



Õiguskantsler

Urmo Kübar
Eesti Mittetulundusühingute ja
Sihtasutuste Liit MTÜ
info@ngo.ee

Teie 28.02.2012 nr 7 (1)
Õiguskantsler 4.04.2012 nr 6-1/120428/1201628

**Teade menetluse lõpetamise kohta
Kodanikualgatuslikud ühingud kui hankijad riigihangete seaduse mõttes**

Lugupeetud Urmo Kübar

Pöördusite minu poole 29.02.2012 avaldusega, kus palusite kontrollida riigihangete seaduse (edaspidi *RHS*) § 10 lõike 2 vastavust põhiseadusele. Selgitasite, et *RHS* § 10 lõike 2 järgi, võttes arvesse Rahandusministeeriumi mullu täiendatud tõlgendust, peavad end hankijatena määratlema ja täitma riigihangete seaduse nõudeid ka kodanikualgatuslikud ühingud, kui need tegutsevad avalikes huvides ja üle poole nende tuludest pärineb riiklikest vahenditest (edaspidi *kodanikualgatuslik ühing*). Teie hinnangul võib see säte olla vastuolus ühinemisvabaduse ja õigusselguse põhimõtetega.

Selgitasite, et *RHS* § 10 lg 2 võib Teie arvates riivata ühinemisvabadust selle tõttu, et määratledes kodanikualgatusliku ühingu hankijana, võtab riik sellelt võimaluse kasutada eraannetustelt saadud tulusid oma äranägemise järgi. Teisisõnu, kui kodanikualgatusliku ühingu tegevus on põhilises osas ehk rohkem kui poole ulatuses finantseeritav riiklikest vahenditest, kohaldub riigihangete regulatsioon kodanikualgatusliku ühingu tegevusele tervikuna – riigihangete regulatsiooni tuleb järgida nii nende rahaliste vahendite kasutamisel, mida ühing saab riigilt, kui ka nende rahaliste vahendite kasutamisel, mida kodanikualgatuslik ühing saab muul viisil – näiteks eraannetuste näol. Leidsite, et riigihangete regulatsiooni kohaldamist kodanikualgatusliku ühingu kõikidele, st ka eraannetustest saadud vahenditele, ei saa pidada proportsionaalseks.

Samuti tõite oma avalduses välja, et mitme määratlemata õigusmõiste kasutamine *RHS* § 10 lõikes 2 viitab normi vastuolule õigusselguse põhimõttega.

Informeerisin Teid 26.03.2012 kirjas, et võtsin Teie avalduse menetlusse. Lubasin teavitada Teid edasistest menetlustoimingutest ja menetluse tulemusest.

Olen Teie avalduse läbi vaadanud ning teostanud asjakohaste sätete analüüsi, kuid kahjuks olen ka tuvastanud, et Teie poolt tõstatatud küsimuste sisuline lahendamine ei kuulu minu pädevusse. Alljärgnevalt esitan selle seisukoha põhjenduse.

Seadusandjana on Riigikogu pädev võtma vastu seadusi ja otsuseid. Seaduste (sh riigihangete seaduse) ja otsuste vastuvõtmisel on seadusandja kaalutus- ja otsustusruum suur, kuid mitte piiramatult. Sellele seavad piire nii Eesti Vabariigi põhiseadus kui ka rahvusvahelise õiguse üldtunnustatud põhimõtted ja normid. Alates 2004. aastast, mil Eesti liitus Euroopa Liiduga, peab Riigikogu õigustloovate aktide andmisel arvestama ka Euroopa Liidu õigusega, sest Euroopa Liidu õigus on liidu pädevuse

Õiguskantsleri Kantselei

Kohtu 8, 15193 TALLINN. Tel 693 8404. Faks 693 8401. info@oiguskantsler.ee www.oiguskantsler.ee

valdkonnas ülimuslik liikmesriikide õiguse ees.¹ See tähendab, et Euroopa Liiduga liitumise järel kandus Riigikogule kuulunud seadusandlik pädevus mõne valdkonna osas olulisel määral Euroopa Liidu tasandile.² Üheks selliseks valdkonnaks, kus Riigikogu peab arvestama Euroopa Liidu õigusest tulenevaga, on riigihanked. Kuna liikmesriikide vahelised erisused riigihangete alastes regulatsioonides võivad avaldada Euroopa Liidu siseturu toimimisele olulist negatiivset mõju, on liikmesriigid kokku leppinud, et riigihangete reeglite kehtestamise ja rakendamise järelevalve pädevus antakse Euroopa Liidule. Euroopa Liit kehtestab riigihankeid puudutavaid direktiive, mida liikmesriigid peavad oma siseriiklikku õigusesse üle võtma. Sellest tingitult mõjutavad tänapäeval Eestis riigihangete korraldamist Euroopa Liidu reeglid.

