

Kontsessioonid

Sissejuhatus

Kontsessioon ei ole termin, mida kõik inimesed iseenesestmõistetavalt igapäevaselt kasutaksid. Võib isegi öelda, et suurem osa tavakodanikest ei ole selle mõistega kokku puutunud.

Eesti Keele Instituut sisustab keeleabi veebileheküljel¹ kontsessiooni mõiste järgmiselt: kontsessioon on mõõndus või järeleandmine, majanduses aga näiteks lepinguline luba loodusvarade, tööjõu vms kasutamiseks.

Inimesele, kes hoiab end kursis igapäevase ajakirjandusega ja sealhulgas majandusuudistega, peaks kontsessioonide mõiste seostuma eelkõige riigi ja erasektori vaheliste lepingutega, mille tulemusena valmivad teed, toimub prügivedu, ehitatakse avalikke hooneid jne. Lisaks käib nimetatud uudistega reeglina kaasas ka teadmine, et suuremahuliste tööde tegemiseks on vaja suuri rahasummasid. Kontsessioonilepingud sõlmitakse reeglina suhteliselt pikaks ajaks ning seetõttu vastab eelmainitu ka tõele.

Eelmises lõigus kirjeldatu on paljude inimeste jaoks maksimumi lähedane teadmistepagas kontsessioonide kohta. Loomulikult on ka inimesi, kelle jaoks nende igapäevane töö on kontsessioonidega lähedalt seotud ning seetõttu on nende teadmised sellisest lepingulise suhte viisist ka märkimisväärselt mahukamad. Käesoleva kokkuvõtva kirjatüki eesmärk on anda eelkõige ülevaade kontsessioonist, kui ühest lepingulise suhte viisist, üritades lahti seletada kontsessiooni mõistet läbi Euroopa Kohtu ja Eesti vastava kohtupraktika.

Loodetavasti leiab selle kirjatöö lugeja siit enda jaoks nii äratundmisrõõmu kui ka uusi teadmisi.

¹ Leitav veebist aadressil <http://keeleabi.eki.ee/index.php?leht=4&act=2&vld=29>

1. Mis on kontsessioon?

Nagu sissejuhatuses mainitud on kontsessioon sõnaseletaja kohaselt mõõndus või järeleandmine ning majanduslikus plaanis sisustatakse terminit kui lepingulist luba millegi kasutamiseks.

Majanduslikus mõttes on kontsessioonilepingute puhul tegemist kokkulepetega, mis annavad ettevõttele õiguse toimetada mingis kindlas valdkonnas, määratud perioodil ja teatud erilistel tingimustel. Sisuliselt on tegemist avaliku ja erasektori vahelise partnerlusega, mida iseloomustab pikaajaline koostöö. Selle raames osaleb eraõiguslik partner nii koostööprojekti väljatöötamises, elluviimises, kui ka hilisemas haldamises ning panustab projekti rahastamisse.

Reeglina kasutatakse kontsessiooni avaliku sektori kohustuste täitmise kontekstis pindlikumate finantseerimisskeemide teostamiseks. Üldises plaanis võib väita ka seda, et kontsessioone kasutatakse eelkõige keerukamate ja kõrge maksumusega projektide elluviimiseks, kus erasektorist kaasatav teadmistepagas ja finantsvahendid võimaldavad projekti kvaliteetsemat korraldamist.

Riigihangete kontekstis omab kontsessiooni mõiste tähendust ehitustööde ja teenustega seonduvalt.

Arvestades riigihangete seaduse (edaspidi RHS) regulatsiooni, tuleb siinkohal mainida ka avaliku ja erasektori koostööd². RHS defineerib viimast järgmiselt: avaliku ja erasektori koostöö käesoleva seaduse tähenduses on hankemenetluse, ehitustööde või teenuste kontsessiooni andmise teel sõlmitud hankelepingu alusel ehitustööde teostamine või teenuste osutamine, kus samaaegselt on täidetud alljärgnevad tingimused:

1. koostöö eesmärgiks on ehitustöö teostamine või teenuse osutamine avalikes huvides;
2. koostöö kestab vähemalt 20 aastat;
3. hankija ja pakkuja kasutavad ühiselt koostööks vajalikke vahendeid, näiteks asju, raha, oskusteave, kogemust;
4. hankija ja pakkuja jagavad koostöö vastutust ning riske.

Kuigi Eesti seadusandja on avaliku ja erasektori koostöö vormi sidunud sõnaselgelt kontsessioonide andmisega, siis rahvusvaheline avalikkus ei ole nimetatud koostöö vormi selgesõnaliselt selliselt piiritletud. Olgu nimetatud, et ühist ja väga selgelt sisulist määratlust avaliku ja erasektori koostööle ei ole (ka direktiivid ei võimalda konkreetselt sellise koostöövormi ühest sisustamist) ning liikmesriigid käsitlevad ning on reguleerinud avaliku ja erasektori koostööd erinevalt.

Üldises kontekstis on avaliku ja erasektori koostöö projektid täpselt kirjeldatud riskide ja kohustuste jaotusega koostöökokkulepped, kus erasektori partner osutab teatud teenust/teostab ehitustööd vms, avaliku sektori partneri asemel. Sellised projektid on reeglina pikaajalised, keerulise ülesehitusega nii sisult kui vormilt ning finantsmahukad. Avalik sektor kaasab sellist partnerlusvormi kasutades avalike kohustuste täitmisse erasektori investeeringud, kogemused ja osapoolte vahel jagatud riskid ning vabaneb igapäevasest majandustegevusest võimalusega keskenduda olulisematele avaliku haldusega seotud ülesannetele.

² RHS § 6.1

Avaliku- ja erasektori koostöö projekte ei ole Eesti väga laialdaselt kasutatud, seda eelkõige vast põhjusel, et välisinvestorite meelitamiseks on Eesti turg liialt väike ning projektidega seotud riskid suured. Avalikkusele teadaolevatest avaliku ja erasektori koostööprojektidest võib siinkohal nimetada näiteks Tallinna munitsipaalmaajade ehitamise ja hilisem haldamise ning 10 Tallinna kooli renoveerimise ja haldamise.

1.1 Euroopa õigusaktid

Kontsessioonid reguleeriti Euroopa Ühenduse õiguse tasandil sisuliselt alles 2004. aastal kui jõustati uued riigihankeid reguleerivad ühenduse direktiivid 2004/17/EÜ³ ja 2004/18/EÜ⁴. Enne nimetatud õigusaktide jõustumist sisaldas kontsessiooni definitsioon direktiivis 93/37/EÜ⁵, mis reguleeris üksnes ehitusega seonduvaid kontsessioone. Seega, kõik muud kontsessioonide vormid olid ühenduse tasandil pikka aega reguleerimata ning liikmesriikidel oli võimalus kontsessioonide puhul rakendada siseriiklikku õigust. Olenemata vähesest reguleeritusest tuli aga kindlasti järgida Euroopa Ühenduse asutamislepingu sätteid ning loomulikult ka ühenduse vastavat kohtupraktikat.

Seega enne 2004. aasta direktiivide jõustumist tuli kontsessioonide puhul kohaldada Euroopa Ühenduse asutamislepingust tulenevaid põhimõtteid nagu võrdne kohtlemine, kodakondsuse alusel diskrimineerimise keeld, läbipaistvus, vastastikune tunnustamine ja proportsionaalsus. Sisuliselt kuulusid kõigi kontsessioonilepingute puhul asutamislepingust tulenevalt kohaldamisele riigihanke direktiivides toodutega samad üldpõhimõtted, kuid puudus üksikasjalik, selge ja üheselt mõistetav regulatsioon.

1.1.1 Kontsessioon direktiivides

Nagu eespool nimetatud, reguleerib riigihankeid hetkel kaks Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ. Kontsessioonide mõiste on defineeritud mõlemas eelnimetatud direktiivis sarnaselt.

Ehitustööde kontsessiooni puhul on sisuliselt tegemist sama tüüpi lepinguga nagu tavapärase ehitustööde leping, välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teostatavate tööde eest antakse üksnes ehitise ekspluateerimise õigus või see õigus koos tasuga.

Teenuste kontsessiooni puhul on tegemist samuti sisuliselt samalaadse lepinguga nagu teenuste hankeleping, välja arvatud asjaolu, et tasu teenuste osutamise eest seisneb kas ainult õiguses kasutada seda teenust või sellises õiguses koos tasuga.

Direktiiv 2004/17/EÜ reguleerib võrgustikusektori hankeid, 2004/18/EÜ kehtestab aga reeglid kõigi teiste hankemenetluste jaoks.

2004/17/EÜ ei rakendu kontsessioonide osas direktiivi artiklites 3-7 nimetatud tegevustele (gaas, soojus- ja elektrienergia tootmine, vesi, postiteenus, transport jne) siis, kui kontsessioonilepinguga hangitakse ehitustöid ja teenuseid nende konkreetsete tegevuste jaoks.

³ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee- energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused

⁴ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta

⁵ Nõukogu direktiiv 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord

Seega reguleerib direktiiv võrgustikuhankijate kontsessioonilepinguid vaid juhul, kui lisaks oma põhitegevusele (võrgustikuteenuse pakkumine) tegeletakse lisaks ka mõnel teisel tegevusalal.

Direktiivis 2004/18/EÜ III jaotises on kehtestatud riiklike ehitustööde kontsessioonide kohta kehtivad eeskirjad, reguleeritud on nii kontsessioonidega seonduvad tähtajad, erandid, teadete avaldamine, allhangete lubatavus ja piirid, täiendavate kokkulepete sõlmimine jne. Teenuste kontsessioonide puhul direktiiv sisuliselt ei kohaldu, välja arvatud artikkel 3, mis sisaldab mittediskrimineerimisklauslit eri- või ainuõiguste andmisega seonduvalt.

Euroopa uus seadusandlik algatus⁶

2011. a detsembris avaldas Euroopa Komisjon riigihangete alaste direktiivide eelnõude paketi – nn uus klassikaline direktiiv, mis hakkab asendama hetkel kehtivat 2004/18/EÜ direktiivi, uus võrgustiku direktiiv, asendamaks 2004/17/EÜ direktiivi ning lisaks üks täiesti uus algatus – kontsessioonide direktiiv. Euroopa Komisjoni hinnangul on kontsessioonid õiguslikult alareguleeritud valdkond ning arvestades kontsessioonide mahtusid, põhjustab selline seaduselünk tõsiseid moonutusi ühenduse siseturul, piirates Euroopa ettevõtjate, eelkõige väikese ja keskmise suurusega ettevõtjate juurdepääsu kontsessioonilepingutega seotud majanduslikele võimalustele.

Uue direktiivi eelnõu eesmärk on kehtestada kõigile liikmesriikidele sarnane õigusraamistik, vähendades seeläbi kontsessioonide andmisega seotud ebakindlust ning tagades kõigile Euroopa Liidu ettevõtjatele tegeliku ja võimalikult avatud juurdepääsu kontsessiooniturule. Lisaks peaks asjakohane uus õigusraamistik soodustama avaliku ja erasektori investeringuid taristutesse ja strateegilistesse teenustesse majanduslikult kõige tasuvamal viisil.

Vaadeldes uut õiguslikku ettepanekut detailsemalt, nähtub selgelt Euroopa Komisjoni soov piiritleda konkreetne valdkond kehtestades avaliku ja võrgustiku sektori hankijatele selged eeskirjad, mis hõlmavad kontsessioonide andmist käsitlevaid aluslepingu põhimõtteid ning miinimumtagatiste rakendamist kontsessioonide andmise menetlustes. Direktiivi eelnõu piiritleb selgemalt direktiivi kohaldamisala, kehtestab kontsessiooni ja sellega seotud mõisted, selgitatakse ja sisustatakse näiteks riskide mõiste, kontsessioonilepingute kehtivusajaga seonduv, kehtestatakse nõudmised konkreetsete menetlusetappide kohta. Samuti selgitatakse, millistel juhtudel avaliku sektori koostöö raames sõlmitud lepingutele direktiiv ei kohaldu ning sõnastatakse kehtivate kontsessioonilepingute muutmise seonduvad reeglid.

Uus kontsessioone puudutav direktiiv jõustub suure tõenäosusega juba 2013. aastal ning Eesti siseriiklik õigus peegeldab direktiive pärast Euroopa õiguse ülevõtmiseks määratud tähtaega, tõenäoliselt juba 2015. aastal.

1.2 Siseriiklik õigus

Kuni uue riigihangete seaduse eelnõuni tuleb siseriiklikult lähtuda kehtivas RHS-is kontsessioonidele kehtestatud raamidest. Olgu etteruttavalt mainitud, et meie seadusandja ei ole RHS-is kontsessioonilepingute andmisega seonduvat kuigi üksikasjalikult reguleerinud.

⁶ Euroopa Komisjoni poolt algatatud kontsessioonilepinguid reguleeriva direktiivi eelnõu on eesti keeles kättesaadav arvutivõrgus aadressil www.riigihanked.riik.ee.

RHS § 6 sätestab kontsessioonide mõisted. Teenuste kontsessiooni andmine RHS-i tähenduses toimub hankelepinguga, mille esemeks on Euroopa Komisjoni määruse EÜ nr 213/2008⁷ (edaspidi *CPV määrus*) VI ja VII lisas nimetatud teenuste tellimine ja mille kohaselt tasu selle eest seisneb kontsessioonäärile antud õiguses osutada nimetatud teenust ja saada selle eest teenuse kasutajatelt tasu. Võimalik on ka kombinatsioon, kus kontsessioonäär saab vastava teenuse osutamise õiguse, saades selle eest mingis kokkulepitud mahus tasu hankijalt.

RHS-is sätestatud reeglite kohaselt tuleb teenuste kontsessioonide andmisel hankijal järgida üksnes RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtteid.

Ehitustööde kontsessioonide andmisega seonduva sätestab RHS-i III peatükk (paragrahvid 72-78) ning need hanked on seaduses reguleeritud üksikasjalisemalt. Sarnaselt direktiiviga on ehitustööde kontsessiooni puhul reguleeritud esitatava teate, taotluste tähtaegade, aruande esitamise, allhangete jms seonduvat.

Võrgustikega seotud valdkondades tuleb hankijatel juhinduda üksnes riigihangete korraldamise üldpõhimõtetest (RHS § 3). Nimetatud põhimõte on siseriiklikkusse õigusesse üle võetud kehtivatest direktiividest.

Kontsessioone iseloomustavaks põhijooneks on kontsessionääri ehitise või teenuse käitamise õigus, mis antakse talle ehitise püstitamist või teenuse osutamist arvestades. Põhiline erinevus tavapärase riigihankelepinguga seisneb erinevate riskide jagamises kontsessiooni andja ja kontsessionääri vahel ning oluline on, et olulises mahus lepingu täitmisega kaasnevad riskid jääksid kontsessionääri kanda. Kontsessionääri seisukohalt võiks oluliseks majanduslikuks riskiks pidada sellist olukorda, kus kontsessionääri jaoks puudub garantii oma investeeringu tagasisaamiseks lepingu täitmisel. Majanduslikuks riskiks tuleks pidada näiteks kasutus-, käsutus- ja nõudlusriski. Loomulikult on üheks oluliseks riskiks ka finantsrisk. Viimatinimetatud erakapitali kaasamise võimalust peetakse avaliku- ja erasektori partnerluse loomisel üheks riigiasutuste peamiseks stiimuliks kontsessioonilepingute sõlmimisel.⁸

Kui kõrvutada tavapärasest hankelepingust, mis sõlmitakse teenuste saamiseks või ehitustööde teostamiseks kontsessioonilepinguga samas valdkonnas, siis olulise erinevusena tuleb esile tõsta ka seda, kuidas toimub selle lepingu alusel tasumine. Sisuliselt on kontsessiooni andmise lepingu puhul võrreldes tavapärase hankelepinguga tegemist sama liiki lepinguga, erinev on aga see, et tasuks teostatavate ehitustööde või osutatavate teenuste eest antakse hankemenetluses edukaks tunnistatud ja lepingu sõlminud pakkujale (kontsessionäärile) õigus püstitada ehitist ekspluateerida või teenust osutada. Selline õigus võidakse kontsessionäärile anda ka sellisel, et hankija maksab pakkujale lisaks ka täiendavat tasu (näiteks juhul, kui muidu oleks pakutava teenuse hind tarbija jaoks liiga kõrge).

Nagu eespool nimetatud on kontsessioonide puhul oluliseks iseloomustajaks ka tööde teostamise või teenuse osutamisega seotud riskide üleminek kontsessionäärile.

⁷ Euroopa Komisjoni 28. novembri 2007 määruse (EÜ) nr 213/2008, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega. (ELT L 74, 15.3.2008, lk 1.)

⁸ Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule ja Euroopa majandus- ja sotsiaalkomiteele ning regioonide komiteele avaliku- ja erasektori partnerluste ja ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal; Euroopa Komisjon, 15.11.2005, lk 6

Hankemenetluse lõpus sõlmib hankija edukaima pakkujaga hankelepingu ning selles kokkulepitud tööd või teenused teostatakse kontsessioonäri poolt tema enda rahaliste vahendite arvelt. Üldjuhul ei maksa hankija kontsessioonäri eraldi tööde teostamise eest – kontsessiooni mõte ongi anda tööde teostamise majanduslikud ja finantsilised riskid teatud mahus üle kontsessioonäri. Kontsessioonäri on nii-öelda vastutasuks kontsessioonilepinguga antud õigus püstitatud ehitist käitada reeglina koos õigusega võtta ehitise kasutamise eest tasu.

