asendamine) vastavalt hankija nõudmistele (tööde eest tasumine võib toimuda osamaksetena läbi üüri kui ka ühes osas).

RHS § 11 lg 2 rakendumisel ei oma tähendust asjaolu, kas konkreetne lepinguline suhe poolte vahel on juba vormistatud või mitte. Kui ehitus teostatakse vastavalt hankija nõudmistele, siis rakendub RHS § 11 lg 2.

Viidatud sätted ei tee eraettevõtjast RHS-i mõistes hankijat, kuid panevad talle teatud olukorras kohustuse korraldada riigihange hankijale kohalduvate reeglite alusel. Iseenesest tuleneb selline kohustus otse seadusest ning volituse andmine ei ole vajalik, kuid hilisemate segaduste vältimiseks võib vastava kohustuse ära märkida sõlmitavas lepingus.

Pakkuja võib endaga RHS § 12 lg 7 mõistes seotud ettevõtjalt tellida ehitustööde teostamist ilma riigihanget korraldamata. Näiteks olukorras, kus arendajaks on emaettevõtja ning ehitajaks tema tütarettevõtja, samuti ka juhul, kui pakkujaks on tütarettevõttest arendaja ning ehitustöid asub teostama emaettevõtte. Eelnimetatud olukordades puudub hankijal võimalus keelata nende ressursside kasutamist hankelepingu täitmiseks. Sama seisukohta toetab ka Tallinna Ringkonnakohtu lahend asjas nr 3-09-1343 (p 13).

Hankemenetluse valikul peab arendaja lähtuma vastava hankija kohta käivatest RHSi sätetest, st hankemenetluse korraldamise kohustus tekib juhul, kui hankija soovidest lähtuv ehitamise maksumus on arvestuslikult 250 000 eurot või ületab seda. Juhul, kui arvestuslik maksumus on nimetatud summast väiksem, ent ületab lihthanke piirmäära (RHSi § 15 lg 3), võib arendaja korraldada lihthanke lähtuvalt RHS §-st 18².

Euroopa Kohus on oma lahendis C-306/08²¹ leidnud, et arendajale hankemenetluse kohustuse panemisel peab arendaja tegevus kuuluma direktiivi 2004/18 kohase ehitustööde riigihanke kohaldamisalasse. Antud kohtuasjas hõlmas arendaja tegevus tegelikult töid, mida ei saa pidada ehitustöödeks antud direktiivi tähenduses. Sellisteks tegevusteks on planeeringu koostamine, vastava maakorralduskava esitamine ja elluviimine, avalik-õiguslikel eesmärkidel kasutatava maa tasuta haldusüksuse omandisse saamine ja asjaomastele maatükkidele kohaldatava õigusliku režiimi muutmine.

2.6. Meediateenuse osutaja poolt audiovisuaalse teose tellimine ja saateajaga seotud lepingud

RHS § 14 lg 1 p 7 sätestab, et RHSis toodud korda ei ole hankija kohustatud rakendama, kui teenuste tellimise leping sõlmitakse programmimaterjali või selle osa omandamiseks, arendamiseks, tootmiseks või koostootmiseks meediateenuse osutajate poolt ja saateajaga seotud lepingute sõlmimisel.

Antud erand tagab meediateenuste seaduse²² §-s 13 sätestatud meediateenuse osutaja tegevusvabaduse. Antud sätte kohaselt on meediateenuse osutajal õigus seadusest ning televisiooni- ja raadioteenuse osutamise tegevuslooga määratud tingimustest kinni pidades vabalt otsustada oma saate ja programmi või programmikataloogi sisu ja paigutuse üle.

Riigihanke direktiivi preambula artiklist 25 tuleneb, et valmissaadete ostmise, väljatöötamise, tootmise või ühistootmise või muude ettevalmistavate teenuste, näiteks saate tootmiseks vajalike käsikirjade ja kunstilise esitusega seotud teenuste ja saateagade kohta sõlmitud lepingutele rakendub erand. Seda põhjendusel, et audiovisuaalsete teoste tellimisel tuleb arvesse võtta kultuuriliselt ja sotsiaalselt olulisi küsimusi, mistõttu hankemenetluse eeskirju ei ole antud juhul asjakohane rakendada.

RHS § 14 lg 1 p 7 tugineb riigihanke direktiivi artiklile 16 b. Artikkel 16 b sätestab, et direktiivi ei kohaldata teenuste riigihankelepingute suhtes, mis käsitlevad: 1) edastamiseks ette nähtud saadete ostmist, arendamist, tootmist või ühistootmist ringhäälingu-organisatsioonide poolt või 2) saateajaga seotud lepingud.

