

TÖÖRIISTAKOMPLEKT JULGEOLEKURISKIDE VÄHENDAMISEKS RIIGIHANKE LEPINGUTES

SISSEJUHATUS

Teatavad riigihankelepungud võivad mõjutada riiklikku julgeolekut meie riigis. See võib hõlmata juurdepääsu tundlikele andmetele, spionaaži ohtu või strateegilise sõltuvuse tekkimist kriitilistest või elutähtsatest infrastruktuuridest kolmandates riikides, kellel on meie riigi omadest erinevad geopoliitilised huvid. Sellega seoses tahame vältida, et riigihankelepungute sõlmimine ei tooks kaasa teenuse järjepidevuse seisukohalt ohtlikke olukordi, mis põhjustaksid soovimatut strateegilist sõltumist, tundliku teabe lekkimist või spionaaži.

Riigihankelepunguid käsitlevad õigusaktid näevad ette mitmeid võimalusi selliste riskide vähendamiseks. Seetõttu tuleb kõigepealt kindlaks teha, kas tuleb kohaldada 13. augusti 2011. aasta seadust, mis käsitleb kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas korraldatavaid teatavaid ehitustööde, asjade ja teenuste riigihankelepunguid (edaspidi „kaitse- ja julgeolekuseadus“). Selle seaduse kohaldamisala on rangelt piiratud sõjalise varustuse (loe relvastuse) ja kõige salastatud andmetega seonduvaga. Eespool nimetatud seadus pakub siiski asjakohasemat õigusraamistikku, et võtta arvesse eespool nimetatud riske. Siiski ei saa seda kasutada kõigi hangete puhul, mis kujutavad endast märkimisväärset ohtu riiklikule julgeolekule meie riigis. Lisaks sellele on avaliku sektori hankijatel traditsiooniliste ja erisektorite riigihankelepungute puhul võimalik kasutada mitmeid vahendeid, et vähendada eespool nimetatud riske. Sageli on mitmeid riske võimalik tõhusalt vältida juba erinevate sekkumistega riigihankelepungute üldises ülesehituses. Samuti on olemas mitmeid õiguslikke vahendeid, mis võivad olenevalt juhtumist aidata neid riske kontrollida.

Oluline vahend on 17. juuni 2016. aasta riigihankelepungute seaduse artikkel 33. See säte võimaldab teatavatel tingimustel teha erandeid tavapärase hanke-eeskirjade kohaldamisest, eriti kui see osutub vajalikuks oluliste julgeolekuhuvide kaitseks. Nende võimaluste kohta ei ole piisavalt teavet ja neid tuleb paremini reguleerida, seda eelkõige Euroopa Kohtu kohtupraktika valguses, milles on sätestatud sellise lähenemisviisi tingimused.

Käesoleva juhendi eesmärk on selgitada õigusaktidest tulenevate meetmete komplekti, mida saab kasutada olenevalt juhtumist, et teil oleks lihtsam neid avaliku sektori hankijana kasutada. Palju oleneb siiski konkreetsest riskist. Tähtis on väga hoolikalt uurida spionaaži ja andmete loata kasutamist, pidades silmas olulisi julgeolekuhuvisid. Ainult pärast hoolikat uurimist saab iga juhtumi puhul eraldi välja töötada asjakohase strateegia, et vähendada riski juhul, kui see on vajalik ja proportsionaalne. Seda tehes on käesolevas juhendis esitatud mitmeid klausleid, mis võivad teatud juhtudel olla kasulikud. Mõnel juhul on võimalik riske piirata ilma hanget mõjutamata, tehes seda näiteks selliste organisatsiooniliste meetmete abil nagu juurdepääsukontroll.

Kiirkontrolli¹ kasutatakse riskihindamise eesmärgil (lisatud juhisele). See kiirkontroll pakub meetodikat, mis võimaldab avaliku sektori hankijal teha esialgset riskianalüüsi. Sellise riskianalüüsi läbiviimine on väga oluline ja seetõttu muutub see föderaalvalitsusele kohustuslikuks.

Käesolev meetmete komplekt pakub abi avaliku sektori hankijatele, kes tuvastavad riigi julgeolekut mõjutava riski. Seda tüüpi probleemiga võivad kokku puutuda ka avaliku sektori hankijad, kelle peamine ülesanne ei ole kaitsta julgeolekuhuvisid. Käesolev juhend on mõeldud eelkõige neile. Seetõttu selgitatakse üksikasjalikult traditsiooniliste ja erisektorite hangete suhtes kohaldatavaid meetmeid.

Käesolev juhend on jagatud neljaks peatükiks.

¹ Originaalis kasutatakse terminit „Quickscan“.

Esimeses peatükis keskendutakse kohaldatavale õigusraamistikule. Käesoleva peatüki keskne küsimus on, kuidas määrata kindlaks kohaldatav õigus: kas kohaldada 13. augusti 2011. aasta kaitse- ja julgeolekuseadust või 17. juuni 2016. aasta riigihankelepingute seadust. Selles peatükis vaadeldakse ka kaitse- ja julgeolekuseaduse konkreetseid võimalusi julgeolekuvajaduste arvesse võtmiseks.

Teises peatükis vaadeldakse mitmeid meetmeid, mis on teie kui avaliku sektori hankija käsutuses, ilma et peaksite koostama spetsiaalset põhjendust julgeolekuhuvide kohta, ja mida saate vajaduse korral kasutada konkreetsetes hankemenetluses juhul, kui see on asjakohane. Paljud neist vahenditest olenevad teatavatest tingimustest. Need vahendid on oma olemuselt mõeldud julgeolekuriskide vähendamiseks, kuid mõnel juhul ei suuda need riski piisavalt ära hoida. Sellisel juhul on teil muid võimalusi, et tagada julgeolekuhuvidega arvestamine. Seetõttu käsitletakse **kolmandas peatükis** mitmeid vahendeid, mille abil saab teha erandeid tavapäraselt kohaldatavatest hanke-eeskirjadest, et kaitsta olulisi julgeolekuhuvisid. Selliseid erandeid tuleb siiski alati põhjendada.

Lõpuks keskendutakse **neljandas peatükis** mitmetele teistele seadusalgatustele, mis võivad mõnel juhul avaldada positiivset mõju käesolevas juhendis käsitletud probleemidele, kuid seda teistsugusest vaatepunktist kui spionaaži ja välisriikide sekkumise vastu võitlemine riigihankelepingute kontekstis. Siiski võivad need täiendada õigusaktid aidata kaasa ka riskide vähendamisele. Selles peatükis käsitletakse eelkõige Euroopa välisubsiidiumide määrust, rahvusvahelisi riigihankelepinguid käsitlevat õigusraamistikku, meetmeid, mida Euroopa Ülemkogu võib võtta (nagu hiljuti Venemaa suhtes), ja üldist andmekaitsemäärust. Kuna need meetmed aitavad ainult kaudselt kaasa julgeolekuprobleemide vähendamisele, ei käsitleta neid käesolevas juhendis avaliku sektori hankija käsutuses olevate vahenditena. Sellegipoolest on oluline mõista nende õigusaktide toimemehhanisme, juba ainuüksi selleks, et hinnata julgeolekuriske õigesti.

Kui ei ole sätestatud teisiti, käsitletakse peatükkides 2–4 ainult klassikalise sektori hankeid.

1. peatükk. Õiguslik raamistik ja võimalikud erandid

Olenevalt teie tegevusvaldkonnast ja kavandatavatest tarnetest, teenustest või ehitustöödest võib teie riigihankeleping kuuluda kas 17. juuni 2016. aasta riigihankelepingute seaduse või 13. augusti 2011. aasta kaitse- ja julgeolekuseaduse kohaldamisalasse.

Kohaldatava õigusliku aluse kindlaksmääramiseks vaadake 17. juuni 2016. aasta seaduse artiklites 33 ja 34 sätestatud erandeid ning 13. augusti 2011. aasta seaduse artiklites 13 ja 15 sätestatud kohaldamisala.

1.1. 13. augustil 2011. aasta kaitse- ja julgeolekuseaduse kasutamine

Kui olete avaliku sektori hankija või avalik-õiguslik äriühing (teie avaliku teenistusega ülesannetega seotud hangete puhul)², siis kasutate tõenäoliselt kaitse- ja julgeolekualast õigust. Selle seaduse kasutamiseks peab teie hange olema sõlmitud kaitse- ja julgeolekusektoris ning selle ese peab olema järgmine:

- tundlike VÕI sõjavarustuse tarnimine;
- tundlike VÕI sõjavarustusega otseselt seotud tööd, tarded ja teenused nende täieliku või osalise elutsükli jooksul;
- spetsiaalselt sõjaliseks või tundlikuks otstarbeks mõeldud tööd ja teenused.

Mis on sõjavarustus?

See viitab spetsiaalselt sõjaliseks otstarbeks loodud või kohandatud varustusele, mis on mõeldud kasutamiseks relvade, laskemoona või sõjavarustusena.

² Samuti on hõlmatud 17. juuni 2016. aasta riigihankelepingute seaduse artikli 94 lõike 2 punktis b osutatud isikud, kellel on eri- ja ainuõigused, ning vastavalt artikli 94 lõike 2 punktides a ja c osutatud avaliku sektori ettevõtjad ja avaliku sektori hankijad.

Mida tähendavad tundlikud seadmed, tundlikud tööd ja tundlikud teenused?

Need hõlmavad julgeoleku eesmärgiks mõeldud seadmeid, töid ja teenuseid, mis hõlmavad, nõuavad ja/või sisaldavad salastatud teavet 11. detsembri 1998. aasta seaduse (klassifitseerimise ning juurdepääsulubade, turvatõendite ja julgeolekuhinnangute andmise kohta) tähenduses.

Samuti on erandid lepingute puhul, mis on hõlmatud Euroopa Liidu toimimise lepingu artikliga 346 või mis on seotud kuningriigi oluliste julgeolekuhuvidega.

1.2. 17. juuni 2016. aasta riigihankelepingute seaduse kasutamine

Kui teie riigihankeleping ei kuulu kaitse- ja julgeolekuseaduse kohaldamisalasse, peate kasutama 17. juuni 2016. aasta riigihankelepingute seadust (pidades silmas, et selle seadusega nähakse ette mitmeid erandeid). Näiteks klassikalise sektori hankija, nagu kaitseministeerium, föderaalpolitsei või politseipiirkond, kohaldab 17. juuni 2016. aasta seaduses sätestatud korda tsiviilotstarbeliste sõidukite või kontoritehnika hankelepingute suhtes, samas kui tema sõjaliste relvade või tundliku varustuse ostud kuuluvad „kaitse- ja julgeolekuseaduse“ kohaldamisalasse.

1.3. Segatüüpi hanked

Mõned hanked võivad olla segatüüpi ja kuuluda osaliselt ühe ja osaliselt teise seaduse alla. Antud juhul on oluline viidata segatüüpi hangetega seotud sätetele, et määrata kindlaks kohaldatavad õigusaktid (vt 17. juuni 2016. aasta seaduse artiklid 23 ja 24 või 106 ja 107).

Olukordi tuleb eristada vastavalt hanke osade objektiivsele eraldatavusele:

- kui teie hanke eri osad on objektiivselt **lahutamatud**, võite sõlmida lepingu vastavalt „kaitse- ja julgeolekuseadusele“;
- kui teie hanke eri osad on objektiivselt **eraldatavad**, võite otsustada kas sõlmida hankelepingu eri osade kohta eraldi lepingud või hoopis **ühe lepingu**. Kui te otsustate sõlmida **eraldi hankelepingud**, tehakse otsus iga hankelepingu suhtes kohaldatava õigusliku korra kohta eri osapoolte omaduste alusel.

1.4. Kaitse- ja julgeolekuseaduse ja riigihankelepingute seaduse võrdlus

Kaitse- ja julgeolekuseadusel on oma eripärad. Loetelu ei ole siiski ammendav.