RHS § 10 lg 1 p 6 sätestab, et teatud juhtudel on eraõiguslik juriidiline isik hankijaks riigihangete seaduse mõttes – Teie poolt vaidlustatud RHS § 10 lg 2 omakorda selgitab, milliste kriteeriumite täitmisel muutub eraõiguslik juriidiline isik riigihangete seaduse mõttes hankijaks. Mõlemad viidatud normid põhinevad Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2004/18/EÜ³ (edaspidi *riigihangete direktiiv*) artikli 1 lõikel 9. Selle sätte 1. lõik ütleb, et ostja⁴ riigihangete direktiivi mõttes on mh ka avalik-õiguslik isik. Avalik-õigusliku isiku mõistet avab normi 2. lõik, mis sätestab, et avalik-õiguslik isik on mis tahes isik, st muu hulgas ka eraõiguslik juriidiline isik Eesti seaduste mõttes, kes vastab järgmisele kolmele kriteeriumile: (1) see on asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega⁵; (2) see on juriidiline isik ja (3) seda põhiliselt⁶ rahastab riik, piirkondlikud või kohalikud omavalitsused või teised avalik-õiguslikud isikud või need isikud kontrollivad selle juhtimist või sellel on haldus-, juhtimis- või järelevalveorgan, mille liikmetest üle poole nimetab riik, piirkondlik või kohalik omavalitsus või teised avalik-õiguslikud isikud.⁷ Kodanikualgatuslikud ühingud, mille juriidiliseks vormiks on mittetulundusühing või sihtasutus ehk mis on juriidilised isikud⁸, mis tegutsevad avalikes huvides ning mille tuludest üle poole pärineb riiklikest vahenditest ehk maksumaksja rahast, langevad seega minu hinnangul⁹ riigihangete direktiivi hankija definitsiooni alla. RHS § 10 lg 1 p 6 ja lg 2 kajastavad seega riigihangete direktiivi art 1 lõike 9 lõikudes 1 ja 2 sätestatud.

¹ Madise, L. jt. Kommetaar § 59 juurde. – Truuväli, E.-J. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn, 2008, lk 416, kommentaar 2.4.

² Samas, lk 417, kommentaar 4.1.

³ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 31. märtsi 2004 direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. ELT L 134, 30.04.2004, lk 114.

⁴ Eesti riigihangete seaduses kasutatakse termini „ostja” asemel terminit „hankija”.

⁵ Euroopa Liidu Kohus on lahendis C-393/06 selgitanud, et isiku kvalifitseerimisel ostjaks riigihangete direktiivi mõttes ei oma tähtsust, kas avalikes huvides tegutseb isik põhi- või kõrvaltegevusena. Samuti märkis Euroopa Liidu Kohus, et tähtsust ei ole tõsiasjal, et lisaks oma üldistest huvidest tulenevale ülesandele tegeleb isik ka mingite muude kasumit taotlevate tegevustega. Samuti ei ole oluline, millist osa etendavad tema tegevusalade kogumis tulundustegevused. – Euroopa Liidu Kohtu 10.04.2008 otsus asjas nr C393/06 Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH vs. Fernwärme Wien GmbH, p 47.

⁶ Euroopa Liidu Kohus märkis oma lahendis C-380/98, et mõiste „põhiliselt” tähendab „rohkem kui pool”.

⁷ Artikli ingliskeelne versioon on järgmine: „‘Contracting authorities’ means [---] bodies governed by public law [---]. A ‘body governed by public law’ means any body: (a) established for the specific purpose of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial character; (b) having legal personality; and (c) financed, for the most part, by the State, regional or local authorities, or other bodies governed by public law; or subject to management supervision by those bodies; or having an administrative, managerial or supervisory board, more than half of whose members are appointed by the State, regional or local authorities, or by other bodies governed by public law.”

⁸ Mittetulundusühingute seaduse § 2 lg 1 ls 1: „Mittetulundusühing on eraõiguslik juriidiline isik”. Sihtasutuste seaduse § 1 lg 1: „Sihtasutus on eraõiguslik juriidiline isik [---]”.

⁹ Rõhutan, et õiguskantsleril ei ole Euroopa Liidu õiguse tõlgendusmonopoli. Sellest tulenevalt väljendavad selles kirjas esitatud seisukohad üksnes minu arusaama sellest, mida direktiivi normid sätestavad ja kuidas nendest tuleb aru saada.