Kuna kontsessioonilepingud on üldjuhul pikaajalised, siis on huvi selliste lepingute sõlmimiseks nii hankijal kui ka kontsessioonäri. Avaliku sektori eesmärk on kontsessioonide andmisel kaasata avalike ülesannete täitmiseks finantsvahendeid ja ekspertteadmisi väljastpoolt avalikku sektorit eesmärgiga täita avalikke ülesandeid parimal ja efektiivseimal moel. Erasektor soovib aga huvitatud pikaajalisest võimalusest rakendada oma oskusteavet ja osutada teenuseid, võttes enda kanda küll märkimisväärse riski, kuid teisalt saades pikaajalise võimaluse stabiilseks eneseteostuseks valitud ettevõtlussektoris.

Kokkuvõtlikult tuleb kontsessiooni mõistet sisustades meeles pidada kolme olulist indikaatorit – hankija poolt kontsessioonäri lepinguga antavad õigused püstitatud ehitise kasutamiseks või kokku lepitud teenuse osutamiseks, kontsessioonäri omafinantseeringuga kaasnev riskifaktor ning lepingulise tasu maksmise erisus. Nimetatud kolm tingimust on eelduseks, mille puhul võib riigihangete kontekstis rääkida kontsessiooni andmisest.

1.3 Euroopa Kohtu praktika

Kontsessiooni mõiste ja toimimisreeglite sisustamisel on suureks abiks Euroopa Kohtu praktika, mis on suuresti mõjutanud Eesti vastavasisulist kohtupraktikat. Eesti kohtutes ei ole olnud väga palju kontsessioonide andmist ja kontsessioonilepinguid puudutavaid vaidlusi, kuid üldistavalt võib asuda seisukohale, et meie kohtukaasuste lahendustes korratakse Euroopa Kohtu poolt väljendatud põhimõtteid ja –tõdesid.

Seega on Euroopa Kohtu praktika ka meie jaoks väga olulise tähendusega, aidates sisustada kontsessioonide mõistet ja piire, mille täitumisel tuleks riigihangete kontekstis rääkida tavapärase ehitustööde või teenuste lepingu asemel kontsessiooni andmisest.

Järgnevalt toon välja mõned olulisemad kontsessioonide mõistet sisustavad ja nende andmist puudutavad Euroopa Kohtu kaasused.

Teenuste kontsessioon

1.3.1 Kohtuasi C-300/07 *Oymanns*⁹

Kohtuasjas esitatakse küsimused asjade ja teenuste riigihanke piiritlemise, hankijaks määratlemise ning muuhulgas ka kontsessioonide kohta. Kontsessioone puudutab eelotsuse taotluse kolmas küsimus ning siseriiklik kohus soovib teada, kas konkreetsel juhul, kui teenuste osutamine on toodete tarnimisega võrreldes ülekaalus, tuleks riikliku haigekassa ja ortopeediliste jalatsite valmistaja sõlmitud riigihankelepingut pidada teenuste kontsessiooniks direktiivi 2004/18/EÜ artikli 1 lõike 4 tähenduses või siis raamlepinguks sama direktiivi artikkel 1 lõike 5 tähenduses.

⁹ Euroopa Kohtu otsus 11. juulist 2009 kohtuasjas C-300/07: *Oymanns*

Kohus selgitab, et kuivõrd kontsessiooni ja raamlepingu mõisted on piisavalt sarnase iseloomuga, ei ole nende selge eristamine lihtne ning osundab, et lepingu juriidiline kvalifitseerimine sõltub konkreetse juhtumi asjaoludest.¹⁰

Teenuste kontsessiooni kohta märgib kohus järgmist: teenuste kontsessiooniga annab hankija kindlaks määratud teenuse kasutamise õiguse üle kontsessioonäärile, kellel on sõlmitud lepingu kohaselt teatud majanduslik vabadus määrata selle õiguse kasutamise tingimused. Kohus rõhutab, et sellise õiguse kasutamisega kaasneb samal ajal ulatuslik risk.¹¹

Kohus jõuab nimetatud kaasuse kolmanda küsimuse juures järeldusele, et konkreetsest lepingust ei nähtu ettevõtjale sellist majandusliku vabaduse astet, mis viitaks kontsessioonilepingu tunnustele. Samuti ei tuvastanud kohus konkreetset juhul teenuste osutamisega seotud olulise majandusliku riski üleminekut ettevõtjale. Kohus osundas, et konkreetset juhul on risk küll olemas, kuid piiratud, leides, et sisuliselt on ettevõtja siiski riskist vabastatud, kuna riiklik haigekassa on juriidiliselt tema ainus hüvitamiseks kohustatud isik. Kohut mõjutasid otsuse langetamisel ka asjaolud, et konkreetse lepingu täitmiseks ei tule ettevõtjal enne kindlustatuga individuaalse lepingu sõlmimist teha olulisi kulutusi teenuse osutamiseks ning lisaks on ka kindlustatute arv ette teada.¹²

1.3.2 Kohtuasi C-206/08 *Eurawasser*¹³

Nimetatud kohtuasjas annab Euroopa Kohus oma seisukohad teenuste kontsessiooni andmisega seoses.

Euroopa Kohus väljendas nimetatud kohtuasjas põhjanevad seisukohad kontsessiooni eristamiseks tavapärasest riigihankelepingust. Kõigepealt viitab kohus direktiivides 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ sisalduvatele riigihankelepingu ja teenuste kontsessiooni sisuliselt sarnastele mõistetele ning selgitab, et teenuste riigihankelepingu ja teenuste kontsessiooni tõlgendamisel tuleb lähtuda samadest kaalutlustest.

Kohus leiab, et võrreldes nimetatud kahte mõistet direktiivi kontekstis ilmneb, et eelkõige tuleb teenuste riigihankelepingut ja kontsessiooni andmist eristada teenuste osutamise eest saadava tasu alusel. Teenuste riigihankelepingute puhul maksab hankija tasu otse teenuseosutajale, aga kontsessioonilepingu puhul seisneb tasu teenuse osutamise eest õiguses realiseerida oma teenust või selles õiguses koos tasuga.¹⁴ Kohus viitab nimetatud tingimuse osas juba varasemalt kujunenud Euroopa Kohtu praktikale näiteks asjades C-324/98 *Telaustria* p 58, C-358/00 *Buchhändler* p 27 ja 28, C-382/05 *Komisjon vs Itaalia* p 34 ja C-437/07 *Komisjon vs Itaalia* p 29.

Teine oluline tingimus, millest tuleb kontsessiooni mõiste sisustamisel lähtuda, seondub teenuse pakkumise riskidega. Euroopa Kohus viitab siinkohal olemasolevale Euroopa Kohtu praktikale otsustes C-458/03 *Parking Brixen* jt., milles on leitud, et kui teenuseosutajale antakse õigus osutada teenust, siis tähendab see riskide enda kanda võtmist teenuseosutaja poolt.

¹⁰ sama: p. 70

¹¹ sama: p-d 71 ja 72

¹² sama: p-d 73-75

¹³ Euroopa Kohtu otsus 10. septembrist 2009 kohtuasjas C-206/08: *Eurawasser*

¹⁴ Euroopa Kohtu otsus 10. septembrist 2009 kohtuasjas C-206/08 p. 51

Euroopa Kohus jääb ka *Eurawasseri* asjas kindlaks põhimõttele, et kontsessiooni andmise lepingu puhul on seda lepingulist suhet oluliseks iseloomustavaks tingimuseks teenuste osutamisega seonduva riski üleminek kontsessioonäärile. Kohtuotsuse punktis 68 selgitab kohus, et juhul, kui teenuseosutajale ei lähe kõnealuse teenuse osutamisega üle ühtegi seonduvat riski, on asjaomase tehingu puhul tegemist teenuste riigihankelepinguga. Seega on riskide üleminekuga seonduv teine väga oluline kriteerium, mida tuleb hinnata kontsessiooni andmise lepingu kontekstis lepingulise suhte õigeks määratlemiseks.

Üleantavate riskide mahu kohta leiab Euroopa Kohus, et kontsessiooniks tuleb pidada käsitletavat tehingut juhul, kui kontsessiooni andja poolt kontsessioonäärile üle antav risk on oluline.¹⁵

Kokkuvõttes jõuab kohus seisukohale, et teenuste kontsessiooniks võiks lepingu liigitada, kui teenuseid puudutava lepingu raames ei maksa lepingupartnerile tasu hankija ise, vaid tal on õigus võtta tasu kolmandatelt isikutelt ning juhul, kui lepingupartner võtab täielikult või vähemalt suures osas üle hankijale kuuluva teenuse osutamisega seotud riski. Seda isegi juhul, kui nimetatud risk on algusest peale oluliselt piiratud kõnealuse teenuse avalik-õigusliku iseloomu tõttu.¹⁶ Siinkohal on oluline rõhutada, et tasu võtmise õigus ja risk peavad kontsessiooni andmise puhul eksisteerima paralleelselt ning üksnes ühe tingimuse täitumisel ei ole võimalik väita, et tegemist on kontsessiooni andmisega.