Nende hulka kuuluvad järgmised:

- Kaitse- ja julgeolekuseadus näeb ette konkreetsed kõrvaldamise alused, mis sobivad paremini julgeoleku tagamiseks. Näiteks võib taotleja või pakkuja lepingust välja jätta, kui on kindlaks tehtud, et tal puudub riigi julgeolekut ähvardavate ohtude vältimiseks vajalik usaldusväärsus³ või siis võib taotleja või pakkuja lepingust välja jätta, kui tema suhtes on langetatud jõustunud kohtuotsus, millega on tuvastatud tema ametialase eetikakoodeksiga seotud rikkumine, eelkõige kaitse- ja/või julgeolekuvarustuse ekspordi käsitlevate õigusaktide rikkumine. Lisaks sellele on andmeturbega seotud kohustuste täitmata jätmist sõnaselgelt nimetatud „ametialase väärkäitumise“ välistamise põhjuseks;
- Kaitse- ja julgeolekuseadus sisaldab erisätteid, mis käsitlevad kolmandate riikide ettevõtjate juurdepääsu (seaduse artikkel 21).
- Avaliku sektori hankija võib hankedokumentides täpsustada tarnekindluse nõudeid. See võib hõlmata näiteks tootmise, remondi või hoolduse geograafilise asukoha piiramist Euroopa Majanduspiirkonnaga, et vältida avaliku sektori hankija võimalikku

³ Vt Euroopa Komisjoni 12. veebruari 2016. aasta suuniste (teabe turvalisuse kohta) punkt 9 kõrvaldamise aluse kohta.

varustuskatkestust⁴. Pakkujalt võib ka nõuda, et ta looks ja/või säilitaks vajaliku suutlikkuse, et tulla toime avaliku sektori hankija vajaduste suurenemisega, mis on kriisiolukorrast tingitud.

- Samuti võib avaliku sektori hankija nõuda, et pakkumine sisaldaks piisavalt teavet juba kindlaks määratud alltöövõtjate kohta, et neid eelnevalt heaks kiita. See võib võimaldada avaliku sektori hankijal kindlaks teha, kas neil kõigil on vajalik suutlikkus kaitsta piisavalt sellise salastatud teabe konfidentsiaalsust, millele tal on juurdepääs või mida ta peab alltöövõtutegevuse käigus esitama.

Kaitse- ja julgeolekuseadus	Riigihankelepingute seadus
Kohustuslik kõrvaldamine (23. jaanuari 2012. aasta kuningliku määruse artikli 63 lõige 1).	Kohustuslik kõrvaldamine (riigihankelepingute seaduse artikkel 67)
Osalemine kuritegelikus ühenduses	Osalemine kuritegelikus ühenduses
Korruptsioon	Korruptsioon
Pettus	Pettus
Terroriakt, terroriaktiga seotud kuritegu või kaasaaitamine sellises kuriteos	Terroriakt, terroriaktiga seotud kuritegu või kaasaaitamine sellises kuriteos
Rahapesu	Rahapesu või terrorismi rahastamine
	Lapstööjõud või inimkaubandus
	Ebaseaduslikult riigis elavate välisriikide kodanike kasutamine
Nb: võimalik erand kohustuslikust kõrvaldamisest avalikes huvides (23. jaanuari 2012. aasta kuningliku määruse artikli 63 lõike 1 lõik 3).	Nb: võimalik erand kohustuslikust kõrvaldamisest avalikes huvides (riigihankelepingute seaduse artikli 67 lõike 1 lõik 4).
Vabatahtliku kõrvaldamise alused (23. jaanuari 2012. aasta kuningliku määruse artikli 63 lõige 2)	Vabatahtliku kõrvaldamise alused (riigihankelepingute seaduse artikkel 69)
	(Mis tahes viisil tõendatud) keskkonna-, sotsiaal- ja tööõigusnormide mittejärgimine.
Pankroti, likvideerimise, lõpetamise või kohtuliku saneerimise väljakuulutamise või sellest hoiatamine.	Pankroti, likvideerimise, lõpetamise või kohtuliku saneerimise väljakuulutamise või sellest hoiatamine.

⁴ Tuleb järgida proportsionaalsuse põhimõtet. Tundub raske piirata teatavate tehnoloogiliste toodete kõikide komponentide geograafilist päritolu Euroopa Liiduga.

(Kohtulahendi seadusjõud) kutse-eeskriit mõjutav süütegu, sealhulgas kaitse- või julgeolekuvarustuse eksporti käsitlevate õigusaktide rikkumine.	(mis tahes viisil tõendatud) tõsine ametialane üleastumine, mis seab tema aususe kahtluse alla.
(Mis tahes viisil tõendatud) tõsine üleastumine, sealhulgas infoturbe või varustuskindluse alaste kohustuste rikkumine.	
	(Mis tahes viisil tõendatud) konkurentsi moonutavaid kokkuleppeid.
(Mis tahes viisil tõendatud) ebapiisav usaldusväärsus riigi julgeoleku rikkumise vältimise saavutamisel.	
	Huvide konflikt esinemine.
Eelis, mis moonutab tavapäraseid konkurentsitingimusi tulenevalt pakkuja osalemisest hanke koostamisel (23. jaanuari 2012. aasta kuningliku määruse artikkel 66).	Konkurentsi moonutamine, mis tuleneb ettevõtja eelnevast osalemisest hankemenetluse ettevalmistamisel.
	Pakkuja märkimisväärsed ja püsivad puudused, mida on täheldatud varasemate hangete täitmisel.
(Mis tahes viisil tõendatud) valeandmete esitamise süü pakkumises nõutava teabe esitamisel.	Süüdi valeandmete esitamises hankemenetluse käigus.
	Katse mõjutada põhjendamatult avaliku sektori hankija otsustusprotsessi.

2. peatükk. Meetmed, mis ei vaja erilist põhjendust oluliste julgeolekuhuvide tõttu

2.1. Kolmandate riikide ettevõtjatele ei ole juurdepääs riigihangetele tagatud

Riigihankelõpinguid käsitleva seaduse artikli 4 alusel on võimalik välistada riigihankelõpingutele juurdepääsu osas selliste riikide ettevõtjad, kellega ei ole sõlmitud mitme- või kahepoolseid lõpinguid.

[Avaliku sektori hankijad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja diskrimineerimata ning tegutsevad läbipaistvalt ja proportsionaalselt.

Kooskõlas 15. aprilli 1994. aasta riigihankelõpingu 1., 2., 4. ja 5. lisas ning 15. aprilli 1994. aasta riigihankelõpingu I liites esitatud Euroopa Liitu käsitlevates üldmõrkustes ning muudes Euroopa Liidule siduvates rahvusvahelistes konventsioonides sätestatuga kohtlevad avaliku sektori hankijad kõnealuste lõpingute osaliste ehitustõid, asju, teenuseid vähemalt sama soodsatel tingimustel kui liidu ehitustõid, asju, teenuseid ja ettevõtjaid. [...]

Põhimõtteliselt sätestatakse Maailma Kaubandusorganisatsiooni (WTO) riigihankelepinguga (GPA)⁵ liikmesriikide ettevõtjatele automaatne ja vaieldamatu õigus pääseda ligi ELi liikmesriikide riigihankelepingutele.

Seega ei saa tagada juurdepääsu juhul, kui puudub rahvusvaheline kokkulepe või kui kõnealusel juhul ei kohaldata mingit kokkulepet. Samuti ei ole juurdepääs automaatselt keelatud. Avaliku sektori hankija peab otsustama, kas ta tahab sellise ettevõtja kõrvaldada või mitte ning vastav tingimus tuleb avaldada, eriti kui tegemist on avatud hankemenetlusega.

Euroopa Komisjon avaldas hiljuti, 24. juulil 2019, suunised kolmandate riikide pakkujate ja toodete osalemise kohta ELi riigihankelepingutes. Lisateavet vt aadressilt⁷. Lisateave on kättesaadav Euroopa Komisjoni ja GPA veebisaitidel⁸. Samuti on võimalik kindlaks teha, kas sellist rahvusvahelist kokkulepet saab kohaldada või mitte.

Märkus.

GPA ja vabakaubanduslepingutes riigihankelepinguid käsitlevad peatükid ei kehti automaatselt kõigi riigihankelepingute suhtes. GPA ja vabakaubanduslepingud koosnevad üldjuhul kahest (2) osast:

1. juriidiline tekst, mis sisaldab eeskirju põhimõtete ja menetluste kohta, ja
2. iga osa kohaldamise ulatus.

Nimekirjades määratakse kindlaks, millised riigiasutused peavad järgima kokkulepitud eeskirju ja millises ulatuses on nende kaupade ja teenuste hanked teiste GPA osaliste või vabakaubanduslepingu partnerriikide ettevõtjate (ja nende kaupade ja teenuste) osalemiseks avatud.

Hõlmatud on ainult riigihanked, mis ületavad iga osa kohaldamisala kohta koostatud nimekirjades sätestatud piirmäära.

□ **Põhimõte:** GPA-d saab kasutada ainult lepingute puhul, mis ületavad ELi piirmäära.

ELi hankenimekirjad on esitatud GPA I liite lisades ja vastavate vabakaubanduslepingute vastavates lisades.⁹ Neid allikaid kontrollides saab avaliku sektori hankija kindlaks teha, kas pakkujale (või tema kaupadel ja teenustel) on tagatud juurdepääs riigihankelepingule.

Tähelepanu!

Vaatamata sellele, et need meetmed võimaldavad avaliku sektori hankijal piirata juurdepääsu, ei tähenda see tingimata, et asjaomased riigid ei saa jätkata oma toodete ja/või teenuste pakkumist ELis/EMPs asuva ettevõtja kaudu. Julgeolekuriskide vähendamiseks tuleks juurdepääsu piiramise meetmeid täiendada muude meetmetega, nagu on selgitatud käesolevas juhendis.

On võimalik, et hankemenetluse ajal võib kolmanda riigi staatus muutuda kas uute kahe- või mitmepoolsete lepingute sõlmimise või nende lõpetamise või peatamise tõttu (näiteks ELi vastumeetmena ebavõrdse juurdepääsu eest riigihankelepingutele või rahvusvaheliste sanktsioonide tõttu). Uue lepingu puhul, mis annab kolmandast riigist pärit ettevõtjatele sõnaselge juurdepääsu riigihankelepingutele, on taotluse või avatud menetluse puhul tähtpäevaks, mille alusel otsustatakse, kas ettevõtte tuleks hankelepingusse lubada või mitte, taotleja või pakkumuse esitamise kuupäev. Kui GPA-ga liitumine või kahe- või mitmepoolne leping lõpeb või peatatakse hankemenetluse ajal, muutub ka taotleja või pakkuja staatus (nagu ka pakkuja staatus, kes ei vasta enam menetluses kõrvaldamise alustele või valikukriteeriumidele). Kui aga hankeleping on juba sõlmitud, ei saa seda

⁵ Riigihankeleping.

⁶ Maailma Kaubandusorganisatsioon (WTO).

⁷ https://commission.europa.eu/funding-tenders/tools-public-buyers/public-procurement-and-non-eu-participation_et

⁸ https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm

⁹ https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm

lõpetada ainuüksi sel põhjusel, et ettevõtja päritolu riik lõpetas GPA-s või muus vabakaubanduslepingus osalemise.

2.2. Hankemenetluse valik

Kui olete kindlaks teinud riigihanke läbiviimise õigusliku aluse, teate millised hankemenetlused on teile kättesaadavad. Nüüd on aeg kasutada erinevaid strateegiaid, et kaitsta end kõrge riskiga olukordade eest.

a) Kaheetapilise menetluse kasutamine

Kui valite kaheetapilise menetluse, saate sõlmida lepingu kahes etapis. Kõigepealt teete valiku taotlejate hulgast, kes on seejärel ainsad, keda kutsutakse pakkumist esitama. See on hea viis piirata juurdepääsu lepingu tundlikele dokumentidele¹⁰ ainult ettevõtjatega, kes on eelnevalt tõestanud, et nad vastavad teie valikukriteeriumidele. Samuti saate tagada, et need ettevõtjad töötlevad neid dokumente turvaliselt, kehtestades selleks konkreetse menetluse (vt allpool).

