

Õigusarvamus

Avaliku ja erasektori koostöö (PPP) tehingute korraldamise kohta põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise DBFM-tüüpi (Design-Build-Finance-Maintain) PPP tehingu näitel

Kellele: Rahandusministeerium

Kellelt: Triin Kaurov, Indrek Kangur, Martin Tamme, Triinu Järviste, Katri Paas-Mohando, Advokaadibüroo TGS Baltic

Kuupäev: 25.11.2019, täiendatud 03.12.2019

TGS Baltic

AHTRI 6A, 10151 TALLINN, EESTI

estonia@tgsbaltic.com

+372 626 4300

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. ÕIGUSALASED UURIMISKÜSIMUSED	5
1.1. Millised muudatused või täiendused oleksid Eesti Vabariigi õigusaktides vajalikud (sh uute õigusaktide vastuvõtmine) PPP tehingute elluviimiseks, et paremini kaasata rahvusvahelisi pakkujaid?	5
1.1.1. <i>PPP mõiste</i>	5
1.1.2. <i>PPP õigussuhet reguleerivad õigusaktid Eestis</i>	7
1.1.3. <i>Eesti õigusaktide muutmise ning uute õigusaktide vastuvõtmise vajadus</i>	8
Riigihangete seadus	9
Probleem 1 – PPP tehingute ebaselge õiguslik raamistik	9
Probleem 2 – RHS-i kontsessioonilepingu regulatsiooni ebaselgus	12
Halduskoostöö seadus	13
Probleem – Halduskoostöö seaduse vastuolud RHS-iga	13
Riigivaraseadus	14
Probleem – Piirangud riigivara kasutusse andmisel PPP tehingute kontekstis	14
2. METODOLOOGILISED UURIMISKÜSIMUSED	15
2.1. Milline on optimaalne PPP tehingu korraldamise protsess tehingu kavandaja vaates?	15
2.1.1. <i>Projekti tuvastamine</i>	15
2.1.2. <i>Projekti ettevalmistamine</i>	16
2.1.3. <i>Projekti hange</i>	16
2.1.4. <i>Projekti täitmine</i>	18
2.2. Milliseid analüüse enne PPP tehingu kasuks otsustamist soovitatakse teha? Milline on nende analüüside valiku põhjendus ja analüüside metodika (<i>Value for Money, Public Sector Comparator</i> vmt)?	18
2.2.1. <i>Analüüside tegemise vajalikkus</i>	18
2.2.2. <i>EL liikmesriikide praktika</i>	19
Holland	19
Iirimaa	20
Läti	20
2.2.3. <i>Soovituslikud analüüsid Eestis enne PPP tehingu kasuks otsustamist</i>	21
Vajaduste analüüs	21

Majanduslik tasuvusanalüüs.....	21
Esialgne teostatavusuuring	22
Investeeringivalikute analüüs.....	22
Esialgne kvalitatiivne hinna ja kvaliteedi suhte analüüs	22
Turu-uuring	23
Avaliku- ja erasektori võrdlusuuring.....	23
Taskukohasuse analüüs	23
Fiskaalse riski hindamine	24
PPP projekti finantssuutlikkuse ja pangakõlblikkuse analüüs	24
Riskianalüüs	24
2.3. Milline on optimaalseim PPP tehingu organisatoorne kontseptsioon (PPP lepinguga otseselt ja kaudselt seotud osapooled)?	25
2.3.1. Avaliku sektori organisatoorne kontseptsioon	25
Hollandi PPP kompetentsikeskus.....	26
Iirimaa PPP kompetentsikeskus	27
Läti PPP kompetentsikeskus	27
Soovituslik avaliku sektori organisatoorne kontseptsioon Eestis	27
2.3.2. PPP tehingu kõigi osapoolte organisatoorne kontseptsioon	27
2.4. Milline on PPP tehingu lepingu kontseptsioon (lepingu struktuur ja liigendamine eri osadeks ning lisadeks, kohustuste ja riskide sisuline jagunemine osapoolte vahel)?	29
2.4.1. PPP lepingu riskijaotuse maatriks	30
2.4.2. PPP lepinguga hõlmatud teemad.....	32
2.5. Millised lepingutingimuste sõnastused on PPP tehingu valitsussektori arvestusest väljajäämiseks olulised?	33

SISSEJUHATUS

Eesti Vabariik, Rahandusministeeriumi kaudu ja Advokaadibüroo TGS Baltic (edaspidi **advokaadibüroo**) sõlmisid Rahandusministeeriumi korraldatud väikeostu tulemusena 18.10.2019 töövõtulepingu, mille objektiks on avaliku ja erasektori koostöö (PPP) tehingute korraldamise tingimuste ja juhendmaterjali koostamine põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise DBFM-tüüpi (*Design-Build-Finance-Maintain*) PPP tehingu näitel (edaspidi **leping**).

Lepingu kohaselt tuleb advokaadibürool läbi viia uuring, mille eesmärk on analüüsida Eesti Vabariigi õigusruumi ja majanduspoliitikaga sarnanevate Euroopa Liidu riikide (Holland ja Iirimaa) kogemust ja praktikat PPP projektide elluviimisel ning selle alusel koostada soovitusel ja juhendmaterjal Eesti Vabariigis valitsussektori väliselt teostatava põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise DBFM-tüüpi (*Design-Build-Finance-Maintain*) PPP tehingu ettevalmistamiseks. Selleks on vajalik läbi töötada nende riikide vastavaid õigusakte ja juhendmaterjale. Uuringu eeldus on, et nende riikide osas, mille õigusruum ja majanduspoliitika on Eestile sarnane, on sarnane ka sobiv PPP tehingute raamistik ja muud materjalid, mille alusel välja töötada Eestile sobivad analoogid.

Lepingu kohase uuringuga tuleb lahendada õigusalased uurimisküsimused¹ ja metodoloogilised uurimisküsimused² ning uuringu tulemusena tuleb advokaadibürool:

- 1) esitada hinnang Eesti Vabariigi tänaste õigusaktide sobivuse ja piisavuse kohta PPP projektide elluviimiseks koos konkreetsete soovitustega võimalike muudatuste tegemiseks.
- 2) esitada soovitusel Eesti õigusruumis maanteede ehitamise PPP tehingu optimaalse:
 - a. organisatsioonilise struktuuri kohta;
 - b. lepingu struktuuri kohta.
- 3) esitada Eesti õigusraamistikuga sobiv juhendmaterjal PPP tehingu kavandajale, mis sisaldab vähemalt:
 - a. viiteid rakendatavatele õigusaktidele ja võimalusel sätetele (kui PPP tehingule kohalduvad sätted on ülejäänud õigusaktist esiletõstatavad);
 - b. PPP tehingu algatamise, ettevalmistamise ja korraldamise protsessi samm-sammulist lühikirjeldust kaasatavate osapoolte, rollide ja protsessi käigus koostatavate analüüside ja dokumentide loeteluga;
 - c. loetelu analüüsides, mida enne PPP tehingu kasuks otsustamist teha koos soovitatava meetodika ja põhjendustega;

¹ Vastavalt väikeostu dokumendi lisale 2 on õigusalased uurimisküsimused järgmised: Millised muudatused või täiendused oleks Eesti Vabariigi õigusaktides vajalikud (sh uute õigusaktide vastuvõtmine) PPP tehingute elluviimiseks, et paremini kaasata rahvusvahelisi pakkujaid?

² Vastavalt väikeostu dokumendi lisale 2 on metodoloogilised uurimisküsimused järgmised: Milline on optimaalne PPP tehingu korraldamise protsess tehingu kavandaja vaates? Milliseid analüüse enne PPP tehingu kasuks otsustamist soovitatakse teha? Milline on nende analüüside valiku põhjendus ja analüüside meetodika (Value for Money, Public Sector Comparator vmt)? Milline on optimaalseim PPP tehingu organisatoorne kontseptsioon (PPP lepinguga otseselt ja kaudselt seotud osapooled)? Milline on PPP tehingu lepingu kontseptsioon (lepingu struktuur ja liigendumine eri osadeks ning lisadeks, kohustuste ja riskide sisuline jagunemine osapoolte vahel)? Millised lepingutingimuste sõnastused on PPP tehingu valitsussektori arvestusest väljajäämiseks olulised?

- d. valitsussektori arvestusest väljajäämiseks olulisi lepingutingimusi (näidissõnastusi), sh riskide jaotus;
- e. muid PPP tehingu eripärast tulenevaid soovitatavaid lepingu standardtingimusi.

Advokaadibüroo lähtub uuringu läbiviimisel ja uurimisküsimustele vastates lähteülesandes seatud eeldustest, mille kohaselt uurimisküsimustele peab vastama vähemalt ulatuses, mis hõlmab Eesti Vabariigis põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise DBFM-tüüpi (Design-Build-Finance-Maintain) PPP projekti arvestusega, et (edaspidi **eeldused**):

- a. investeering ei kajastu valitsussektori tasakaalarvestuses;
- b. vajalike kinnistute omandiküsimused on lahendatud enne tehingu sõlmimist;
- c. keskkonnamõjude hindamine on tehtud riigi poolt;
- d. eelprojekt on tehtud riigi poolt;
- e. tee kasutamise eest sõidukijuhtidelt tasu ei võeta;
- f. investeeringu maksumus on alates 30 miljonist eurost.

Rahandusministeeriumi ja advokaadibüroo esindajate vahel toimus 22.10.2019 kohtumine, kus lepidi kokku, et advokaadibüroo töö tulemusena valmib eraldi kaks dokumenti – õigusarvamus ja PPP projekti juhend. Õigusarvamus vastatakse ülal viidatud õiguslastele ja metodoloogilistele uurimisküsimustele ning antakse hinnang ja soovitused Eesti Vabariigi tänaste õigusaktide sobivuse ja piisavuse kohta PPP projektide elluviimiseks. PPP projekti juhend kujutab endast juhendmaterjali PPP tehingu kavandajale ja läbiviijale. PPP juhend on koostatud käesoleva õigusarvamuse lisana ning kuulub õigusarvamuse juurde, kuid on mõeldud ka iseseisvaks kasutamiseks.

Alljärgnev õigusarvamus käsitleb vaid selle koostamise ajal kehtinud Eesti õigust. Õigusarvamuse sisu on piiritletud etteantud teemaga ning tööülesandes kirjeldatud eeldustega ning ühtegi alljärgnevalt avaldatud arvamust ei tohi tõlgendada laiendavalt. Õigusarvamus ei sisalda käesoleva teema kõikehõlmavat analüüsi, hinnatud on asjaolusid, mida oleme pidanud Rahandusministeeriumi jaoks püstitatud uurimisküsimustega seoses oluliseks. Õigusarvamus on võrdlusena käsitletud teiste riikide, sh Lirimaa, Hollandi ja Läti PPP-de õiguslikku regulatsiooni ja praktikat, kuid arvestades lähteülesannet ei ole õigusarvamuse koostajate ülesandeks olnud anda hinnanguid teiste riikide õigusele.

1. ÕIGUSALASED UURIMISKÜSIMUSED

1.1. Millised muudatused või täiendused oleksid Eesti Vabariigi õigusaktides vajalikud (sh uute õigusaktide vastuvõtmine) PPP tehingute elluviimiseks, et paremini kaasata rahvusvahelisi pakkujaid?

1.1.1. PPP mõiste

1. Eestis kehtivad õigusaktid ei anna ühest mõistet definitsioonile averus ehk avaliku- ja erasektori koostööle (*public and private partnership* - PPP) (edaspidi **PPP**). Ometigi on PPP tehinguid reguleerivate õigusaktide ringi tuvastamiseks vajalik määratleda, millised õiguslikud suhted selle mõiste alla mahuvad.
2. Kehtivad õigusaktid, sh riigihangete seadus³ (edaspidi **RHS**) ei sisalda ega ava PPP mõistet, kuigi riigihangete seadus, mis kaotas kehtivuse 1. septembril 2017. aastal⁴ (edaspidi **2007 RHS**) sellist definitsiooni sisaldas.⁵ Eelnevast võib järeldada, et Eesti seadusandja ei ole säärast defineerimist oluliseks pidanud ning PPP mõiste avamiseks tuleb pöörduda teiste allikate juurde.
3. PPP projekti mõistet on näiteks defineeritud Raamatupidamise Toimkonna juhendis RTJ 17 „Avaliku ja erasektori partnerlusprojektid“ ning selle kohaselt on PPP projektid sellised lepingul tuginevad pikaajalised koostööprojektid avaliku sektori üksuse ja erasektori üksuse vahel, mille kohaselt:
 - 1) erasektori üksus:
 - a. ehitab, renoveerib või soetab spetsiaalselt antud projekti eesmärgil loodava vara (PPP vara); ja
 - b. osutab kokkulepitud ulatuses ja kvaliteediga teenuseid, mis tuginevad loodud vara kasutusel;
 - 2) avaliku sektori üksus on põhiliseks erasektori üksuse poolt osutatavate teenuste ostjaks.
4. Rahvusvahelises praktikas võib kõige laiemas mõttes PPP mõiste sisustamisel tugineda Majanduskoostöö ja Arengu Organisatsiooni (OECD) määratlusele, mille kohaselt avaliku ja erasektori partnerluse all tuleb mõista valitsuse ja erasektori partneri pikaajalist lepingut, mille raames viimane pakub ja rahastab oma kapitali kasutades avalikke teenuseid ning millega seonduvad riskid jagatakse.⁶ Selguse huvides tuleb siin märkida, et EL riigihanke direktiividest (vt definitsioon all punktis 10) ei tulene siiski, et hankelepingu või kontsessioonilepingu esemeks peaksid olema avalikud teenused, nagu sellele viitab OECD määratlus. Seega ei tuleks PPP-sid piiritleda kitsamalt lähtudes „avalike teenuste“ rahastamise kriteeriumist.

³ Riigihangete seadus, RT I, 01.07.2017, 1; RT I, 13.03.2019, 145.

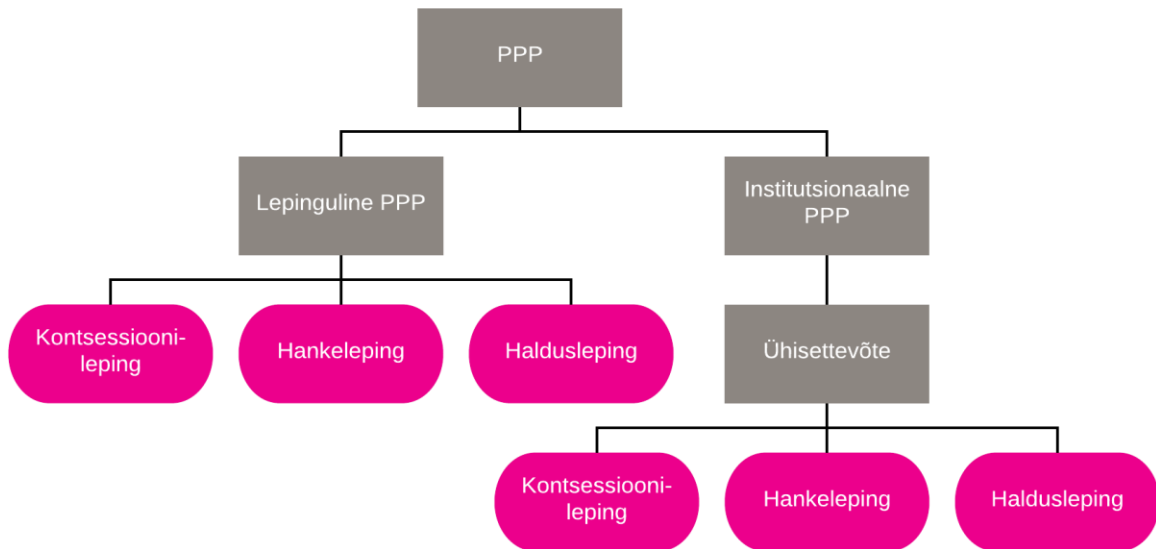
⁴ Riigihangete seadus (2007), RT I 2007, 15, 76; RT I, 25.10.2016, 20.

⁵ 2007 RHS § 6¹ kohaselt oli avaliku ja erasektori koostöö 2007 RHS tähenduses 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, oskusteavet, kogemust; 4) hankija ja pakkuja jagavad koostöö vastutust ning riske.

⁶ OECD, „Principles of Public Governance of Public-Private Partnerships“, 2012.

5. Lähtuvalt sellisest määratlusest, võime Eesti õiguse kohaselt paigutada PPP mõiste alla järgnevad õigussuhted:

PPP õigussuhted



6. Seega jagunevad PPP-d kõige laiemas mõttes lepingulisteks ning institutsionaalseteks (ühisettevõttel põhinevaks).
7. Lepingulised PPP-d jagunevad omakorda: 1) kontsessioonilepinguteks (RHS § 4 p 13); 2) hankelepinguteks (va kontsessioonilepingud) (RHS 2. peatükis sätestatud korras hankemenetluse tulemusena sõlmitud hankelepingud) ning 3) halduslepinguteks (HKTS⁷ 2. peatükk ja HMS⁸ § 95). Kontsessioonilepingu ja hankelepingu kõrval on joonisel märgitud kolmanda lepinguliigina HKTS mõttes ainult haldusleping, sest eeldame, et tavapäraselt PPP maksumust arvestades on riigi huvi ja tahe sõlmida vaid avaliku ülesande üleandmiseks haldusleping, mitte aga tsiviilõiguslik leping, mida iseenesest samuti HKTS teatud juhtudel võimaldab. Halduslepinguks kvalifitseerub avalike ülesannete täitmise tagamiseks sõlmitud leping juhul, kui lepinguga on eraõiguslikule isikule antud võimu volitusi või kui leping reguleerib kolmandate isikute subjektiivseid avalikke õigusi.⁹ Selgitavalt märgime ka, et kuigi lepinguliste PPP-de all välja toodud lepingute puhul on tegemist eriliigiliste lepingutega, siis nii kontsessioonilepingud kui ka hankelepingud võivad olla samal ajal käsitletavad halduslepinguna, kui nende raames antakse üle riigi ja kohaliku omavalitsuse avaliku halduse ülesanne. Märgime, et kohtupraktika ei ole ühtne halduslepingu eristamisel eraõiguslikust lepingust – nii on näiteks kuni 30.06.2015 kehtinud ehitusseadustiku (edaspidi **ES**) § 13 alusel

⁷ Halduskoostöö seadus, RT I 2003, 20, 117; RT I, 19.03.2019, 115.

