

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
AVALIKU ÕIGUSE OSAKOND

Tea Kookmaa

***IN-HOUSE* LEPINGUGA KAASNEV EBASEADUSLIK RIIGIABI AS-I EESTI TEED
NÄITEL**

Magistritöö

Juhendaja: *dr iur* Ivo Pilving

Tartu

2016

Sisukord

1. Sisetehingu olemus.....	8
2. Riigiabi olemus	12
3. Riigiabi ja <i>in-house</i> reeglite suhestumine.....	15
4. AS-i Eesti Teed kaasus.....	18
4.1. AS Eesti Teed.....	18
4.2. AS-i Eesti Teed ja Maanteeameti vaheline sisetehing	18
4.3. Sisetehingu eelduste täitmine AS-i Eesti Teed ja Maanteeameti vahelise sisetehingu puhul	21
5. Ebaseadusliku riigiabi kriteeriumid.....	25
5.1. Liikmesriigi poolt või liikmesriigi ressursside kaudu antav abi.....	25
5.1.2. Läbipaistvus riiklike vahendite puhul	27
5.1.3. Kriteeriumi rakendamine Eesti Teede kaasuses	30
5.2. Eelise olemasolu.....	30
5.2.1. Kriteeriumi sisu	30
5.2.2. Mõistliku turuinvestori kriteerium	31
5.2.3. Eelise kriteerium üldhuviteenust pakkuvate ettevõtete puhul	35
5.2.4. Eelise kriteerium sisetehingu puhul.....	39
5.2.5. AS Eesti Teed ja Maanteeameti vaheline sisetehing	47
5.3. Valikuline iseloom	58
5.3.1. Kriteeriumi sisu	58
5.3.2. Valikulisuse kriteerium AS-i Eesti Teed kaasuses	60
5.4. Konkurentsimoonus	61
5.4.1. Kriteeriumi sisu	61
5.4.2. Sisetehingu alusel teenust osutava ettevõtte konkureerimine hangetel – konkurentsimoonus?.....	61
5.4.3. Konkurentsimoonus AS-i Eesti Teed kaasuses	63
5.5. Mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele	63
5.5.1. Kriteeriumi sisu	63
5.5.2. Mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele AS-i Eesti Teed kaasuses	66
6. Sisetehinguga kaasneva riigiabi kokkusobivus ühisturuga	66
7. Teavitamiskohustus sisetehinguga kaasneva riigiabi puhul	68
Kokkuvõte	70
State aid in the case of an <i>in-house</i> contract based on the example of AS Eesti Teed.....	73
Kasutatud materjalid.....	77

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks..... 84

Sissejuhatus

Riigi äriühingutega seonduv on Eestis viimasel ajal suure tähelepanu all olnud. Eesti riigil on osalus 32 tegutsevas äriühingus¹. Väikese riigi puhul on see piisav arv selleks, et riigi äriühingud mõjutaksid nii majanduskasvu kui ka turul toimuvat. Kui majandusvaldkonnas on olnud palju arutlusi selle üle, kuidas efektiivselt juhtida riigi osalusega äriühingut, siis õigusteaduses on kerkinud üles teistsugused probleemid. Üheks põletavaks teemaks on riigi osalusega äriühingute konkureerimine riigihangetel.

Riigi osalusega äriühingud võivad turul koos teiste äriühingutega konkureerida, sealhulgas osaleda hangetel². Euroopa Liidu õiguses on seda põhjendatud eesmärgiga hoida siseturg konkurentsile võimalikult avatuna.³ Riigi osalusega äriühingutel on kõikide liikmesriikide rahvamajandustes oluline osa.⁴ Mõõda ei saa aga vaadata sellest, et riigi osalusega äriühingute osalemine turul toob endaga kaasa ka teatud riske ausale konkurentsile. Õiguseksperdid on juhtinud tähelepanu ohule, et need äriühingud võivad ristsubsideerida oma pakkumisi maksumaksjate arvelt.⁵ Viimasel ajal on selle teemaga seoses sattunud suurema tähelepanu alla iseäranis need riigi äriühingud, kes osutavad riigile üht teenust sisetehingu alusel, kuid sellega paralleelselt konkureerivad ka hangetel. Nende äriühingute puhul tekib küsimus, kas sisetehinguga ei kaasne ehk eelised, tänu millele saavad nad teha hangetel oluliselt odavamaid pakkumisi. Sellise eelise näol võib tegemist olla ka ebaseadusliku riigiabiaga Euroopa Liidu toimimise lepingu (ELTL) artikli 107 lg 1 tähenduses.