Riigihankepingute seadusega (artikli 64 lõige 1) kohustatakse meid tagama juurdepääs hankedokumentidele kohe pärast nende avaldamist (välja arvatud täpselt määratletud erandid) või huvi kinnitamise ettepaneku esitamise ajal. Teatav tundlik teave (selle sõna kõige laiemas tähenduses) võib siiski olla reserveeritud valitud taotlejatele või isegi edukale pakkujale, tingimusel, et avaldatud teave võimaldab ettevõtjatel otsustada, kas nad tunnevad end lepingu täitmiseks sobivana, kas tingimused (ajastus, asukoht, täitmise eritingimused) sobivad neile ja kas nad suudavad pakkuda tehnilisele kirjeldusele vastavat teenust või kaupa.

Kaheetapilised menetlused hõlmavad järgmist:

Piiratud menetlus (riigihankepingute seaduse artikkel 37)	Läbirääkimisi ei toimu
Konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus (riigihankepingute seaduse artikkel 38)	Võimalikud läbirääkimised

b) Läbirääkimistega hankemenetluse kasutamine ilma eelneva väljakuulutamiseta

Kui läbirääkimistega hankemenetlust saab kasutada ilma eelneva väljakuulutamiseta, võite kutsuda pakkumuse esitama enda valitud ettevõtjad. Sel viisil saate teha oma valiku ja vältida võimalikku või tõestatud riski kujutavaid ettevõtjaid. Võimaluse korral peaks avaliku sektori hankija konsulteerima mitme pakkujaga (vähemalt kolmega). Teisisõnu, ta peab võimaluse korral ise korraldama konkurentsi.

Väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust võib kasutada ainult erandjuhtudel, eelkõige järgmistel juhtudel:

- kui hanke eeldatav maksumus on väiksem kui klassikalise sektori riigihankepinguid käsitleva kuningliku dekreediga artiklis 90 osutatud maksimumsumma;
- äärmiselt kiireloomulistel juhtudel, mis tulenevad avaliku sektori hankija poolt ettenägematutest sündmustest. Seda võimalust võib kasutada üksnes juhul, kui see on hädavajalik, kui avatud, piiratud või konkurentsipõhise läbirääkimistega menetluse tähtaegadest ei ole võimalik kinni pidada, kuna tegemist on kiireloomulise olukorraga, mis tuleneb avaliku sektori hankija poolt ettenägematutest sündmustest;

¹⁰ Pange tähele, et te ei saa hoiduda konkreetsete hanketingimuste kogu sisu avaldamisest. Taotlejal peab olema piisavalt teavet, et otsustada, kas nad saavad pakkumise esitada!

- kui avatud või piiratud menetluse raames ei ole esitatud osalemistaotlust või sobivat pakkumust, arvestades, et lepingu algtingimusi ei muudeta oluliselt;
- kui konkreetsel põhjusel (kunstilised põhjused, ainuõigused, tehnilised põhjused) eksisteerib monopol, mis peab olema igal juhul täpselt põhjendatud;
- ehitustööde või teenuste riigihankelepingu puhul, kui tegemist on selliste uute ehitustööde või teenustega, mis seisnevad sarnaste ehitustööde või teenuste kordamises, mille kohta sama avaliku sektori hankija on sõlminud lepingu esialgse eduka pakkujaga, tingimusel et need ehitustööd või teenused vastavad põhiprojektile ja et see projekt käsitles esialgset hanget, mis viidi läbi 17. juuni 2016. aasta seaduse artikli 35 esimeses lõigus osutatud menetluse kohaselt;
- riigihankelepingu puhul, kui tooteid valmistatakse üksnes teadus-, katse-, uurimis- või arendustegevuse eesmärgil;
- esialgne tarnija peab osutama täiendavad teenuseid, kas asjade või seadmete osaliseks uuendamiseks või olemasolevate asjade või seadmete laiendamiseks, kui tarnija vahetamine sunniks avaliku sektori hankijat hankima asju, millel on erinevad tehnilised omadused, mis põhjustaksid ühildamatust või ebaproportsionaalselt suuri tehnilisi raskusi nende kasutamisel ja hooldamisel.

Ülaltoodud võimalusi tuleb alati tõlgendada kitsendavalt. Täpsed tingimused, mille alusel on võimalik seda menetlust kasutada, on esitatud 17. juuni 2016. aasta seaduse artiklis 42.

2.3 Kõrvaldamise aluste kohaldamine

a) Kohustusliku kõrvaldamise alused

Avaliku sektori hankijal ei ole kaalutusõigust seoses kohustusliku kõrvaldamise alustega. Seetõttu on ta kohustatud taotleja/pakkuja kõrvaldama, kui too on süüdi mõistetud jõustunud kohtuotsusega¹¹ eelkõige kuritegelikus organisatsioonis osalemise, korruptsiooni, pettuse, terroriaktide jne eest. Selline kõrvaldamine kehtib viis aastat alates süüdimõistva kohtuotsuse kuupäevast.¹² Iga otsus loetakse jõustunuks, kui selle suhtes ei ole enam võimalik esitada vastuväiteid või esitada apellatsioonkaebusi, kui seaduses sätestatud eranditest ei tulene teisiti ja ilma et see piiraks erakorraliste apellatsioonkaebuste mõju.

Tähelepanu: kõrvaldamist ei toimu, kui taotleja/pakkuja suudab kooskõlas riigihankelepingute seaduse artikliga 70 tõendada, et ta on võtnud asjakohased heastamismeetmed oma usaldusväärsuse tõendamiseks.

Tõend = **kohturegistri väljavõte** või samaväärne dokument, mille on välja andnud päritolu- või lähteriigi kohtu- või riigiasutus, mis näitab, et nõutavad tingimused on täidetud ([klassikaliste sektorite riigihankelepingute sõlmimist käsitleva kuningliku dekreediga artikli 72 lõike 2 punkt 1](#)). Kui sellist väljavõtet või dokumenti ei ole asjaomases riigis välja antud või kui see ei sisalda kõiki nõutavaid andmeid, võib selle asendada vande all antud kinnitusega, või riikides, kus seda ei ole ette nähtud, asjaomase isiku poolt päritolu- või lähteriigi kohtu- või riigiasutuse, notari või pädeva kutseorgani ees antud ametliku kinnitusega.

Märkus. Vande all antud kinnitus (formaalne) erineb taotleja või pakkuja sõnaselgest/implitsiitset enesekohasest kinnitusest, et väidetav kõrvaldamise alus teda ei puuduta. Neid ei tohi käsitleda tõenditena ja vajaduse korral peab avaliku sektori hankija kontrollima nende autentsust.

¹¹ Mis puutub ebaseaduslikult riigis viibivate kolmandate riikide kodanike töölevõtmisse, siis peab avaliku sektori hankija neid välistama juba siis, kui rikkumine on kindlaks tehtud haldus- või kohtuotsusega.

¹² Viis aastat alates õigusrikkumise lõppemisest ebaseaduslikult riigis viibivate kolmandate riikide kodanike töölevõtmisel.

b) Vabatahtlikud kõrvaldamise alused

Vabatahtlike kõrvaldamise aluste kohaselt on avaliku sektori hankijal teatav kaalutusõigus selle suhtes, kas ta võib taotleja/pakkuja kõrvaldada või mitte¹³:

- kui avaliku sektori hankija tõestab mis tahes asjakohase vahendiga, et taotleja või pakkuja on rikkunud **kehtivaid keskkonna-, sotsiaal- ja töölaseid kohustusi**;
- kui avaliku sektori hankija suudab mis tahes asjakohasel viisil tõestada, et taotleja või pakkuja on toime pannud **raske ametialase rikkumise**, mis seab tema aususe kahtluse alla;

Näiteks käimasolev kriminaaluurimine ilma lõpliku kohtuotsuse või süüdimõistva otsuseta.

Kutsealast väärkäitumist on siinkohal kirjeldatud järgmiselt: „*igasugune väärkäitumine [...] mis mõjutab asjaomase ettevõtja ametialast usaldusväärset*“ (vt Euroopa Kohtu 13. detsembri 2012. aasta otsus C-465/11), mida on kinnitanud ka riiginõukogu kohtupraktika (vt nt riiginõukogu 7. aprilli 2017. aasta otsus nr 237.912).

Lisaks peab viga olema oma olemuselt „tõsine“, mida Euroopa Kohus kirjeldab kui asjaomase ettevõtja käitumist, „*mis viitab tema teatud määral väärale kavatsusele või hooletusele*“ ja mida doktriin määratleb kui „viga, mida tavaliselt hoolas spetsialist ja kutseala eeskirjadest kinni pidav isik ei teeks ja mis õõnestab asutuse usaldust“.

Seega peab avaliku sektori hankija, kes saab taotleja/pakkuja kõrvalejätmiseks tugineda sellisele „tõsisele rikkumisele“, lähtuma iga juhtumi hoolikast ja konkreetsest hindamisest, kusjuures „kaalutusruumi“ piiravad hea valitsemistava üldpõhimõtted (põhjendamiskohustus, mõistlikkuse põhimõte, proportsionaalsuse põhimõte jne).

Tõsiseid ametialaseid rikkumisi võib siiski tõestada „mis tahes asjakohaste vahenditega“. See ei nõua, et avaliku sektori hankija peaks esitama „vaieldamatuid“ tõendeid või et kõnealune käitumisviis oleks karistatav (vt riiginõukogu 20. detsembri 2021. aasta otsus nr 252.479);

Näiteks protokoll (vt riiginõukogu 12. jaanuari 2012. aasta otsus nr 237.029), ekspertiis (vt riiginõukogu 18. jaanuari 2012. aasta otsus nr 217.306), kriminaalasja uurimine (vt riiginõukogu 11. detsembri 2008. aasta otsus nr 188.712) või kokkuleppe ettepanek (vt riiginõukogu 7. aprilli 2017. aasta nr 237.912), mis näitab, et rikkumine on pakkuja põhjustatud.

- kui avaliku sektori hankijal on piisavalt usutavaid tõendeid, et järeldada, et taotleja või pakkuja on **konkurentsi moonutamiseks** pannud toime tegusid, sõlminud kokkuleppeid või lepinguid;
- kui taotleja või pakkuja on tõsiselt või püsivalt rikkunud **oma põhikohustusi seoses ühe või mitme varasema riigihankelepingu, avaliku sektori hankijaga sõlmitud varasema lepingu või muu kontsessioonilepingu täitmisega** ning see on toonud kaasa *ex officio* meetmete võtmise, õiguskaitsevahendite määramise või muud sarnased sanktsioonid;

¹³ See tähendab, et isegi kui valikuline kõrvaldamise alus on kohaldatav ja pakkuja võidakse aluse esinemise tõttu kõrvaldada, võib avaliku sektori hankija otsustada pakkujat mitte kõrvaldada. Kuigi avaliku sektori hankijal on teatav kaalutusõigus, on see hankija hoolsuskohustuse ja ettevaatlikkuse tõttu mõnevõrra piiratud. Need hea halduse põhimõtted tähendavad üldjuhul, et avaliku sektori hankija ei sõlmi lepingut selliste taotlejate või pakkujatega, kelle suhtes kohaldatakse vabatahtliku kõrvaldamise alust. Olenemata sellest, kas avaliku sektori hankija otsustab hankemenetlusest kõrvaldada või mitte, peab ta mõlemal juhul oma otsust põhjendama. Seepärast tuleb avaliku sektori hankija kaalutusõigust kasutada ettevaatlikult. Avaliku sektori hankija peab tagama, et järgitakse võrdsuse ja proportsionaalsuse põhimõtteid. Ja igal juhul peab ta oma otsust ametlikult põhjendama. Mis puudutab konkreetsemalt konkurentsivastase koostööga seotud kõrvaldamise aluste (17. juuni 2016. aasta seaduse artikli 69 lõike 1 punkt 4) kohaldamisala, siis viidatakse tervikuna jaotisele 5.3 „Avaliku sektori hankijate pädevus kõrvaldamise aluste kohaldamisel: nende lai kaalutusruum ja kaalutusõiguse piirid“ Euroopa Komisjoni 18. märtsil 2021 avaldatud teatises C(2021)1631, mis käsitleb vahendeid võitluseks konkurentsivastase koostöö vastu riigihankelepingute puhul ja juhiseid sellega seotud kõrvaldamise aluste kohaldamise kohta.