⁸ Haldusmenetluse seadus, RT I 2001, 58, 354; RT I, 13.03.2019, 55.

⁹ Haldusmenetluse seaduse § 95 kohaselt on haldusleping kokkulepe, mis reguleerib haldusõigussuhteid. Delegeerimislepingu kui halduslepingu ühe liigi alusel saab üle anda selliseid avalikke ülesandeid, mis 1) ei eelda võimuvolitusi (nn avalikud teenused); 2) eeldavad täidesaatva riigivõimu volituste olemasolu. Vt. A. Aedma jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu Ülikooli Kirjastus 2004.

sõlmitavat lepingut teede või tehnovõrkude ja -rajatiste ehitamiseks peetud kord tsiviilõiguslikuks, kord haldusõiguslikuks, kuigi erasektori partnerile üle läinud ülesanded ise on võrreldavad.¹⁰ Riigikohtu praktikas on ES § 13 alusel sõlmitud lepingut peetud halduslepinguks. Mis on „avaliku ülesande üleandmine“ ja mis „avaliku võimu volitus“, ei ole seega kohtupraktikas üheselt selge.

8. Lepingulistest PPP-dest valdava enamuse moodustavad kontsessioonilepingud. Euroopa Liidu tasandil on leitud, et ligikaudu 60% kõikidest PPP tehingutest kvalifitseeruvad kontsessioonilepinguteks.¹¹ PPP mõistest nähtuvalt sisaldab PPP õigussuhe endas alati riski jagamise komponenti erasektoriga, kuid mitte alati ei ole tegemist olukorraga, kus äririsk läheks üle erasektorile. Just sellistel juhtudel on tegemist küll PPP õigussuhtega, kuid erapartneri leidmine ja lepinguline regulatsioon allub nn. tavalise hankelepingu omale. Kontsessioonilepingute ja hankelepingute eristamine on praktikas keeruline, sest sõltub äririski ülemineku hinnangust, mida tehakse projektipõhiselt. Võttes arvesse, et RHS 2. peatükis sätestatud korras hankemenetluse tulemusena sõlmitud hankelepingu ehk nn tavalise hankelepingu hankimise tingimused RHS kohaselt on rangemad kui kontsessioonilepingu hankimise omad, siis võib olukordades, kus äririski ülemineku hindamine on problemaatiline, olla otstarbekam lähtuda tavalise hankelepingu hankimise tingimustest.¹²
9. Institutsionaalsete PPP tehingute puhul asutavad avaliku ja erasektori esindajad ühise ettevõtte, mis allub eeskätt äriseadustiku¹³ regulatsioonile, kuid mille osas omab tähtsust ka riigivara seadus¹⁴ (edaspidi **RVS**), mis reguleerib riigi osalemist äriühingus. Institutsionaalse PPP tehingu korral sõlmib avalik sektor vastavalt konkreetse PPP tehingu iseloomule PPP projekti elluviimiseks ühe ülal lepinguliste PPP-de juures viidatud, lepingu erasektori partneriga. Institutsionaalset PPP-d tuleks eelistada juhul, kui avaliku sektori partner soovib omada suuremat kontrolli PPP tehingu täitmise ja haldamise üle ning osaleda asutatud äriühingu juhtimises. Sellisel juhul jagunevad tavaliselt PPP tehingu riskid, tulud ja kahjum proportsionaalselt osalusega ühissetevõttes.¹⁵ Arvestades, et käesoleva õigusarvamuse eeldustest lähtuvalt on relevantne just lepinguline PPP struktuur, mistõttu keskendub õigusarvamus eelkõige lepingulise PPP analüüsile.

1.1.2. PPP õigussuhet reguleerivad õigusaktid Eestis.

10. Lähtuvalt ülal punktides 3-1) toodud PPP mõistest on olulisemad Eestis PPP õigussuhet reguleerivad õigusaktid järgmised:

¹⁰ Haldusleping Eesti kohtupraktikas. Kohtupraktika analüüs. – Riigikohus. Õigusteabe osakond. Tartu: 2010, RKHK 29.10.2004 otsus nr 3-3-1-35-04, 20.10.2003 otsus nr 3-3-1-64-03, HarjuMKo 20.10.2008 ning TlnRK 23.04.2008 otsused tsiviilasjas nr 2-08-7134, HarjuMKo 17.01.2008 otsus tsiviilasjas nr 2-07-7510.

¹¹ *European Commission, MEMO, Brussels, 15 January 2014, Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession Contracts – Frequently Asked Questions.*

¹² *EPEC, PPPs and Procurement Impact of the new EU Directives*, 2016, lk 18-19.

¹³ Äriseadustik, RT I, 28.02.2019, 10.

¹⁴ Riigivara seadus, RT I, 29.06.2018, 44.

¹⁵ *Ministry of Finance, Republic of Latvia*. Kättesaadav internetis: <https://www.fm.gov.lv/en/s/ppp/>

Nr.	Õigusakt	Lühidalt PPP reguleerimisala
1.	Riigihangete seadus (RHS)	Reguleerib kontsessioonide korraldamist. Võtab mh. Eesti õiguskorda üle Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta (edaspidi kontsessiooni direktiiv) ning Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta (edaspidi riigihanke direktiiv).
2.	Riigivaraseadus (RVS)	Reguleerib riigivara valitsemist, sh kasutusse andmist lepingulistel ja ühinguõiguslikel alustel.
3.	Halduskoostöö seadus (HKTS)	Reguleerib füüsilistele ja juriidilistele isikutele riigi ja kohaliku omavalitsuse avaliku halduse ülesannete iseseisvaks täitmiseks volitamise tingimusi ja korda.
4.	Haldusmenetluse seadus (HMS)¹⁶	Reguleerib halduslepingu sõlmimise menetluse korda.
5.	Riigieelarve seadus (RES)¹⁷	Reguleerib riigiasutuste poolt kohustuste võtmist.
6.	Eesti Vabariigi põhiseadus (PS)¹⁸	Reguleerib riigilaenude tegemise ja riigile muude varaliste kohustuste võtmise korda.

11. Lisaks ülal tabelis loetletud õigusaktidele omavad PPP õigussuhetes tähtsust alamaktidena ka määrused.¹⁹ Samuti omab tähtsust institutsionaalsete PPP suhete puhul eeskätt äriseadustik. Kuna aga selliste õigusaktide relevantsus PPP suhete reguleerimisel on teisene, siis ei ole neid peamiste õigusaktidena ülal toodud tabelis märgitud.

1.1.3. Eesti õigusaktide muutmise ning uute õigusaktide vastuvõtmise vajadus

12. Analüüsime, kas ja kuidas Eestis PPP õigussuhteid reguleerivaid õigusakte täiendada, muuta või kas tuleks vastu võtta uusi õigusakte, tuleb esmalt tähelepanu pöörata Euroopa Liidu õiguse prevaleerimise põhimõttele²⁰ ja esmasest õigusest tulenevale lojaalsuskohustusele, mille kohaselt

¹⁶ Haldusmenetluse seadus, RT I, 13.03.2019, 55.

¹⁷ Riigieelarve seadus, RT I, 07.07.2017, 40.

¹⁸ Eesti Vabariigi põhiseadus, RT I, 15.05.2015, 2.

¹⁹ Vt Rahandusministri 04.02.2016 määrus nr 9 "Riigi eelarvestrateegia ja ministeeriumi valitsemisala eelarve projekti koostamise ning riigieelarve vahendite ülekandmise kord" ja Vabariigi Valitsuse 13.12.2005 määrus nr 302 "Strateegiliste arengukavade liigid ning nende koostamise, täiendamise, elluviimise, hindamise ja aruandluse kord."

²⁰ EK C-6/64; EK C-11/70.

riigisisese õiguse sisustamisel ei saa jätta Euroopa Liidu riigihankeõiguses sätestatud arvestamata ega võtta riigisisese õigusega Euroopa Liidu õiguselt tema õigusjõudu.²¹

13. Seega siseriiklike õigusaktide muutmise või täiendamise juures tuleb alati silmas pidada piiranguid, mis tulenevad Euroopa Liidu õigusaktidest. Eestis peamisena PPP õigussuhteid reguleeriv RHS põhineb Euroopa Liidu ja Nõukogu direktiividel²², millest nii kontsessiooni kui ka riigihanke direktiiv seavad konkreetset raamid, millises ulatuses saame rääkida siseriikliku õiguse muutmise võimalikkusest PPP-dega seonduvalt. Olgu selguse huvides ära märgitud, et Euroopa Liidu riigihankereeglite mõjusfääri langeb leping kahel juhul, esiteks kui RHS-i alusel sõlmitava PPP lepingu eeldatav maksumus ületab rahvusvahelist piirmäära²³ või teiseks siis, kui lepingu eeldatav maksumus jääb allapoole rahvusvahelist piirmäära, kuid sellele vaatamata on lepingu suhtes piiriülene huvi.²⁴ Käesoleva õigusarvamuse eeldustest lähtuvalt on lepingu eeldatav maksumus igal juhul üle rahvusvahelise piirmäära. Seega alljärgnevalt õigusaktide muutmise ning uute õigusaktide vastuvõtmise vajaduse analüüsi juures on viidatud vaid sellistele muudatustele ja täiendustele, mis on võimalikud viidatud direktiivide kohaselt.
14. Lisaks eelnevale, oleme õigusarvamuses toodud muudatusettepanekute ühe alusena tuginenud AS PricewaterhouseCoopers Advisors 2016. aastal läbi viidud „Uuring avaliku ja erasektori koostööprojektide (PPP) raamistiku loomiseks“ lõpparuandes²⁵ (edaspidi **PwC uuring**) välja toodud muudatusettepanekutele, mis on asjakohased õigusarvamuse eeldusi silmas pidades. Oleme analüüsinud, kas PwC uuringus nimetatud soovitustega on käesoleva õigusarvamuse koostamise seisuga arvestatud või kui mitte, siis, kas need on endiselt relevantid.

Riigihangete seadus

Probleem 1 – PPP tehingute ebaselge õiguslik raamistik

15. PwC uuringust nähtub, et PPP tehingute sõlmimist takistab oluliselt ebaselge ja ebaühtne õigusraamistik.
16. PwC uuring oli läbi viidud ajal, mil kehtis veel 2007 RHS ning koostatud oli eelnõu uue riigihangete seaduse vastu võtmiseks. PwC uuringus leiti, et PPP projektide arengule aitaks kaasa, kui eelnõu Riigikogus seadusena vastu võetak. Käesoleva õigusarvamuse koostamise ajaks on uus riigihangete seadus (RHS) vastu võetud ja jõustunud ning seega täidetud PwC uuringus antud soovitus.
17. Tulenevalt asjaolust, et RHS võtab siseriiklikusse õigusesse üle kontsessioonidirektiivi sätted, on kontsessioonide korraldamise regulatsioon Eestis muutunud märksa selgemaks võrreldes 2007 RHS-iga. Varasemalt olid kehtestatud menetlusreeglid ainult ehitustööde kontsessioonilepingute sõlmimisele ning teenuste kontsessioonilepingute sõlmimist ükski siseriiklik ega Euroopa Liidu

²¹ RHS eelnõu (450 SE I) seletuskiri, lk 22.

²² Vt täpsemalt RHS aluseks olevate EL õigusaktide loetelu:

<https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/oigusaktid/euroopa-liidu-oigusaktid>

²³ Vt piirmäärade kohta täpsemalt RHS § 14.

²⁴ RHS eelnõu (450 SE I) seletuskiri, lk 22.

²⁵ AS PricewaterhouseCoopers Advisors. Uuring avaliku ja erasektori koostööprojektide (PPP) raamistiku loomiseks, Lõpparuanne. 13. oktoober 2016.

õigusakt ei käsitletud. Kontsessioonidirektiivis on aga kontsessioonilepingute (st nii ehitustööde kontsessiooni ja teenuste kontsessiooni) sõlmimine viidud ühtsete menetlusreeglite alla ning selliselt võtab need sätted üle ka RHS.²⁶ Sellest aspektist loob kehtiv õiguskord ka PPP tehingute vaates rohkem selgust võrreldes varasemaga.

18. Vaatamata eelnevale võib endiselt, vähemalt põhimõttelisel tasandil, asuda seisukohale, et PPP tehingute regulatsioon on killustunud erinevate õigusaktide vahel (vt ülal punktid 10-11). Siiski tuleb arvestada, et valdav enamus PPP tehinguid kvalifitseeruvad kontsessiooniks või tavapäraseks hankelepinguks, mille menetlusreeglid on selgelt ja arusaadavalt Eestis koondunud RHS-i. Rahvusvaheliste pakkujate vaatepunktist tuleb eelnevat pidada samuti positiivseks, sest Eestis kontsessioonimenetluses pakkumust esitades tuleb lähtuda ühest õigusaktist, mis on kooskõlas kontsessioonidirektiiviga ehk eksisteerib kindlus, et Eestis kehtivad sisuliselt samad reeglid nagu kõikides teistes Euroopa Liidu liikmesriikides.
19. Rahvusvaheliselt eksisteerib praktika, kus ainuüksi PPP projektide läbiviimiseks on vastu võetud eriseadus (nn PPP seadus) – nii on see näiteks Belgias, Itaalias, Poolas, Portugalis ja Hispaanias. Siiski ei ole PPP seaduse vastuvõtmist peetud eraldiseisvaks PPP tehingute õigusraamistiku arengu eelduseks.²⁷
20. Lätis on samuti paralleelselt olemas nii riigihangete seadus kui ka eraldi PPP seadus. Kuigi ühe põhjendusena, miks 2009. aastal eraldiseisev PPP seadus vastu võeti, võib näha poliitilist soovi elavdada PPP tehingute turgu, siis pigem oli selle põhjuseks juba välja kujunenud õiguslik raamistik, kus riigihangete seaduse kõrval eksisteeris kontsessioonide seadus, mida omakorda oli loogiline muuta PPP tehinguid reguleerivaks eriseaduseks. Lätlaste PPP eriseadus võtab nende siseriiklikusse õiguskorda üle ka viimase EL kontsessiooni direktiivi. Selline dualistlik lähenemine on tekitanud olukorra, kus riigihangete seadusel ja PPP eriseadusel on kattuvaid regulatsioone (nt vaidlustusmenetluse osa, pakkujate kõrvaldamise osa, majandusliku ja finantsseisundi osa, tehnilise ja kutsealase pädevuse osa). Võib eeldada, et sellise kattuvuse vältimine on olnud üheks põhjuseks, miks Eesti seadusandja on otsustanud kontsessioonidirektiivi üle võtta RHS-is ning mitte luua eriseadust. Samas saab Läti PPP seaduse positiivse poolena välja tuua selge regulatsiooni institutsionaalsete PPP tehingute osas, mis Eestis sellisel kujul tänasel päeval puudub. Eestis leiab ühisettevõtte loomist reguleerivaid sätteid RVS-is, kuid sealne regulatsioon ei ole selgelt mõeldud rakendamiseks PPP tehingute kontekstis. Seega võib asuda seisukohale, et Eestis puudub asjakohane selge regulatsioon institutsionaalsete PPP tehingute läbiviimiseks – eelkõige osas, mis puudutab tingimusi, kuidas ja millist protseduuri järgides selline ühisettevõtte luua. Eelnev ei tähenda siiski, et Eestis ei ole võimalik institutsionaalseid PPP tehinguid läbi viia, vaid et institutsionaalse PPP lepingu avaliku sektori üksusel on suurem vabadus vastavate protseduurireeglite loomisel, st PPP hanketingimuste kujundamisel tuleb sätestada ka ühisettevõtte loomise tingimused. Sealjuures tuleb selliste konkreetsete institutsionaalsete PPP projektide protseduurireeglite loomisel silmas pidada, et vastuollu ei mindaks RHS-i ja RVS-i sätetega. See omakorda võib praktikas kahandada avaliku sektori valmidust institutsionaalsete PPP lepingute hankimiseks.

²⁶ RHS eelnõu (450 SE I) seletuskiri, lk 1.