Kuigi riigihangete direktiivi art 1 lõike 9 teise lõigu punktist c tuleneb, et kvalifitseerumaks ostjaks, ei pea kogu eraõigusliku juriidilise isiku tulu pärinema riiklikest vahenditest – piisab kui riik on isiku põhiline finantseerija ehk rohkem kui pool isiku tulust pärineb riiklikest vahenditest – , ei sätesta direktiiv, et ostja (hankija) peab läbima riigihanke protseduuri ainult siis, kui ta kavatseb katta asjade ja teenuste soetamisega kaasnevad kulud riigilt saadud raha arvelt. Teisisõnu öeldes ei näe riigihangete direktiiv ostjatele (hankijatele) ette võimalust eristada oma tulubaasis riiklike vahendeid ja oma tegevuse tagajärjel (nt eraannetustelt) saadud tulusid ning rakendada riigihangete regulatsiooni ainult esimesele nimetatust – riiklikest vahenditest saadud rahale.

Seda arusaama kinnitavad ka mitu Euroopa Liidu Kohtu lahendit.¹⁰ Euroopa Liidu Kohus asus nendes lahendites seisukohale, et riigihangete direktiiv ei erista neid avalik-õigusliku isiku poolt sõlmitavaid hankelepinguid, mille eesmärgiks on täita avalikust huvist lähtuvaid ülesandeid, nendest hankelepingutest, mis ei ole seotud avalikust huvist tuleneva ülesande täitmisega.¹¹ Sellest järeldas Euroopa Liidu Kohus, et direktiivis sätestatud riigihankemenetlus tuleb avalik-õiguslikul isikul läbida igal juhul, hoolimata sellest, millist laadi hankelepinguga konkreetsel juhul tegemist on. Euroopa Liidu Kohus põhjendas oma otsust sellega, et kui riigihankemenetlus oleks vaja läbi viia üksnes osade hangete puhul, siis satuks ohtu õiguskindluse põhimõtte rakendamise: kõikidel huvitatud osapooltel puuduks ülevaade sellest, millise menetluse raames tuleks avalik-õiguslikul isikul ühte või teist hanget sooritada, ning seega ei oleks avalik-õigusliku isiku käitumine piisaval määral ennustatav ega läbipaistev.¹² Euroopa Liidu Kohus sedastas, et see järeldus jääb muutmatuks ka olukorras, kus avalik-õiguslikul isikul on raamatupidamislikult võimalik selgelt eristada tehinguid, mis seonduvad avalikust huvist lähtuvate ülesannete täitmisega, tehingutest, mis seonduvad muude ülesannete täitmisega.¹³

Sellest saab minu hinnangul järeldada, et kui isik kvalifitseerub riigihangete direktiivi valguses ostjaks (hankijaks), siis lasub temal absoluutne kohustus läbi viia hankemenetlus iga hanke korral. Oluline ei ole, kas hanget finantseeritakse riiklikest vahenditest mitte.

Kuivõrd Euroopa Liidu direktiivide ülevõtmine siseriiklikusse õigusesse on liikmesriikidele kohustuslik, peab Eesti arvestama direktiivis sätestatuga ega tohi väljuda direktiiviga kehtestatud piiridest. See on põhjus, miks riigihangete seadus nõuab, et hankija peab juhul, kui hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on võrdne seaduses sätestatud piirmääraga või ületab seda, viima läbi hankemenetluse hoolimata asjaolust, et soetatava kauba või teenuse eest ei pruugi hankija tegelikkuses tasuta riiklikest vahenditest saadud rahaga: direktiiv ja Euroopa Liidu Kohtu senine praktika viitavad selgelt sellisele tõlgendusele.

Sellise regulatsiooni sätestamise põhjuseid võib tuletada riigihangete direktiivi preambulas fikseeritud üldeesmärkidest ning direktiivi aluseks olevatest üldpõhimõtetest. Olen seisukohal, et vaidlusaluse regulatsiooni mõte on tagada maksumaksjate raha sihipärane ning efektiivne kasutamine ning vältida avaliku raha võimalike kuritarvitusi ehk tagada see, et riiklike vahendeid kasutatakse avalikes, mitte kellegi isiklikes huvides.¹⁴ Iseenesest leian, et tegemist on legitiimse, avalikes huvides oleva eesmärgiga. Kahjuks aga ei ole mul pädevust hinnata, kas selle eesmärgi saavutamiseks Euroopa Liidu tasemel valitud abinõu on proportsionaalne: minu pädevus on piiratud õiguskantsleri seaduses

¹⁰ Vt nt Euroopa Liidu Kohtu 15.01.1998 otsus asjas nr C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG jt vs. Strohal Rotationsdruck GesmbH; Euroopa Liidu Kohtu 10.04.2008 otsus asjas nr C393/06 Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH vs. Fernwärme Wien GmbH.

¹¹ Ülalpool viidatud Euroopa Liidu Kohtu lahendid C-44/96 (p 32) ja C-393/06 (pp 50, 51 ja 54).