- kui taotleja või pakkuja on raskelt süüdi selliste **valeandmete** esitamises, mis on vajalikud selleks, et kontrollida, kas kõrvaldamise alused või valikukriteeriumid on täidetud, või kui ta on varjanud teavet või ei ole suutnud esitada seaduse artikli 73 kohaselt nõutavaid tõendavaid dokumente;
- kui taotleja või pakkuja on püüdnud ebaseaduslikult mõjutada avaliku sektori hankija otsustusprotsessi.

Need vabatahtliku väljaarvamise alused toovad kaasa väljaarvamise kolme aasta jooksul alates kõnealuse sündmuse toimumise kuupäevast või rikkumise lõppemisest, kui rikkumine on pidev. Kui aga seaduse artikli 69 lõike 1 punktides 1, 3, 4, 8 või 9 osutatud kõrvaldamise aluste hulka kuuluv käitumisviis on karistatud pädeva haldus- või kohtuasutuse otsusega, millega on tuvastatud õigusnormi rikkumine ELi või riikliku õigusega reguleeritud menetluse raames, arvutatakse kolmeaastast tähtaega alates kõnealuse otsuse kuupäevast¹⁴.

Tähelepanu: kõrvaldamist ei toimu, kui taotleja/pakkuja suudab kooskõlas riigihankelepingute seaduse artikliga 70 tõendada, et ta on võtnud asjakohased heastamismeetmed oma usaldusväärse tõendamiseks.

Selgitav märkus parandusmeetmete kohta

Pärast 18. mai 2022. aasta seadust, millega muudetakse 17. juuni 2016. aasta riigihankelepingute seadust kohta ja 17. juuni 2016. aasta kontsessioonilepingute seadust (Belgia ametlik väljaanne, 30. mai 2022) on Euroopa Kohtu 14. jaanuari 2021. aasta otsuse C-387/19 alusel tehtud mitmeid muudatusi „heastamismeetmete“ eeskirjades.

Sellela selgitatakse, et taotleja/pakkuja ei pea enam hankemenetluse alguses omal algatusel heastamismeetmeid esitama.

- ⇒ Kohustuslikud kõrvaldamise alused: tõend heastamismeetmete kohta tuleb esitada taotleja/pakkuja enda algatusel. Riigihanke alusdokumentides tuleb siiski sellele kohustusele viidata. Täpsemalt tuleb lisada viide riigihankelepingute seaduse artikli 70 lõike 2 teisele lõikele.
- ⇒ Vabatahtliku kõrvaldamise alused: tõendit heastamismeetmete kohta ei pea enam esitama taotleja/pakkuja enda algatusel. Enne taotleja/pakkuja kõrvaldamist peab avaliku sektori hankija põhimõtteliselt siiski andma taotlejale/pakkujale võimaluse heastamismeetmete esitamiseks.

Avaliku sektori hankija võib siiski teha sellest mehhanismist erandi, lisades hankedokumentidesse vastava sätte. See oleneb siiski mitmetest tingimustest. Täiendavaid selgitusi sel teemal leiab riigihankelepingute seaduse artikli 70 lõikest 3 ja seletuskirja vastava sätte kommentaarist (st seaduseelnõu artikli 5 kommentaarist).

2.4. Punktid, mida tuleb silmas pidada tehnilise kirjelduse ja hankelepingu projekti koostamisel

Tehnilise kirjelduse ja hankelepingu projekti sisu sõltub loomulikult riigihanke objektist. Hankijatel puuduvad sageli teadmised, et hinnata ostetavate toodete/teenuste kasutamisega seotud turvariske.

Sageli saab siiski tehnilise kirjelduse nõuetega vältida teatavaid probleeme.

Edukas pakkuja määrab hanke tehnilistes klauslites turvanõuded. Need on seotud hangitavate asjade või teenuste sisemiste omadustega.

Tarnete või teenuste omaduste puhul on sageli kasulik kasutada ametlikke turvasertifikaate. Üks näide on **vastavusaruanne (SOC 2)** kliendiandmete kaitse ja kontrollimeetmete tõhususe kohta. See

¹⁴ Avaliku sektori hankija võib siiski teha kõrvaldamise otsuse enne pädeva asutuse otsust, kui kõik tingimused on täidetud.

standard on kasulik mis tahes tarkvaralahenduse puhul, mis töötleb isikuandmeid, näiteks pilvepakettide puhul.

Teenuste puhul võime viidata väga populaarsetele rahvusvahelistele standarditele **ISO27001** infoturbe kohta või **ISO31000** riskijuhtimise kohta. Neid võib tehniliste spetsifikatsioonidena kehtestada ainult siis, kui on olemas ka piisav seos toote või teenusega.

Oluline on märkida, et avaliku sektori hankija võib selliseid tõendeid kasutada ka valikukriteeriumina¹⁵, mitte tingimustele vastavuse nõudena. Juhul kui liiga vähesed teenuseosutajad suudavad tõendada, et nad omavad nõutavaid sertifikaate, võiks nende omamist kasutada osana hankelepingu sõlmimise kriteeriumidest (nt „turvatagatiste kättesaadavuse ja tõhususe ulatus“).

Siin on kaks olulist teabeallikat teenuste osutajate turvastandardite kohta:

- a) Belgia Standardiamet¹⁶;
- a) Riiklik küberturvalisuse sertifitseerimisasutus (NCCA)¹⁷.

Hankelepingu täitmise tingimuste osas on tavaks sätestada järgmised meetmed (sealhulgas lepingujärgsed klauslid¹⁸), et tagada teabe turvalisus:

- a) hankelepingu täitmiseks juurdepääsuloa või juurdepääsukontrolli nõue;

Kui te ei ole kindel, et piisavalt paljudel ettevõtjatel on teie hankelepingu sõlmimiseks vajalik juurdepääsuluba (valikukriteerium), võite nõuda seda lepingu täitmiseks. Pidage aga meeles, et juurdepääsuloa saamiseks kulub 6–12 kuud. See tähendab, et hankelepingu sõlmimine peab toimuma piisavalt varakult enne täitmisperioodi. Isegi kui juurdepääsuluba ei nõuta, võite edukalt pakkujalt alati nõuda hankelepingu täitmise mis tahes hetkel riikliku julgeolekuasutuse kontrolli¹⁹.

- a) Isikuandmete kaitse üldmääruse kohases andmetöötluslepingus:

Põhimõtteliselt kohaldatakse Euroopa avaliku sektori hankijate suhtes **isikuandmete kaitse üldmäärust (GDPR)**, kui nende hankeleping hõlmab isikuandmete töötlemist²⁰. Alati on vaja täpsustada määruse kohaldamist ja sätestada hankelepingu ühepoolne lõpetamine selle mittejärgimise korral. Välismaised ettevõtted (väljaspool Euroopat), kes töötavad teistsuguses õiguslikus raamistikus, on sageli õiguslikult kohustatud jagama oma andmeid päritoluriigi ametiasutustega, kusjuures eraelu puutumatuse kaitse on vähem tagatud. Mõnel juhul võite isikuandmete kaitse üldmääruse nõudeid täita ainult siis, kui võtate täiendavad andmekaitsemeetmed. Need meetmed määratakse kindlaks iga üksikjuhtumi puhul eraldi, olenevalt töödeldavate isikuandmete kategooriatest ja koostöös rahvusvaheliste ettevõtjatega;

Kuid see võib olla oluline tingimus ka nõuetele vastavuse kontrollimise kontekstis ja seega erineda täitmistingimustest.

- b) näha ette mitteavaldamise kokkuleppe allkirjastamine;
- b) kehtestada turvaliste sidevahendite kasutamine (nt andmete krüpteerimine).

Kuna alati ei ole lihtne tuvastada hanke konkreetsele esemele omaseid turvariske, on mõnikord kasulik tellida väliskonsultatsioone. Avaliku sektori hankijate seas on konsultatsiooniteenused kättesaadavad

¹⁵ Oluline on, et avaliku sektori hankija näitaks selgelt, kas teatavat nõuet käsitletakse valikukriteeriumina, tehnilise miinimumnõudena ja/või konkreetse täitmise tingimusena. Kui see ei ole piisavalt selge, on avaliku sektori hankijal oht, et kohtunik otsustab, et täitmise ajal peab olema täidetud ainult kõnealune nõue (spetsiaalsed täitmistingimused; vt riiginõukogu 28. aprilli 2022. aasta otsus nr 247.455), mis võib turvalisuse seisukohast olla olenevalt juhtumist riskantne.

¹⁶ <https://www.nbn.be/fr>

¹⁷ <https://ccb.belgium.be/fr/service-certification-ccb-certification>

¹⁸ Vt 17. juuni 2016. aasta riigihankelepingute seaduse artikli 13 lõige 3.

¹⁹ <https://www.nvoans.be/fr>

²⁰ Belgias on 30. juuli 2018. aasta seaduses füüsiliste isikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel sätestatud erand teatavate riigiasutuste jaoks.

FPS BOSA, FPS Justice (IT-spetsiifiline) või Smals (IT-spetsiifiline) strateegiliste ja operatiivsete konsultatsiooniteenuste hangete kaudu. Lisateavet saab nimetatud organisatsioonidelt.

Lisaks sellele annab enne töötlemistoimingut teostatav andmekaitsealane mõjuhinnang teile rohkem teavet erinevate riskide ja nende turvameetmete kohta.

2.5. Toodete ja materjalide päritolu

Esiteks tuleks juhtida tähelepanu asjaolule, et kolmandate riikide ettevõtjatele, kes ei ole sõlminud kahe- või mitmepoolset lepingut või ühinenud GPA-ga, mis annab neile juurdepääsu ELi riigihankelepingutele, või kelle kaupu, teenuseid ja ehitustöid selline leping ei hõlma, ei ole tagatud juurdepääs ELi riigihankelepingutele ja nad võidakse neist välja jätta.

Sellest avaldusest ei tohiks siiski üldiselt järeldada, et tooteid või materjale on võimalik välistada, kui need on pärit sellisest kolmandast riigist, ja et järelikult on võimalik ka nende pakkumist lugeda nõuetele mittevastavaks.

Kui avaliku sektori hankija saab pakkumuse kolmanda riigi ettevõtjalt, peab ta kõigepealt kontrollima, kas pakkumus vastab Euroopa Liidu poolt allkirjastatud asjakohastele rahvusvahelistele lepingutele ja kas pakkuja on taganud juurdepääsu oma hankele tema asukohariigis.

Tuleb märkida, et rahvusvahelised lepingud võivad päritolu määrata erinevalt, mis muudab küsimuse veelgi keerulisemaks.

Näiteks riigihankelepingu (GPA) näide. Artiklis IV on sätestatud, et oluline on asjade, teenuste ja ehitustööde päritolu. Seega ei ole küsimus ettevõtja päritolus.

Kohaldada võib ka muid rahvusvahelisi lepinguid. See meetmete komplekt ei ole siiski mõeldud erinevate kokkulepete ammendavaks loeteluks.

Valmistoodete päritolu määramiseks peaksite lähtuma Euroopa Liidu tolliseadustiku eeskirjadest, mille kohaselt määratakse see kindlaks riigi järgi, kus toimus viimane oluline töötlemine. Lisateavet mõiste „viimane oluline töötlemine“ kohta leiate tolliseadustikust.

Tuleb märkida, et tooteid importiva ettevõtja päritolu ei määra nende toodete päritolu. Euroopa Liidus asuva tütarettevõtja imporditud tooted ei ole Euroopa päritolu vaid seetõttu, et tütarettevõtja asub Euroopa Liidus.