²⁷ *European PPP Expertise Centre (EPEC)*. Kättesaadav internetis: <https://www.eib.org/epec/g2g/annex/2-legal-frameworks/index.htm>

21. Käesolevas õigusarvamuses peamiselt kasutatavate võrdlusriikide – Hollandi ja Iirimaa, näited annavad kinnitust, et eraldiseisva PPP seaduse vastuvõtmine ei ole tingimata vajalik PPP tehinguid soosiva õigusraamistiku loomisel. Nii Holland kui ka Iirimaa on EL-i ühed aktiivsemad PPP tehingute kasutajad.²⁸ Sealjuures Hollandis aga puudub eriseadusena PPP seadus²⁹, kuid Iirimaaal selline seadus jällegi eksisteerib.³⁰ Seega ei saa üheselt järeldada, et PPP eriseadus on eeltingimuseks PPP tehinguid soosiva õigusraamistiku loomisel.
22. Eeltoodust tulenevalt ei ole mitte eriseadus üksinda eelduseks PPP tehinguid soosiva õigusraamistiku loomisel, vaid oluline on suuremas plaanis vajaliku teabe (*know-how*) olemine ning piisavad õiguslikud meetmed selle teabe rakendamiseks PPP projektide elluviimisel. Paljud riigid on leidnud, et vajalik on mingil kujul tsentraalne koordineerimine ja spetsialistide olemasolu riiklike või piirkondlike PPP projektide elluviimiseks. See suhestub vajadusega mehhanismide järele, mis võiksid aidata tagada, et PPP projektide sektoriülesed ja laiemad poliitilised mõjud oleksid teadvustatud ja arusaadavad PPP projektide reaalsele läbiviijatele. Näiteks võib tuua PPP projektide raamatupidamisliku arvestuse valitsuse tasandil, pikaajaliste kohustuste täitmise ja jälgimise, eelseisvate projektide teadvustamise ja avaldamise ning PPP turu kujundamise. Vähetõenäoline on, et sellised laiapõhjalised teemad oleksid kaetud konkreetse valdkonna ministereeriumi ja konkreetse PPP projekti läbiviija poolt.³¹
23. Eelnevale tuginedes on käesoleva õigusarvamuse autorid seisukohal, et Eestis kehtivad õigusaktid on piisavad edukate PPP projektide läbi viimiseks (vajalikuks võib pidada siiski mõningaid täpsustusi kehtivates õigusaktides – vt all punktid 24-33), kuid puudub piisav teadlikkus valdkonnast, mis pärsib PPP projektide läbiviimist. Teadlikkuse tõstmiseks ning PPP tehinguid soosiva turu arenguks on soovitatav ka Eestis keskse PPP kompetentsikeskuse loomine. Hollandi ja Läti näitel peame sobivaimaks lahenduseks sellise kompetentsikeskuse loomist Rahandusministeeriumi juurde (vt selles osas lisaks all punktid 81 ja 83-85). Selline kompetentsikeskus ei peaks aga hakkama valdkonna arendamisega Eestis pihta nõ nullist, vaid soovituslik oleks liituda mõne rahvusvahelise PPP kompetentsikeskusega nagu näiteks *European PPP Expertise Centre* (EPEC). EPEC-il on hetkel 41 liiget, sealhulgas Euroopa Investeeringuspank ja Euroopa Komisjon, samuti kuuluvad sinna nii Holland, Iirimaa kui ka Läti.³²

Soovitus:

- 1) **Eestis kehtivad õigusaktid on piisavad edukate PPP projektide läbiviimiseks ning puudub vajadus eriseadusena välja töötada PPP tehinguid reguleeriv seadus.**
- 2) **Lua PPP kompetentsikeskus Rahandusministeeriumi juurde.**
- 3) **Astuda *European PPP Expertise Centre* liikmeks ja koondada Eesti kompetentsikeskuse juurde PPP projektidega seonduv teave, sh juhendmaterjalid.**

²⁸ *EPEC data portal*, kättesaadav internetis: <https://data.eib.org/epec>; Vt ka Avaliku ja erasektori partnerlus ELis: palju puudusi ja vähe kasu. Euroopa Kontrollikoja eriaruanne. ET 2018 nr 09, lk 42.

²⁹ *PPP Standards*. Kättesaadav internetis: <http://pppstandards.org/netherlands/>

³⁰ *State Authorities (Public Private Partnership Arrangements) Act, 2002*.

³¹ *Establishing and Reforming PPP Units Analysis of EPEC Member PPP Units and lessons learnt*, lk 19.

³² *European PPP Expertise Centre*, kodulehekülj seisuga 23.11.2019. Kättesaadav internetist: <https://www.eib.org/epec/index>

Probleem 2 – RHS-i kontsessioonilepingu regulatsiooni ebaselgus

24. PPP tehingute selge õigusraamistiku eelduseks on üheselt mõistetav ning vastuoludeta regulatsioon. RHS-i kontekstis saab välja tuua kaks aspekti kontsessioonilepingute menetlusreeglite juures, mis eeltoodu valguses vajaksid täiendamist – esiteks alusdokumente puudutav regulatsioon (RHS § 138) ning teiseks kontsessioonilepingu vaidlustamistähtaegadega seonduv (RHS § 189).
25. Kontsessioonidirektiiv sisaldab mitmeid viiteid sellele, milline peab olema kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses koostatav alusdokumentatsioon.³³ Eesti seadusandja on vastava regulatsiooni üle võtnud RHS §-des 138-141. RHS § 138 lg 1 kohustab hankijat kontsessioonilepingu sõlmimiseks riigihanke alusdokumentide koostamisel, esitamisel ja muutmisel lähtuma RHS §-des 77, 81 ja 82 sätestatust. Sealjuures ei ole aga hankijal võimalik täies ulatuses RHS §-s 77 sätestatud järgida tulenevalt kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse erireeglitest, mis on sätestatud RHS 4 peatüki 2. jaos (osas, mis puudutab tehnilise kirjelduse koostamist ja pakkumuste hindamise reegleid). Riigihangete seaduse kommenteeritud väljaandes on antud soovitus täiendada RHS § 138 lg 1 sõnastust viitega, et RHS § 77 sätestatud tuleb kohaldada vaid ulatuses, milles ei ole teisiti sätestatud RHS 4 peatüki 2. jaos.³⁴ Sellist muudatusettepanekut tuleb pidada mõistlikuks ning seda toetavad ka käesoleva õigusarvamuse autorid.
26. 07.03.2019 riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõu väljatöötamise kavatsuse kohaselt (edaspidi **VTK**) ei sätesta RHS, mis on vaidlustuse esitamise tähtaeg riigihanke alusdokumendi peale sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses või kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses. Vaidlustusmenetluses on jõutud erinevate tähtaegadeni sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses 10 päeva või 5 päeva ning kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses 5 päeva. Kuna praegune olukord tekitab õigusselgusetust ning takistab kaebeõiguse rakendamist, on tegemist kitsaskohaga, mida seadusandja peaks regulatiivse meetmega lahendama.³⁵ Sellist muudatusettepanekut tuleb pidada mõistlikuks ning seda toetavad ka käesoleva õigusarvamuse autorid. Tähtaja määramisel tuleks lähtuda riigihangete vaidlustuskomisjoni 23.03.2018 otsusest asjas nr 45-18/195081, mille kohaselt tuleks ka kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses esitada vaidlustus alusdokumendi peale lähtudes RHS § 189 lõikes 2 punktis 2 sätestatud tähtajast.

Soovitus:

- 1) **Täiendada RHS § 138 lg 1 sõnastust viitega, et RHS § 77 sätestatud tuleb kohaldada vaid ulatuses, milles ei ole teisiti sätestatud RHS 4 peatüki 2. jaos;**
- 2) **Võtta vastu VTK-s sätestatud ettepanek vaidlustamistähtaja kohta, täpsustades RHS § 189 lõikes 2 sätestatud nii, et seal toodud tähtaegadest tuleb lähtuda ka kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses.**

³³ M.A. Simovart, M.Parind, Riigihangete seadus, Kommenteeritud väljaanne, 2019, § 138, komm 1.

³⁴ M.A. Simovart, M.Parind, Riigihangete seadus, Kommenteeritud väljaanne, 2019, § 138, komm 6 ja 7.

³⁵ 07.03.2019 Riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõu väljatöötamise kavatsus, lk 33.

Halduskoostöö seadus

Probleem – Halduskoostöö seaduse vastuolud RHS-iga

27. Halduskoostöö seadus reguleerib RHS-iga osaliselt kattuvaid õigussuhteid, mistõttu eelkõige RHS-i valguses tõstatatud probleem regulatsiooni ebaselgusest ja ebaühtlusest on relevantne ka halduskoostöö seaduse puhul. Siinkohal tuleb aga märkida, et PPP-de kontekstis on see relevantne vaid määral, mil PPP käigus võib olla tegemist haldusülesande üleandmisega. Olukordades, kus haldusülesande täitmiseks volitamisel sõlmitakse tsiviilõiguslik leping³⁶, ei kuulu halduskoostöö seadus kohaldamisele (HKTS § 1 lg 3). Seoses HKTS-iga on ka seletuskirjas RHS-i eelnõu juurde viidatud, et kahe konkureeriva normistiku olemasolu tekitab küsimuse sellise lahenduse õigusselgusest ja otstarbekusest.³⁷
28. Lähtudes käesoleva õigusarvamuse eesmärgist analüüsida PPP menetlust Eestis tervikuna, siis peame vajalikuks rõhutada RHS eelnõu seletuskirjas käsitletud järgmisi probleeme seoses HKTS-i vastuoludega RHS-i sätetega ning viimase aluseks olevate EL direktiividega.³⁸
- 1) HKTS § 13 lg 1 näeb ette, et halduslepingu sõlmimisel juhendatakse RHS-is teenuste hankelepingu sõlmimise tingimustest ja hankemenetluse läbiviimise korrast. Samas on HKTS-i alusel sõlmitud mitmeid lepinguid, mis vastavad hoopiski teenuste kontsessiooni tunnustele, kuid tuleks HKTS-i kohaselt sõlmida lähtudes RHS-i teenuste hankelepingu sõlmimise tingimustest ja hankemenetluse läbiviimise korrast. Siinkohal osundame, et ka PPP projekti puhul võib olla tegemist hankelepingu või kontsessioonilepinguga, mistõttu on oluline, et HKTS-i regulatsioon ei tekitaks omakorda täiendavaid ebakõlasid;
 - 2) HKTS § 13 lg 5 kohaselt ei rakendata halduslepingu sõlmimisel RHS-i hanketeate, eelteate ja riigihanke aruande riigihangete registrile esitamise korda, vaid vastavad teated avaldatakse Ametlikes Teadaannetes. Samas RHS-i ja selle aluseks olevate direktiivide reguleerimisalasse langevate halduslepingute puhul on riigihangete registrile hanketeate esitamine kohustuslik. Täiendavalt märgime, et arvestades PPP lepinguid on vajalik hanketeate avaldamine Euroopa Liidu Teatajas. Pealegi vajab ka rahvusvahelist piirmäära ületav kontsessiooniteade Euroopa Liidu Teatajas avaldamist;

³⁶ Vastavalt HKTS § 3 lg-le 4 võib haldusülesande täitmiseks volitamise korral sõlmida tsiviilõigusliku lepingu, kui seadus ei näe ette üksnes halduslepingu sõlmimist, lepinguga ei reguleerita avaliku teenuse kasutaja või muu kolmanda isiku õigusi ega kohustusi, riiki või kohalikku omavalitsust ei vabastata tal lasuvatest kohustustest ja ülesande täitmisel ei kasutata täidesaatva riigivõimu volitusi. Kui lepingust selgelt ei nähtu poolte tahe sõlmida tsiviilõiguslik leping, eeldatakse, et tegemist on halduslepinguga. Arvestades, et PPP maksumus on märkimisväärselt suurem kui rahvusvahelise riigihanke piirmäär, siis isegi juhul, kui PPP raames on tegemist haldusülesande täitmisega tsiviilõigusliku lepingu alusel, tuleb erapartner leida riigihanke korras või kontsessioonilepingu sõlmimise korras riigihangete seaduse ja vastavalt hankedirektiivi või kontsessioonidirektiivi alusel.

³⁷ RHS eelnõu (450 SE I) seletuskiri, lk 22.

³⁸ *Ibid*, lk 21-22.

- 3) HKTS § 13 lg 1¹ võimaldab sisuliselt otselepingute sõlmimist, kuid RHS-i ja selle aluseks olevate direktiivide reguleerimisalasse langevate halduslepingute puhul (millega võib tegemist olla HKTS § 13 lõikes 1¹ nimetatud halduslepingute puhul) see lubatud ei ole ning kohaldada tuleks RHS-is sätestatud menetluskorda.
29. Seletuskiri RHS-i eelnõu juurde näeb võimaliku lahendusena ülal toodud probleemidele käsitluse, mille kohaselt HKTS on RHS-i suhtes eriseaduseks (*lex specialis*) ning kuulub kohaldamisele vaid osas, milles ei kohaldu RHS. Samas on ka seletuskirjas RHS-i eelnõu juurde mööndud, et Euroopa Liidu õiguse prevaleerimise põhimõttest ja esmasest õigusest tulenevast lojaalsuskohustusest ei saa riigisisese õiguse sisustamisel jätta Euroopa Liidu riigihankeõiguses sätestatud arvestamata ega võtta riigisisese õigusega Euroopa Liidu õigusele tema õigusjõudu.
30. Käesoleva õigusarvamuse koostajate hinnangul tuleks eelnevalt nimetatud põhjustel läbi viia halduskoostöö seaduse põhjalikum audit, mille eesmärk oleks tuvastada kõik selles sisalduvad vastuolud RHS-iga ning võtta vastu HKTS-i muudatused, mis sellised vastuolud kõrvaldaksid, et tagatud oleks regulatsiooni õigusselgus. HKTS-i muutmise raames oleks võimalik analüüsida, kas ja millises ulatuses oleks võimalik seda täiendada just PPP-tehingute spetsiifikast lähtudes. Käesoleva õigusarvamuse koostajate hinnangul peaks HKTS-i sätetest olema vähemalt selgelt ja üheselt arusaadav, millistes olukordades tuleb PPP tehingutele kohaldada HKTS-is sätestatud reegleid ning millistel juhtudel RHS-is sätestatud menetluskorda. Kuniks seadusandja ei ole seda probleemi lahendanud, siis tuleks käesoleva õigusarvamuse autorite hinnangul lähtuda põhimõttest, et HKTS-i normide vastuolu korral RHS-is sätestatuga tuleks jätta sellised HKTS-i normid rakendamata ning lähtuda RHS-i sätetest.³⁹

Soovitus:

- 1) **Viia läbi halduskoostöö seaduse põhjalikum audit, mille eesmärgiks oleks kõrvaldada vastuolud RHS-iga ning täpsustada, millistes olukordades kohalduvad HKTS-i sätted PPP tehingutele.**

Riigivaraseadus

Probleem – Piirangud riigivara kasutusse andmisel PPP tehingute kontekstis

31. PwC uuringust nähtub, et RVS-i tuleks muuta selliselt, et see võimaldaks selgesõnaliselt anda riigivara erapartnerile kasutamiseks ka avaliku ülesande majanduslikult efektiivsema täitmise eesmärgil tasuta või harilikust kasutustasust väiksema tasu eest.
32. PwC uuringus on antud soovitus muuta RVS § 18 lg 2 selliselt, et see võimaldaks selgesõnaliselt anda riigivara kasutada Vabariigi Valitsuse poolt otsustatud ja riigihangete põhimõtete järgi läbi viidavates PPP tehingutes turupõhisest kasutustasust madalama tasu eest või tasuta.
33. Võrreldes PwC uuringu läbiviimise ajaga ei ole RVS-i viidatud osas muudetud, mistõttu võib asuda seisukohale, et PwC uuringus toodud soovitus on relevantne ka käesoleva õigusarvamuse ajal kehtiva RVS-i ja PPP tehingute kontekstis. Siiski tuleb silmas pida, et selline soovitus on relevantne vaid nende lepingute puhul, kus realselt riigi vara üle antakse – nii võib see olla näiteks

³⁹ Vt selles osas ka: M.A. Simovart, N. Parrest "Põhimõttest *lex specialis derogat legi generali* riigihankeõiguse näitel", *Juridica* 2018 /4.

kinnisvara projektide puhul, kus erapartnerile antakse näiteks hoonestusõigus. Põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise projekt DBFM lepingu alusel üldjuhul riigi vara üleandmist ei eelda.

34. Lisaks PwC uuringus välja toodule, tuleb siinkohal märkida, et RVS § 18 lg 2 punktis 4 on sätestatud alus, mille kohaselt võib riigivara kasutamiseks anda turupõhisest kasutustasust madalama tasu eest või tasuta, kui vara on vajalik eraõiguslikule juriidilisele isikule avaliku ülesande täitmiseks, mis tuleneb seadusest või halduslepingust. Seega olukorras, kus PPP tehingu raames antakse eraõiguslikule juriidilisele isikule avaliku ülesande täitmise kohustus, PwC uuringus tõstatatud probleemi ei teki. Samas, nagu käesoleva õigusarvamuse punktis 7 selgitatud, siis mitte kõik PPP tehingud ei ole kvalifitseeritavad ühtlasi halduslepinguteks. Seega on PwC uuringus antud soovitus endiselt relevantne just nendes olukordades, kus PPP tehingul ei ole halduslepingu omadusi ning lepingu alusel on üle antud riigi vara. Siiski rõhutame, et igal juhul tuleb välistada sellistel juhtudel ebaseadusliku riigiabi andmine.

Soovitus

- 1) **Täiendada RVS § 18 lõikes 2 sisalduvat loetelu selliselt, et see võimaldaks anda riigivara kasutada Vabariigi Valitsuse poolt otsustatud ja riigihangete põhimõtete järgi läbi viidatavates PPP-tehingutes turupõhisest kasutustasust madalama tasu eest või tasuta, arvestades samas, et välistatud peab olema ebaseadusliku riigiabi andmine.**

2. METODOLOOGILISED UURIMISKÜSIMUSED

2.1. Milline on optimaalne PPP tehingu korraldamise protsess tehingu kavandaja vaates?

35. EPEC (*European PPP Expertise Centre*) juhendmaterjalid PPP projekti elutsükli kohta jagavad selle nelja suurde etappi.⁴⁰ Sellistesse etappidesse jaotatuna on kõige paremini võimalik avada erinevaid tegevusi, mida on vaja teha kogu PPP projekti läbiviimise ajal. Seega oleme alljärgnevalt samuti avanud PPP tehingu korraldamise protsessi neljas erinevas etapis.