1.3.3 Kohtuasi C-91/08 *Wall AG*¹⁷

Nimetatud lahendis on kohus puudutanud kahte olulist teemat. Kuivõrd riigihangete direktiivid ei reguleeri sisuliselt kontsessioonilepingutega seonduvat, siis kordab kohus üle varasemas kohtupraktikas¹⁸ väljendatud seisukohta, mille kohaselt tuleb kontsessioonilepingute sõlmimisel arvestada EÜ asutamislepingu põhimõttelise tähtsusega sätteid, eeskätt EÜ artikleid 43 ja 49 ning nendest tulenevat läbipaistvuskohustust. Läbipaistvuskohustus osutub eriti oluliseks juhul, kui teenuste kontsessiooni puhul avaldub piiriülene huvi, s.t kontsessioonileping võib huvi pakkuda ettevõtjale, kelle asukoht on kontsessiooni andjast erinevas liikmesriigis.¹⁹

Eelneva valguses sisustab kohus ka kontsessioonilepingu muutmise võimalikkust. Põhjenduste kohaselt tuleb ka kontsessioonilepingute muutmisel arvestada eelneva Euroopa Kohtu praktikaga.²⁰ Seega juhul, kui teenuste kontsessioonilepingu muudatustega viiakse dokumenti sisse tingimusi, mis on oluliselt erinevad esialgsetest tingimustest ja kui neist nähtub poolte soov jõuda lepingu olulistest tingimustes uuele kokkuleppele, tuleb rakendada siseriiklikust õiguskorrast kehtestatud meetmeid läbipaistvuse tagamiseks – sh ka uus kontsessioonimenetlus.²¹ Kohus jõuab sellisele järeldusele, hinnates lepingutingimuste muudatuse olulisuse aspekti ja lepingutingimuste erinevust võrreldes esialgselt määratletud tingimustega, s.t sisuliselt tuvastatakse poolte soov sõlmida lepingu oluliste tingimuste osas uus kokkulepe.

¹⁵ Euroopa Kohtu otsus 10. septembrist 2009 kohtuasjas C-206/08: p. 70

¹⁶ sama: p. 80

¹⁷ Euroopa Kohtu otsus 13. aprillist 2010 kohtuasjas C-91/08: *Wall*

¹⁸ Vt *Telaustria* p-d 60-62, *Coname* p-d 16-19 ja *Parking Brixen* p-d 46-49

¹⁹ Euroopa Kohtu otsus 13. aprillist 2010 kohtuasjas C-91/08: p-d 33 ja 34

²⁰ Vt C-454/06 *Pressetext*, p 34

²¹ Euroopa Kohtu otsus 13. aprillist 2010 kohtuasjas C-91/08: p-d 37-43

Kuivõrd eelotsusetaotluse küsimus puudutas alltöövõtjate asendamist ja selle asjaolu olulisuse määratlemist, siis võttis kohus ka selles küsimuses seisukoha. Kohus märkis, et erandjuhtudel võib mõne olulise kontsessioonilepingu klausli olulise muudatusena käsitleda ka alltöövõtja asendamist ja seda isegi juhul, kui selline võimalus on lepingus eelnevalt ette nähtud. Seega juhul kui ühe alltöövõtja eelistamine teisele oli kõnealuseid teenuseid iseloomustavaid asjaolusid arvestades lepingu sõlmimisel määrava tähendusega, siis on tegemist lepingutingimuse olulise muudatusega ja sellega tuleb lepingu muutmise otsustamisel arvestada.²²

1.3.4 Kohtuasi C-274/09 *Staedler*²³

Ka käesolevas otsuses vaeb kohus teenuste kontsessiooni olemuslike tunnusoontega seotud küsimusi. Viidates eelnevalt käsitletud *Eurawasseri* kohtulahendile loetleb kohus kontsessioonilepingutele olulised tingimused – tasustamisviis ja teenuse osutamise seonduva riski üleminek kontsessioonäriale. Kohus, tuginedes eelnimetatud lahendile märgib, et lisaks tasustamise erisusele piisab kontsessioonisuhte tuvastamiseks ka väga väikese äririski üleandmisest hankijalt pakkujale.²⁴

Tuginedes *Oymannsi* lahendile kordab kohus arvestades konkreetse kaasuse tehioolusid üle põhimõtte, mis puudutab tasustamise erisusi kontsessioonisuhtes. *Staedleri* asjas sõlmiti kontsessioonileping päästeteenuse osutamiseks ning päästeteenuste kasutustasude suurus lepiti kokku sotsiaalkindlustusasutuse ja teenuseosutaja vahel. Teenuseosutajale hakkas tasu hiljem maksma keskarveldusasutus. Olenemata asjaolust, et teenuseosutajale ei tasu lepingu kohaselt otse teenuse saajad, vaid keskarveldusasutus leidis kohus, et teenuseosutaja tasud on pärit teistel isikutelt kui hankija, seega on kontsessioonisuhte tasu maksmise erisusega seotud nõue täidetud.²⁵

Eurawasseri ja *Oymannsi* lahendile viidates selgitab kohus ka majandusliku realiseerimise riski sisu. Teenuse majandusliku realiseerimise riski tuleb käsitleda turul erinevate ettenägematuste riski kandmisena, mida võib pidada riskiks, mis tuleneb teiste ettevõtjate pakutavast konkurentsist, sellest, et teenuste pakkumine ja nõudlus ei ole tasakaalus, osutatud teenuste eest tasuma kohustatud isikute võimalikust maksejõuetusest, riskiks, et sissetulekud ei kata täies ulatuses teenuse osutamise kulusid või teenuse osutamata jätmise korral tekkinud kahju eest vastutamisega seotud riskiks. Lisaks täpsustab kohus, et teenuse halva korraldamise või ettevõtja valimisel tehtud hindamisveaga seotud riskid ei oma tähtsust lepingu liigitamisel riigihanke- või teenuste kontsessioonilepinguks, kuna need on ühtmoodi vältimatud mõlema lepinguliigi puhul.²⁶

1.3.5 Kohtuasjad C-234/98 *Telaustria*²⁷ ja C-458/03 *Parking Brixen*²⁸

Põgusalt peatuksin ka nimetatud kahe otsuse juures, eelkõige eesmärgiga viidata asjaolule, et teatud juhtudel on Euroopa Kohus pidanud vajalikuks viidata riigihankemenetluses

²² Euroopa Kohtu otsus 13. aprillist 2010 kohtuasjas C-91/08: p-d 37-39

²³ Euroopa Kohtu otsus 10. märtsist 2011 kohtuasjas C-274/09: *Staedler*

²⁴ sama: p-d 29 ja 33

²⁵ sama: p 28

²⁶ sama: p 37 ja 38

²⁷ Euroopa Kohtu 7. detsembri 2000. a otsus kohtuasjas C-324/98: *Telaustria*

²⁸ Euroopa Kohtu 13. oktoobri 2005. a otsus kohtuasjas C-458/03: *Parking Brixen*

kontsessiooni olemasolule juhtumil, kus kõik tavapärased kontsessiooni tingimused ei ole esmapilgul täidetud.

Telaustria kaasuses oli lepinguobjektiks telefoniraamatute trükkimise teenus. Teenuse eest tasumist rahas ei järgnenud, trükkija sai vaid kogutud andmete kasutamise õiguse. Olenemata sellest, et kõik klassikalised teenuste kontsessiooni iseloomustavad tingimused ei olnud täidetud, leidis Euroopa Kohus sellegipoolest, et trükiteenuste osutamise lepingu puhul on tegemist teenuste kontsessiooniga.

Ka *Parking Brixen* asjas jõudis kohus järeldusele, et avaliku võimuorgani poolt tasulise avaliku parkla haldamiseks andmine, mille eest teenuse osutaja saab vastutasuna kolmandate isikute poolt parkla kasutamise eest makstud summad, kujutab endast avalike teenuste kontsessiooni. Kohus selgitab, et selline tasumise viis tähendab seda, et teenuse osutaja võtab enda kanda teenuse osutamise seonduva riski ja läbi selle on võimalik liigitada kõnealune leping avalike teenuste kontsessiooniks.