Sisetehing on spetsiifiline mõiste riigihankeõiguse valdkonnas. Riigiabi kuulub aga konkurentsioiguse valdkonda. Sisetehingut ja riigiabi reguleerivad seega eri õigusharude normid.

Sisetehing kujutab endast erandit riigihanke korraldamise kohustusest. Sisetehingut käsitleb riigihangete seaduse (RHS) § 14¹. RHS § 14¹ lg 2 järgi on sisetehing hankija leping äriühinguga, mille kõik aktsiad või osad kuuluvad otseselt sellele hankijale või talle koos teiste hankijatega. Lisaks eeltoodud nõudele peavad sisetehingu sõlmimiseks olema täidetud

¹ Seisuga 01.09.2015. „Riigi osalusega äriühingute nimekiri ja tegevusalad 31.08.2015. a seisuga“. Eesti Vabariigi Rahandusministeerium. Kodulehekülj. Kättesaadav veebis: <http://www.fin.ee/riigi-osaluste-valitsemine> (01.12.2015).

² EKo C-305/08, *CoNISMA*, p 29.

³ EKo C-568/13, *Data Medical Service*, p 34.

⁴ Euroopa Komisjoni direktiiv 2006/111/EÜ liikmesriikide ja riigi osalusega äriühingute vaheliste finantsühete läbipaistvuse ning teatavate ettevõtjate finantsläbipaistvuse kohta - L 318/17, 17.11.2006, preambula p 2.

⁵ Caranta. R. General Report. Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes. The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014 Congress Publications Vol. 3 (DJØF, 2014), lk 142.

kõik RHS § 14¹ lg-s 3 toodud eeldused. Need eeldused käsitlevad hankija ja lepingupoole vahetut seotust ning lepingupoole tegevust, mis peab toimuma hankija huvides.

Riigiabi mõiste ja kriteeriumid on sätestatud ELTL artiklis 107 lg 1. Riigiabi olemasoluks peavad olema täidetud teatud eeldused. Abi peab olema antud riigi poolt või pärinema riigi ressurssidest, andes abi saajale eelise. Meede peab olema valikuline ning kahjustama või ähvardama kahjustada konkurentsi. Viimaks peab eksisteerima mõju liikmesriikide vahelisele kaubandusele. Sealjuures sätestavad artikli 107 lõiked 2 ja 3, millal võib abi pidada siseturuga kokkusobivaks. Riigiabi andmine ilma Euroopa Komisjoni nõusolekuta on keelatud vastavalt ELTL artiklile 108 lg-le 3.

Sisetehingut ja riigiabi reguleerivad eri õigusharude normid ning nendel regulatsioonidel on ka Euroopa Liidu siseturul erinevad eesmärgid. Euroopa Kohtu praktikas on öeldud, et ebaseadusliku riigiabi keelu eesmärk on kaitsta turul tegutsevaid ettevõtjaid konkurentsimoontonuse eest.⁶ Riigihankeõiguse eesmärgina on riigisisises õiguses traditsiooniliselt nähtud eelkõige riigieelarve kaitsmist. Seoses Euroopa Liiduga ühinemisega on riigihankeõiguse eesmärk aga muutunud. Euroopa Liidu õiguses on riigihankeõiguse eesmärgiks avatud ja ausa konkurentsi tagamine kõikides liikmesriikides.⁷ Sisetehingu kui erandi eesmärk on aga kaitsta hankija organisatsioonilist autonoomiat.⁸