2.1.1. Projekti tuvastamine

36. Selles etapis tõstatatakse küsimus, kas esineb vajadus konkreetse objekti järele ning hinnatakse vajadusi. Etapi tegevuste raames peab tekkima arusaam, kas objekti on riigi funktsioone arvestades vaja. Põhimaanteede osas tähendab see suurte ja kulukate taristuinvesteeringute vajaduse põhjalikku kaalumist ning nende tähtsuse järjekorda panekut ning kindlasti ka kajastamist teehoiukavas, sest vastavalt liiklusseaduse § 1¹ rahastatakse riigiteedega seonduvat tegevust teehoiukava alusel.⁴¹ Samuti peab kajastuma see ka riigiasutuse hankeplaanis (RHS § 9). Lisaks viiakse siin etapis läbi analüüs, kas projekt, mille järele vajadus on tuvastatud, on sobilik ellu viia PPP projekti või tavahankena. PPP sobivustest peab andma vastuse, kas projektil on elementaarsed omadused, mis on vajalikud selle ostmiseks PPP-na. Testi võib kasutada kas üksikute projektide sõelumiseks või kõigi kavandatud projektide sõelumiseks taristuinvesteeringute

⁴⁰ *The EPEC PPP Guide*. Kättesaadav internetis: <https://www.eib.org/epec/g2g/intro1-guide.htm>. Vaata ka: *A Guide to Preparing and Procuring a PPP Project Public-Private Partnerships in the Western Balkans*, 2018.

⁴¹ Siinkohal tuleb märkida, et liiklusseaduse § 1¹ lg 6 kohaselt riigiteede teehoiukava peab sisaldama vähemalt ehitus- ja rekonstrueerimisobjektide nimekirja koos rahastamise mahu ja allikatega aastate kaupa.

kavas, et luua potentsiaalselt sobivate PPP projektide kogum. Testi eesmärk ei ole siiski välja selgitada kõige sobivamad PPP projektid, vaid jätta ebasobivad projektid kõrvale.

2.1.2. Projekti ettevalmistamine

37. PPP projektide keerukuse tõttu on mõistlik ja otstarbekas luua juba PPP projekti ettevalmistamiseks ja juhtimiseks PPP organisatsiooniline struktuur. See on üks II etapi peamine lähteülesanne lisaks projekti plaani väljatöötamisele ja PPP projekti koostamisele. Kuigi I etapis on juba tehtud suur töö projekti määratlemisega ja teostatud esialgsed analüüsid, siis need tulemused on liiga üldised. Seepärast on vajalik PPP projekti koostamise etapis määratleda selgelt PPP lepingu objekt ja ulatus, koostada vajaduspõhine kirjeldus (inglise keelses PPP terminoloogias viidatud kui *Output Specification*) ning sellele vastavalt analüüsida projekti enne erapartneri leidmiseks hanke välja kuulutamist.
38. PPP otsus vajab selles etapis Vabariigi Valitsuse tasemel heakskiitu. Nimelt RES § 60 lg 2 punkti 6 kohaselt on riigiasutusel keelatud teha tehinguid kapitalirendi tingimustel, sõlmida kontsessioonilepinguid ja teha muid selliseid tehinguid, kui riigieelarvega ei ole selleks luba antud. RES § 60 lg 4 ja 5 näevad ette, millistel juhtudel võib lubada minister ministeeriumi valitsemisala riigiasutusel võtta rahalisi kohustusi ning millisel juhul valdkonna eest vastutava ministri ettepanekul teeb seda Vabariigi Valitsus. Seepärast on vajalik, et juba enne järgmisesse etappi liikumist oleks olemas Vabariigi Valitsuse tasemel heakskiit.⁴² Hilisemas faasis, enne PPP lepingu sõlmimist, tuleb täiendavalt saada Vabariigi Valitsuse nõusolek ning vajadusel Riigikogu otsus vastavalt Eesti Vabariigi põhiseaduse § 65 p-le 10, mille kohaselt otsustab Riigikogu Vabariigi Valitsuse ettepanekul riigilaenude tegemise ja riigile muude varaliste kohustuste võtmise⁴³. Teehoiu investering peab olema projekti aastatel kajastatud ka riigieelarves. Selgitavalt märgime siinkohal, et kuigi PPP lepingut on võimalik ja teatud juhtudel ka soovituslik hankida vastavalt nn tavalise hankelepingu sõlmimise tingimustele (vt all punkt 41), mitte üksnes kontsessioonilepingu sõlmimise reeglite järgi, siis peame siiski eeltoodud PPP otsustele vajalikuks igal juhul küsida heakskiitu Vabariigi Valitsuse tasemel, kuivõrd tegemist on pikaajaliste ja suuremahuliste investeringutega, millele on vaja igal juhul tuge kõrgeimal poliitilisel tasemel.

2.1.3. Projekti hange

39. PPP hanke etapis viiakse läbi riigihangete seaduse alusel hankemenetlus või kontsessioonilepingu sõlmimise menetlus (edaspidi nimetatud ühiselt **hankemenetlus**), mille tulemusel sõlmitakse eduka pakkujaga hankeleping/kontsessioonileping. Hanke viib läbi riigiasutus ning PPP üksus nõustab riigiasutust.
40. Hanke läbiviimisel tuleb järgida riigihangete seadusest tulenevaid nõudeid. Arvestades, et tegemist on rahvusvahelist piirmäära ületava hankega, siis tuleb juhendada ka Euroopa Liidu hankedirektiividest.
41. Siinkohal tuleb märkida, et PPP projekti teostamiseks on võimalik läbi viia hankemenetlus või sõlmida PPP kontsessioonilepinguna. Arvestades PPP projektidele iseloomulikku riskide

⁴² Ka PwC uuringus on viidatud juba Kose-Mäo analüüsis välja toodud vajalikele Vabariigi Valitsuse kooskõlastusele.

⁴³ Õigusarvamuse autorite hinnangul Riigikogu otsuse järele siiski üldjuhul vajadust ei peaks olema, sest PPP projekti kulud peaksid olema kajastatud juba arengukavades ning riigieelarves.

üleminekut erapartnerile, siis olemuslikult vastab standardne PPP projekt kontsessioonilepingu tunnustele. Siiski on tõstatatud küsimus, kas kättesaadavuspõhist ehk nn *availability*-tüüpi PPP projekti on võimalik sõlmida kontsessioonilepinguna kontsessioonilepingute direktiivi alusel (2014/23/EL), kuivõrd erapartnerile ei pruugi sellise lepingu tüübi puhul üle minna riskid ulatuses, mis on vajalik määratlemaks lepingut kontsessioonilepinguna.

42. Arvestades, et hankija ei ole PPP projektide puhul üldjuhul võimeline selles etapis lõplikult kindlaks määrama oma vajadusi rahuldavat tehnilist lahendust (RHS § 48 lg 3 p 3), hankelepingu esemeks olevate teenuste või ehitustööde olemust, nendega seotud õiguslikke või rahalisi asjaolusid või riskid ei võimalda kindlaks määrata hankelepingu tingimusi piisava täpsusega (RHS § 48 lg 3 p 4), hankelepingu ese hõlmab projekteerimisteenuse tellimist ja innovaatiliste lahenduste väljatöötamist (RHS § 48 lg 3 p 5), siis on vähemalt kättesaadavuspõhiste PPP projektide puhul soovitatav kasutada:
 - 1) võistlevat dialoogi, mille korral vastavalt RHS §-le 63 peab hankija tema poolt objektiivsete ja mittediskrimineerivate kriteeriumide alusel valitud taotlejatega dialoogi vormis läbirääkimisi, et välja selgitada üks või mitu kasutusomaduste ja funktsionaalsuse poolest kõige enam tema vajaduste rahuldamiseks sobivat lahendust.
 - 2) konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust, mille puhul vastavalt RHS §-le 67 hankija teeb enda poolt objektiivsete ja mittediskrimineerivate kriteeriumide alusel valitud taotlejatele pakkumuse esitamise ettepaneku ning peab nendega läbirääkimisi pakkumuste üle, et parandada nende sisu ja valida välja edukas pakkumus.
43. Kui varasemate analüüside pinnalt ollakse veendunud riskide üleminekus erasektorile määral, mis võimaldab PPP projekti teostada kontsessioonilepingu alusel, siis on soovitatav valida menetlusliigiks ikkagi kontsessioonilepingu menetlus (RHS § 131 jj), kuivõrd see on hankija vaatest paindlikum menetlus kui võistlev dialoog või konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus. Sellisel juhul tuleb aga kõrgendatud tähelepanu pöörata riigiabi problemaatikale ehk välistatud peab olema erasektori partneri ülekompanseerimine PPP lepingu alusel.
44. Olukorras, kus hankijal tekib kahtlusi, kas konkreetnes PPP projektis on võimalik kasutada kontsessioonilepingu menetluse sätteid, samuti kui selgub, et täidetud ei ole RHS § 48 lõikes 3 nimetatud eeldused võistleva dialoogi või konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse kasutamiseks, siis tuleks ikkagi lähtuda avatud hankemenetluse sätetest. Siinkohal võib tähelepanu juhtida asjaolule, et isegi juhul, kui PPP lepingu puhul on tegemist oma olemuselt kontsessioonilepinguga, siis on ka seda igati võimalik hankida avatud hankemenetluse reeglitest lähtuvalt.⁴⁴
45. Eraldi toonitame, et erapartneri valikul tuleb silmas pidada, et välistada tuleb ebaseadusliku riigiabi andmine, millega võib tegu olla juhul, kui mõni pakkuja saab valikulise eelise. Valikulist eelist ja seega riigiabi ei esine, kui tehing vastab turutingimustele. Üldreeglina loetakse, et tehing vastab turutingimustele ja eelist ei esine, kui tehing tehakse hankemenetluse käigus ning on tagatud menetlus on avatud, konkureeriv, läbipaistev, mittediskrimineeriv ja tingimusbaba.⁴⁵ Siiski ei pruugi kõik hankemenetluse liigid tagada ebaseadusliku riigiabi vältimist, mistõttu tuleb vastavalt

⁴⁴ Vt VAKO 10.01.2018 otsus nr 199-17/192855, p. 8.

⁴⁵ Euroopa Komisjoni teatis riigiabi mõiste kohta ELi toimimise lepingu artikli 107 lõike 1 tähenduses (2016/C 262/01), p. 90-95 ja seal viidatud kohtupraktika.

varasemates etappides teostatud riigiabiõiguslikule analüüsile (i) valida konkreetsetes olukorras riigiabi vältimist võimaldav hankemenetluse liik ja hankemenetluse tingimused, (ii) vältida riigiabi andmist muul (või täiendaval) viisil, (iii) seada vajadusel hankelepingu kehtivus sõltuvusse riigiabi loa saamisest Euroopa Komisjonist.

46. PPP hanke etapp lõpeb hankelepingu/kontsessioonilepingu sõlmimisega.

2.1.4. Projekti täitmine

47. PPP projekt eeldab täitmise faasis regulaarset jälgimist ja vastavalt PPP lepingu tingimustele vajadusel meetmete võtmist. Mõningatel juhtudel võib projekti täitmise käigus selguda vajadus PPP lepingu muutmiseks (nt teenuse spetsifikatsioonide või projekti ulatuse muutmine).

48. Traditsioonilise kättesaadavuspõhise PPP-lepingu täitmise etapi saab jagada ehitusetapiks ja opereerimisetapiks. Lepingu täitmise kestel tuleb järgida riigihangete seaduse nõudeid, mis on kohalduvad ka peale hankemenetluse lõppu (nt RHS § 122 ja § 123). Samuti tuleb lepingu kestel pidevalt hinnata, ega riskide tasakaal ei ole muutunud ka rakendatud (või rakendamata jäetud) sanktsioonide tõttu või lepingu muudatustega ning ega lepingu statistilise käsitlemise järgi pole muutusi.

2.2. Milliseid analüüse enne PPP tehingu kasuks otsustamist soovitatakse teha? Milline on nende analüüside valiku põhjendus ja analüüside metoodika (*Value for Money, Public Sector Comparator* vmt)?

2.2.1. Analüüside tegemise vajalikkus

49. Projekti tuvastamise faasis on vajalik teostada analüüsid, mille tulemustest sõltub, kas PPP tehingu formaati on võimalik ja otstarbekas kasutada. Erinevaid analüüse, mida selles faasis läbi viia on palju ning ka EL liikmesriikide praktika nende rakendamisel on erinev, kuid üheselt on tuvastatud vajadus selliste analüüside läbiviimise järele.

50. Euroopa Kontrollikoda, mis avaldas 2018. aastal oma uuringu tulemused, kus kontrollis Euroopa Liidu kaasrahastatud 12 transpordi ning info- ja kommunikatsioonitehnoloogia valdkonna PPP projekti Prantsusmaal, Kreekas, Iirimaa ja Hispaanias, leidis, et PPP kasuks otsustati sageli ilma piisavalt põhjaliku analüüsita. Suurema osa auditeeritud projektide puhul valiti PPP ilma igasuguse eelneva võrdleva analüüsita (nagu avaliku sektori võrdlusvahend), mis oleks näidanud, et just PPP puhul on kulutõhusus maksimaalne ja kõigile hankemeetoditele antud võrdsete tingimuste abil tagatakse avaliku sektori huvide kaitse. Euroopa Kontrollikoda leidis, et PPP kasuks otsustamisel tuleks tugineda usaldusväärsete võrdlevate analüüside (nagu avaliku sektori võrdlusvahend) põhjal ning kasutada asjakohast lähenemisviisi tagamaks, et PPP valitakse ainult juhul, kui see on kulutõhus ka kõige pessimistlikumate stsenaariumide kohaselt.⁴⁶

51. Euroopa Kontrollikoja seisukoht on, et PPP projekti kasuks otsustamisel ei peaks olema määrav mitte selle avaliku sektori bilansist väljajätmise võimalus, vaid sisuline kulutõhusus, mis PPP tehingu struktuuri valimisel kaasneks. PPP projektide valitsemissektori bilansist väljajätmine tähendab, et suurem osa riskidest ja tulust läheb üle erasektori partnerile; seejuures valitseb oht,

⁴⁶ Avaliku ja erasektori partnerlus ELis: palju puudusi ja vähe kasu. Euroopa Kontrollikoja eriaruanne. ET 2018 nr 09, lk 51-52.

et riskide jaotust mõjutab nende kajastamine statistikas, mitte põhimõtte, et riske peaks kandma see pool, kes suudab neid paremini juhtida ja kulutõhususe maksimeerida. Üldiselt võib PPP projektide bilansiväline kajastamine tagada eri hankevariantide suurema võrdsuse, nii et valik tehakse puhtalt kulutõhususe kaalutlustel. Kui PPP projekti valimisel on peamiseks põhjuseks selle avaliku sektori bilansist väljajätmine, suurendab see negatiivsete kõrvalmõjude riski, mis võib vähendada kulutõhusust: näiteks võidakse PPP projekte eelistada ka siis, kui kulutõhususe kaalutlustel oleks teistsugune valik parem, riskide jaotus ei pruugi olla tasakaalustatud ning avaliku sektori partneri kulud võivad olla suuremad.⁴⁷

2.2.2. EL liikmesriikide praktika

Holland

52. Hollandi näitel võib välja tuua, et enne PPP tehingu kasuks otsustamist viiakse vastavalt vajadusele läbi kolm suuremat eritüüpi ning erineva mahuga uuringut⁴⁸:
- 1) Esiteks turu-uuring, mis viiakse läbi projekti varases faasis ning mis annab teavet selle kohta, millised turuosalisel peaksid olema projekti kaasatud ja kuidas seda suures plaanis läbi viia. Hollandis tuleb turu-uuring läbi viia kõigi pikaajalise taristu ja transpordi arengu plaanis sisalduvate projektide eelfaasis. Oma olemuselt võib väita, et tegemist on suuresti sellise turu-uuringuga, mida reguleerib Eestis RHS § 10;
 - 2) Teiseks avaliku- ja erasektori võrdlusuuring (inglise keeles *public and private comparator*, nn PPC), mis võimaldab võrrelda projekti läbiviimiseks erinevaid organisatsioonilisi vorme (avalik vs avalik-era). Iga PPC tulemused ja valitud ostustrateegia (lepinguvorm) edastatakse Hollandi parlamendi alamkojale. PPC on kohustuslik kõigi taristu ja transpordi projektide puhul, mille eeldatav maksumus on vähemalt 60 miljonit eurot. Väiksemate projektide puhul ei kaalu tõhususe kasv üldjuhul üles tehingukuludid. Koostatud on ka spetsiaalne PPC uuringu läbiviimise juhend.⁴⁹
 - 3) Kolmandaks avaliku sektori võrdlusuuring (inglise keeles *public sector comparator*, nn PSC). PSC uuringut kasutatakse just DBFM tüüpi lepingute sõlmimiseks ning see võimaldab võrrelda projekti kulusid ja tulusid PPP tehingus ja tavapärasel hankemenetluses. Koostatud on ka spetsiaalne PSC uuringu läbiviimise juhend.⁵⁰
53. Hollandi taristu- ja veemajandusministeeriumi täidesaatva organisatsiooni (*Rijkswaterstaat*) näitel võib veel välja tuua, et enne kui investeeritakse taristuprojektidesse, kaalutakse sellist investeringut hoolikalt majandusosalase ekspertiisi keskuse (*Steunpunt Economische Expertise* nn SEE) poolt, kes analüüsib võimalike investeringute kulusid ja tulusid.⁵¹

⁴⁷ *Ibid*, lk 47.