Riigihanke direktiivi eelnõus on täpsustatud, et audiovisuaalmeedia teenused hõlmavad mis tahes elektroonilise võrgu kaudu toimuvat edastamist ja levitamist. Seega on erandiga hõlmatud ka on-demand meediateenused.

²¹ Euroopa Kohtu 26.05.2011.a otsus C-306/08: Komisjon v Hispaania Kuningriik, punkt 96.

²² Meediateenuste seadus, vastu võetud 16.12.2010 (RT I, 06.01.2011, 1).

2.7. Vahekohtu- või lepitusteenuse tellimine

RHS § 14 lg 1 p 8 kohaselt ei rakendata RHSi regulatsiooni vahekohtu- või lepitusteenuste tellimisele.

Poolte kokkuleppel võib varalistest vaidlustest tõusetunud erimeelsusi lahendada vahekohtus. Vahekohus on sõltumatu, poolte kokkuleppel vaidlusi lahendav organ. Vahekohtunike arvu määramine on poolte otsustada. Pooltel peab olema võimalus vabalt valida neile sobiv usaldusväärne vahekohtunik. Riigihankemenetluse korraldamisel ei ole võimalik tagada, et pool saaks valida endale sõltumatu ja usaldusväärse vahekohtuniku. Vahekohtumenetlust reguleerib tsiviilkohtumenetluse seadustiku²³ 70. peatükk.

Lepitusmenetlus on lepitusseaduse²⁴ § 1 lg 2 kohaselt poolte vabatahtlikkusel põhinev tegevus, mille käigus erapooletu isik ehk lepitaja toetab lepitusosaliste suhtlust eesmärgiga aidata neil leida vaidlusküsimusele lahendus. Seaduses sätestatud juhul on lepitusmenetlus kohustuslik kohtueelne menetlus. Lepitaja peab olema sõltumatu ning lepitusosaliste suhtes erapooletu.

Ka riigihanke direktiivi preambula punktist 26 tuleneb, et vahekohtu- ja lepitusteenuseid osutavad asutused või isikud, kes määratakse viisil, mida ei ole võimalik riigihankemenetlusega reguleerida.

Riigihanke direktiivi eelnõuga laiendatakse õigusteenuste loetelu, millele direktiivi ei kohaldata. Eelnõu kohaselt ei pea direktiivis toodud regulatsiooni järgima, kui tellitakse lepingulist esindamist menetlustes siseriiklikes kohtutes või vahekohtutes või ametiasutustes. Erand laieneb samuti notarite poolt dokumentide tõestamise osutamise teenustele.

2.8. Väärtpaberite või muude finantsinstrumentidega seotud finantsteenused ja Eesti Panga osutatavad teenused

RHS § 14 lg 1 p 9 kohaselt ei pea riigihankemenetlust hankija läbi viima, kui tellitakse väärtpaberite või muude finantsinstrumentide emiteerimise, ostu, müügi või loovutamise seotud finantsteenust, sealhulgas raha või kapitali kaasamisega seotud teenust ja Eesti Panga osutatavaid teenuseid.

²³ Tsiviilkohtumenetluse seadustik, vastu võetud 20.04.2005 (RT I 2005, 26, 197).

²⁴ Lepitusseadus, vastu võetud 18.11.2009 (RT I 2009, 59, 385).

Väärtpaberi mõiste on toodud väärtpaberituru seaduse §-s 2. Finantsteenuse mõiste on toodud krediitiasutuste seaduse §-s 6²⁵.

Finantsteenuste tellimisel erandi kohaldamisel tuleb silmas pidada seda, et laenude võtmine, kui see ei toimu seotult väärtpaberite emiteerimise, ostu, müügi või loovutamise, kuulub riigihanke direktiivide kohaldamisalasse ja seega tuleb laenu võtmiseks korraldada riigihange. Pangalaenu puhul ei tule eeldatava maksumuse määramisel arvesse võtta pangalaenu summat, vaid üksnes kõiki selle summa laenamisega tekkivaid kulusid. Hankelepingu eeldatava maksumuse arvutamisel pangalaenu korral moodustavad hankelepingu eeldatava maksumuse laenulepinguga seonduvad teenustasud, vahendustasud, laenuintress ja muud võimalikud tasud.

Riigihanke direktiivi eelnõus on toodud, et laenude võtmine sõltumata sellest, kas see toimub seotult väärtpaberite emiteerimise, ostu, müügi, loovutamise või mitte, jääb riigihanke direktiivi kohaldamisalast välja.