Riigiabi puhul on mõisted „riigi ressurssidest pärinemine“ ning „eelis“ üsna laia tähendusega. Eeliseks loetakse mitmesuguses vormis sekkumisi, mis vähendavad äriühingu eelarvet tavaliselt koormavaid kohustusi. Selline eelis ei pea olema rahaline toetus kitsas tähenduses. Oluline on, et see oleks oma olemuselt samalaadne ja samasuguse mõjuga.⁹ Riigi äriühing, mis osutab teenust sisetehingu alusel, kuid samal ajal konkureerib ka hangetel, võib seega nii teoorias kui ka praktikas olla eelise saajaks. Eeliseks saab sellisel juhul olla sisetehinguga saadud vahend või meede, mis vähendab koormust selle äriühingu eelarvel ning võimaldab tal teha madalama hinnaga pakkumusi riigihangetel.

Küsimust sellest, kas ja millal saab sisetehing osutada ebaseaduslikuks riigiabiks, on Euroopa Liidu õiguses vähe uuritud. Käesolevas töös püütaksegi leida vastust küsimusele, millal saab sisetehinguga kaasneda ebaseaduslik riigiabi. Teemat uuritakse ühe konkreetse äriühingu näitel. Selleks on riigile kuuluv äriühing AS Eesti Teed.

⁶ EKo C-199/06, *CELF*, p 38.

⁷ EKo C-26/03, *Stadt Halle*, p 44.

⁸ EKo C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, Euroopa Kohtu kohtujuristi Paolo Mengozzi ettepanek, p 39-41.

⁹ EKo C-399/10 P ja C-401/10 P, *Bouygues and Bouygues Télécom v. Komisjon ja Teised*, p 101.

AS-i Eesti Teed ajaloo algus ulatub 2008. aastani. Aastal 2008 moodustati viie teedevalitsuse hooldetööde osakonnast viis äriühingut: AS Virumaa Teed, AS Saaremaa Teed, AS Pärnumaa Teed, AS Tartumaa Teed, AS Võrumaa Teed. Kõikide aktsiate valitsejaks oli Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium. Aastal 2011 sõlmiti viie äriühingu ühinemisleping. Selle tulemusena sündiski uus riigi äriühing AS Eesti Teed, mis kanti äriregistrisse 2012. aastal. On teada, et nende viie äriühingu ühendamise põhjuseks oli see, et neid ettevõtteid ei õnnestunud riigil võõrandada huvi puudumise tõttu.¹⁰

EL õiguses käsitletakse „riigi osalusega äriühinguna“ kõiki ettevõtjaid, kelle suhtes ametiasutused võivad otseselt või kaudselt kasutada valitsevat mõju omandiõiguse, finantsosaluse, või ettevõtja suhtes kehtivate eeskirjade alusel.¹¹ Riigi osalus AS-s Eesti Teed on 100 %¹². Seega on AS Eesti Teed riigi osalusega äriühing. AS Eesti Teede põhitegevuseks on teehooldelepingu täitmine Lääne-Viru, Võru, Tartu, Saare ja Pärnu maakondades. Seda teenust osutab AS Eesti teed Maanteeametile sisetehingu alusel.¹³

AS Eesti Teed osaleb Maanteeameti riigihangetel, võisteldes teiste pakkujatega maakondades teehoiuteenuse pakkumiseks. Viimasel ajal on juhitud tähelepanu sellele, et Maanteeamet ostab AS-lt Eesti Teed otselepingu alusel teenust kõrgema hinnaga kui seda on vastavates piirkondades turuhind.¹⁴ Ka Maanteeamet ise on juhtinud tähelepanu vajadusele AS Eesti Teed erastada, kuna antud äriühingu olemasolu praegusel kujul kujutab endast teatavat ohtu konkurentsile¹⁵.

AS-i Eesti Teed puhul tekib seega küsimus, kas ja millise eelise on sisetehing sellele äriühingule andnud. Ei saa välistada, et Maanteeameti poolt AS-lt Eesti Teed teehoolde ostmine toimub tingimustel, mis on liialt soodsad ning kujutavad endast seetõttu ebaseaduslikku riigiabi. Seetõttu sobib AS Eesti Teed antud magistritöö puhul praktiliseks

¹⁰ Rahandusministeerium. „Riigi osalusega äriühingute, sihtasutuste ja mittetulundusühingute koondaruanne 2014. aasta kohta.“ Tallinn 2015, lk 17.