⁴⁸ *European PPP Center, Netherlands*, seisuga 23.11.2019. Kättesaadav internetist: <http://www.epppc.hu/netherlands>

⁴⁹ *Rijksoverheid*, PPP tööriistad. Kättesaadav internetis: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/publiek-private-samenwerking-pps-bij-het-rijk/pps-tools>

⁵⁰ *Ibid*.

⁵¹ *Rijkswaterstaat* kodulehekül, seisuga 13.11.2019. Kättesaadav internetis: <https://www.rijkswaterstaat.nl/zakelijk/werken-aan-infrastructuur/steunpunt-economische-expertise/index.aspx>

Irima

54. Irimaal on PPP edukaks läbiviimiseks ette nähtud järgmised testid:

- 1) Hinna ja kvaliteedi suhte analüüs (inglise keeles *value for market assessment*). Hinna ja kvaliteedi suhe peab olema avaliku sektori partneri peamine eesmärk kogu menetluse jooksul ning seepärast peab selle analüüsiga arvestama kogu projekti jooksul. Irimaal on koguni ette nähtud, et vähemalt neljas etapis (projekti detailsemal hindamisel enne projektiteeskonna koostamist, projekti väljundi koostamisel, pakkumuste hindamisel ning lepingu sõlmimisel) peab olema analüüs teostatud ning kõik nendest analüüsides on olulised PPP projekti hindamisel⁵². Analüüsides läbiviimise kohustus on hankival riigiasutusel. Riigikontrolör (*National Development Finance Agency*) nõustab vajadusel.
- 2) Taskukohasuse analüüs (inglise keeles *affordability*), mis peab andma vastuse küsimusele, kas PPP projekti kulud on kättesaadavate vahendite piires (lähtudes eelarvest ja finantskriteeriumidest).⁵³
- 3) Avaliku sektori võrdlusmõõdik (inglise keeles *public sector benchmark*, nn PSB), mis võrdleb PPP tehingu kulusid sama eesmärgi saavutamiseks klassikalise hankelepingu kuludega.⁵⁴

Läti

55. Läti PPP eriseadus sätestab kohustuslikud protseduurid, mis tuleb projekti varajases faasis läbida enne PPP tehinguga edasi liikumist. Kohustuslikud protseduurid võib suures plaanis jaotada kaheks – analüütiline etapp ja kooskõlastusetapp⁵⁵:

- 1) Esmalt teostatakse finants- ja majanduslikud kalkulatsioonid. Finants- ja majanduslikud kalkulatsioonid tehakse selleks, et teha kindlaks PPP rakendatavus konkreetse projekti elluviimisel avaliku sektori rahaliste vahendite mõistliku ja tõhusa kasutamise seisukohast ning millist tüüpi PPP leping tuleb sõlmida ehitustööde teostamiseks või teenuste osutamiseks vajaliku projekti edukaks rakendamiseks, võttes arvesse võimaliku avaliku ja erasektori partnerluslepingu mõju riigieelarve pikaajaliste kohustuste summale, jäägile valitsemissektori eelarvest ja võlast. Finants- ja majanduslike kalkulatsioonide raames teostatakse: 1) hetkeolukorra iseloomustus ja projekti elluviimise põhjendus; 2) projekti elluviimise alternatiivse rahastamise võrdlus; ja 3) projekti elluviimise parima alternatiivi hindamine.⁵⁶

⁵² *Value for Money and the Public Private Partnership Procurement Process, October 2007*, lk 1 ja 4. Kättesaadav internetis: <https://www.ndfa.ie/wp-content/uploads/2015/04/Value-for-Money-and-the-PPP-Procurement-Process.pdf>; vt ka *An overview of Public Private Partnerships in Ireland. Briefing Paper. Houses of the Oireachtas. 5 of 2018*, lk 12, 14-15.

⁵³ *Value for Money and the Public Private Partnership Procurement Process, October 2007*, lk 3. Kättesaadav internetis: <https://www.ndfa.ie/wp-content/uploads/2015/04/Value-for-Money-and-the-PPP-Procurement-Process.pdf>; vt ka *An overview of Public Private Partnerships in Ireland. Briefing Paper. Houses of the Oireachtas. 5 of 2018*, lk 4, 15.

⁵⁴ *An overview of Public Private Partnerships in Ireland. Briefing Paper. Houses of the Oireachtas. 5 of 2018*, lk 4.

⁵⁵ *Latvian Law on Public-Private Partnership*, artikkel 14 ja 15, seisuga 17.04.2019. Kättesaadav internetis: <https://likumi.lv/ta/en/en/id/194597-law-on-public-private-partnership>

⁵⁶ Finants- ja majandusarvestuste tegemise kord, avaliku ja erasektori partnerluslepingu tüübi määramine ning arvamuse esitamine finants- ja majandusarvestuse kohta, artikkel 4, seisuga 13.11.2019. Kättesaadav internetis:

- 2) Finansts- ja majanduslike kalkulatsioonide kooskõlastamine. Peale finansts- ja majanduslike kalkulatsioonide tegemist saadetakse need:
- rahandusministeeriumile - arvamuse saamiseks finansts- ja majanduslikes kalkulatsioonides nimetatud tingimuste eeldatava mõju kohta riigieelarve pikaajaliste kohustuste suurusele, valitsemissektori bilansile, eelarvele ja võlale. Vajadusel kaasatakse arvamuse esitamisel ka majandusministeerium, mis saab pakkuda hinnangut avaliku ja erasektori partnerluse projekti finansts- ja majanduslikele kalkulatsioonidele vastavalt Euroopa Liidu Statistikaameti (Eurostat) avaliku ja erasektori partnerluse statistilise raamatupidamise eeskirjadele⁵⁷;
 - järelevalveametile - arvamuse saamiseks finansts- ja majanduslikes kalkulatsioonides sisalduvate eelduste ning riskijaotuse kohta avaliku ja erasektori partneri vahel avaliku ja erasektori partnerluslepingu raames.

2.2.3. Soovituslikud analüüsid Eestis enne PPP tehingu kasuks otsustamist

56. Lähtuvalt ülal toodud Euroopa Komisjoni soovitustest ning liikmesriikide välja toodud praktikast leiame, et Eesti kontekstis on enne PPP tehingu kasuks otsustamist soovitatav läbi viia vähemalt alltoodud analüüsid. Selguse huvides tuleb märkida, et kõik analüüsid ei pea tingimata olema läbi viidud eraldiseisvatena, vaid neid on võimalik koondada, lähtuvalt uurimisesemest. Oluline on, et läbiviidavate analüüsidega antakse vastused kõikidele alltoodud analüüsidest nimetatud peamistele uurimisküsimustele.

Vajaduste analüüs

57. Vajaduste analüüsi (inglise keeles *needs assessment*) raames hinnatakse sotsiaalseid ja majanduslikke vajadusi projekti järele tunnustatud süstemaatilise lähenemisviisi järgi. Vajaduste analüüs on vajalik, et kinnitada investeringu tegemiseks objektiivse vajaduse olemasolu.⁵⁸

Majanduslik tasuvusanalüüs

58. Majandusliku tasuvusanalüüsi (inglise keeles *economic cost-benefit analysis*) raames hinnatakse, kas konkreetse investeringuga avalikkusele saadavad eelised õigustavad ja kaaluvad üles selle rakendamisega seotud kogukulud. Lisaks projekti tegelikele rahalistele kuludele ja tuludele peaks analüüs arvestama investeringu sotsiaalsete, keskkonnaalaste ja majanduslike eeliste ning puudustega. Analüüsi peamine tulemus on investeringu praeguse majandusliku puhasväärtuse (nn ENPV) hinnang, mis on väljendatud erinevusena projekti kogu majanduslike eeliste (st kasu) ja kogu majandusliku miinuse (st kulude) vahena võrreldes projekti eluajaga.⁵⁹

<https://likumi.lv/ta/en/en/id/199083-procedure-for-the-conduct-of-financial-and-economic-calculations-determination-of-the-type-of-a-public-private-partnership-agreement-and-the-provision-of-an-opinion-regarding-financial-and-economic-calculations>

⁵⁷ Lāti Rahandusministeeriumi kodulehekül, seisuga 13.11.2019. Kāttēsaadav internetis:

https://www.fm.gov.lv/lv/sadalas/ppp/kompetentas_institucijas/institucijas/

⁵⁸ *A Guide to Preparing and Procuring a PPP Project Public-Private Partnerships in the Western Balkans*, 2018, lk 15-16.

⁵⁹ *Ibid.*, lk 16-17.

Esialgne teostatavusuuring

59. Esialgse teostatavusuuringu (inglise keeles *pre-feasibility study*) raames koostatakse projekti analüüs üldistatud tasemel, mis võib endas hõlmata nii eespool viidatud vajaduste analüüsi kui ka majanduslikku tasuvusanalüüsi. Esialgse teostatavusuuringus on soovitatav käsitleda nii tehnilise, õigusliku kui ka majandusliku teostatavuse küsimusi. Esialgne teostatavusuuring annab piisavalt teavet, kas projektiga on põhjust üldse edasi minna.⁶⁰ Muuhulgas võiks esialgne teostatavusuuring endas hõlmata ka esmast riigiabiõiguslikku analüüsi, mis annaks vastuse küsimustele, kas üldse ja millistes aspektides võib konkreetse projekti puhul riigiabi küsimus tõusetuda, millised on võimalikud teostatavusstenaariumid ja kas mõni neist võimaldaks paremini riigiabi riske maandada. PPP projekti kasuks otsustamisel tuleks järgmises etapis lisaks kaardistada, milliseid meetodeid on võimalik ja tuleks konkreetse projekti eripärasid arvestades kasutada selleks, et vältida riigiabi esinemist või tagada riigiabi kokkusobivus ühisturuga (nt sobiva hankemenetluse liik, sobivad hankemenetluse tingimused, hüvitise arvestamise mehhanism ülekompenseerimise vältimiseks, võrdlusanalüüsid, hankelepingu kehtivusaja piirang vmt), ning määratleda, kas projekti teostamiseks on vajalik riigiabi luba Euroopa Komisjonist.

Investeeringisvalikute analüüs

60. Investeeringisvalikute analüüsi (inglise keeles *investment options analysis*) raames kaardistatakse erinevaid tehnilisi, juriidilisi ja rahalisi valikuvõimalusi konkreetse avaliku infrastruktuuri teenuse nõuetekohaseks osutamiseks. Analüüsi käigus tehakse kindlaks võimalikud teostatavusviisid, hinnatakse esialgselt iga variandi rahalist mõju, võrreldakse erinevate variantide tasuvusanalüüsi ja esialgselt hinnatakse taskukohasust. Investeeringisvõimaluste analüüsis tuleb arvestada lisaks eesmärgile ka kvalitatiivsete ja strateegiliste aspektidega. Analüüs võimaldab riigiasutusel võrrelda alternatiivseid teostusvõimalusi ja valida konkreetse teenusevajaduse rahuldamiseks parima teostusvõimaluse.⁶¹

Esialgne kvalitatiivne hinna ja kvaliteedi suhte analüüs

61. Esialgse kvalitatiivse hinna ja kvaliteedi suhte analüüsi (inglise keeles *qualitative value for market*) käigus hinnatakse, kas projektil on elementaarsed omadused, mis on vajalikud selle ostmiseks PPP-na. Selle käigus vastatakse õiguslikele ja poliitilistele küsimustele, analüüsitakse avaliku ja erasektori suutlikkust ning projektipõhiseid omadusi.⁶² Siinkohal märkusena, et ka HKTS § 5 järgi on enne haldusülesande täitmiseks volitamist vajalik koostada analüüs, mis peab tõendama, et haldusakti asemel halduslepingu sõlmimine on majanduslikult, õiguslikult jm aspektidest mõistlik ja vajalik.

⁶⁰ *Ibid.*, lk 18-19.

⁶¹ *Ibid.*, lk 17.

⁶² Vaata täiendavalt: *A Guide to Preparing and Procuring a PPP Project Public-Private Partnerships in the Western Balkans*, 2018, kl 22, 37, 83; *Value for Money and the Public Private Partnership Procurement Process October 2007*, lk 5-6. Kättesaadav internetis: <https://www.ndfa.ie/wp-content/uploads/2015/04/Value-for-Money-and-the-PPP-Procurement-Process.pdf>

Turu-uuring

62. Turu-uuring võimaldab erasektorilt uurida, millistel tingimustel on erasektor valmis riigile objekti hankimisel partneriks tulema. Tegeletakse ka potentsiaalsete partnerite kaardistamisega.⁶³ Turuanalüüs annab avalikule sektorile täpsema ülevaate turuosaliste võimalustest ning teisalt annab see turule signaali valmistuda järgmisteks etappideks. Ka RHS § 10 näeb ette turu-uuringu võimaluse riigihanke ettevalmistamisel.
63. Turu-uuring on oluline, kuna PPP hange oma iseloomult on ajakulukas ning kallis, mis tähendab, et hanke ebaõnnestumine hilisemas etapis läheb osapooltele kulukaks. Seega tuleks riigil hanke etapi ettevalmistamisel arvestada erasektori võimalustega ning mitte ainult riigi vajadustega. Turu-uuringu käigus tuleks välja selgitada ka erasektori partnerite valmidus osaleda erinevat tüüpi hankemenetlustes, st tuvastada, milline hankemenetluse liik oleks eelistatuim erasektori partneri poolt ning mitu etappi läbivõetavaks võiks olla vajalik lõplike pakkumustingimuste määramiseks.

Avaliku- ja erasektori võrdlusuuring

64. Avaliku- ja erasektori võrdlusuuringu (inglise keeles *public and private comparator*, nn PPC⁶⁴) raames võrreldakse projekti läbiviimiseks erinevaid organisatsioonilisi vorme (avalik vs avalik-era). Uuring aitab mõista, kas PPP meetodil finantseerimine on majanduslikult ratsionaalsem võrdluses klassikalise hankemenetluse kaudu projekti tellimisega. Suuremate ja keerukate projektide puhul tuleb kindlasti viia läbi võrdlusuuring koos kvalitatiivse hinna ja kvaliteedi suhte analüüsiga (viidatud I etapis). Sama analüüsi nimetatakse praktikas ka avaliku sektori võrdlusmõõdikuks (inglise keeles *public sector benchmark*, nn PSB) ja kvantitatiivse hinna ja kvaliteedi suhte analüüsiks (inglise keeles *quantitative value for market assessment*).
65. Praktikast kasutatakse ka selle analüüsi modifikatsioone, nt Hollandis kasutatakse avaliku sektori võrdlusuuringut (*public sector comparator*, nn PSC⁶⁵) just DBFM tüüpi lepingute sõlmimiseks ning see võimaldab võrrelda projekti kulusid ja tulusid PPP tehingus ja tavapärases hankemenetluses.

Taskukohasuse analüüs

66. Taskukohasuse analüüsi⁶⁶ (inglise keeles *affordability analysis*) raames analüüsitakse, kas PPP projektiga seotud kulutused kogu makseperioodi jooksul on avaliku sektori eelarve piires ehk kas projekt on tasukohane. Taskukohasuse hindamine nõuab projekti eeldatavate kulude ja tulude hoolikat analüüsi, et teha kindlaks avalikult sektorilt ja/või lõppkasutajatelt nõutavad maksed (PPP tehing ja finantseerimiskulud, sponsorite omakapitali tootlus, ehitus-, käitamis- ja hoolduskulud, eraõigusliku partneri maksukohustused). Selles etapis saadakse vastus, kas projekt viiakse ellu

⁶³ A Guide to Preparing and Procuring a PPP Project. Public-Private Partnerships in the Western Balkans. European PPP Expertise Centre. 2018, lk 43.

⁶⁴ Vt ka A Guide to Preparing and Procuring a PPP Project. Public-Private Partnerships in the Western Balkans. European PPP Expertise Centre. 2018, lk 37-28; EPEC (2015), Value for Money Assessment: Review of approaches and key concepts, Rijksoverheid, PPC uuringu näidis. Kättesaadav internetis: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2013/05/03/handleiding-publiek-private-comparator-kopie>

⁶⁵ VT ka A Guide to Preparing and Procuring a PPP Project. Public-Private Partnerships in the Western Balkans. European PPP Expertise Centre. 2018, lk 82; Rijksoverheid, PSC uuringu näidis. Kättesaadav internetis: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/10/28/handleiding-publieke-sector-comparator>

⁶⁶ Vt ka A Guide to Preparing and Procuring a PPP Project. Public-Private Partnerships in the Western Balkans. European PPP Expertise Centre. 2018, lk 32-33.

kontsessioonimudeli (nt tee kasutamise eest maksab lõppkasutaja teemaksu) kohaselt või kättesaadavuspõhiselt.

67. Finantsanalüüsi käigus viiakse läbi objektiga seotud rahavoogude analüüsimine ja modelleerimine. Töö peab suutma andma hinnangu kasutatava majanduslikult soodsama finantseerimisvahendi otsustamiseks kui ka tulevaste rahavoogude prognoosimiseks. Taskukohasust tuleks pidevalt hinnata ka kogu projektitsükli jooksul, sealhulgas ka PPP hanke ja hilisemas PPP lepingu täitmise etappides.