Mõlemas eelmainitud kaasuses märkis kohus, et igal juhul peab hankija menetluse läbiviimisel ja teenuse osutaja valikul järgima EÜ asutamislepingu põhimõtteid, eelkõige asutamisevabaduse, teenuste osutamise vabaduse, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse kohta.

Kuivõrd viimatimainitud kaks kohtulahendit pärinevad Euroopa Kohtu praktika varasemast perioodist, siis nimetatute puhul võib tunnetada teatavat lihtsamat lähenemist kontsessiooni sisustamisele. Kui hilisemad lahendid rõhutavad kahte olulist indikaatorit – lepingulise tasumise erisus ja majandusliku ja rahalise riski üleminek kontsessioonäärile – siis varasemad lahendid on tasumise osas kontsessiooni sisustades samal seisukohal, kuid riskide üleminekuga seonduv on kajastatud palju pehmemas vormis. *Parking Brixeni* kaasuses on kontsessiooni mõistega seonduva riski tekkimine ja üleminek kontsessioonäärile sisustatud läbi erandliku lepingujärgse tasu saamise viisi. Seega on ajas kontsessiooni mõistet sisustama hakatud varasemast rangemalt, üritades lahti kirjutada kontsessiooni iseloomustavate mõistete sisu.

Kordan siinkohal üle eeltoodud lahendites käsitletud kaks olulisimat kontsessioonilepingut iseloomustavat tingimust:

- 1) tasu maksmise erisus – eelkõige saada tasu teenuse osutamise eest selle teenuse kasutajate käest (nimetatu ei välista hankija poolset võimalikku rahalist makset),
- 2) riskide üleminek kontsessioonäärile – riskide suurust tuleb hinnata igakordselt vastavalt kaasuse asjaoludele, kuid hilisem Euroopa Kohtu seisukoht kinnitab, et kontsessioonisuhete tuvastamiseks piisab ka väikese riski üleminekust kontsessioonäärile.

Ehitustööde kontsessioon

Võrreldes teenuste kontsessiooniga, on ka ehitustööde kontsessiooni puhul olulised samad kolm eelmainitud kriteeriumi – kontsessioonääril on õigus ehitist hiljem mingi kokkulepitud perioodi vältel käitada, lepingu täitmisega seonduvate riskide üleminek hankijalt kontsessioonäärile ning lepingulise tasu maksmise erisus. Seega üldjoontes ei ole vahet, kas tegemist on teenuste või ehitustööde kontsessiooniga. Küll aga on Euroopa Kohus vastavasisuliste kohtumenetluste raames andnud mõningaid sisukaid juhtnööre määratlemaks

ehitustöö olemust ning ehitustööde teostamise puhul riigihankemenetluste läbiviimisega seonduvat.

1.3.6 Kohtuasi C-220/05 *Auroux*²⁹

Kõnealuses kohtuasjas selgitab Euroopa Kohus ehitustööde olemust ja riigihankemenetluse kohustuslikkust.

Prantsusmaa kohaliku omavalitsuse üksus andis haldusaktiga enda juhile volituse sõlmida leping vabaajakeskuse rajamiseks konkreetse äriühinguga SEDL. Sõlmitav leping pani SEDL-ile lisaks vabaajakeskuse ehitamisele veel erinevaid täiendavaid kohustusi. Nii oli SEDL kohustatud omandama kinnistuid, korraldama arhitektuurikonkurssi, uuringuid, leidma rahalisi vahendeid, võtma tarvitusele tõhusaid meetmeid ehitiste müümiseks ning tagama üldiselt nimetatud projekti juhtimise, haldamise ja kommuuni teavitamise.

Huvitatud ring ehitusettevõtjaid vaidlustas haldusakti, millega anti vastavad volitused. Prantsusmaa siseriiklik kohus pidas selle kohtuasja raames vajalikuks pöörduda Euroopa Kohtu poole küsimusega, kas SEDL-iga sõlmitud väga mitmetahulist lepingut on võimalik määratleda ehitustööde riigihangete lepinguna direktiivi mõistes. Nimetatud sätte kohaselt on riiklikud ehitustöölepingud tööettevõtja ja direktiivi artikli 1 punktis b määratletud tellija vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud, mille objektiks on direktiivis määratletud tegevuse teostamine või ehitustöö või ehitise planeerimine või teostamine, või mis tahes viisil teostatav ehitustöö, mis vastab tellija kindlaksmääratud nõuetele.³⁰

Euroopa Kohus märgib oma otsuses, et SEDL-iga sõlmitud ehitustööde ja ka erinevate täiendavate teenuste leping kuulub siiski direktiivi kohaldamisalasse olenemata asjaolust, et see ei reguleeri üksnes ehitustööde teostamisega seonduvat. Kohus viitab varasemale väljakujunenud kohtupraktikale ning märgib, et juhul kui leping sisaldab nii ehitustööde riigihankelepingu kui ka teist tüüpi riigihankelepingu elemente, määratakse lepingu peamist eesmärki silmas pidades, millise ühenduse riigihankedirektiivi kohaldamisalasse leping kuulub.³¹

Kohus analüüsib otsuse esimese küsimuse juures ehitustöö olemuslikkust läbi teostatud tööde tulemuse majanduslike ja tehniliste ülesannete ning jõuab seisukohale, et selline leping, mille kohaselt üks tellija teeb teisele tellijale ülesandeks ehitise rajamise, kujutab endast riiklikku ehitustöölepingut direktiivi artikli 1 punkti a tähenduses, sõltumata asjaolust, kas lepinguga on ette nähtud, et esimene tellija on või saab terve ehitise või sellest ehitisest osa omanikuks.

Kolmanda küsimusena analüüsib kohus riigihankemenetluse läbiviimise vajalikkust olukorras, kus siseriikliku õiguse kohaselt saab sellist lepingut sõlmida ainult konkreetse juriidilise isikuga, kes võivad ka ise olla tellijateks ja kes on omakorda kohustatud kohaldama sama menetlust võimalike järgnevate riigihangete läbiviimisel.

Nimetatud küsimuse juures märgib kohus punktis 59, et direktiivi kohaldamise erandid peavad otseselt ja ammendavalt olema direktiivis sätestatud ning selliseid erandeid kõnealune direktiiv ei sätesta. Kohus jõuab seisukohale, et tellija ei ole vabastatud direktiiviga ette nähtud ehitustööde riigihankelepingute sõlmimisel pakkumismenetluse korraldamisest

²⁹ Euroopa Kohtu otsus 18.jaanuarist 2007 kohtuasjas C-220/05: *Auroux*

³⁰ Euroopa Nõukogu direktiiv 93/37 artikkel 1 punkt a (direktiiv kaotas kehtivuse 2004/18/EÜ jõustumisega)

³¹ Euroopa Kohtu otsus 18. jaanuarist 2007 kohtuasjas C-220/05: p. 37

põhjusel, et selle töö teostamiseks on võimalik lepingud sõlmida vaid konkreetse juriidilise isikuga, kes võib omada ise tellija staatust ning kes on kohustatud kohaldama sama menetlust võimalike järgnevate riigihangete läbiviimisel.

Erandina viitab kohus Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikale, mille kohaselt ei ole pakkumismenetluse korraldamine piirkondliku või kohaliku omavalitsuse ja viimasest õiguslikult eraldiseisva isiku vahel sõlmitavate lepingute puhul nõutav siis, kui kohalik omavalitsus teostab asjaomase isiku suhtes analoogset kontrolli sellele, mida ta teostab oma üksuste üle ning kui see isik tegutseb põhiliselt teda kontrolliva omavalitsuse huvides (*autori märkus*: sisetehingu puhul).³²

1.3.7 Kohtuasi C-451/08 *Helmut Müller*³³

Kohtuasjas *Helmut Müller GmbH versus Bundesanstalt für Immobilienaufgaben* selgitas Euroopa Kohus samuti ehitustööde riigihangetega seonduvaid põhimõtteid. Muuhulgas käsitleti kontsessioonilepingu sõlmimise võimalust isikuga, kes on juba rajatava ehitise aluse kinnistu omanik.

Direktiivi 2004/18/EÜ artikli 1 lõike 3 valguses leidis Euroopa Kohus, et kontsessiooni andmise olulise tingimuse täitmiseks - ekspuateerimise õiguse andmine või see õigus koos tasuga – on eelduslik, et hankijal on võimalus selle ehitise ekspuateerimist korraldada. Kohus leidis, et kuna kõnesoleval juhul puudub hankijal nimetatud kinnistu ekspuateerimise õigus, ei ole ka kontsessiooni andmine põhimõtteliselt võimalik.

Seega lisaks eelmainitud ehitatava hoone ekspuateerimise õiguse ja riski kriteeriumile võib ehitustööde teostamise puhul lisada veel ühe olulise kriteeriumi, mis teatud juhtudel võib kontsessiooni andmise tuvastamisel tähendust omada.