Eespool toodud eeskirjad ei ole ilma tagajärgedeta.

Euroopa Liidu või Euroopa Majanduspiirkonna ettevõtjat ei saa tõepoolest välistada, kui ta pakub töid, asju või teenuseid, mis pärinevad väljaspool Euroopa Liitu või Euroopa Majanduspiirkonda asuvast riigist. Teisisõnu ei kohaldata toodete ja materjalide päritolu alusel kohaldatavat kõrvaldamise mehhanismi Euroopa Liidu või Euroopa Majanduspiirkonna ettevõtjate suhtes. Sellisel juhul võib avaliku sektori hankija siiski oluliste turvahuvide kaitseks teha erandi tavapäraselt kohaldatavatest hanke-eeskirjadest ja tugineda eespool nimetatud artiklile 33, kui kohaldamise tingimused on täidetud.

Lisaks sellele võib väljaspool Euroopa Liitu või Euroopa Majanduspiirkonda asuv ettevõtja esitada kehtiva pakkumuse, kui ta pakub Euroopa Liidu või Euroopa Majanduspiirkonna riigist pärit ehitustöid, asju või teenuseid, kui need ehitustööd, asjad või teenused on hõlmatud rahvusvahelise lepinguga, isegi kui riik, kust ettevõtja pärit on, ei ole kõnealusele lepingule alla kirjutanud.

Tuleb märkida, et avaliku sektori hankija ei tohi nõuda teavet tarnete komponentide päritolu kohta või teenuste või ehitustööde lepingusse integreeritud asjade päritolu kohta. Loeb ainult ehitustööde, asjade või teenuste üldine päritolu.

Toodete ja materjalide päritolu on sätestatud 18. aprilli 2017. aasta määruse (riigihankelepingute sõlmimise kohta klassikalises sektoris) artikli 78 lõike 1 punkt 5. Seetõttu tuleb käesolevat artiklit tõlgendada eespool öeldut silmas pidades.

Kuningliku määruse artikli 78 lõike 1 punkt 5, mis käsitleb riigihankelepingute sõlmimist klassikalises sektoris, sedastab, et [...] *Pakkumuses on märgitud selles ulatuses, milles hankedokumentides on selleteemalised nõuded sätestatud, tarnitavate toodete päritolu ja Euroopa Liidu kolmandatest riikidest pärinevad kasutatavad materjalid, märkides iga päritoluriigi kohta ilma tollimaksudeta väärtuse, mille puhul need tooted või materjalid pakkumuses sisalduvad. Kui need tooted või materjalid valmistatakse või kasutatakse Euroopa Liidu territooriumil, märgitakse ainult tooraine väärtus. [...]*

2.6. Punktid, mida tuleks ebanormaalsete hindade uurimisel silmas pidada

Avaliku sektori hankijad peavad pakkumuste läbivaatamisel kontrollima, kas hinnad on põhjendamatult madalad. Mõned riigid subsideerivad ettevõtteid, et nad saaksid siseneda välisurgudele. Tänu nendele toetustele suudavad need ettevõtted mõnikord pakkuda väga madalaid hindu. Põhjendamatult madal hind võib olla pakkumuse tagasilükkamise põhjuseks.

See teave tuleb aga alati esitada pakkujale, et ta saaks sellele reageerida. Kui avaliku sektori hankija leiab, et pakkumus tundub olevat põhjendamatult madala hinnaga, sest pakkuja on saanud riigiabi, võib ta pakkumuse üksnes sel põhjusel tagasi lükata, kui ta konsulteerib pakkujaga ja viimane ei suuda avaliku sektori hankija poolt määratud piisava tähtaja jooksul tõendada, et kõnealune abi oli siseturuga kokkusobiv²¹.

Lisateavet põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste kohta leiab juhised „Sotsiaalse dumpingu vastu võitlemine riigihankelepingute ja kontsessioonilepingute puhul“.

2.7. Pakkumuste hindamiskriteeriumid – julgeolekukulud kui kuluallikas

Avaliku sektori hankija peab valima majanduslikult soodsaima pakkumise. Majanduslikult kõige soodsama pakkumise võib määrata hinna, kulude, kulutõhususe meetodi, näiteks olulusringi kulude arvutamise alusel, või parima hinna ja kvaliteedi, keskkonna- ja/või sotsiaalsete aspektide kriteeriumide alusel hinnatud hinna või kulude alusel²².

Pakkumuste hindamiskriteeriume, sh kvalitatiivseid hindamiskriteeriume, nt planeerimine, lähenemisviisi kava, keskkonnasäästlikud nõuded, kokkusobivus, olulusringi kulud, garantii, kulutasuvus, teenus, jätkusuutlikkus, sotsiaalsed tegurid, funktsionaalsed omadused, juurdepääsetavus, esitlus, esteetilised omadused, tarnetingimused jne, et määrata majanduslikult soodsaim pakkumus. Kulupõhine arvutus võimaldab arvesse võtta olulusringi kulusid, näiteks julgeolekuga seotud kulusid. Teatavate seadmete kasutamine võib põhjustada suuremaid turvakulusid, näiteks tarkvara väljavahetamine, automaatsete uuenduste kontrollimine jne.

Sellise meetme kasutamine võimaldab kindlasti anda vähem kvaliteedipunkte, kuid ei välista täielikult võimalust, et teatud julgeolekuriske esitav ettevõtja võib siiski võita lepingu.

2.8. Konfidentsiaalsuskokkulepe (NDA) ja muud ärisaladusega seotud nõuded (täitmistingimused).

Kõigepealt tuleb eristada konfidentsiaalset teavet 17. juuni 2016. aasta riigihankelepingute seaduse artikli 13 lõike 3 tähenduses ja salastatud teavet 13. augusti 2011. aasta kaitse- ja julgeolekuseaduse artikli 3 punkti 19 tähenduses. Viimase definitsioonid on palju piiravamad. Kui leping hõlmab turvalisuse eesmärgil salastatud teavet või nõuab ja/või sisaldab salastatud teavet, tuleb kohaldada kaitse- ja julgeolekuseadust, nagu on juba märgitud 1. peatükis. Järgmiselt eeldame, et eespool nimetatud tingimus ei ole täidetud.

On võimalik (ja mõnel juhul ka hädavajalik) ette näha **konfidentsiaalsuskokkulepe** (konkreetselt riigihanke korral). 17. juuni 2016. aasta seaduse artikli 13 lõikes 3 on tõepoolest sätestatud, et avaliku sektori hankija võib ettevõtjale kehtestada nõudeid, mille eesmärk on kaitsta tema poolt kättesaadavaks tehtava teabe konfidentsiaalsust. Seda võib käsitleda kui „hankelepingu täitmise

²¹ Kuningliku määruse artikli 36 lõige 3.

²² 17. juuni 2016. aasta riigihankelepingute seaduse artikkel 81.

seotud eritingimust²³. Kuid juba hanketeates tuleb täpsustada meetmed, mis on vajalikud teabe konfidentsiaalsuse kaitsmiseks.

Näidisklausel:

„Teenuseosutajat ja tema töötajaid seob range konfidentsiaalsuskohustus mis tahes teabe suhtes, mis neile hankelepingu täitmise käigus teatavaks saab. Seda teavet ei tohi mingil juhul edastada kolmandatele isikutele ilma avaliku sektori hankija kirjaliku loata. Lisaks sellele ei tohi ...[täitke] teenuse ja eduka pakkujate vahelist lepingulist suhet reklaamida ilma avaliku sektori hankija eelneva heakskiiduta.

Et täita oma konfidentsiaalsuskohustust, peab edukas pakkuja pärast lepingu sõlmimist heaks kiitma lisatud konfidentsiaalsuskokkuleppe.

Konfidentsiaalsuskokkuleppes sätestatud kohustuste mittetäitmine võib kaasa tuua lepingu ühepoolse lõpetamise ilma etteteatamiseta ja kohtumenetluse vastavalt Belgia seadustele“.

Kui te avaliku sektori hankijana (riigihanke täitmise raames) esitate edukate pakkujate suhtes erinõudeid, et kaitsta teie poolt kättesaadavaks tehtud teabe konfidentsiaalsust²⁴, siis ei saa teatud teavet oma olemuselt vabalt kättesaadavaks teha elektroonilise platvormi kaudu, kus hankedokumendid on kõigile kättesaadavad. Selles osas on 17. juuni 2016. aasta seadusega ette nähtud erand kohustuslikule juurdepääsule hankedokumentidele veebilehe kaudu (vt 17. juuni 2016. aasta seaduse artikli 64 lõike 1 lõige 4). See aspekt tuleb siiski hanketeates ära märkida. Hanketeates tuleb samuti täpsustada, kuidas on võimalik saada juurdepääs asjaomastele dokumentidele ja millisest etapist alates on selline juurdepääs võimalik.

Avaliku sektori hankija ei ole kohustatud kasutama elektroonilisi sidevahendeid, kui muude kui elektrooniliste sidevahendite (eelkõige paber kandjal) kasutamine on vajalik teabe eriti tundliku iseloomu tõttu, mis nõuab äärmiselt kõrgetasemelist kaitset, mida ei ole võimalik piisavalt tagada elektrooniliste vahendite ja seadmete abil.²⁵

Föderaalvalitsus on avaldanud juhendi riigisaladusega teabe turvalisuse kohta.²⁶

2.9. Eduka pakkuja kontrollimine (hankelepingu täitmise tingimused)

Kui leping on sõlmitud, on vaja jälgida edukat pakkujat, et vältida riske. Avaliku sektori hankija võib kehtestada lepingu täitmisele nõudeid. Avaliku sektori hankija võib näiteks nõuda, et edukas pakkuja lubaks teatavaid kontrole oma tegevusressursside üle või ei kasutaks teatavaid ressursse jne.

Üheks hankelepingu täitmise tingimuseks võib olla ka juurdepääsuloa kehtestamine ettevõtte tasandil. Seda aspekti tuleb siiski põhjendada ja seda käsitletakse üksikasjalikumalt punktides 3.2 ja 3.3.

Hankelepingu täitmise tingimused on esitatud hankedokumentides ja nendega vastuolus olev pakkumus võidakse tunnistada nõuetele mittevastavaks või võidakse edukale pakkujale, kes nõuetest kõrvale kaldub, määrata karistus, milleks võib olla lepingu lõpetamine ilma edukale pakkujale makstava tasuta, kui tegemist on tõsise rikkumisega.

Põhimõtteliselt kohaldatakse Euroopa avaliku sektori hankijate suhtes **isikuandmete kaitse üldmäärust**, kui nende leping hõlmab isikuandmete töötlemist²⁷. Alati on vaja täpsustada määrase kohaldamist ja sätestada hankelepingu ühepoolne lõpetamine selle mittejärgimise korral. Välismaised ettevõtted, kes tegutsevad teistsuguses õiguslikus kontekstis, on sageli õiguslikult kohustatud jagama oma andmeid päritoluriigi ametiasutustega, kusjuures eraelu puutumatuse kaitse on vähem tagatud. Riiginõukogu kohtupraktikast selgub, et avaliku sektori hankija ei saa järeldada, et niipea, kui

²³ vt 17. juuni 2016. aasta riigihankelepingute seaduse artikkel 87.

²⁴ Kooskõlas eespool nimetatud 17. juuni 2016. aasta seaduse artikli 13 lõikele 3.

²⁵ Vt 17. juuni 2016. aasta seaduse artikli 14 lõige 3.

²⁶ Lisateave: <https://bosa.belgium.be/fr/themes/administration-numerique/strategie-et-politique-du-numerique/politique-federale-sur-la>

²⁷ Belgias on 30. juuli 2018. aasta seaduses füüsiliste isikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel sätestatud erand teatavate riigiasutuste jaoks.

isikuandmed edastatakse näiteks Ameerika Ühendriikides asuvale üksusele, ei saa ta anda tagatist, et tagada liidus kehtiva andmekaitse tasemega samaväärne andmekaitse tase. See näitab, et ebapiisava andmekaitse taseme parandamiseks võib avaliku sektori hankija tasandil võtta meetmeid, näiteks krüpteerimine koos võtmehaldusega või pseudonüümimine (mis tuleb muidugi kindlaks määrata iga juhtumi puhul eraldi).