¹² Ülalpool viidatud Euroopa Liidu Kohtu lahendid C-44/96 (p 34) ja C-393/06 (p 54).

¹³ Ülalpool viidatud Euroopa Liidu Kohtu lahend C-393/06, p 52.

¹⁴ Eespool viidatud otsuses C-393/06 (p 37), samuti 03.10.2000 otsuses asjas nr C-380/98 The Queen vs. H.M. Treasury, ex parte: University of Cambridge (p 17) ning 13.12.2007 otsuses asjas nr C-337/06 Bayerischer Rundfunk jt vs. GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH (p 36) sedastas Euroopa Liidu Kohus, et riigihangete direktiivi eesmärk on vältida mh võimalust, et riigi poolt rahastatavad isikud juhitud avaliku raha kasutamisel majanduslikest erinevatest kaalutlustest.

sätestatuga ning pädevust hinnata Euroopa Liidu õiguse (näiteks direktiivide) vastavust Eesti Vabariigi põhiseadusele ja seadustele seadus minule ei anna. Kui ma jätkaks Teie avalduse menetlemist, siis, arvestades, et vaidlustatud riigihangete seaduse säte põhineb riigihangete direktiivil, tähendaks see sisuliselt direktiivi sätte põhiseaduspärasuse kontrollimist. Nagu öeldud, ei ole minule sellist pädevust antud. Sellest tulenevalt pean ma Teie avalduse menetlemise lõpetama.

Mõistan, et Teid kui hankijate definitsiooni alla mahtuda võivate kodanikualgatuslike ühingute eest kõnelejat ei pruugi minu vastus rahuldada, kuid kahjuks ei ole mul võimalust Teid aidata. Vabandan Teie ees selle pärast.

Viidates Teie avalduse teisele küsimusele RHS § 10 lõike 2 võimaliku õigusselgusetuse kohta, pean vajalikuks selgitada järgnevat. Määratlemata õigusmõistete seadustesse sissetoomine on eluliste situatsioonide rohkuse tõttu vältimatu, sest seadusandjal ei ole õigusakti andmisel võimalik ette näha ning ammendavalt loetleda kõiki elulisi situatsioone, mida norm reguleerima peab. Määratlemata õigusmõistete kasutamine võimaldab seadusandjal anda õiguse rakendajale juhiseid selle kohta, kuidas ta peab üksikjuhtumil tegutsema. Nendele abstraktsetele suunistele tuginedes peab õiguse rakendaja igal konkreetsel juhul avama õigusnormi sisu.

Õigusnormi sisu avamiseks võib olla vajalik normi tõlgendada. Traditsiooniliselt tuntakse nelja meetodit¹⁵, millest lähtuvalt seaduse sätte sisuni jõuda. Neid tõlgendamismeetodeid tuleb kasutada paralleelselt ning üksnes igaühe neist põhjal tehtavate järelduste mõistlik kaalumise võib viia õigusakti lugeja õige järelduseni õigusnormi sisu kohta.¹⁶ Ka Eesti Riigikohus on öelnud, et esmapilgul arusaamatu õigusnorm ei pruugi tegelikkuses olla õigusselguse põhimõtte vastane. Nimelt on kohus öelnud, et õigusselgusetusega ei ole tegemist siis, kui tegu on sellise normitehnilise puudusega, mis on tõlgendamise teel ületatav.¹⁷ Sellest võib järeldada, et pelgalt määratlemata õigusmõistete sisaldumine RHS § 10 lõikes 2 ei tähenda, et norm ei vasta põhiseaduses sätestatud õigusselguse nõudele.

Loodan, et Teil on sellest selgitusest abi. Tänan Teid pöördumise eest. Vabandan veel kord, et ma ei saa Teid Teie küsimuses aidata.

Austusega

/allkirjastatud digitaalselt/

Indrek Teder

Olga Lavrova 693 8404
olga.lavrova@oiguskantsler.ee

¹⁵ 1) Grammatiline tõlgendamine, 2) süstemaatilis-loogiline tõlgendamine, 3) ajalooline ehk subjektiiv-teleoloogiline tõlgendamine ehk tõlgendamine seadusandja tahte kaudu ning 4) objektiiv-teleoloogiline tõlgendamine ehk tõlgendamine seaduse sätte mõtte ja eesmärgi kaudu

¹⁶ Mikiver, M., Põllumäe, S. Sissejuhatus õigusesse. Tallinn, 2003. Lk 105. Arvutivõrgust kättesaadav: <http://www.sisekaitse.ee/index.php?id=12190>.

¹⁷ RKPJKo 22.02.2001, nr 3-4-1-4-01, p 17.