¹¹ Euroopa Komisjoni direktiiv 2006/111/EÜ liikmesriikide ja riigi osalusega äriühingute vaheliste finantsühenduste läbipaistvuse ning teatavate ettevõtjate finantslähipeetvuse kohta, Artikkel 2 p b.

¹² „Riigi osalusega äriühingute nimekiri ja tegevusalad 31.08.2015. a seisuga“. Eesti Vabariigi Rahandusministeerium. Kodulehekül. Kättesaadav veebis: [http://www.fin.ee/riigi-osaluste-valitsemine\(01.12.2015\)](http://www.fin.ee/riigi-osaluste-valitsemine(01.12.2015)).

¹³ AS Eesti Teede põhikiri, p 1.3.

¹⁴ Postimees. „Maanteeamet: Eesti Teed tuleks kiiresti erastada“. 18.03.2015. Kättesaadav veebis: <http://majandus24.postimees.ee/3126595/maanteeamet-eesti-teed-tuleks-kiiresti-erastada> (30.04.2016).

¹⁵ *ibid.*

näiteks, mille kaudu otsitakse vastust uurimisküsimusele. Teema aktuaalsus ning selle uurimine reaalsest elust pärineva näite kaudu annavad tööle ka uurimisväärtuse.

Käesoleva magistr töö eesmärk ongi leida vastus küsimusele, kas AS Eesti Teede näitel võib sisetehinguga kaasneda ebaseaduslik riigiabi. Leidmaks vastuse selle küsimusele, uuritakse AS Eesti Teede ning Maanteeameti vahelist sisetehingut riigiabi kriteeriumite kontekstis. Teisisõnu, töös analüüsitakse, kas antud sisetehingu puhul on täidetud ELTL artikli 107 lg 1 kriteeriumid. Töös kasutatakse seega valdavalt analüütilist ja sünteetilist uurimismeetodit. Töö hüpoteesiks on, et sisetehinguga võib küll kaasneda ebaseaduslik riigiabi vähemalt juhul, kui sisetehinguga saadud eelised ei ole piisavalt läbipaistvalt eraldatud sellest teisest majandustegevusest, mida riigi äriühing turul pakub.

Selleks, et teada saada, kas sisetehinguga kaasneb ebaseaduslik riigiabi, analüüsitakse AS-i Eesti Teed ja Maanteeameti vahelist sisetehingut riigiabi tunnuste kontekstis. Uuritakse, kas kõnealuse sisetehingu olemasolul on ebaseadusliku riigiabi kriteeriumid täidetud. Sellest tulenevalt on ka töö ehitatud üles selliselt, et suurema osa tööst moodustavad riigiabi eri kriteeriume käsitlevad peatükid. Nende alapeatükkides antakse kõigepealt ülevaade kriteeriumi sisut. Seejärel uuritakse, kas sisetehingule iseloomulikud tunnused vastavad omakorda riigiabi kriteeriumitele.

Kuivõrd AS Eesti Teede ja Maanteeameti vaheline sisetehing on antud magistr töö üks peamine uurimisallikas, moodustavad AS Eesti Teedega seonduvad materjalid suure osa töös kasutatavatest allikatest. Nende hulka kuuluvad lepingud ning dokumendid, mis annavad infot AS Eesti Teede ja Maanteeameti vahelise sisetehingu sisu kohta. Käesoleva töö autori jaoks ei ole kättesaadavad kõik vajalikud materjalid, mis on AS-i Eesti Teed osas analüüsi tegemiseks vajalikud. Nendeks on eeskätt sisetehingu alusel Maanteeametile tehtavate tööde hinnad, mida ei avalikustata ärisaladuse tõttu. See tähendab, et autor on saanud kasutada piiratud hulgal vajalikke materjale. See piirab mõneti ka analüüsi teostamist.

Olulise osa kasutatavatest allikatest moodustavad ka Euroopa Kohtu sisetehingu ja riigiabi teemalised lahendid. Uuritakse ka Euroopa Komisjoni otsuseid ja suuniseid, küll teatud ettevaatlikkusega nende allikate teisejärgulise tähtsuse tõttu Euroopa Liidu õigusallikate hierarhias.