Lisaks isikuandmete kaitse üldmäärusele on võimalik nõuda hankelepingu täitmiseks ka vastavust rahvusvahelisele turvastandardile, näiteks **ISO27001 infoturbe haldamise** kohta²⁸. Võib olla kasulik küsida ISO27001 sertifikaati omavatel pakkujatel väljavõtet auditi käsitusala kohta. See dokument on osa ISO auditimenetlusest ja selles kirjeldatakse üksikasjalikult, milliste punktide osas on ISO organisatsioon pakkujat hinnanud ja milliseid punkte ei ole arvestatud.

2.10. Isikuandmete kaitse üldmäärus – kokkulepe (seoses töötlemisega)

Isikuandmete kaitse üldmäärus (määrus nr 2016/679²⁹) nõuab, et iga avaliku sektori hankija, kes töötleb isikuandmeid, peab võtma asjakohased tehnilised ja korralduslikud meetmed nende andmete kaitsmiseks. Teenuseosutajad (ja nende alltöövõtjad), kes töötlevad andmeid avaliku sektori hankija nimel, peavad samuti võtma asjakohased turvameetmed. Näiteks peavad andmed olema kaitstud kadumise, hävitamise, muutmise või volitamata juurdepääsu ja levitamise eest. Sellisel juhul sõlmivad avaliku sektori hankija ja teenuseosutaja (töötlemis)lepingu, milles neid meetmeid kirjeldatakse. Lepingu töötlemissätteid võib lisada hanketingimustesse või dokumenteerida eraldi tekstis.

Eelkõige töötlevad paljud „nutikad“ rakendused mõnikord suuri andmemahhte, mida saab kasutada üksikisikute tuvastamiseks. Näited: tarkvara andmebaaside andmete riskikontrolliks ja küsitlemiseks, näotuvastusega kaamerad või kehaskannerid.

Seda tüüpi tarkvara või seadmeid ostes on oluline uurida, millises riigis asub tulevane tarnija või tootja. Välismaised ettevõtted (sealhulgas autoritaarse režiimiga riikides tegutsevad ettevõtted) on sageli seadusega kohustatud tegema oma isikuandmed kättesaadavaks oma päritoluriigi valitsusele. Sellise õigusliku režiimi alla kuuluvad äriühingud ei suuda suure tõenäosusega täita direktiivi nõudeid. Seega, kui hanketingimustes nõutakse taotleja vastavust isikuandmete kaitse üldmäärusele, võib selle täitmine praktikas olla keeruline.

Millal on asjakohane lisada andmekaitset käsitlev tehniline spetsifikatsioon? Kui hankelepingu alusel töötleb isikuandmeid avaliku sektori hankija või tema nimel teine pool.

3. peatükk. Ostud, mille suhtes kohaldatakse erandit ning mis nõuab erilist põhjendust seoses oluliste julgeolekuhuvidega

3.1. Suunised olulisi julgeolekuhuve käsitleva erandi taotlemisel

17. juuni 2016. aasta riigihankelepingute seaduse artiklis 33 on sätestatud, et seda seadust ei kohaldata muu hulgas riigihankelepingute suhtes, mille täitmisega peavad kaasnema erilised turvameetmed vastavalt asjaomases liikmesriigis kehtivatele sätetele või niivõrd, kui võrd asjakohaste oluliste huvide kaitset ei ole võimalik tagada vähem sekkuvate meetmetega. Eespool nimetatud erandeid tuleb siiski tõlgendada kitsalt. Euroopa Kohtu väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on see alati nii, kui tegemist on põhivabaduste eranditega.³⁰ See erand või veel parem, selle erandi tegemise võimalus võib olla asjakohane ka teatavate lepingute puhul traditsioonilistes ja erisektorites.

Nagu märkis Euroopa Kohus oma 8. aprilli 2008. aasta kohtuasja C-337/05 otsuses, mis käsitles erinevate avalike teenuste osutamiseks mõeldud nn kahesuguse kasutusega helikopterite otsest üleandmist ettevõtjale ja milles asjaomane liikmesriik oli viidanud eespool nimetatud erandite kohaldamisele, ei saa liikmesriikide poolt oma riiklike huvide raames võetud meetmeid täielikult vabastada ühenduse õiguse kohaldamisest üksnes põhjusel, et need teenivad avalikku julgeolekut.

²⁸ <https://www.iso.org/fr/standard/27001>

²⁹ EUROOPA PARLAMENDI JA NÕUKOGU MÄÄRUS (EL) 2016/679, 27. aprill 2016, füüsiliste isikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel ja selliste andmete vaba liikumise ning direktiivi 95/46/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta

³⁰ Vt kohtuasi C-187/16, punkt 76 ja viited.

Euroopa Liidu toimimise lepinguga on ette nähtud mitu erandit olukordadeks, kus see võib mõjutada avalikku julgeolekut. Tegemist on siiski täpselt määratletud erandjuhtumitega, millest ei tohiks **järeldada üldist reservatsiooni mis tahes meetme suhtes, mida liikmesriik võtab avaliku julgeoleku kaalutlustel.**

See nähtub ka 20. märtsi 2018. aasta kohtuotsusest C-187/16. See juhtum hõlmas liikmesriigi poolt teatavate tundlike trükitööde otselepingute sõlmimist endise riigiettevõttega. Selles otsuses viis Euroopa Kohus läbi proportsionaalsuse kontrolli, märkides, et liikmesriigid, kes soovivad tugineda kõnealustele eranditele, peavad **tõendama, et vajadust kaitsta olulisi julgeolekuhuve ei oleks saanud rahuldada konkurentsipõhise menetluse raames.**³¹ Lõpuks jõudis Euroopa Kohus järeldusele, et kõnealune riigihankeleping (antud juhul tundlike dokumentide trükkimise leping) oli sõlmitud valesti otselepinguna, sest ettevõtte oli valesti väljavalitud kui ainus usaldusväärne ettevõtte selles valdkonnas. Euroopa Kohtu arvates ei olnud esitatud ühtegi viidet sellele, miks oleks pidanud sõlmima kõnealuse lepingu üheainsa ettevõtjaga pika aja jooksul, vaid eelneva konkurentsipõhise menetluse teel.

Seetõttu tuleb meeles pidada, et kui taotletakse erandit eespool nimetatud artikli 33 alusel tavaliselt kohaldatavatest hanke-eeskirjadest oluliste julgeolekuhuvide kaitsmise eesmärgil, peab suutma vajaduse korral esitada ka tõendid selle kohta, et kõnealune erand ei ületa konkreetse juhtumi piire. Teisisõnu, artiklis 33 osutatud erandi taotlemine ei anna luba eirata kõiki hanke-eeskirju ja sõlmida otselepinguid, isegi kui on olemas risk seoses teatavate oluliste julgeolekuhuvidega. Seda sätet tuleb tõlgendada kitsendavalt ja kohaldada proportsionaalselt, nii et otselepingu sõlmimine on võimalik ainult siis, kui suudate näidata, et konkreetne vajadus kaitsta olulisi julgeolekuhuve ei oleks täidetud konkurentsipõhise menetlusega.

Seetõttu ei tohiks erandite tegemise võimalust liiga kergekäeliselt kasutada, eriti kui tegemist on otselepingu sõlmimisega. Sageli on olemas alternatiivseid meetmeid, mis kujutavad endast samuti erandit tavapäraselt kohaldatavatest hanke-eeskirjadest ja mis pakuvad samuti kaitse taset, mida avaliku sektori hankija peab piisavaks, kuid mille ulatus konkurentsi piiramise osas on väiksem. Neid alternatiivseid meetmeid, mida samuti selgitatakse käesolevas juhendis, tuleb samuti kasutada proportsionaalselt.

17. juuni 2016. aasta seaduse artikli 33 lõikes 2 osutatud mõiste „riigi olulised julgeolekuhuvid“ ei ole määratletud ei selles seaduses ega ka direktiivi vastavas sättes. Nagu märgib kohtujurist oma ettepanekus kohtuasjas C-601/21: komisjon vs. Poola, võib mõistet „julgeolek“ pidada vastavaks mõistetele „avalik julgeolek“ ja „riiklik julgeolek“ teistes liidu õiguse sätetes (punkt 48). Euroopa Liidu lepingu artikli 4 lõikes 2 osutatud mõiste „riiklik julgeolek“ kohta märkis Euroopa Kohus, et vastavalt eespool nimetatud asutamislepingu sättele on riiklik julgeolek iga liikmesriigi ainupädevuses. Samuti leidis kohus, et see kohustus on kooskõlas riigi oluliste funktsioonide ja ühiskonna põhihuvide kaitsmise olulise tähtsusega ning et mõiste „riigi julgeolek“ hõlmab ka sellise tegevuse ennetamist ja selle vastu võitlemist, mis võib tõsiselt destabiliseerida riigi põhilisi põhiseaduslikke, poliitilisi, majanduslikke või sotsiaalseid struktuure ning eelkõige kujutab endast otsest ohtu ühiskonnale, elanikkonnale või riigile kui sellisele, näiteks terroristlikule tegevusele. Artikli 33 lõikes 2 viidatakse „olulistele“ julgeolekuhuvidele. Nagu sedastatud riiginõukogu 31. mai 2023. aasta otsuses nr 256.645³², näib see tähendavat, et selleks, et hankemenetlus oleks vabastatud riigihankelepinguid käsitlevate eeskirjade kohaldamisest, peavad julgeolekupoliitika olemusega seotud huvid – või „julgeolekupoliitika olulised komponendid“ – olema ohustatud. Arvestades kaalul olevate huvide olemust, on avaliku sektori hankijal märkimisväärne otsustusõigus selle hindamisel, kas leping võib kahjustada riigi olulisi julgeolekuhuve või mitte. See kaalutusõigus ei ole siiski piiramatult. Vaidluse korral on avaliku sektori hankija kohustus tõendada kohtule usutavalt ja kontrollitavate andmete põhjal, et eksisteerib reaalne oht, et riigihankelepinguid käsitlevate õigusaktide kohaldamine kahjustab riigi olulisi julgeolekuhuve. Kiirkontroll aitab teil tuvastada riske seoses oluliste julgeolekuhuvidega.

³¹ Põhjendus 79 jj.

³² Viidates kohtujuristi ettepanekute punktile 50 kohtuasjas C-604/21.

Lisaks tuleb kontrollida, kas taotletav erand on proportsionaalne. Selleks et erandile saaks õigustatult tugineda, tuleb proportsionaalsuse põhimõtte kohaselt tõendada, et kõnealuse riigihankelepingu kõrvaldamine hankemenetlusest on asjakohane ja vajalik meede, et kaitsta Ühendkuningriigi olulisi julgeolekuhuvisid.

Eespool nimetatud põhjustel tuleks teie poolt läbi viidud kiirkontrolli põhjal väga hoolikalt uurida iga juhtumi puhul eraldi kõiki ilmnunud kõrvalekaldeid. Selle põhjal saab seejärel koostada põhjaliku põhjenduse, et hinnata, kas teie lähenemisviis on Euroopa Kohtu kohtupraktika valguses proportsionaalne. Seda tehes peaksite alati küsima, kas „vähem sekkuvate meetmete“ võtmine võiks olla piisav, pidades silmas, et mõnel juhul, arvestades sellega seotud riski, on eelneva konkurentsipõhise hankemenetluse läbiviimine siiski võimalik.

See sõltub ka sellest, kas erandite tegemine on lõplikult põhjendatud, tuginedes üksikasjalikele julgeolekuargumentidele. Küsimus, kas sellist põhjendust peetakse piisavaks, on lõppkokkuvõttes otsus, mis tuleb vähemalt föderaalvalitsuse puhul allutada poliitilise otsuse tasandile.