Fiskaalse riski hindamine

68. Fiskaalse riski hindamise⁶⁷ (inglise keeles *fiscal risk assessment*) raames hinnatakse, milline on PPP finantsmõju eelarve jätkusuutlikkusele. See hõlmab kõigi PPP lepingute hindamist, mis võivad kujutada endast otseseid ja kaudseid kohustusi ning otseseid ja tingimuslikke kohustusi. Avaliku ja erasektori partnerlused loovad pikaajalisi rahalisi kohustusi, mis aja jooksul ja koos muude kohustustega võetuna võivad lõppkokkuvõttes mõjutada riigi eelarve jätkusuutlikkust ja makromajanduslikku stabiilsust. Need riskid võivad ilmneda siis, kui avaliku ja erasektori partnerluste maksekohustusi ei ole selgelt tunnustatud ja mõistetud ning nende kohta ei ole tsentraalselt aru antud ega eelarves.

PPP projekti finantssuutlikkuse ja pangakõlblikkuse analüüs

69. PPP projekti finantssuutlikkuse ja pangakõlblikkuse analüüsi⁶⁸ (inglise keeles *finance-ability and bankability analysis*) raames analüüsitakse, kas erapartneril on võimalik leida PPP projekti rahastamiseks laenuandjaid või investoreid. Kui PPP projekti finantssuutlikkus ja pangakõlblikkus on erapartneri jaoks madal, ei ole projekt teostatav. Nimelt PPP projekte rahastatakse tavaliselt omakapitali ja (pikaajalise) laenu kombinatsioonil. Erapartner peab olema suuteline tagama nii omakapitali kui ka laenu, kui ta soovib projekti rahastada. Riigiasutus peab enne riigihanke etappi hindama projektiga seotud finantsriske. Need võivad hõlmata tulueelduste ja nõudluse taseme usaldusväärsust (nt liiga optimistlikud eeldused), eeldusi rahastamisvajaduste kohta projekti teostatavuse etapis (nt nõutava võla valearvestus), eeldusi refinantseerimisvõimaluste kohta, kui kasutatakse lühiajalist võlga (nt liiga optimistlikud eeldused turuvõime ja hinnakujunduse kohta), intressimäära riski (nt ujuva intressimääraga võla kasutamise kaudu) ja pikemaajalise võla refinantseerimise võimalikke mõjusid.

Riskianalüüs

70. PPP projekti bilansilise kajastamise põhiküsimuseks on, kelle kanda on riskid. Reeglina tuleb lähtuda sellest, et riske peab kandma see pool, kes suudab neid paremini juhtida ehk oskab kõige paremini maandada riski tekkimise tõenäosust ja/või oskab riskide ilmnemisel nende mõju minimeerida. Vastasel korral ehk juhul, kui PPP projekti valimisel on selle avaliku sektori bilansist väljajätmine peamiseks põhjuseks, suurendab see negatiivsete kõrvalmõjude riski, mis võib vähendada projekti kulutõhusust. Näiteks võidakse PPP projekte eelistada ka siis, kui kulutõhususe kaalutlustel oleks teistsugune valik parem, riskide jaotus ei pruugi olla tasakaalustatud ning avaliku sektori partneri kulud võivad lõppastmes olla suuremad.

⁶⁷ *Ibid.*, lk 35.

⁶⁸ *A Guide to Preparing and Procuring a PPP Project. Public-Private Partnerships in the Western Balkans. European PPP Expertise Centre. 2018, lk 41-43.*

71. Riskide jagunemine on seotud ka PPP projekti eesmärgil loodud vara kajastamisega era- või avaliku sektori bilansis. PPP projekti käigus loodud vara kajastatakse selle üksuse bilansis, kes kannab põhilisi PPP projekti lepingust tulenevaid riske. Juhul, kui avaliku sektori üksus kannab põhilisi PPP projekti lepingust tulenevaid riske, kajastatakse PPP varad ja kohustused avaliku sektori üksuse bilansis, ning vastasel juhul erasektori üksuse bilansis (vt ka all punkt 2.4.1).
72. Riski juhtimise abil saab projekti riske tuvastada, neid vähendada ja leevendada. Seda saab kasutada riski taseme määramiseks ja see aitab riskide jaotamisel avaliku ja erasektori partnerite vahel. Tavapäraselt on suurema tähtsusega ehitusrisk, kasutusvalmiduse risk ja nõudluse risk.
73. PPP projekti riskide hindamiseks tuleb läbi viia põhjalik riski hindamine viies etapis: 1) riski tuvastamine ja prioriteetide seadmine; 2) riski hindamine; 3) riski jaotamine; 4) riski maandamine; 5) riski jälgimine ja läbivaatamine.
74. Riski hindamisel tuleb võtta arvesse nende riskide erinevate komponentide olulisust ja esinemistõenäosust (ehk nende komponentide võimalikku mõju PPP projektist tulenevatele rahavoogudele). Suuremat tähelepanu tuleb pöörata nendele riskikomponentidele, mille võimalik mõju PPP projektist tulenevatele rahavoogudele on suurem. Riskikomponente, mille võimalik mõju kogu PPP projekti rahavoogude suhtes on ebaoluline või mille esinemistõenäosus on äärmiselt väike, tuleb riskianalüüsis arvesse võtta väiksema kaaluga.
75. Riskianalüüsi tulemused tuleks kanda riskiregistrisse. Riskiregister on standardne projektijuhtimise tööriist riskide jälgimiseks ja juhtimiseks kogu projekti elutsükli vältel. See pakub struktureeritud ülevaadet (sageli arvutustabelina) kõigist projekti olulistest riskidest. Esialgne riskiregister tuleks kõigepealt luua I etapis, kui saab lisada esmase põhiteabe riskide kohta. Riskiregistrit tuleks täiendada ja ajakohastada pidevalt, eriti II etapis, kui viiakse läbi üksikasjalik riskianalüüs.

2.3. Milline on optimaalseim PPP tehingu organisatoorne kontseptsioon (PPP lepinguga otseselt ja kaudselt seotud osapooled)?

2.3.1. Avaliku sektori organisatoorne kontseptsioon

76. PPP tehingu organisatoorse kontseptsiooni analüüsi juures on esmalt relevantne avaliku sektori partneri sisemine vaade, st kuidas on korraldatud PPP tehingutesse astumine, kes on lepingu pooleks ja kas eksisteerib nõuandvaid üksuseid.
77. Rahandusministeeriumi esindajatega 22.10.2019 toimunud kohtumisel selgus, et kaalumisel on Rahandusministeeriumi juurde nn PPP tehingute kompetentsikeskuse loomine. Seega on siinkohal asjakohane analüüsida, kas sellise kompetentsikeskuse loomine kuulub optimaalseima PPP tehingu organisatoorse kontseptsiooni juurde ning milline võiks olla parim viis sellise kompetentsikeskuse loomiseks ja millised oleksid selle olulisemad eesmärgid.
78. Enamik Euroopa Liidu riike on PPP tehingute rakendamiseks loonud oma institutsionaalse raamistiku keskse osana tsentraliseeritud kompetentsikeskuse, milleks on tavaliselt spetsiaalne avaliku ja erasektori koostöö üksus (nn PPP üksus). EPEC liikmed on leidnud, et spetsiaalse

tehniliste teadmiste allika loomine valitsuse juures võib olla tõhus viis tugevdada valitsuse suutlikkust avaliku- ja erasektori partnerluse projekte valida, ette valmistada, läbi viia ja juhtida.⁶⁹

79. EPEC liikmete PPP üksuste ülevaade näitab, et üldjuhul täidavad need mõnda kolmest järgmisest peamisest funktsioonist või nende kombinatsioonist: (i) avaliku- ja erasektori partnerluse strateegilise arengu toetamine ja sellega seotud tegevused, (ii) programmi ja projekti läbiviimise toetamine ning (iii) kinnitamine ja kvaliteedikontroll.⁷⁰
80. EPEC liikmete PPP üksuste puhul on kasutusel mitmesuguseid erinevaid organisatoorseid struktuure. PPP üksuseid on asutatud ministeeriumite üksustena (tavaliselt rahandusministeeriumite juures), rakendusametitena (mõne keskse ministeeriumi haldusalas) või eraldi äriühingutena. Strateegilise suunitlusega PPP üksused luuakse tavaliselt keskse ministeeriumi üksustena. Mitmed EPEC liikmed on siiski leidnud, et rakendusameti või äriühingu struktuur võib pakkuda paindlikkust ja keskenduda seal, kus on vaja kõrgetasemelist tehnilist abi. Mõned PPP üksused kasutavad komiteesid järelevalve või toe pakkumiseks. Sellistesse komiteedesse võivad kuuluda teenekad avaliku ja erasektori esindajad. See aitab tagada, et PPP üksus on teadlik viimastest arengutest nii turul kui ka valitsuse tasandil.⁷¹

Hollandi PPP kompetentsikeskus

81. Hollandi näitel võib välja tuua, et nende PPP kompetentsikeskus on nii oma eesmärkidelt kui ka organisatsioonilises mõttes arenenud koos PPP tehingute õigusmaastikuga. 1999. aastal asutas Hollandi rahandusministeerium avaliku ja erasektori partnerluse teadmiskeskuse, mis juhtis suurt osa avaliku- ja erasektori partnerlust käsitlevast poliitilisest arutelust kuni 2006. aastani. 2006. aastal asutas transpordi-, riiklike ehitustööde ja veemajanduse ministeerium avaliku- ja erasektori partnerluse üksuse, alustades põhjalikku avaliku ja erasektori partnerluse arendamise kampaaniat. Selle üksuse edusammudele järgnes varsti pärast seda elamumajanduse, ruumilise planeerimise ja keskkonnaministeerium, arendades oma avaliku ja erasektori partnerluse üksust ning hiljem põllumajandus-, loodus- ja toidukvaliteedi ministeerium. Nende kolme üksuse koostöö viis Hollandi avaliku- ja erasektori partnerluse turu ja parimate praktikate kiire arenguni, sealhulgas tekkisid standardiseeritud lepingud, ühtne aruandlus parlamendile ja standardiseeritud riskimaatriksid. Selline areng tõi konkreetse avaliku ja erasektori koostööprojekti vastutuse rohkem täidesaatva ministeeriumi juurde ning rahandusministeeriumi juurde jäi üldise õigusraamistiku arengu nõustamise roll.⁷² Tänapäeval on peamine taristute PPP-de kompetents koondunud Hollandi taristu- ja veemajandusministeeriumi täidesaatva organisatsiooni (*Rijkswaterstaat*) juurde, mis on vastutav suurte taristuprojektidele PPP tehingute eest, sõlmides erasektori partneritega just DBFM tüüpi lepinguid.⁷³

⁶⁹ *Establishing and Reforming PPP Units Analysis of EPEC Member PPP Units and lessons learnt*, lk 6.

⁷⁰ *Ibid*, lk 6.

⁷¹ *Ibid*, lk 10.

⁷² *World Bank Group, An Attractive Environment: The Netherlands Approach to Identifying/Screening PPP Projects*. Kättesaadav internetis: <https://olc.worldbank.org/content/attractive-environment-netherlands-approach-identifying-screening-ppp-projects-0>

⁷³ *Rijkswaterstaat*, DBFMi projektide näidisleping (versioon 5.0). Kättesaadav internetis: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/publiek-private-samenwerking-pps-bij-het-rijk/documenten/richtlijnen/2016/06/01/dfbm-overeenkomst-rijkswaterstaat>

Iirimaa PPP kompetentsikeskus

82. Iirimaa on keskne PPP üksus Avalike Kulutuste ja Reformide Osakond (*Department of Public Expenditure and Reform*). Selle üksuse peamine ülesanne on nõuandev ning poliitikat kujundav, sh tegeleb see üksus üldise PPP menetlust puudutava poliitilise raamistiku ja õigusliku raamistiku välja töötamisega. Avalike Kulutuste ja Reformide Osakond suhtleb teiste osakondadega ja riigi organitega ning annab üldiseid juhiseid PPP protsessi läbi viimiseks. Avalike Kulutuste ja Reformide Osakond vastutab juhendite koostamise eest ning neid juhendeid kasutavad riigiasutused ja haldusorganid, kes kaaluvad PPP kasutamist.⁷⁴

Läti PPP kompetentsikeskus

83. Läti näitel võib välja tuua, et rahandusministeeriumi järelevalve all on ministrite kabinet kinnitanud finants- ja lepingute keskasutuse (*Centrālā finanšu un līgumu aģentūra* nn CFLA) avaliku ja erasektori partnerluse seaduses nimetatud järelevalveasutusena, mis ühtlasi täidab PPP kompetentsikeskuse rolli. Lisaks ülal punktis 55 viidatud kooskõlastamise funktsioonile PPP tehingute finants- ja majanduslike kalkulatsioonide osas avaldab CFLA arvamust kontsessioonimenetluse eeskirjade ja kontsessioonilepingu eelnõude, nende muudatuste, samuti kontsessioonilepingu muudatuste kohta; jälgib avaliku ja erasektori partnerluse projekte, hinnates ja avaldades arvamusi avaliku ja erasektori partnerluse lepingu täitmise aruannete kohta; annab ministrite kabinetile aru sõlmitud avaliku ja erasektori partnerluse lepingute täitmise kohta.⁷⁵

Soovituslik avaliku sektori organisatoorne kontseptsioon Eestis

84. Tuginedes EPEC liikmesriikide üldisele praktikale, luuakse strateegilise suunitlusega PPP üksused tavaliselt keskse ministeeriumi üksustena. Hollandi ja Läti näitel näeme samuti, et eelkõige PPP tehinguid soodustava õigus- ja poliitilise keskkonna juurutamise faasis (kus ka Eesti hetkel paikneb) on loodud PPP kompetentsikeskused just rahandusministeeriumite juurde, kus neil on kontakt valitsustasemega ning võimalus olla fiskaalpoliitika ja strateegiliste rahastamisotsuste kujundamise juures. Eelnevast lähtuvalt on käesoleva õigusarvamuse koostajate hinnangul Eestis samuti soovituslik asutada PPP kompetentsikeskus just Rahandusministeeriumi juurde. Selline PPP kompetentsikeskus peaks koondama PPP-dega seonduvat infot, arendama ja kehtestama juhendmaterjale, kujundama PPP poliitikat ning peaks osalema nõustajana konkreetsetes PPP projektides hankija juures, kes lõppastmes PPP lepingu sõlmib.
85. Hollandi ja Läti näited kinnitavad, et ka Eesti puhul võiks soovitusliku PPP kompetentsikeskuse peamine roll olla konkreetse PPP projekti juures nõuandev, toetades hankijat, kellel on parim vastava valdkonna tehniline pädevus. Eestis eksisteerib kahtlemata suurim teede hankimise ja ehitustehniline pädevus Maanteeametis, mistõttu käesoleva õigusarvamuse autorite hinnangul oleks põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise puhul soovitatav, et just Maanteeamet oleks hankijaks, viies läbi PPP projekti hanke ja sõlmides erasektoriga hanke tulemusena PPP lepingu.

2.3.2. PPP tehingu kõigi osapoolte organisatoorne kontseptsioon

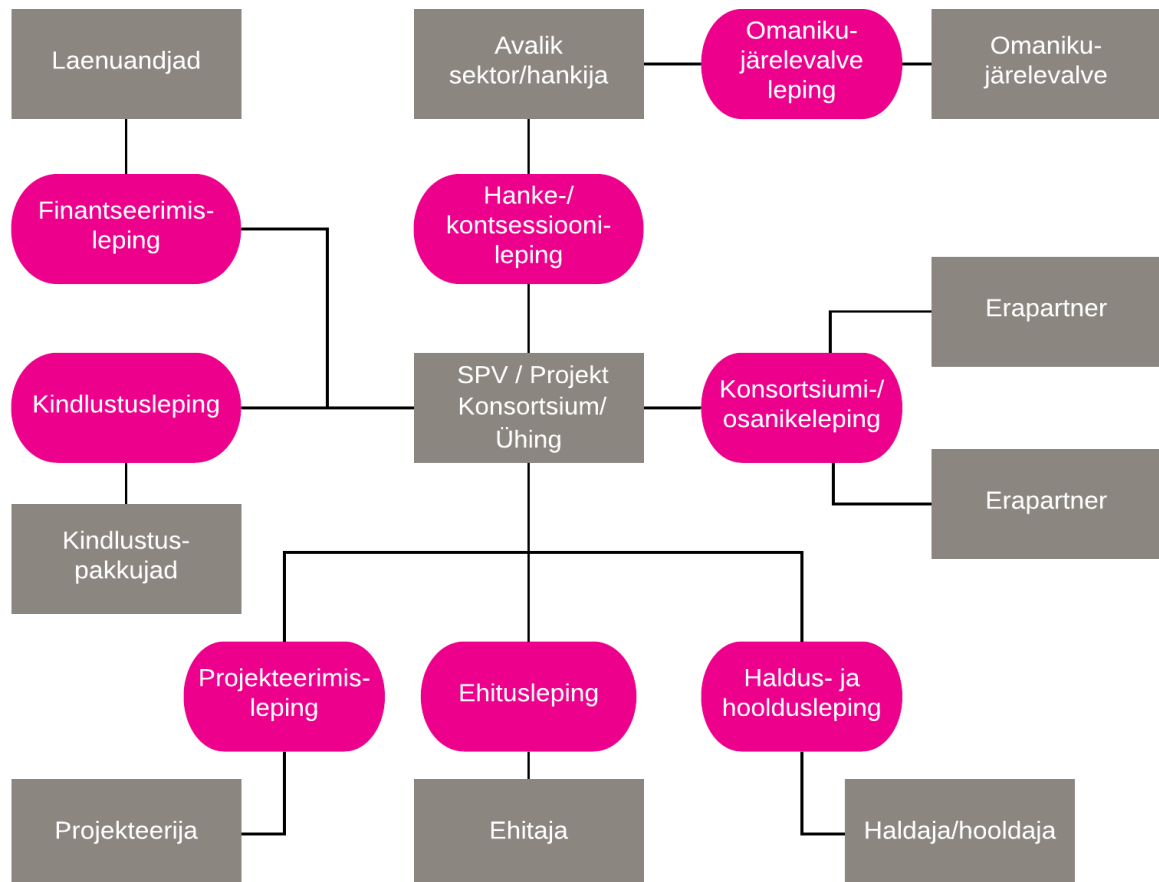
86. Lisaks avaliku sektori organisatoorsele kontseptsioonile on relevantne käsitleda ka PPP tehinguga teisi otseselt ja kaudselt seotud osapooli. Alljärgnevalt toomegi näite DBFM tüüpi PPP tehingu

⁷⁴ *An overview of Public Private Partnerships in Ireland*, lk 18.