Magistr töö märksõnad: konkurentsioigus, avalik sektor, riigihanked, Euroopa Liidu õigus

1. Siseteingu olemus

Siseteingu mõiste ei ole üheselt määratletud. Välismaa õigusallikates kasutatakse enamasti mõistet *in-house* tehing (*in-house provision*). Euroopa Liidu kohtupraktikas nimetatakse seda ka sisehankeks ja seotud ettevõtjaga lepingu sõlmimiseks.¹⁶ Saksa õiguses kasutatakse termineid *in-house Vertrag* ja *in-house Geschäft*¹⁷.

Euroopa riigihankeõigus kohaldub juhul, kui hankija kavatses sõlmida asjade ostmiseks või teenuste osutamiseks mõeldud rahalise huviga kirjaliku lepingu, mille teiseks pooleks on isik, kes on juriidiliselt temast eraldiseisev ning otsuste tegemisel sõltumatu.¹⁸ Sellisel juhul peab läbi viima hanke. Siseteingu erand on ette nähtud lepingupoolte autonoomia tagamiseks.¹⁹ Eesmärk on tagada liikmesriigile haldusautonoomia, st vabadus otsustada oma haldusaparaadi struktuuri üle. Euroopa Liidu õigus ei keela ametiasutustel täita avalike huvidega seotud ülesandeid omaenda administratiivsete, tehniliste või muude vahenditega. Asutus ei ole selleks kohustatud pöörduma selliste üksuste poole, kes ei ole tema teenistuses.²⁰ Siseteingu erand on reguleeritud nii siseriiklikus kui ka EL õiguses. Siseteingu erandi kohaldamiseks peavad olema täidetud teatud tingimused. Nende tingimuste täitmine garanteerib selle, et tegemist on tõepoolest vaid nõ formaalselt eraldiseisva üksusega.

Eesti õiguses sätestab riigihangete seaduse § 14¹ lg 2 esiteks, et äriühingu kõik aktsiad või osad peavad kuuluma otseselt sellele hankijale või talle koos teiste hankijatega või sihtasutustega, mille ainuasutaja on see hankija või mille kõik asutajad on see hankija koos teiste hankijatega. Siseteinguks ei loeta Eesti õiguses tehingut, millega antakse teenuste kontsessioon.

Sisetehinguga ostetava asja või teenuse saajaks peab olema vahetult hankija. Äriühingu tegevus – asjade müümine, teenuste osutamine või ehitustööde tegemine – peab olema suunatud tema osanikuks, aktsionäriks või asutajaks olevale hankijale või hankijatele. Vastav kohustus peab sisalduma ka põhikirjas (RHS § 14¹ lg 3 p-d 1-3). Tegutsemine hankija huvides peab toimuma hankija territoriaalse pädevuse piires ning ka see kohustus peab sisalduma

¹⁶ EKo C-26/03, *Stadt Halle*, kohtujuristi Christine Stix-Hackl ettepanek, p 1; Euroopa Kohtu ja Esimese Astme Kohtu lahendite kogumik, I osa, 2008-11, Luksemburg. Kokkuvõtte Euroopa Kohtu otsusest 13.11.2008 nr C-324/07, *Coditel Brabant SA*, lk 51.

¹⁷ Näiteks Noch, R. *Vergaberecht Kompakt*. 5. Auflage. Werner Verlag, 2011, lk 114 jj; Hardraht, K. *In-house Geschäfte und europäisches Vergaberecht*. Berlin, 2006, Band 119, lk 132 jj.

¹⁸ EKo C-107/98, *Teckal*, p 51.

¹⁹ European Commission Staff Working Paper on Public-Public Cooperation. Brüssel, 04.10.2011, p 6.

²⁰ EKo C-26/03, *Stadt Halle*, p 48.

põhikirjas (RHS § 14¹ lg 3 p 4). Hankija lepingupooleks oleva äriühingu üldkoosoleku või osanike koosoleku otsused või sihtasutuse nõukogu koosoleku otsused võetakse vastu ühehäälselt ning vastav kohustus peab sisalduma ka põhikirjas (RHS § 14¹ lg 3 p 5).