See põhjendus peaks valmima enne, kui toimikut vajaduse korral ministrite nõukogus arutatakse.

Eespool nimetatud suunised on olulised kõigi 3. peatükis esitatud punktide puhul. Igal juhul tuleb kontrollida, kas eespool nimetatud proportsionaalsuse põhimõttest on kinni peetud.

3.2. Juurdepääsuluba, turvaküsimustes nõustamine või turvatõend kui nõue lepingu sõlmimise etapis.

Võib olla kasulik avada leping ainult juurdepääsuloaga ettevõtjatele (ehk teisisõnu teatavat tüüpi valikukriteeriumina).

Näidisklausel:

„Edukal pakkujal peab olema juriidilise isiku riigisaladuse luba, mille on välja andnud riiklik julgeolekuasutus salastatuse tasemel „SALAJANE“ kohaldamisalaga kas Belgia või ELi tasandil.

Eduka pakkuja alltöövõtjatel peab olema sama luba, sõltumata nende kohast alltöövõtjate edetabelis.

Tavaliselt kohaldatakse sellisel juhul kaitse- ja julgeolekuseadust.

Luba võib olla seotud ka üksikisikuga, näiteks projekti meeskonna liikmetega, kes täidavad lepingut.

Lisaks juurdepääsuloale, mis on tavaliselt ette nähtud salastatud teabe töötlemiseks, on võimalik nõuda taotluste esitamise tingimusena **turvateatist või turvatõendit**, arvestades lepingu tundlikku iseloomu. Lisateavet selle teema kohta saab riiklikust julgeolekuasutusest³³.

3.3. Turvakontroll või juurdepääsuluba kui hankelepingu täitmise eritingimus

Tuleb selgelt eristada turvakontrolli, mille tulemusel väljastatakse turvatõend (pealiskaudne kontroll, mida nõutakse inimestelt, kes tulevad lühiajaliselt täitma mittetundlikku ülesannet keskkonnas, kus tuleb vältida riske), ja juurdepääsuluba.

Turvakontrolli saab teostada piiratud aja jooksul ja see ei aeglusta oluliselt lepingu täitmist. See võib erineda, kui kontrollitavad isikud elavad välismaal.

Mõnel juhul võite nõuda juurdepääsuluba ainult hankelepingu täitmise tingimusena. Pidage aga meeles, et juurdepääsuloa saamine kestab 6–12 kuud, mõnel juhul isegi kauem. See tähendab, et lepingu sõlmimine peab toimuma piisavalt varakult enne täitmisperioodi. Juurdepääsuluba võib siiski nõuda ka täitmise tingimusena ja ainult siis, kui leping on seotud salastatud teabega (isegi kui see toimub ainult kaudselt, sisenedes ruumidesse, kus teavet hoitakse).

³³ <https://www.nvoans.be/en>

Näidisklausel:

„Edukal pakkujal peab olema juriidilise isiku juurdepääsuluba, mille on välja andnud riiklik julgeolekuasutus salastatuse tasemel „SALAJANE“ kohaldamisalaga kas Belgia või Euroopa tasandil.

Eduka pakkuja alltöövõtjatel peab olema sama luba, sõltumata nende kohast alltöövõtjate edetabelis.

Kui edukale pakkujale ei anta eespool nimetatud taseme ja kohaldamisalaga juurdepääsuluba, lõpetatakse leping ühepoolset ja viivitamata, ilma et ettevõtjal oleks võimalik nõuda selle otsuse tõttu kahju hüvitamist. Siiski võib ta sellise järelduse vastu esitada kaebuse Kaitsepolitseametile³⁴.

Kui selline keeldumine puudutab alltöövõtja luba, asendatakse alltöövõtja viivitamata. Vastasel juhul võib avaliku sektori hankija nõuda ka lepingu lõpetamist.

Isegi kui juurdepääsuloa nõuet ei ole, võite nõuda, et edukas pakkuja läbiks lepingu täitmise mis tahes hetkel **riikliku julgeolekuasutuse kontrolli**.

Näidisklausel:

„Edukas pakkuja (juriidiline isik) ja tema töötajad (füüsilised isikud), kes on seotud lepingu täitmisega, nõustuvad, et riiklik julgeolekuasutus teostab nende suhtes kaalutusõiguse alusel turvakontrolli.³⁵

Kui riikliku järelevalveasutuse väljastatud tõend või arvamus on negatiivne, nõuab avaliku sektori hankija viivitamata asjaomase töötaja asendamist. Kui juurdepääsuloa väljastamisest keeldumine või negatiivne arvamus puudutab edukat pakkujat kui sellist (juriidilist isikut), lõpetatakse leping ühepoolset, ilma et ettevõtja saaks selle otsuse tulemusena nõuda kahju hüvitamist. Siiski võib ta sellise järelduse vastu esitada kaebuse NSA-le³⁶.“

3.4. Päritoluriigi deklaratsioon

Teatud juhtudel võib olla kasulik paluda taotlejatel või pakkujatel allkirjastada deklaratsioon, milles nad sõnaselgelt kinnitavad, et nende päritoluriigis kohaldatavad õigusnormid pakuvad piisavaid tagatise seoses konfidentsiaalsuskohustusega päritoluriigi ametiasutuste ees.

3.5. Toodete päritoluga seotud erinõuded, mis lähevad kaugemale tavapäraselt kohaldatavast lähenemisviisist

Avaliku sektori hankijale tavaliselt kättesaadavaks tehtud vahendeid ja kehtestatud piiranguid on kirjeldatud eespool punktis 2.5. Mõnikord neist meetmetest ei piisa. Teatud juhtudel näib olevat vaja olla rangem, tingimusel et see on põhjendatud oluliste julgeolekuhuvidega.

Näiteks on võimalik välistada tooteid või materjale, kui need on pärit väljastpoolt ELi (EMP) ja seega pidada sellist pakkumist ebaseaduslikuks.

Sellest vaatenurgast lähtuvalt võib olla ka enam kui soovitatav, et avaliku sektori hankijal oleks olenevalt lepingu esemest ja sellega seotud julgeolekuriskidest kindel ettekujutus näiteks tarneahest, toote jaotusstruktuurist (PBS) ja/või tööde jaotusstruktuurist (WBS), mis on seotud sellega, mida ta soovib hankida.

Sellise osadel põhineva lähenemisviisi ulatus (nt alltöövõtu, osade jne tasand) oleneb siiski suurel määral hanke keerukusest ja tuvastatud turvariskidest. Näiteks arvuti keskseadme puhul esineb vähem riske kui emaplaadi protsessori puhul.

³⁴ <https://www.beroepsorgaan.be/index.php/en/>

³⁵ <https://www.nvoans.be/en/public-administrations/security-checks>

³⁶ <https://www.beroepsorgaan.be/index.php/en/>

3.6. ELi toimimise lepingu artikli 346 kohaldamine

Kui kohaldamise tingimused on täidetud, võib tugineda Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 346 lõike 1 punktile a.

- Riiklikke julgeolekuriske (olulised julgeolekuhuvide) EI saa tagada vähem sekkuvate meetmetega (proportsionaalsus).
- Määratletud nõuded on seotud kaitstava strateegilise majandusinfoga (seoses kõnealuse hankega);
- Kehtestatud nõuded on vajalikud ja asjakohased oluliste julgeolekuhuvide kaitseks;
- Kehtestatud nõuded ei muuda siseturu konkurentsitingimusi selliste toodete puhul, mis ei ole ette nähtud spetsiaalselt sõjaliseks otstarbeks.

See võib olla nii lepingute ja konkursside puhul, mis hõlmavad kaitse- või julgeolekuaspekte (riigihankelepingute seaduse artikkel 33) ja kui riigihankelepingute seaduse kohaldamine nõuaks riigilt sellise teabe avalikustamist, mida riik peaks oma oluliste julgeolekuhuvidega vastuolus olevaks.

Eespool öeldut silmas pidades tuleb Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 346 kohaldamist seega käsitleda kui *ultimum remediumit* (viimast abinõu), mille poole saab avaliku sektori hankija (oluliste) julgeolekuhuvide kaitsmiseks pöörduda.

4. peatükk. Muud seadusandlikud algatused, millel võib olla mõju

ELi autonoomsed kaubandusmeetmed, mida kohaldatakse riigihankelepingute suhtes, hõlmavad mitmeid vahendeid. Mõned neist vahenditest on juba kasutusel, teiste üle peetakse veel läbirääkimisi. Esimene neist on rahvusvaheliste riigihankelepingute vahend, mis on pärast aastatepikkuseid läbirääkimisi jõustunud 2022. aasta juunis. Teine vahend on välissubsiidiumite määrus, mille üle peetud läbirääkimised lõpetati 2022. aasta juunis. Lõpuks on olemas ka sunnivahend, mille üle peetakse praegu läbirääkimisi. Kõik need vahendid pakuvad võimalust sekkuda riigihankemenetlustesse, kui need ei vasta eeskirjadele või on ebaõiglaselt mõjutatud.

Teine oluline riigihankelepingute suhtes kohaldatav leping on Maaailma Kaubandusorganisatsiooni (WTO) riigihankeleping. Tegemist on WTO raames sõlmitud mitmepoolse lepinguga, mille alusel asjaomased liikmesriigid avavad üksteisele oma hankemenetlused.

4.1. Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EÜ) 2022/2560, 14. detsember 2022, mis käsitleb siseturgu moonutavaid välisriigi subsiidiume

Välissubsiidiumide määrus pakub kolm vahendit võrdsete tingimuste loomiseks, kontrollides välissubsiidiumide moonutavat mõju siseturule. Esiteks, ettevõtte, mille käive ületab 500 miljonit eurot, on kohustatud teatama, kui nad on seotud omandamisega, mille puhul välismaine panus ületab 50 miljonit eurot. Samuti on kohustus teatada üle 250 miljoni euro suurustest riigihankelepingutest, millele on kolmas riik andnud toetust vähemalt 4 miljonit eurot. Lõpuks on komisjonil ka võimalus algatada uurimisi omal algatusel.

Kui nende teatiste põhjal leitakse, et saadud välismaine subsiidium (viimase kolme aasta jooksul) moonutab siseturu toimimist, uurib komisjon kõigepealt, kas need negatiivsed mõjud on siseturule olulisemad kui võimalikud positiivsed mõjud.

Eelkõige mis puudutab selliseid riigihankelepinguid, mille puhul komisjon leiab pärast uurimist, et moonutav mõju on olemas ja et positiivne mõju ei kaalu üles negatiivset mõju, teatab komisjon sellest asjaomasele ettevõtjale. Kui viimane võtab meetmed negatiivse mõju kõrvaldamiseks, võib Euroopa Komisjon siiski lubada tal osaleda menetluses. Kui ettevõtja ei võta mingeid meetmeid või ei võta asjakohaseid meetmeid, võib komisjon otsustada ta kõrvaldada.

4.2. Rahvusvaheliste hangete instrument (IPI)

Määrusega (EL) 2022/1031, 23. juuni 2022, kolmandate riikide ettevõtjate, kaupade ja teenuste juurdepääsu kohta liidu riigihanke- ja kontsessiooniturgudele ning selliste menetluste kohta, millega toetatakse läbirääkimisi liidu ettevõtjate, kaupade ja teenuste juurdepääsu üle kolmandate riikide riigihanke- ja kontsessiooniturgudele, sätestatakse, et Euroopa Komisjon võib omal algatusel või kaebuse alusel uurida kolmanda riigi võetud tavasid ja meetmeid, kui need muudavad kolmanda riigi riigihankelepingud meie Euroopa ettevõtjatele ebapiisavalt avatuks. Pärast põhjalikku uurimist võib Euroopa Komisjon kehtestada sanktsioone. Nende sanktsioonide eesmärk on piirata kõnealusest kolmandast riigist pärit ettevõtjate, kaupade või teenuste juurdepääsu Euroopa hankemenetlustele (= „rahvusvaheliste hangete instrumendi meede“). Euroopa Komisjon võib vajaduse korral paluda avaliku sektori hankijatel kohaldada asjaomase riigi ettevõtjate esitatud pakkumuste suhtes punktisummade kohandamist või jätta asjaomase kolmanda riigi ettevõtjate esitatud pakkumused välja. Seega võib see määrus kaudselt mõjutada ka käesolevas juhendis käsitletavaid küsimusi.