Nimetatud kohtuotsuses lahendatakse ka küsimus, kas direktiivi 2004/18/EÜ sätestatud ehitustööde riigihankelingu mõiste sisustamisel on kindlasti vaja, et hanke esemeks olevad tööd tehakse nii materiaalselt kui formaalselt hankija jaoks ja tema majanduslikes huvides või piisab sellest, et tööd tehakse avalikel eesmärkidel (konkreetses asjas kohaliku omavalitsuse territooriumi ühe osa linnaehituslik arendamine). Kohus viitab, et riigihankelingu on rahaliste huvidega lepingud ning vastav tegevus peab tulenevalt oma olemusest kui ka direktiivi üleschitusest ja eesmärkidest tulenevalt pakkuma hankijale otsest majandusliku huvi. Kohtu hinnangul eeldab direktiivi 2004/18/EÜ artikli 1 lõike 2 punkt b eelkõige, et ehitustööd teostatakse hankija majanduslikes huvides ning sellisel juhul ei ole vajadust, et hanke esemeks olevad tööd on materiaalselt või formaalselt tehtud hankija jaoks.³⁴

Otsuse punktides 49-54 jj sisustab kohus mõistet majanduslik huvi leides, et see võib seisneda nii hankeeseme omandamise huvis kui ka teatud õiguste omandamises või majanduslike eeliste saamises.

Konkreetses asjaga seonduvalt viitab kohus lisaks, et linnaplaneerimise regulatiivülesannete täitmine avalikes huvides ei ole lepingujärgse soorituse vastuvõtmise ega ka hankija otsese majanduslike huvide järgimise esemeks.³⁵

³² sama: p. 63

³³ Euroopa Kohtu otsus 26. märtsist 2010 kohtuasjas C-451/08 *Helmut Müller*

³⁴ sama: p. 58

³⁵ sama: p. 57

1.4 Eesti praktika

Nagu eespool etteruttavalt mainitud, ei ole kontsessioone puudutavaid vaidlusi Eesti kohtutesse väga palju jõudnud. Seda tõenäoliselt põhjusel, et kontsessioonide andmine on piiratud teatud spetsiifiliste valdkondadega, need projektid on pikaajalised ja reeglina ka finantsimahukad ning võrreldes tavapärase hankemenetlusega antakse eelnimetatud põhjustel kontsessioone harvem.

Samal põhjusel ei ole rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond oma nõustamisfunktsiooni raames kokku puutunud just eriti paljude kontsessioonide kohta esitatud küsimustega. Nende väheste esitatud küsimuste pinnalt saab aga teha teatud mahus üldistuse ning väita, et kõige enam puututakse meie riigihangete maastikul kokku teenuse kontsessioonidega, mis antakse jäätmeveo organiseerimisega seonduvalt. Nii puudutavad näiteks 2011. aasta üheteistkümnest kontsessioonide kohta esitatud küsimusest üheksa just jäätmeveo organiseerimiseks välja kuulutatud riigihankemenetlusi, mille tulemusena sõlmitakse või on sõlmitud kontsessioonileping. Jäätmekäitluse valdkonnas on olnud ka kõige enam kontsessioonide andmisega seotud kohtuvaidlusi, mis on läbinud kõik kolm kohtuastet ning jõudnud riigikohtu otsuseni.

1.4.1 Kohtuasi 3-3-1-66-10 AS Veolia kaebus Torma Vallavolikogu otsuse tühistamiseks³⁶

Kohtuasi puudutab jäätmekäitlusteenust, mille osutamiseks sõlmis Torma vallavolikogu võlaõigusliku lepingu valla omandis oleva prügila (kinnistu) koormamiseks OÜ Amestop kasuks. Nimetatud lepinguga andis vald OÜ-le Amestop sisuliselt õiguse vallale kuuluva prügila opereerimiseks.

Riigikohus leidis asjaolude pinnalt analoogselt kaebuse esitajaga, et olenemata sellest, millisel on sõlmitud pooltevaheline leping, tuleb lähtuda lepingulise suhte tuvastamisel lepingu sisust. Riigikohus viitab otsuse punktis 13, et sisuliselt saab OÜ Amestop avalikes huvides teenuse osutamise õiguse koos õigusega küsida jäätmete vedajalt tasu. Asjaolu, et vaidlusalune leping on pealkirjastatud „Kokkulepe kinnistu koormamiseks isikliku kasutusõigusega (ilma asjaõiguslepinguta)“ ei muuda lepingu tegelikku sisu ja eesmärki. Kolleegium on seisukohal, et kuna käsitletava lepingu kohaselt on Torma vald andnud OÜ-le Amestop õiguse võtta kolmandatelt isikutelt tasu ja OÜ Amestop on võtnud üle Torma vallale kuuluva teenuse osutamise seotud riski, saab Torma valla ja OÜ Amestop vahelist suhet pidada kontsessioonisuhteks.³⁷

Seega tuleb ka kontsessioonisuhte tuvastamisel lähtuda eelkõige poolte vahel sõlmitud lepingu sisust ning jätta kokkuleppe vorm tahaplaanile. Tuvastanud olulisemad lepingulise suhte elemendid, käesoleval juhul teenuse osutamise õigus koos sellelt saadava tasuga ning riski üleminek teenuse osutajale, on võimalik ka käesoleval juhul väita, et olenemata pooltevahelise kokkuleppe võlaõiguslikust vormist on tegelikult tegemist kontsessioonisuhtega. Riigikohus lähtub seega kontsessiooni sisustamisel käesolevas kirjatükis eespool viidatud Euroopa Kohtu praktika väljakujunenud seisukohtadest.

³⁶ Riigikohtu 27.10.2010 otsus asjas nr 3-3-1-66-10 AS Veolia Keskkonnateenused kaebus Torma Vallavolikogu 21.04.2009 otsuse nr 287 osaliseks tühistamiseks ning Torma valla ja OÜ Amestop vahel 22.05.2009 sõlmitud lepingu tühistamiseks või tühistuse tuvastamiseks

³⁷ sama: p 13

Kuna käesolevas asjas on tegemist teenuste kontsessiooniga, siis tuleb selle andmisel lähtuda üksnes RHS 1. peatükis sätestatud nõuetest, eelkõige RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest.

Riigikohus viitab oma otsuse punktis 15 Euroopa Kohtu praktikale selgitades, et isegi kui riigihange ei kuulu riigihankeid käsitlevate Euroopa Liidu direktiivide kohaldamisalasse, peab hankija järgima Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtteid (eeskätt art-d 43 ja 49) (Euroopa Liidu toimimise lepingu art-d 49 ja 56), eelkõige asutamisvabaduse, teenuste osutamise vabaduse, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtteid.³⁸

Riigikohus viitab oma otsuses erinevatele Euroopa Kohtu lahenditele, mis kinnitavad kontsessiooni andmisel läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise keelu põhimõtetega arvestamise olulisust. Riigikohus on seega seisukohal, et ka Eesti õigusruumis tuleb teenuste kontsessiooni andmisel, olenemata asjaolust, et RHS seda väga detailselt ei reguleeri, lähtuda riigihankemenetluse üldpõhimõtetest. Seega tuleb kontsessioon anda objektiivsetel, mittediskrimineerivatel ja teadaolevatel kriteeriumidel, et hankija poolne kaalutusõiguse teostamine oleks piiritletud ja kontrollitav ning seda ei oleks võimalik meelevaldselt kasutada.

Kokkuvõtvalt asub Riigikohus nimetatud otsuses seisukohale, et Torma vald ei ole lepingu sõlmimisel OÜ-ga Amestop lähtunud kontsessioonilepingu sõlmimise nõuetest ning sõlmitud leping on tühine. Pärast kohtulahendit oli vald kohustatud prügila käitamiseks kontsessiooni andmiseks viima läbi korrektse hankemenetluse, mis vastaks asutamislepingu art-le 43 ja 49 ning RHS §-le 3 ja § 17 lg-le 4.

1.4.2 Kohtuasi 3-3-1-31-11 AS Veolia Keskkonnateenused kaebus Võru Linnavolikogu otsuse tühistamiseks³⁹

Toon siinkohal esile veel ühe riigikohtu otsuse, mis kontsessiooni mõiste sisustamisel kordab eelmist viidatud lahendit ning samu Euroopa Kohtu seisukohti, kuid lisaks neile avab veel lisaks ka kontsessioonilepingu muutmise ja vaidlustamise ajalise lubatavusega seonduvaid seisukohti.