⁷⁵ Läti Rahandusministeeriumi kodulehekülge, seisuga 13.11.2019. Kättesaadav internetis: https://www.fm.gov.lv/lv/sadalas/ppp/kompetentas_institucijas/institucijas/

võimalikest osapooltest põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise puhul ja nende paiknemisest tehingu organisatoorses kontseptsioonis.

PPP projekti organisatoorne struktuur



87. **PPP lepingu pooled:** PPP lepingu pooled on hankija (põhimaantee PPP tehingute puhul soovituslikult Maanteeamet) ja erasektori partner.
88. **Hankija:** Avaliku sektori partneri sisene struktuur on täpsemalt avatud ülal punktis 2.3.1. Siinkohal on aga oluline lisada, et põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise puhul, nagu ülal joonisel kujutatud, sõlmib hankija lisaks PPP lepingule erasektori partneriga ka lepingu omanikujärelevalve tegijaga, kes teostab erasektori partneri ehitustööde osas järelevalvet. Kuigi seda ülal joonisel eraldi välja toodud ei ole, siis põhimõtteliselt võib hankija juures eraldi lepingulise partnerina olla ka PPP projekti konsultant. PPP lepingu poolena teostab hankija lepingust tulenevaid õiguseid ja kohustusi sh, kättesaadavuspõhise PPP projekti puhul nagu põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamine, teostab ühe oma põhikohustusena kättesaadavuse põhiseid makseid (inglise keeles *availability payments*).

89. **Erasektori partner:** PPP lepingu poolena võib osaleda erasektori partner ühe juriidilise isikuna või juriidiliste isikute konsortsiumina. Konsortsiumi puhul sõlmivad osalevad ühingu konsortsiumilepingu. Kui PPP lepingu sõlmimiseks moodustavad erasektori ühingu uue ühingu, siis on eelduslikult sellised ühingu seotud osanike lepinguga. Kuigi ülal joonisel see ei kajastu, sest joonis lähtub kitsamalt vaid põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise PPP tehingu eripärast, siis võib siinkohal siiski välja tuua, et institutsionaalsete PPP tehingute puhul oleks tegemist olukorraga, kus erasektori partneri üheks osanikuks on avalik sektor.
90. **Erasektori partneri alltöövõtu suhted:** erasektori partneri korraldada on kõik vajalikud alltöövõtu suhted ning kindlustuse ja täiendava rahastuse lepingud. Üldreeglina on alltöövõtjatena eraldiseisvate ettevõtetena kaasatud projekteerija, ehitaja ja hiljem tee haldaja/hooldaja.

2.4. Milline on PPP tehingu lepingu kontseptsioon (lepingu struktuur ja liigendumine eri osadeks ning lisadeks, kohustuste ja riskide sisuline jagunemine osapoolte vahel)?

91. PPP projektis kasutatavad lepingud on reeglina väga mahukad ning kompleksed. See on ka arusaadav, sest lepingul põhinev suhe peab toimima üldjuhul mitmekümne aasta vältel. PPP lepingute erinevate vormide valik on otseses seoses siseriikliku õigusega, mistõttu puudub EL õiguse osas üks selge PPP lepingu vorm ehk mudel, millest tulenevalt piiritletakse ka EL osas laiemalt PPP lepingu vorme ühisnimetajaga lepinguline partnerlus. Näiteks saab siiski välja tuua (DB) *Design-Build*, (DBM) *Design-Build-Maintain*, (DBO) *Design-Build-Operate* lepingu liigid.⁷⁶
92. Käesoleva õigusarvamuse eeldustest lähtuvalt on põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise PPP tehingu puhul planeeritud kasutada DBFM tüüpi lepingut (ehk *Design-Build-Finance-Maintain*), mis oma olemuses käsitleb nelja suuremat teemat – projekteerimine, ehitamine, finantseerimine ja hooldamine.
93. DBFM tüüpi lepingute mahukust ilmestab hästi Hollandis välja töötatud DBFM näidisleping, mida kasutab sealse taristu- ja veemajandusministeeriumi täidesaatev organisatsioon - *Rijkswaterstaat*. Tegemist on lepinguga, mis koos lisadega on 366 lehekülge pikk.⁷⁷ Ka Läti Vabariigi investeerimisprojekti E67/A7 Kekava ümbersõidu lepingu maht koos lisadega on Hollandi näitega võrreldavas mahus.
94. PPP tehingute puhul tekib õigustatult küsimus, et kas lisaks võlaõiguslikule kokkuleppele osapoolte vahel on vajalikud ka täiendavad asjaõiguslikud kokkulepped (nt hoonestusõiguse või muude piiratud asjaõiguste seadmine erasektori kasuks). Rahvusvahelises praktikas jäävad PPP tehingud üldreeglina vaid võlaõiguslike kokkulepete reguleerida.
95. Näiteks Läti E67/A7 Kekava ümbersõidu PPP leping sätestab erasektori partnerile juurdepääsuõigused ehitusobjektile ning samuti õigused selle hilisemaks opereerimiseks, kuid sealjuures ei anta mingil kujul omandit üle erasektori partnerile ega seata viimase kasuks ka hoonestusõigust ega muid piiratud asjaõiguseid.⁷⁸ Samuti toob välja EPEC juhend Balkani riikide

⁷⁶ R. Sannik, „Avaliku ja erasektori partnerluse alused EL riigihankeõiguse paradigmas“, magistritöö, 2013, lk 21.

⁷⁷ *Rijkswaterstaat*, DBFMi projektide näidisleping (versioon 5.0). Kättesaadav internetis:

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/publiek-private-samenwerking-pps-bij-het-rijk/documenten/richtlijnen/2016/06/01/dfbm-overeenkomst-rijkswaterstaat>

⁷⁸ *Public – private partnership contract on designing, construction, financing and maintaining of section 7.9 – 25.0 km (kekava bypass) of e67/a7 riga – bauska – lithuanian broder (grenctale)*, punkt 11.7

näitel, et avaliku sektori partner lihtsalt võtab lepingu alusel kohustuse tagada erasektori partnerile vajalik juurdepääs lepingu täitmiseks ning kui lepingu täitmise käigus peaks erasektori partner mingil viisil saama arendatava taristu või selle osade omandi, siis tuleb see PPP lepingu lõppedes avaliku sektori partnerile üle anda.⁷⁹ Hollandi PPP projektides on samuti lähtepunktiks alati see, et objekti omand kuulub avalikule sektorile. Selle peamine põhjus on see, et avalik sektor soovib töövõtja pankroti korral objekti vabalt käsutada. Kui töövõtjale ehk erasektori partnerile kuuluks objekti omand, siis satuks see objekt tema pankrotivara hulka.⁸⁰

96. Käesoleva õigusarvamuse autorid on seisukohal, et Eesti avaliku sektori huvi PPP projektides peaks samuti olema välistada erasektori partneri pankroti korral objekti langemine erasektori partneri pankrotivarasse. Teatud juhtudel võiks objekti erasektori partneri pankrotivarasse langemine endast isegi kujutada riski riiklikule julgeolekule. Seega tuleks ka Eesti PPP projektide, sh põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise PPP tehingu puhul eelistada võlaõiguslikku lepingu kontseptsiooni, mis ei võimalda objekti ennast pankrotivara hulka arvata. Kuigi esmapilgul võib tunduda, et hoonestusõiguse või mõne piiratud asjaõiguse seadmine erasektori partneri kasuks võib anda viimasele täiendava kindluse projekti läbiviimiseks, mis omakorda võiks positiivselt mõjutada pakkumuse hinda hankemenetluses, siis tegelikkuses ei oma PPP tehingutes sellised õigused samaväärset tähendust nagu kahe erasektori isiku vahelises suhtes. PPP tehingus lepingu täitmine avaliku sektori poolt sõltub lõppastmes avaliku sektori ehk riigi püsimisest ehk kuniks eksisteerib avaliku sektori partner, siis on tagatud ka erasektori partneri õigused lepingut täita või kohaldada õiguskaitsevahendeid avaliku sektori partneri vastu. Sellise kindluse andmiseks erasektori partnerile peaks PPP projekti avaliku sektori partneriks olema RHS § 5 lg 2 punktides 1 ja 2 nimetatud hankija, mitte riigile kuuluv äriühing, sihtasutus või mittetulundusühing, kes samuti võivad hankijaks kvalifitseeruda.

2.4.1. PPP lepingu riskijaotuse maatriks

97. Üks PPP lepingu põhieesmärke on taristu ja teenuste osutamisega seotud riskide tuvastamine ja jaotamine. Seega lisaks PPP lepingu üldistele teemadele on asjakohane käsitleda ka tingimusi, millest nähtuvalt hinnatakse riskide jaotumist. Allpool esitatud tabel näitab tüüpilist riskijaotuse maatriksit kättesaadavuspõhise PPP projekti jaoks. Riskijaotuse maatriksist lähtuvalt sisustatakse PPP lepingu tingimused.⁸¹

Risk	Kirjeldus	Avalik sektor	Erasektor	Jagatud
Maa/objekt	Maa omandamine ja tasuta juurdepääs	X		
Load	Kohustuslikud litsentsid ja heakskiidud			X

⁷⁹ A Guide to the Main Provisions of an Availability-based PPP Contract Public-Private Partnerships in the Western Balkans, lk 20.

⁸⁰ DBFM - Handboek 'een verkenning van contractonderdelen' Januari 2008, ongewijzigde heruitgave, lk 81-21.

⁸¹ A Guide to the Main Provisions of an Availability-based PPP Contract Public-Private Partnerships in the Western Balkans, 2018, lk 15.

Arheoloogia	Leiud, katkestused, viivitused ja kulud			X
Projekteerimine	Nõuetele vastavus		X	
Ehitamine	Sihtotstarbelisus, vastutus puuduste eest		X	
Valmimine/ lõpuleviimine	Õigeaegselt ja kulude piires		X	
Hooldus	Projekteeritud elutsükli tagamine		X	
Jääkseisund	Vastavus miinimumnõuetele		X	
Täitmine	Teenused vastavad nõuetele		X	
Inflatsioon	Eeldatust suuremad kulud			X
Vääramatu jõud	Hilinemised/ täitmise takistatus			X
Kindlustus	Turul kättesaadavus			X
Õigusmaastik	Üksnes PPP projekte mõjutavad muudatused	X		
Keskkond	Reostus, pinnase saaste, ohtlikud materjalid			X
Sotsiaalsed/streigid	Kolmandate isikute sekkumine			X
Kättesaadavus	Vara saab kasutada vabalt ja ohutult		X	
Nõudlus	Nõudluse suurus	X		
Ennetähtaegne lõpetamine	Rahalised tagajärjed			X
Sissetulekud / tulud	Tulud kolmandatelt osapooltelt, refinantseerimine			X
Uus tehnoloogia	Muudab väljakujunenud praktikas tekkivaid kulusid	X		

2.4.2. PPP lepinguga hõlmatud teemad

98. Tuginedes eelkõige EPEC juhendile Balkani riikides kasutatavate PPP lepingute kohta⁸² ja Hollandi taristuprojektide DBFM näidislepingule⁸³ ning Läti Vabariigi investeerimisprojekti E67/A7 Kekava ümbersõidu lepingule⁸⁴, oleme alljärgnevalt toonud välja põhilised teemad, mis peaksid olema hõlmatud põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise PPP lepingus:

- 1) PPP projekti alale juurdepääs
 - Erasektori partneri juurdepääsuõigused
 - Omandi küsimused
- 2) Load ja kooskõlastused
- 3) Projekteerimine ja ehitamine
 - Riskide jaotus (ettenägematute riskide haldamine)
 - Kättesaadavuse tingimused (nn *availability conditions*)
- 4) Haldamine ja hooldus
 - Elutsükli vältel teostatavad tööd (teekatte uuendamine jms)
 - Liiklusohutus
 - Kolmandate osapoolte kasutamine (nt reklaami müümine objektil)
- 5) Lepingu hind ja lepingu alusel tehtavad maksed
 - Kättesaadavusel põhinevad maksed
 - Indekseerimine
- 6) Muudatused lepingus
 - Avalikule sektorile vajalikud muudatused
 - Erasektorile vajalikud muudatused
- 7) Finantseerimine
 - Avaliku sektori osalemine projekti rahastamises
 - Intressimäära risk
 - Vahetuskursi risk
- 8) Kindlustustingimused

⁸² *A Guide to the Main Provisions of an Availability-based PPP Contract Public-Private Partnerships in the Western Balkans*, lk 3-4 ja 16-17.

⁸³ *Rijkswaterstaat*, DBFMi projektide näidisleping (versioon 5.0). Kättesaadav internetis: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/publiek-private-samenwerking-pps-bij-het-rijk/documenten/richtlijnen/2016/06/01/dfbm-overeenkomst-rijkswaterstaat>

⁸⁴ *Public – private partnership contract on designing, construction, financing and maintaining of section 7.9 – 25.0 km (kekava bypass) of e67/a7 riga – bauska – lithuanian broder (grenctale)*

- 9) Intellektuaalne omand
- 10) Kinnitused ja hüvitamise kohustus (*representations and warranties*)
- 11) Vastutus ja õiguskaitsevahendid
- 12) Ennetähtaegne lõpetamine ja lõpetamise korral hüvitis
 - Erasektori partneri rikkumine ja hüvitis
 - Avaliku sektori partneri rikkumine ja hüvitis
 - *Force majeure* ja hüvitis
- 13) Lepingu täitmisesse sekkumine (*step in rights*)
 - Avaliku sektori õigused sekkuda lepingu täitmisesse
 - Laenuandja õigused sekkuda lepingu täitmisesse
- 14) PPP projekti tagastamine avalikule sektorile lepingu lõppedes
- 15) Mitmesugused sätted
 - Vaidluste lahendamise kord
 - Konfidentsiaalsussätted ja teabevabaduse nõuded
 - Lepingu loovutamise piirangud
 - Kohalduv õigus

2.5. Millised lepingutingimuste sõnastused on PPP tehingu valitsussektori arvestusest väljajäämiseks olulised?

99. PPP projektide valitsussektori arvestusest väljajäämine on rahvusvahelises praktikas olnud üks oluline argument, miks riigid kaaluvad PPP kasuks suuremahuliste hangete korral. Ainult valitsussektori arvestusest väljajäämise kaalutlustel teostatavate PPP projektidega kaasnevad omad riskid, mida oleme põhjalikumalt käsitlenud ülal punktis 2.2.1. Seega tuleb lisaks statistilisele käsitlusele suhtuda tõsiselt projekti ettevalmistamisel läbi viidavatesse tehnilistesse, majanduslikesse ja õiguslikesse analüüsidesse (vt eespool punkt 2.2.3).
100. Vaadates aga konkreetsemalt PPP tehingu valitsussektori arvestusest väljajäämise tingimusi, siis eeldab see suures plaanis, et suurem osa riske ja tuludest peab minema üle erasektori partnerile. Selle juures on aga oluline, et statistilise käsitluse järgi oleks tegemist ikka PPP tehinguga. Ülal punktis 2.4.1 on käsitletud tüüpiliselt kättesaadavuse põhise lepingu järgi riskide jaotumist.
101. PPP-de bilansivälise käsitlemise võimalusega seoses on Euroopa Liidu Statistikaamet (Eurostat) koostöös EPEC-iga koostanud PPP-de statistilise käsitlemise juhendi. Juhendi kohaselt tuleb PPP-de elluviimisel lähtuda hinna ja kvaliteedi suhtest, asjakohasest riskide jaotusest ja toimimise tõhususest, pöörates erilist tähelepanu taskukohasusele ja pikaajalisele eelarvepoliitilisele

vastutusele.⁸⁵ Reeglite kohaselt kajastatakse PPP selle poole, kes kannab suurema osa riskidest ja kellel on suuremale osale varadega seotud hüvedele, bilansis. Kui riskide hindamine ei ole lõplik, siis reeglite kohaselt on kohane statistiline käsitlus, vaadates millisel poolel on varade üle kontroll, eriti nende määratlemise ja nendega osutatud teenuste üle ning kontroll varade üle PPP lõppemisel.⁸⁶ PPP-de osas võtab Eurostat oma analüüsid aluseks ka *European System of Accounts 2010*⁸⁷ ja valitsemissektori defitsiidi ja võla käsiraamatu (MGDD 2016)⁸⁸, eriti viimase peatüki VI.4 „*Public-Private Partnerships (PPPs)*“.