Praeguseks ei ole Euroopa Komisjon algatanud ühtegi uurimist ja sanktsioone ei ole kehtestatud.

Sanktsioone võib määrata ainult selliste riigihankelepingute või kontsessioonilepingute puhul, mille hinnanguline väärtus ületab Euroopa Komisjoni poolt kehtestatava piirmäära.³⁷

Komisjon peaks selgelt määratlema karistuse kohaldamisala (asjaomane sektor/kaubakategooria, asjaomased avaliku sektori hankijad, asjaomased ettevõtjad, kohaldamise piirmäärad).

Kui Euroopa Komisjon määrab trahvi, peab edukas pakkuja täitma ka teatavaid kohustusi, mis on seotud teenuse osutamisega seotud alltöövõtjate ahelaga. Näiteks ei tohi edukas pakkuja sõlmida alltöövõtulepinguid kolmandate riikide ettevõtjatega, kelle suhtes kohaldatakse rahvusvaheliste hangete instrumendi meedet, rohkem kui 50% lepingu koguväärtusest.

4.3. Sunnivastane vahend

Euroopa Komisjon esitas 2021. aasta detsembris oma ettepaneku sunnivastase vahendi kohta. See vahend peaks võimaldama Euroopa Komisjonil reageerida juhul, kui kolmas riik rakendab majanduslikku survet ühe või mitme ELi liikmesriigi suhtes. „Majanduslik sund“ tähendab olukorda, kus kolmas riik püüab avaldada ELile või liikmesriigile survet, et see teeks konkreetse poliitilise valiku, kohaldades või ähvardades kohaldada tema suhtes meetmeid, mis mõjutavad kaubandust või investeringuid. Vahendi peamine eesmärk on toimida kolmandate riikide jaoks hoiatavana ja vastumeetmete võimalus on ette nähtud ainult viimase võimalusena. Meetmeid võib võtta nii valitsuste kui ka üksikisikute vastu, kes võivad olla seotud majandusliku sunniga.

Üheks võimalikuks vastumeetmeks Euroopa Komisjoni ettepanekus on rahvusvaheliste riigihankekohustuste peatamine, asjaomastest kolmandatest riikidest pärit kaupade, teenuste või tarnijate väljajätmine või kaupade, teenuste või tarnijate pakkumistes esitatud hindade kohustuslik kaaluteguriga korrigeerimine.

Praegu käivad läbirääkimised selle vahendi üle. Euroopa Parlament määratles oma seisukoha 2022. aasta oktoobri keskel, samas kui nõukogus ei ole veel kokkuleppele jõutud. Sellele järgnevad kolmepoolsed läbirääkimised.

4.4. Riigihankeleping

Esimesed algatused GPA rakendamiseks pärinevad 1980. aastate algusest GATTi (üldine tolli- ja kaubanduskokkulepe) raames. Viimane suurem reform pärineb 2012. aastast ja on kehtinud alates 2014. aastast. See leping kehtib praegu 48 WTO liikme (sealhulgas 27 ELi liikmesriigi) suhtes ning 36 liikmesriiki osaleb selles vaatlejana.

³⁷ Kõikidel juhtudel on see künnis suurem või võrdne 15 000 000 euroga ehitustööde ja kontsessioonilepingute puhul ning 5 000 000 euroga asjade ja teenuste puhul.

Selle mitmepoolse lepingu allakirjutanud riigid (WTO struktuurides) kohustuvad oma riigihankelepingud üksteisele avama. Selle lepingu eesmärk on tagada teiste riikide osalejate avatud, läbipaistev ja õiglane kohtlemine menetluste ajal. Iga WTO liige otsustab siiski ise, milliseid riigihankelepingute valdkondi ta on valmis kõigile teistele osapooltele avama.

GPA tähtsus on suur, sest see läheb kaugemale kahepoolsete kaubanduslepingute kaudu toimuvast vastastikusest avatusest. Brasiilia ühinemisläbirääkimised on lõpule jõudmas ja need tähistavad olulist laienemist.

4.5. Euroopa Ülemkogu meetmed

Euroopa Ülemkogu võib liidu välisasjade ja julgeolekupoliitika kõrge esindaja ja komisjoni ühisettepaneku alusel kooskõlas Euroopa Liidu lepingu artikliga 215 sätestada majandus- ja finantssuhete osalise või täieliku katkestamise või vähendamise ühe või mitme kolmanda riigiga.

Nõukogu võib võtta piiravaid meetmeid ka füüsiliste või juriidiliste isikute, rühmituste või valitsusväliste üksuste vastu.

Nõukogu kasutas seda volitust, et võtta pärast Ukraina sõda vastu sanktsioonid Venemaa vastu. Kõnealuste sanktsioonide hulka kuulub ka riigihangete eest määratav eriline sanktsioon.³⁸

Need sanktsioonid on kaudselt suunatud selle riigi julgeolekuriskile, kelle suhtes sanktsioon rakendatakse. Kuid sanktsioon võidakse ka tühistada, mis võib taas suurendada julgeolekuriski. Teatavad sanktsioonid kehtivad ka ainult nende riigihankelepingute suhtes, mis saavutavad Euroopa avaldamislävendi.

4.6. Välisinvesteeringute filtreerimine

Välismaised otseinvesteeringud on Euroopa ja Belgia majanduse jaoks väga olulised. Viimastel aastatel on aga üha enam muret väljendanud teatud välisinvestorite soov võtta kontrolli või mõju kriitilistes/strateegilistes sektorites tegutsevate Euroopa ettevõtete üle.

2020. aasta oktoobrist kehtiva määrusega nr 2019/452 on Euroopa Liit võtnud vastu raamistiku riiklike mehhanismide loomiseks ja kasutamiseks välismaiste otseinvesteeringute läbivaatamiseks julgeoleku ja avaliku korra alusel. See raamistik ei kohusta riike looma riiklikku mehhanismi, kuigi see on tungivalt soovitatav, vaid sätestab kriteeriumid ja mehhanismi Euroopa Komisjoni ja liikmesriikide vaheliseks koostööks, mille peamine eesmärk on korraldada sujuv teabevahetus.

1. juunil 2022 allkirjastasid meie riigi eri valitsused koostöölepingu, mille eesmärk on töötada välja mehhanism välisinvesteeringute kontrollimiseks avaliku korra ja julgeoleku või strateegiliste huvidega seotud tundlikes sektorites.

Pärast riiginõukogu arvamuse saamist arutavad eri parlamendid koostöölepingut selle aasta jooksul, et see jõustuks 1. jaanuaril 2023. aastal. FPS Economy on määruse alusel Belgia riiklik kontaktpunkt ja juhib ka Belgia filtreerimismehhanismi jätkuvat kasutuselevõttu. See filtreerimismehhanism ei mõjuta tavaliselt riigihankelepinguid, kuna see puudutab välisinvesteeringuid.

4.7. Küberturvalisuse seadus

Üldiselt on küberturvalisuse seaduses sätestatud kohustuslikud küberturvanõuded riist- ja tarkvaratoodetele, vastavushindamisele ja turujärelevalvele. Need olulised küberturvanõuded hõlmavad kogu elutsüklit või viieaastast ajavahemikku ja neid peavad rakendama tootjad, turustajad või importijad. Olulised küberturvanõuded puudutavad digitaalsete komponentidega toodete projekteerimist, arendamist ja tootmist. Käesolev ettepanek sisaldab ka olulisi nõudeid haavatavuste käsitlemiseks. Mitmed digitaalsete elementidega tooted jäävad direktiivi kohaldamisalast välja. Näiteks ei hõlma küberturvalisust käsitlev seadus tooteid, mille digitaalsed komponendid on välja

³⁸ <https://bosa.belgium.be/fr/news/sanctions-europeennes-envers-la-russie-en-matiere-de-marches-publics>

töötatud üksnes riiklikel või sõjalistel eesmärkidel, ega tooteid, mis on spetsiaalselt ette nähtud salastatud teabe töötlemiseks.

Kirjeldatud on kaksteist erinevat küberturvalisuse nõuet, mida tootja, turustaja või importija peab rakendama. Näiteks peavad kõik digitaalsete elemente sisaldavad tooted olema tarnitud ilma tundmatute kasutamise võimalusteta. Ülejäänud 11 kohustust põhinevad toote enda riskianalüüsil. Näiteks: turvaline vaikeseadistus, sealhulgas võimalus taastada toote algne olek; kaitse volitamata juurdepääsu eest asjakohaste kontrollimehhanismide abil, sealhulgas, kuid mitte ainult, autentimine, identiteedi või juurdepääsu haldamise süsteem. Samuti on kirjeldatud säilitatavate, edastatavate või muul viisil töödeldavate andmete konfidentsiaalsuse kaitsmist asjaomaste andmete krüpteerimise teel puhke- või transiidiajal, kasutades selleks täiustatud mehhanisme³⁹.

Digitaalkomponente sisaldava toote turuleviimisel ja toote ettenähtud kasutusaja jooksul või viie aasta jooksul pärast toote turuleviimist, olenevalt sellest, kumb on lühem, tagavad tootjad, et toote turvanõrkused kõrvaldatakse tõhusalt ja kooskõlas I lisa 2. jaos oluliste nõuetega. I lisa 2. jaos kirjeldatakse haavatavuse käsitlemise protsessi nõudeid. Näiteks peavad tooted viivitamata kõrvaldama ja parandama haavatavused, eelkõige uuendusi pakkudes. Tootja, turustaja või importija peab samuti viima läbi digitaalsete elemente sisaldava toote küberturvalisuse tõhusaid ja korrapäraseid teste ja hindamisi ning avalikustama kohe, kui turvauuendus on kättesaadav, teabe parandatud nõrkuste kohta, sealhulgas nende kirjelduse.

Küberturvalisuse seaduses on kirjeldatud erinevaid vastavushindamise liike, kusjuures digitaalsete elementidega tooted liigitatakse „vaikimisi kategooriasse“, „1. klassi“ ja „2. klassi“. Standardkategoorias, mis Euroopa Komisjoni andmetel moodustab umbes 90% toodetest, peab tootja, turustaja või importija teostama enesehindamise. 1. ja 2. klassi puhul nõutakse kas küberturvalisuse sertifikaati koos enesehindamisega või vastavushindamisasutuse läbiviidavat vastavushindamist (kolmanda osapoole hindamine). III lisas on loetletud tooted, mis kuuluvad 1. või 2. klassi. Siin on mõned näited. Iseseisvad ja sisseehitatud brauserid; paroolihaldurid; tööstuslike asjade interneti (IIoT) seadmed, mida saab kasutada oluline teenusepakkuja; marsruuterid, modemid internetiühenduseks ja lülitid tööstuslikuks kasutamiseks.

Lühidalt öeldes nõuab reitinguagentuur, et digitaalsete komponentidega toodete olulist küberturvalisust tugevdataks kogu nende elutsükli jooksul.

4.8. Strateegiline autonoomia

Kosmosealaste õigusaktide kontekstis tuginevad programm „Digitaalne Euroopa“ (DIGITAL) ja Euroopa Ühendamise Mehhanism (EIM) rohkem strateegilisele autonoomiale ning seavad teatavate lepingute, toetuste või auhindade puhul mitmeid abikõlblikkuse ja osalemise tingimusi, et säilitada ELi operatiivsüsteemide turvalisus, terviklikkus ja vastupidavus. Eelkõige nõutakse mitmes määruse artiklis, et abikõlblik juriidiline isik ei tohi olla kolmanda riigi või selle kolmanda riigi üksuse kontrolli all. See on otsene või kaudne võime teostada otsustusõigust üksuse üle. Siiski on liikmesriikide ülesanne kontrollida ja edastada see teave ELi institutsioonidele.

³⁹ I lisa punkt 1.