Riigikohus vaeb otsuses AS Veolia Keskkonnateenuse kaebeõiguse küsimust ning viitega Euroopa Kohtu lahendile *Succhi di Frutta*⁴⁰ selgitab otsuse punktis 16 järgmist: Euroopa Kohus on eelnimetatud otsuses (*autori märkus: Succhi di Frutta*) leidnud, et ka pärast hankelepingu sõlmimist on pakkumisel osalenud konkurendi kaebus pakkumise võitjale suunatud otsuste tühistamiseks lubatav - sõltumata sellest, kas isiku pakkumus on välja valitud, peab tal olema võimalus kontrollida kogu pakkumismenetluse õiguspärasust tervikuna ja selle jooksul tehtud otsuste õiguspärasust.⁴¹ Euroopa Kohus põhjendab nimetatud seisukohta asjaoluga, et ka hankija poolt hiljem tehtud otsused võivad otseselt mõjutada pakkumuse tegemist ja osalejate võrdseid võimalusi ning võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse

³⁸ sama: p 15

³⁹ Riigikohtu 12.10.2011 otsus asjas nr 3-3-1-31-11 AS Veolia keskkonnateenused kaebus Võru Linnavolikogu 22.12.2009 otsuse nr 26 tühistamiseks

⁴⁰ Euroopa Kohtu otsus 29.04.2004 kohtuasjas C-496/99: *Succhi di Frutta*

⁴¹ sama: p 59

põhimõtetest tulenevalt peab hankija olema hankemenetluses avaldatud tingimustega seotud kuni hankelepingu täitmise lõpuni.⁴²

2. Tänapäevane nõustamispraktika

Kontsessioonidega seonduv nõustamispraktika ei ole väga mahukas ning nagu juba eespool nimetatud, puudutavad enamuse nõustamispäringutest jäätmeveoteenusega seonduvaid kontsessioone. Enim küsimusi on esitatud eesmärgiga saamaks vastus, kas tegemist on kontsessiooniga või mitte, samuti on küsitud kontsessiooni menetlusreeglite ja menetluslike üksikasjade kohta.

Arvestades vähest praktikat kontsessioonide korraldamisel on tõenäoline, et väga paljud sisulised küsimused ja probleemitõstatused ei ole meieni veel jõudnud. Teine võimalus on, et kontsessioonide regulatsioon on RHS-is sedavõrd piisav, mis võimaldab suuremate küsimusteta menetluse edukalt läbi viia ning leida usaldusväärsed lepingupartnerid. Arvestades riigihangete valdkonna üldist keerukust on viimane oletus ehk liiga julge, kuid teisalt ei ole meil täna läbi nõustamispraktika võimalik viidata olulistele puudustele kontsessioonide regulatsiooniga seonduvalt.

Ühest nõustamispäringust on siiski koorunud konkreetne kitsaskoht, mis inimlikul tasandil puudutab kõiki eraisikutest jäätmevaldajaid, kes on kohustatud sõlmima jäätmeveo lepingu kohaliku omavalitsuse poolt leitud ja määratud jäätmevedajaga. Nõustamispäringus püstitati küsimus jäätmevaldaja õiguste kaitsega seonduvalt ning leiti, et sisuliselt puudub jäätmevaldajal võimalus oma õigusi kaitsta olukorras, kus kohalik omavalitsus temale pandud kohustuste täitmiseks korraldab jäätmeveoteenuse osutaja leidmiseks oma haldusterritooriumil riigihankemenetluse ning annab edukaimale pakkujale kontsessiooni. Läbi nimetatud menetluse omandab edukas pakkuja selle kohaliku omavalitsuse territooriumil sisuliselt ainuõiguse mingil kindlal perioodil kokkulepitud tingimustel (sh ka tasu, mida maksab jäätmevaldaja) jäätmeveo teenust osutada. Jäätmevaldajatel ei ole sellises olukorras valikuõigust ning teenuse saamiseks tuleb neil sõlmida leping jäätmevedajaga.

Kunagi ei saa täielikult välistada võimalust, et hankemenetluse läbiviija on mingil põhjusel sõlminud teenuse osutamise lepingu mitte kõige sobivamatel tingimustel jäätmevaldaja jaoks. Teoreetiliselt võib rahulolematuse tekkida eelkõige näiteks juhul, kui jäätmeveoteenuse hind on ebamõistlikult kõrge või selles hinnas sisaldub näiteks mõne sellise teenuse või töö teostamine, mille rahastamise kohustus on hoopis kohalikul omavalitsusel. Sisuliselt võiks tekkida olukord, kus jäätmevaldaja maksaks jäätmeveo eest tasudes kinni ka tasu nende kohustuste eest, mille eest peaks tegelikult tasuma kohalik omavalitsus.

Pole kahtlustki, et selline olukord ei ole õiguspärane ning täiesti selge on ka see, et kõigi isikute õiguste kaitse peab olema riigi poolt tagatud.

RHS § 117 kohaselt võib pakkuja, taotleja või hankemenetluses osalemisest huvitatud isik vaidlustada hankija tegevuse, kui ta leiab, et RHS-i rikkumine hankija poolt rikub tema õigusi või kahjustab tema huvisid esitades riigihangete vaidlustuskomisjonile sellekohase vaidlustuse. Vaidlustuse esitajate ring on RHS-is piiratud üksnes hankemenetluses osalejate või osalemisest huvitatud isikutega ning kolmandatel isikutel, kelle õigused võivad olla

⁴² sama: p-d 64 ja 115

hankemenetluse tulemustest riivatud, puudub võimalus hankija tegevuse vaidlustamiseks. Eeltoodust tulenevalt on vaidlustuse esitamise võimalus piiratud väga kitsa isikute ringiga.

Seega sisuliselt on kontsessioonide puhul võimalik olukord, kus hankemenetluse kontekstis kolmandast isikust jäätmevaldaja ei saa suure tõenäosusega kaasa rääkida otsustusprotsessis, hankija tegevuse vaidlustamine on RHS-i kohaselt välistatud ning oma õiguste kaitseks oleks teoreetiliselt võimalik esitada vaid populaarkaebus kohtule. Kui aga jäätmevaldaja soov on üksnes maksta jäätmeveo eest mõistlikku hinda, siis on selline menetluslik käik ajaliselt ja materiaalselt kulukas ning suure tõenäosusega ei täidaks seetõttu oodatud eesmärki.

Kontsessiooni puhul peaksid teenuse lõpptarbija õigused olema kaitstud läbi riigihankemenetluse rangete nõuete ning menetluse aluseks olevate üldpõhimõtete rakendamise. RHS § 3 sätestab riigihangete korraldamise üldpõhimõtted, mis kohustavad muuhulgas hankijat kasutama rahalisi vahendeid säästlikult ja otstarbekalt saavutamaks riigihanke eesmärk mõistliku hinnaga, tagades erinevate pakkumuste võrdlemise teel parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhte. Küll aga ei ole iseenesest ülalviidatud olukordade tekkimine välistatud ning seetõttu võiks kõne alla tulla ka RHS § 117 õiguspärasuse küsimus. Ka mainitud nõustamispäringus viidati sätte võimalikule vastuolule põhiseadusega ning ühtlasi selle muutmise vajadusele.

Küsimusele, kas RHS-is vaidlustuse esitamise andmise võimalus kõigile võimalikele kolmandatele isikutele, kelle õigusi hankija tegevus võib rikkuda, oleks mõistlik ja vajalik, ei ole kindlasti täna ühest vastust olemas. Riigihangete seisukohalt ja arvestades vaidlustuskomisjoni tänast võimekust, tuleks pigem ehk asuda seisukohale, et sellise kaebeõiguse andmine ei oleks vajalik ning ei täidaks oodatud eesmärki. Seda eelkõige põhjusel, et täna kehtivad vaidlustuskomisjonile esitatava kaebuse riigilõivumäärad on üsna kõrged ning käivad üksikisikust jäätmevaldajale selgelt üle jõu. Seega peaks konkreetne õiguste rikkumine olema sedavõrd kaalukas, et õigustaks suure riigilõivu tasumise, ajakulu, esindajakulu ja võimalikud muud kulud. Tagamaks kaebeõiguse teostamise võimalikkus eeltoodud moel, tuleks muuhulgas kaaluda ka riigilõivumäärade olulist vähendamist.

Teiseks vajab põhjalikumat analüüsi vaidlustuskomisjoni võimekusega seonduv. Täna kolmeliikmelise koosseisuga ei ole enamate kaebuste korral suure tõenäosusega võimalik seaduses hetkel sätestatud ajalisel raamis otsuseni jõuda. Seega tuleb asuda otsima alternatiivseid lahendusi, mis võimaldaksid efektiivsemalt olukorrale reageerida. Esimese kaalutlusena tõusetub vaidlustuskomisjoni isikkoosseisu suurendamise küsimus ja sellele võiks korrespondeerida idee vaidlustuskomisjoni kui vahelüli kaotamisest ning selle praeguste funktsioonide üleandmisest halduskohtule. Nimetatud konkreetne muudatus vajab aga põhjalikku läbikaalumist ning kõigi kaasnevate mõjude hindamist.