Riigihanke direktiivi artikli 16 kohaselt jäävad direktiivi reguleerimisalast välja keskpanga poolt osutatavad teenused. Seega kohaldub erand ka Eesti Panga poolt osutatavatele teenustele. Eesti Panga tegevust reguleerib Eesti Panga seadus²⁶.

2.9. Töölepingu sõlmimine

RHS § 14 lg 1 p 10 kohaselt ei kohaldata RHSis sätestatud korda ka töölepingu sõlmimisele. Praktikas on tihti tõusetunud küsimus, kas nimetatud erand laieneb ka füüsiliste isikutega sõlmitavatele töövõtu- või käsunduslepingutele. Siinjuures tuleb tähelepanu juhtida asjaolule, et nimetatud erand laieneb siiski ainult töölepingutele. Töövõtu- või käsunduslepingu sõlmimiseks tuleb korraldada riigihange.

2.10. Teadus- ja arendusteenuste tellimine

RHS § 14 lg 1 p 11 kohaselt ei ole hankija kohustatud riigihankemenetlust korraldama, kui tellitakse teadus- ja arendusteenuseid.

RHS § 14 lg 1 p 11 sätestatud erandi kohaldamisel ei ole oluline, kas tellitakse teadus- ja arendustöid koos või mitte. Määravaks on, et lahendus, milleks teadus- või arendusteenuseid tellitakse jääks testimise faasi ja ei oleks mõeldud kasutamiseks ärilistel kaalutlustel.

²⁵ Väärtpaberi ja finantsteenuse mõistetel ei ole üheselt määratletud definitsiooni, vaid need hõlmavad väga mahukat instrumendi loetelu, seega on analüüsis piiratud vaid viidetega vastavatele seadustele.

²⁶ Eesti Panga seadus, vastu võetud 18.05.1993 (RT I 1993, 28, 498).

Oluline on siinkohal välja tuua, et RHSi § 14 lg 1 p 11 sätestatud erand põhineb riigihanke direktiivi 2004/18/EÜ artiklil 16 f). Kui RHSis kasutatakse mõistena „teadus- ja arendusteenuseid“, siis direktiivi kohaselt on erandi esemeks „uurimis- ja arendustegevusega seotud teenused“ (inglise keeles *research and development services aka R&D*). Seega kuigi tõlke erisustest tulenevalt kasutatakse erinevaid mõisteid, tuleks sisu all mõista üht.

RHS § 14 lg 4 kohaselt ei kohaldata erandit juhul, kui sellest teadus- ja arendusteenusest tuleneb kasu üksnes hankijale ja tellitud teenuse eest tasub täies ulatuses hankija. RHSi seletuskirjas on märgitud, et lõike 4 kohaselt peab hankemenetluse korraldama, kui teadus- ja arendustegevusega seotud uuringust tuleb kasu üksnes hankijale ja tellitud teenuse eest tasub täies ulatuses hankija. Selline regulatsioon tuleneb riigihanke direktiivist ja lähtekoht on selline, et üldjuhul peaks teadus- ja arendustegevusega seotud uuringutel olema avalik huvi ja seega ka kasu, kui seda aga ei ole, peab korraldama hankemenetluse.

Riigihanke direktiivi preambula punkt 23 selgitab, et vastavalt asutamislepingu artiklile 163 võimaldab teadusuuringute ja tehnoloogiaarenduse soodustamine ühenduse tööstuse teaduslikku ja tehnoloogilist alust tugevdada ning teenustega seotud riigihangete avamine aitab seda eesmärki saavutada. Osundatud direktiivis ei tuleks käsitleda uurimis- ja arendusprogrammide kaasfinantseerimist, seega ei hõlma direktiiv uurimis- ja arendustegevusega seotud lepinguid, välja arvatud juhul, kui lepingust tuleb kasu üksnes hankijale tema enese tarbeks ja tema enese tegevuse käigus, tingimusel, et osutatud teenuse eest tasub täielikult hankija.

Eeltoodust tulenevalt on võimalik teadus- ja arendusteenuste erandile tugineda, kui nimetatud tegevustega seotud uuringutel on avalik huvi ja kasu ning sellist teenust kaasfinantseeritakse kolmanda isiku poolt.