102. Statistiline käsitlus nõuab väga põhjalikult iga lepingu tingimuse hindamist, et otsustada, kas PPP leping langeb avaliku sektori bilanssi. Mõttekas on igal konkreetsel juhul hinnata võrdluses EPEC juhendiga iga tingimuse mõju lepingule. Eurostati meetodika PPP statistilise käsitluse kohta põhineb kolmel järgmisel sammul:

- 1) **Statistilist käsitlust mõjutavate tingimuste tuvastamine PPP lepingu ja sellega seotud dokumentide, aga ka õigusaktide alusel.** Statistilist käsitlust mõjutavate tingimuste tuvastamisel tuleb tavapäraselt need jagada tähtsuse järjekorras (väga kõrge tähtsusega, kõrge tähtsusega ja mõõduka tähtsusega). Kui selles etapis ei tuvastata ühtegi tingimust, mis mõjutab statistilist käsitlust, on põhjust eeldada, et PPP leping ei lange valitsussektori bilanssi. Kui aga vähemalt ühe tingimuse järgi langeb valitsussektori bilanssi, on leping valitsussektori bilansis. Kui leping ei lange automaatselt valitsussektori bilanssi, kuid vähemalt üks tingimus on väga kõrge, kõrge või mõõduka tähtsusega, tuleb analüüsi jätkata.
- 2) **Tuvastatud väga kõrge, kõrge või mõõduka tähtsusega tingimuste mõju täiendav hindamine.** Selles etapis on vaja analüüsida, kas esimeses etapis antud hinnang on õige või tuleb seda vastavalt asjaoludele kohandada. Eurostat ei hinda oma praktikas kunagi ümber väga kõrge tähtsusega küsimust kõrge või mõõduka tähtsuse peale ega vastupidi.
- 3) **Järelduste tegemine statistilise käsitluse hinnangu järgi.** Olenevalt igast konkreetses lepingust ja asjaoludest võib järeldus küll olla erinev, kuid peamiste juhisteena on Eurostat väljendanud, et valitsussektori bilansist jäävad välja lepingud, milles:⁸⁹
 - ei ole ühtegi väga kõrge tähtsusega ega kõrge tähtsusega tingimust, kuid on kuni kaks mõõduka tähtsusega tingimust;
 - kui lepingus pole ühtegi väga kõrge tähtsusega tingimust, kuid kuni kaks kõrge tähtsusega ja mitte rohkem kui üks mõõduka tähtsusega tingimust;
 - kui pole ühtegi väga kõrge tähtsusega tingimust, kuid mitte rohkem kui üks kõrge ja neli mõõduka tähtsusega küsimust;

⁸⁵ Avaliku ja erasektori partnerlus ELis: palju puudusi ja vähe kasu. Euroopa Kontrollikoja eriaruanne, lisa. Euroopa Komisjoni vastus, lk 2.

⁸⁶ Eurostat. *A Guide to the Statistical Treatment of PPPs*. Sept 2016, Lk 16.

⁸⁷ *The European System of National and Regional Accounts (ESA 2010)*. Kättesaadav internetis: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/esa-2010/overview>

⁸⁸ *Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010 – 2016 edition*. Kättesaadav internetis: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-manuals-and-guidelines/-/KS-GQ-16-001>

⁸⁹ Eurostat. *A Guide to the Statistical Treatment of PPPs*. Sept 2016, Lk 136-141.

- mitte ühtegi väga kõrge või kõrge tähtsusega tingimust, kuid mitte rohkem kui seitse mõõduka tähtsusega tingimust.

103. Eurostati käest on võimalik küsida ka eelhinnangut. Selliselt toimiti ka nt Läti E67/A7 Kekava ümbersõidu projekti puhul, kus projekti kohta esitas Läti Statistikaamet selgitustaotluse koos projekti üldise infoga ning statistilise käsitluse kohta koostatud metodoloogiliste analüüsidega. Koos päringuga esitati ka Eurostati 2016. a juhise järgi koostatud analüüs koos tabeliga tüüpilistest tingimustest, mis mõjutavad statistilist käsitlust. Lisaks esitati lepingu projekt, definitsioonide loetelu, maksemehhanismi kirjeldus ning ennetähtaegse lõpetamise korral hüvitiste maksmise kirjeldus, samuti teave ajakava ning riskide jaotumise kohta. Eurostat on käsitlenud oma 09.07.2018 antud *ex ante* hinnangus erinevaid riske ning jõudnud seisukohale, et tegemist ei ole valitsussektori bilanssi langeva projektiga.⁹⁰

104. Kuigi iga lepingu juures määravad konkreetse lepingu asjaolud ära lepingu statistilise käsitluse, siis alljärgnevalt oleme lähtuvalt praktikast ja ennekõike Eurostati juhistest koondanud ülevaate tüüpilistest olukordadest, mis võivad PPP tehingu statistilist käsitlemist mõjutada.

Projekteerimine ja ehitamine

105. Tööde valmimise kriteeriumid peavad olema selged ja objektiivsed ning neid ei tohi jätta avatuks, poolte suva järgi käsitletavaks või läbiräägitavaks ning valmis töid peab olema võimalik riigiasutusel või lõppkasutajal kasutada.⁹¹ Tingimused, mis lubavad väikeseid kõrvaltöid välja jätta valmiduse kriteeriumist, on lubatavad, kui need on piiratud vaid töödega, mis ei takista vara kättesaadavust.⁹²

106. Etapiviisiline käsitlemine on võimalik vaid siis, kui iga etapi tulemust saab olemuslikult iseseisvalt kasutada riigiasutuse või lõppkasutaja poolt ning maksete suhe seoses iga etapiga ei ole suurem kui etapi kapitalikulu suhe kogu vara kapitalikulusse.⁹³

Vara hooldamine

107. Erapartner peab olema kohustatud hooldama vara lepingu kestel selleks, et see oleks kättesaadav riigiasutusele ja lõppkasutajale.⁹⁴ Erapartneri opereerimise ja hooldamise standardid peavad olema sellised, mis võimaldavad vähemalt vara kasutada. Erapartneri tööde täitmise monitooring ja järelevalve peavad võimaldama riigiasutusel kasutada erapartneri suhtes õiguskaitsevahendeid.⁹⁵

108. Hooldusplaanide osas peab jälgima, et hooldustööde ja -plaanide kinnitamisel ei vabastaks ega vähendaks riigiasutus erapartneri vastutust puuduste või teenuse osutamise eest.⁹⁶ PPP leping peab kohustama erapartnerit kandma hoolduskulusid ajakavas ettenähtud ajal, vastasel korral võib järeldada, et hoolduse edasilükkamisel ei ole negatiivset mõju vara seisukorrale, teenusele või vara kasutamisele riigiasutuse või lõppkasutaja poolt. Kui lepingu alusel luuakse hooldusfond, siis ei tohiks riigiasutus võtta riske seoses maksetega sellisesse hooldusfondi (nt kui hoolduskulud

⁹⁰ Läti Kekava projekti kohta antud Eurostat hinnang. Kättesaadav internetis: https://ec.europa.eu/eurostat/documents/1015035/8683865/Advice-2018-LV-Ex-ante+advice_PPP++Project+E67+A7+Kekava+bypass.pdf/ab49a2c1-3a30-4ee2-84f2-148e14ba484f

⁹¹ Eurostat. *A Guide to the Statistical Treatment of PPPs*. Sept 2016, lk 35-36.

⁹² *Ibid*, lk 36.

⁹³ *Ibid*, lk 35-36.

⁹⁴ *Ibid*, lk 38-39.

⁹⁵ *Ibid*, lk 39-40.

⁹⁶ *Ibid*, lk 40.

osutuvad planeeritust suuremaks) ega saada kasu/tulu hooldusfondi ülejäägist, kui see peaks tekkima, millisel juhul on tegemist valitsussektori bilanssi langeva lepinguga. Riigiasutuse kasu/tulu saamise keeld rakendub tegelikult hooldusfondi üleselt, st riigiasutus ei tohiks teenida tulu, kui erapartneril õnnestub pakkuda hooldust soodsamalt kui planeeritud. Vastasel korral langeb leping valitsussektori bilanssi.⁹⁷

Tasu

109. Kätesaadavuspõhiste lepingute puhul tuleb kindlasti silmas pidada, et kui vara või teenus ei ole kättesaadav või tegemist on kehva teenusega, siis maha arvestatav summa peab olema objektiivselt määratletud (st summa ei ole jäetud lahtiseks või ühe poole või juhtumi põhise läbirääkimiste objektiks) ja selle sissenõutavaks muutumisel ei ole selle tasumine läbi räägitav. Vastasel juhul on tegemist automaatselt valitsussektori bilansis kajastatava lepinguga.⁹⁸
110. Siinkohal on oluline ka rõhutada, et oluline on lepingus määratleda sellised tingimused (standard), millega määratakse ja mõõdetakse nn kättesaadavust (*availability*). Kui PPP lepingus ei ole kättesaadavuse sellist režiimi, siis on automaatselt tegemist valitsussektori bilanssi kuuluva PPP-ga.⁹⁹
111. Monitoorimine ja aruandlus peab võimaldama partneri suhtes kasutada sanktsioone mittetäitmise korral.¹⁰⁰ Konkreetne monitoorimise ja aruandluse meetodika ei mõjuta käsitlust, kuid oluline on arvestada, et kui maksemehhanism sõltub partneri enese poolt raporteerimisest ja valitsusasutusel pole õigust monitoorida, auditeerida ja vaidlustada selliseid raporteid, siis tuleb seda pidada kõrge tähtsusega statistilist käsitlust mõjutavaks teguriks.¹⁰¹
112. Mahaarvamiste puhul on proportsionaalsuse printsiip peamine ehk tegevuskulud peavad olema vastavuses sellega, mil määral vara on kasutatav.¹⁰² Seega näiteks 100% ulatuses projekti kättesaadavaks tegemine annab õiguse partnerile saada kogu lepingu järgne makse ja 0% ulatuses kättesaadavaks tegemine peab tooma kaasa partneri kulude katmata jätmise.
113. Igasugune mahaarvamistele hinnalae panek, mis läheb kõrvale proportsionaalsuse põhimõttest, tähendab automaatselt valitsussektori bilanssi asetumist.¹⁰³
114. Rikkumiste ja nendega seotud mahaarvamiste *de minimis* künniste kehtestamine lepingus on lubatud tingimusel, et *de minimis* künnis, mis on seotud projekti kättesaadavaks tegemisega ei ole suurem kui 1% kättesaadavusmaksetest (st mahaarvamiste mittekohaldamine on lubatud kuni summani, mis ei ületa 1% kättesaadavusmaksetest). Vastasel juhul mõjutab tingimus statistilist käsitlust kõrge tähtsusega.¹⁰⁴
115. Mahaarvamiste välistamine juhul, kui partner mahaarvamise tinginud rikkumise eest ei vastuta, ei mõjuta statistilist käsitlust.¹⁰⁵ Kuid partneri kontrolli all olnud asjaoludest või makromajanduslikest

⁹⁷ *Ibid*, lk 41.

⁹⁸ *Ibid*, lk 45.

⁹⁹ *Ibid*, lk 45-46.

¹⁰⁰ *Ibid*, lk 47.

¹⁰¹ *Ibid*, lk 47-48.

¹⁰² *Ibid*, lk 48-49.

¹⁰³ *Ibid*, lk 56-57.

¹⁰⁴ *Ibid*, lk 55-56

¹⁰⁵ *Ibid*, lk 53.

põhjustest tingitud lepingu täitmata jätmised või puudustega täitmine mõjutab statistilist käsitlust kõrge tähtsusega.¹⁰⁶

116. Vara kasutuse kohandamine – suurema kasutuse korral tegevuskulude hüvitamise suurendamine (aga ka suurendamata jätmine) kompenseerimaks suuremat vara kasutust ei mõjuta statistilist käsitlust.¹⁰⁷ Siiski, 100% kättesaadavusel põhinevate maksete vähendamine väiksema kasutuse järgi mõjutab statistilist käsitlust ja sellel on kõrge tähtsus.¹⁰⁸
117. Erapartnerile rikkumiste kõrvaldamiseks antud periood peab olema mõistlik,¹⁰⁹ arvestades rikkumise mõju vara kasutusele ja/või projektile tervikuna. Samamoodi tuleks käsitleda mahaarvamistest vabastamise perioodi.¹¹⁰
118. Tähelepanu tuleb pöörata sellele, et erapartner ei saaks opereerimistasusid enne, kui ehitus on valmis. Varasem maksete tegemine viib PPP automaatselt valitsuse bilanssi.¹¹¹
119. Opereerimistasude kohandamine võrdluste või turutestide alusel ei mõjuta üldiselt statistilist käsitlust, kuid seda vaid juhul, kui neid kohaldatakse teenuste suhtes, mis on teisejärgulised vara kättesaadavaks tegemiseks vajalike hooldusteenuste suhtes. Vastasel juhul läheb PPP automaatselt valitsussektori bilanssi. Pealegi ei tohi kohandusi teha sagedamini kui iga 5 aasta järel ja erapartner peab võtma enda kanda iga võrdlusuuringu või turutesti protsessi vahelise kulude suurenemise ja kokkuhoiu riski.¹¹²
120. Põhimõtteliselt pole välistatud ka, et erapartner saab lisaks opereerimistasudele ka muud tulu kolmandatelt isikutelt ning jagab seda tulu ka riigiasutusega. Siiski on oluline, et riigiasutuse tulu, mida sellistest maksetest prognoositakse saada lepingu kestvuse ajal, ei oleks võrdne või suurem kui 50% nendest maksetest, mida riigiasutus peab tegema lepingu alusel erasektori partnerile lepingu jooksul. Vastasel korral langeb leping automaatselt valitsemissektori bilanssi. Kui selline riigiasutuse tulu on vahemikus 20-50% arvestatuna maksetest, mida riigiasutus peab tegema lepingu alusel erasektori partnerile lepingu jooksul, siis on selline tingimus statistilise käsitluse jaoks kõrge tähtsusega.¹¹³

Hüvitis ja force majeure

121. Hüvitamise ja *force majeure* olukordade juures on oluline silmas pidada järgmisi nõudeid:¹¹⁴
- hüvitamine on piiratud täpselt määratletud arvu sündmustega (st riigiasutust ei tohiks siduda ennast määramata riskidega);
 - hüvitamise aluseks ei ole muutused makromajanduslikes tingimustes;
 - hüvitamise aluseks olevad asjaolud, ei ole seotud partneri tegevuse või tegevusetusega;

¹⁰⁶ *Ibid*, lk 54.

¹⁰⁷ *Ibid*, lk 57.

¹⁰⁸ *Ibid*, lk 58.

¹⁰⁹ *Ibid*, lk 50-51.

¹¹⁰ *Ibid*, lk 55.

¹¹¹ *Ibid*, lk 64.

¹¹² *Ibid*, lk 65-66.

¹¹³ *Ibid*, lk, 69.

¹¹⁴ *Ibid*, lk 75-76.

- d) hüvitamise aluseks olevad sündmused või sündmuste tagajärjed ei ole mõistlikult prognoositavad ega hinnatavad.

122. Hüvitise arvestamisel tuleb jälgida, et hüvitist makstaks vaid konkreetse sündmuse tagajärgede eest ning igal juhul peaks olema välistatud riigiasutuse poolt hüvitise maksmine kahju ulatuses, mida erapartneril on võimalik saada lepingu järgi nõutud kindlustuste või muude tavapäraste kindlustuste alusel, mis on tavapärastel turutingimustel kättesaadavad.¹¹⁵

123. Lepingu muudatuste osas tuleb tähelepanu pöörata, et riigiasutuse kohustus kanda partneri muutmistepaneku (välja arvatud sellised muudatused, mida on vaja seaduse järgimiseks) finantstagajärjed, mõjutab statistilist käsitlemist ja on kõrge tähtsusega tingimus.¹¹⁶

Lepingu ennetähtaegne lõpetamine ja hüvitis

124. Lepingutingimused, mille kohaselt partner võib lepingu üles öelda, ei mõjuta statistilist käsitlust. Küll tuleb pöörata tähelepanu, kui ülesütlemise aluseks on olnud riigiasutuse poolt riskide (nt partneri täitmise või makromajanduslik risk) võtmine, siis see mõjutab statistilist käsitlust.¹¹⁷

125. Oluline on tähelepanu pöörata hüvitiste regulatsioonile lepingus. Kui leping ei sisalda üldse midagi hüvitiste kohta, võib see mõjutada statistilist käsitlust.¹¹⁸ Lepingu ennetähtaegsel lõpetamisel makstavad hüvitised ei tohi mingil juhul lõpetada enne lõpetamist tekkinud kohustuste kehtivust.¹¹⁹

126. Lepingu lõpetamisel peab riigiasutusele antav PPP vara olema sellises seisundis, mis vastab lepingu järgi nõutud hooldustasemele. Selle riski PPP lepingu alusel erapartnerile üle kandmata jätmine mõjutab statistilist käsitlemist ja on kõrge tähtsusega tingimus.¹²⁰

Rahastamine

127. Kindlasti tuleb tähelepanelikult suhtuda kogu rahastamise paketti. Riigiasutuse osalemine projekti rahastamisel mis tahes vormis ja mis tahes viisil mõjutab statistilist käsitlust ning võib viia ka automaatselt PPP tehingu kajastamisele valitsussektori bilansis, nt olukorras, kus riigiasutuse rahastamiskohustus või mõni muu toetus moodustab vähemalt 50% vara ehitamiseks tehtavatest kapitalikulutustest.¹²¹ Statistilist käsitlemist mõjutavad riigi osalus erapartneris või ka riigi antud või tagatud laenud.¹²²

¹¹⁵ *Ibid*, lk 77-78.

¹¹⁶ *Ibid*, lk 81-82.

¹¹⁷ *Ibid*, lk 97-98.

¹¹⁸ *Ibid*, lk 103.

¹¹⁹ *Ibid*, lk 102.

¹²⁰ *Ibid*, lk 115-116.

¹²¹ *Ibid*, lk 120-121.

¹²² *Ibid*, lk 122-123.