Küsimusena tõusetub jäätmevaldajatele võimaldatava kaebeõigusega seonduvalt ka see, mil moel ja kas neil on võimalik üleüldse teada saada oma õiguste rikkumisest hankemenetluse käigus. Tavapärasele jäätmevaldajale saabub tõenäoliselt teadmine oma õiguste rikkumisest hetkel, kui on ära veetud esimene konteineritais jäätmeid ning selle eest saabub arve. Selleks hetkeks on praeguse regulatsiooni kohaselt tõenäoliselt möödunud kõik kaebuse esitamiseks antud tähtajad ning hankemenetluse käigus tehtud otsustusi ei ole võimalik enam vaidlustada. Seega ei vasta hetkel kehtiv regulatsioon eelkirjeldatud olukorrale ka teavitamise kohustuse ja kaebetähtaegade osas.

Arvestades selle konkreetse meetme rakendamiseks vajalike muudatuste mahtu ja maksumust oleks tõenäoliselt mõistlikum ja vähem kulukas jätkata toimiva süsteemiga. Küsitav on kogu eelneva valguses ka sellise kaebeõiguse andmise otstarbekus. Samas tuleb arvestada, et kontsessiooniga antakse jäätmevedajale teatud ajaks ja teatud tingimustel ainuõigus turul tegutsemiseks ning valikuvabadust ega ka võimalust hinna üle tingida ei ole teenuse tegelikul saajal, jäätmevaldajal RHS-i kohaselt mitte kuidagi võimalik.

Kokkuvõttes ei ole võimalik RHS-i § 117 kohe ja lihtsalt muuta, sellise kaebeõiguse tagamiseks ei piisa üksnes RHS-iga seotud väikesemahulistest muudatustest, vaid kogu võimalik muudatuste pakett vajab eelnevat laiapinnalisemat analüüsi ja mitmetahulisemat lähenemist. Selle eelduseks on loomulikult sellise kaebeõiguse vajaduse eelanalüüs ja positiivne tulemus.

3. Kokkuvõtte

Käesolev kirjatükk keskendus peamiselt Euroopa Kohtu seisukohtadele kontsessioonidega seoses. Põhjuseid, miks see nii on, leiab eelnevast tekstist. Tinglikult elame me hetkel ajal, kus kontsessioonidele pühendatud õigusruum on Euroopa tasandil läbimas uuenduskuuri ning eeldatavasti jõuame mõne aasta pärast ka Eestis sisuliselt täiesti uue, selgema ja ehk ka rakendatavama kontsessioonilepingute andmist puudutava regulatsioonini.

Küsimusele, kas detailsem siseriiklik regulatsioon ajendaks Eesti hankijaid kontsessioonilepinguid enam sõlmima, ei ole täna ühest vastust olemas. Mitmedki huvigrupid on väljendanud seisukohta, et kontsessioonide andmist ei kaaluta, kuna meie siseriiklik õiguslik regulatsioon vastavas valdkonnas on õhuke. Samas on aastatepikkune praktika õigusmaastikul näidanud ka vastupidist tendentsi, kus suurem õiguslik reguleeritus ei tähenda ilmtingimata selgust praktikute jaoks. Hetkel Euroopa Liidu Nõukogus toimuvate uute riigihankeid puudutavate direktiivi eelnõude läbirääkimiste valguses on mõistlik asuda kavandama siseriiklike huvigruppide diskussiooni ka kontsessioonide teemal. Kas ja millises mahus oleks vaja kontsessioone reguleerida? Kui suur on meie tänane õigusselgus või selgusetus selles valdkonnas? Arvestades, et Euroopa on pidanud vajalikuks vähemalt eelnõuna kehtestada kontsessioonide reguleerimiseks täiesti eraldiseisva õigusakti, kas ka Eesti võiks vajada täiesti eraldiseisvat kontsessioonide seadust?

Nendele küsimustele täna veel vastust ei ole ja õnneks on aega neil teemadel mõelda ja diskuteerida. Kindlasti on riigihangete maastikul ka selliseid küsimusi, millele üheseid või häid vastuseid olemas ei ole. Hea näitena võib välja tuua näiteks avaliku ja erasektori koostöö probleemkohad, millele on viidanud ka riigikontroll oma 03.aprilli 2012.a aruandes riigikogule⁴³. Aruandes analüüsis riigikontroll kohalike omavalitsuste ja erasektori avalike teenustega seotud koostööprojektide vastamist kehtivale õigusele, sh RHS-ile ning püstitas küsimuse ka nimetatud projektide läbipaistvusest. Sisuliselt hindas riigikontroll seda, kas kohalikud omavalitsused on selliste koostööprojektide puhul aru saanud asjaolust, et tegemist on sisuliselt averusprojektidega (*autori märkus*: avaliku- ja erasektori koostöö projektid), mille sõlmimisel peaks lähtuma lisaks kõigile teistele ka RHS-is kehtestatud reeglitest. Analüüsi käigus tuvastati näiteks, et 15 averusprojektist kümnel olid ehitustööde kontsessiooni tunnused ning kolmel juhul oli tegu teenuste kontsessiooniga.

⁴³ Riigikontrolli 03.04.2012 aruanne riigikogule teemal avaliku ja erasektori koostöö kohalikes omavalitsustes on leitav veebist aadressil <http://www.riigikontroll.ee/Auditeeritavaile/Audititeplan/L%C3%B5ppenudauditid/tabid/284/AuditId/168/laenguage/et-EE/Default.aspx>

Auditi järeldustes leidis riigikontroll, et kohalikud omavalitsused ei ole tihti avaliku ja erasektori koostööle esitatavatest nõuetest teadlikud ega analüüsi, kas projekti elluviimine koos erapartneriga on kõige otstarbekam viis projekti teostamiseks. Samuti tegi riigikontroll auditi valimi põhjal järelduse, et erapartneri valimine koostööks ei toimu läbipaistvalt.

Riigikontrolli kirjatükk teeb olulises mahus kriitikat ka tänase kehtiva õigusraamistiku kohta. Nimelt leitakse analüüsis, et kohalikud omavalitsused ei suuda selliste koostööprojektide puhul hoomata õigusraamistiku olemasolu, kuivõrd averust reguleerivad õigusaktid ei ole üheselt mõistetavad ja averuse teoreetiline käsitus ei ole selge ning seesuguseks koostööks puuduvad vajalikud juhtnöörid.

Suures osas tuleb riigikontrolli auditis viidatuga ka nõustuda. Meie täna kehtiv siseriiklik õigus kontsessioonide andmise ja averusprojektide kohta on suhteliselt õhuke, mis tõenäoliselt ei võimalda kohati adekvaatselt aru saada sellest, millist avaliku sektori koostööd tuleks käsitleda kontsessiooni andmise või averusprojektina ja millist mitte. Kummastav on aga asjaolu, kuidas avaliku sektori hankijad (sest üldjuhul on tegemist hankijatega RHS-i mõistes) mingi konkreetse erasektori osalusega projekti puhul unustavad kõik tavapäraselt soetustel rakendatavad reeglid ning asuvad oma plaane ellu viima ja soetusi korraldama ilma igasuguseid reegleid järgimata. Võimalik, et peamine probleemkoht on selles, et seaduses ei ole otsesõnu kirjas konkreetseid menetlusreegleid ning Euroopa õigusest aru saamine ja selle igapäevatoimingutes rakendamine on keeruline, kuid teisalt peaks igapäevaselt hankijana tegutsev üksus hoomama seda, kelle eest ja nimel tehakse otsuseid ning võetakse kohustusi ja millisest rahakotist tulevad summad konkreetse projekti teostamiseks. Ainuüksi neile küsimustele vastamine peaks tekitama avaliku sektori otsustajas järgmise mõtte korrektsetest menetlusreeglitest, läbipaistvusest ja konkurenttsist ning sealt edasi ka riigihangete üldpõhimõtetest ning RHS-is sätestatud reeglitest. Seda olenemata asjaolust, et RHS-i raamistik kontsessioonilepingute andmise või averusprojektide kohta ei ole just kõige mahukam.

Seda, kas meie siseriiklik maastik uute, loodetavasti selgemate ja täiuslikumate reeglite jõustudes aktiveerub ja korrastub, saame näha mõne aasta pärast. Vahepeal on ehk reeglite mõistmisel ja sisustamisel abiks ka käesolevast põgusast analüüsist. Kuni uute reeglite jõustumiseni tuleb aga kõigile kontsessioonide ja averusprojektidega kokkupuutuvatele inimestele soovida selget mõistust ja julgust olemasoleva õiguse rakendamisel.

Autorist:

Marilin Mihkelson on rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna nõunik.

Rahandusministeerium, detsember 2012