Seoses kõnealuse erandiga on Euroopa Komisjon 14.12.2007 andnud välja ka teatise "Kommertskasutusele eelnevad hanked: Innovatsiooni kiirendamine jätkusuutlike ja kõrgekvaliteediliste avalike teenuste tagamiseks Euroopas", mille eesmärk on juhtida liikmesriikide tähelepanu olemasolevale, kuid vähe rakendatud kommertskasutusele eelnevate hangete (hõlmab turustamisele eelnevat uurimis- ja arendustegevuse faasi) potentsiaalile. Komisjoni hinnangul on kommertskasutusele eelnev hange ettevalmistav harjutus, mis võimaldab hankijatel selgitada välja potentsiaalsete alternatiivsete lahenduste tehnoloogilisi uurimis- ja arendustegevuse alaseid riske, enne kui nad ennast laiaulatusliku kaubandusliku tootmise hankega seovad. Viidatud teatises käsitleb Komisjon ELi õigusaktide pakutavaid võimalusi edendada innovatsiooni riigihangete abil nii uurimis- ja arendustegevuse kui ka turustamise faasis. Komisjon rõhutab, et kommertskasutusele eelnevate hangetega seonduvate tegevustega ei saa takistada konkurentsi turustamisfaasis, kuna sellisel juhul kohaldatakse täielikult riigihangete direktiive ja nende aluseks olevaid asutamislepingu põhimõtteid. Komisjoni teatise kohaselt tuleks asuda seisukohale, et teadus- ja arendusteenuseid (uurimis- ja arendustegevusega seotud teenuseid) saab tellida RHSi § 14 lg 1 p 11 sätestatud erandi alusel, siis kui need vastavad järgmistele eritunnustele:

- a. lepingu esemeks on üksnes uurimis- ja arendustegevuse alased teenused. Uurimis- ja arendustegevus võib hõlmata selliseid tegevusi nagu lahenduse otsimine ja kavandamine, prototüübi loomine ning piiratud koguse esimeste toodete või teenuste

esialgne väljatöötamine katseseeria kujul. Uurimis- ja arendustegevus ei hõlma kaubanduslikke arendustegevusi, nagu masstootmine, tarnimine eesmärgiga saavutada kaubanduslik tasuvus või katta uurimis- ja arendustegevuse kulud, integratsioon, adaptatsioon, olemasolevate toodete ja protsesside kohandamine ning täiustamine.

- b. uurimis- ja arendustegevusega seotud riskid ja kasud (sh intellektuaalse omandi õigused) on jagatud. Kommertskasutusele eelnevate hangete puhul ei jäta hankija uurimis- ja arendustegevuse tulemusi üksnes enda kasutusse. Hankija jagab uurimis- ja arendustegevuse riske ning kasusid tööstusharu ja teiste hankijatega, mis on vajalikud turul olemasolevatest paremate, uute ja innovaatiliste lahenduste väljatöötamiseks.
- c. kogu hankeprotsess on ülesehitatud selliselt, et see välistaks riigiabi. Kui riskide ja kasude jagamine ei toimu turutingimustel ning teenuse eest makstud hind on turuhinnast kõrgem, käsitletakse seda tavaliselt riigiabina. Selleks, et tagada riskide ja kasude jagamine vastavalt turutingimustele, peaks kommertskasutusele eelnevas hankes osalev ettevõtte hüvitama hankijale turuhinnaga kõik uurimis- ja arendustegevusega seotud kasud, mida hankija jagas. Riskide ja kasude jagamise ning kogu hankeprotsessi korraldamine viisil, mis tagab maksimaalse konkurentsi, läbipaistvuse, avatuse, õigluse ja hinnakujunduse vastavalt turutingimustele, võimaldab hankijal leida turul pakutavad parimad võimalikud lahendused.

Kokkuvõtlikult võib märkida, et antud erand on mõeldud eelkõige innovaatiliste lahenduste tellimiseks ning sealjuures ei ole oluline, kas selleks on vaja nii teadus kui ka arendusteenust või ühte neist (üldjuhul võiks siiski eeldada, et uuendusmeelsete lahenduste väljatöötamine eeldab mõlemat).

2.11. Teenuste tellimine teiselt hankijalt, kellele on antud ainuõigus selle teenuse osutamiseks vastaval territooriumil

RHS § 14 lg 1 p 12 kohaselt ei ole hankija kohustatud RHSis toodud korda järgima, kui tellitakse teenuseid teiselt hankijalt või hankijate ühenduselt, kellele on Euroopa Ühenduse asutamislepingu nõuetega kooskõlas oleva õigusakti alusel antud ainuõigus selle teenuse osutamiseks vastaval territooriumil.

Konkurentsiseadus²⁷ vaatlleb eri- ja ainuõigust, kui riigi või kohaliku omavalitse üksuse poolt ettevõtjale antud õigust, mis võimaldab ettevõtjal olla kaubaturul teiste ettevõtjatega võrreldes eeliseisundis või ainsaks ettevõtjaks sellel kaubaturul. Antud erandi kasutamiseks peab ainuõigus olema antud õigusakti alusel pikemaks ajavahemikuks, mitte ühekordsena, et vältida

²⁷ Konkurentsiseadus, vastu võetud 05.06.2001 (RT I 2001, 56, 372).

riigihangete korraldamise kohustust. AINUõIGUSE andmine toimub Vabariigi Valitsuse määruse alusel, mis sätestab eri- või ainuõiguse andmise avaliku konkursi korraldamise korra²⁸. Nimetatud määruse § 2 lg 1 kohaselt käsitletakse eri- või ainuõigusena riigi või kohaliku omavalitsuse üksuse poolt ettevõtjale antud õigust, mis võimaldab tal olla kaubaturul teiste ettevõtjatega võrreldes eelisseisundis või ainsaks ettevõtjaks sellel kaubaturul. Osundatud määruse § 5 kohaselt antakse eri- või ainuõigus avaliku konkursi tulemuste põhjal üldjuhul kuni viieks aastaks.

Riigikohus on oma 13.02.2013.a lahendis³¹ leidnud, et direktiivi põhjenduste p 25 kohaselt võib eri-või ainuõiguse andmine toimuda mis tahes vormis, sh kontsessioonilepinguga. Seega ei saa eri- või ainuõiguse mõistet direktiivi ja seda üle võtva seaduse alusel piiritleda ainult formaalselt teatud liiki menetlusele viidates, vaid seda tuleb teha ka sisuliste kriteeriumide abil iga juhtumi puhul eraldi. Direktiivi 2004/17 preambula p 25 neljanda lause kohaselt ei loeta eri- või ainuõiguseks direktiivi mõttes liikmesriigi poolt ettevõtjate piiratud arvule objektiivsete, proportsionaalsete ja mittediskrimineerivate kriteeriumide alusel mis tahes vormis, sh ka kontsessiooniga antud õigusi, mida võib kasutada iga huvitatud pool, kes neid kriteeriume täidab.

Euroopa Kohus on oma lahendis C-275/98²⁹ öelnud, et riigihangete direktiivi artiklis 3 toodud põhimõtet tuleb tõlgendada järgmiselt: „*kui hankija annab muule üksusele kui hankijale erivõi ainuõiguse osutada avalikke teenuseid, peab hankija asjaomaselt üksuselt nõudma, et oma tegevuse osana kolmandate isikutega asjade hankelepinguid sõlmides ei tohi asjaomane üksus neid riikkondsuse põhjal diskrimineerida. Hankija ei pea siiski antud olukorras nõudma, et asjaomane üksus peab riigihankelepingute sõlmimisel järgima direktiivis toodud hankemenetlust*“.

3. Kokkuvõte

RHS § 14 loetleb erandid, mille puhul RHSis sätestatud korda ei ole hankija kohustatud rakendama. Üksnes nimetatud paragrahvis loetletud juhtudel võib hankija põhimõtteliselt loobuda ka riigihanke üldpõhimõtete järgimisest. Erandite kohaldamine on lubatav ainult siis, kui see tagab erandiga kaitstava õigushüve realiseerimise. Kui erandiga kaitstava õigushüve kaitsmine on võimalik ka avaliku riigihankemenetluse käigus, siis ei ole erandi kasutamine õigustatud.

Oluline on rõhutada, et erandi rakendamisel lasub põhjendamis- ja tõendamiskohustus üksnes hankijal endal. Hankijal tuleb põhjendada, kas ja millistel põhjustel võiks mingi konkreetne erand olla kohaldatav.

Riigihanke direktiivi eelnõu täpsustab mitmete erandite rakendamise regulatsiooni. Samuti laiendab erandite kasutamise võimalust. Eelnõuga on laiendatud õigusteenuste loetelu, mille

²⁸ Eri-või ainuõiguse andmiseks avaliku konkursi korraldamise kord, vastu võetud 25.09.2001 nr 303 (RT I 2001, 78, 469).

³¹ Riigikohtu 13.02.2013.a. halduskolleegiumi kohtumäärus.

²⁹ Euroopa Kohtu 18.11.1999.a. otsus kohtuasjas C-275/98 p. 29 ja 30.

puhul on erandi kasutamine lubatud. Samuti lisatakse erandite loetellu raudtee ja metroo reisijateveo teenused.