Juhul, kui hankija sõlmib sisetehingu aktsiaseltsiga, mille aktsiad kuuluvad ühele või enamale hankijale, peab põhikirjaga olema ette nähtud teiste aktsionäride ostueesõigus. Selle kohta peab olema kantud ka märge väärtpaperite registrisse (RHS § 14¹ lg 3 p 6).

Euroopa Liidu õiguses peavad sisetehingu erandi kohaldamiseks olema kumulatiivselt täidetud kaks *Teckali* kohtuotsusest tulenevat kriteeriumit. *Teckali* kohtuotsuse järgi ei kohaldu riigihankeõigus siis, kui tellija sõlmib lepingu kolmanda isikuga, kes on temast küll formaalselt eraldiseisev, kuid sisuliselt mitte.²¹ Niimoodi on Euroopa Kohus kitsendanud teleoloogilise tõlgenduse kaudu „hankelepingu“ mõistet.²²

Esimene eeldus on see, et hankija peab teostama asjaomase isiku suhtes kontrolli, mis on analoogne sellega, mida ta teostab oma üksuste üle.²³ Euroopa Kohus on selgitanud „analoogne kontrolli“ tähendust. See tähendab, et isik on allutatud niisugusele kontrollile, mis võimaldab avalikul võimuorganil tema otsuseid mõjutada. Tegemist peab olema otsustava mõjuga nii strateegilistele eesmärkidele kui ka tähtsatele otsustele.²⁴ „Analoogne kontrolli“ kriteerium võib olla täidetud ka siis, kui asjaomast isikut kontrollivad mitu võimuorganit ühiselt.²⁵

Euroopa Kohus on leidnud, et aktsiaseltsi puhul puudub „analoogne kontroll“ näiteks siis, kui selle aktsiaseltsi kapital on avatud võõrkapitalile, territoriaalne tegevusvaldkond hõlmab kogu riiki ja ka välismaad, ning nõukogul on laiaulatuslik juhtimise pädevus selleks, et ta võiks tegutseda autonoomselt.²⁶

Eraettevõtja kas või vähemusosalus selle äriühingu kapitalis, milles osaleb ka asjaomane tellija, välistab igal juhul, et sel tellijal saaks kõnealuse äriühingu üle olla samasugune kontroll nagu oma osakondade üle. Seda põhjusel, et erakapitali paigutamisel ettevõttesse lähtutakse erahuvidest ja järgitakse teistsuguseid eesmärke.²⁷

²¹ Commission Staff Working Paper on Public-Public Cooperation, p 6.

²² EKo C-26/03, *Stadt Halle*, kohtujuristi Christine Stix-Hackl ettepanek, p 52.

²³ EKo C-107/98, *Teckal* p 50.

²⁴ EKo C-458/03 *Parking Brixen*, p 65.

²⁵ EKo C-324/07, *Coditel Brabant SA*, p 51.

²⁶ EKo C-458/03, *Parking Brixen*, p 72.

²⁷ EKo C-26/03, *Stadt Halle*, p 49-50.

Asjaolu, et tellija omab üksi või koos teiste avalik-õiguslike asutustega kogu äriühingu kapitali, võib, aga ei pruugi näidata, et tellija teostab asjaomase isiku suhtes analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab oma üksuste üle.²⁸ *Teckali* kohtuasjas leidis Euroopa Kohus küll, et „analoogse kontrolli“ kriteerium oli täidetud, kuna eraldiseisev üksus kuulus täielikult tellijale.²⁹ Seevastu kohtuasjas *Carbotermo SpA* leidis Kohus, et kui äriühingu põhikirjast ei tulene teda omavale omavalitsusele mitte mingit järelevalve õigust või eralist hääleõigust juhtorganitele antud tegevusvabaduse piiramiseks, ei ole „analoogse kontrolli“ kriteerium täidetud.³⁰

„Analoogse kontrolli“ kriteerium ei ole täidetud siis, kui asjaomane isik on turusuunitlusega, tegutsedes turul sellise iseseisvusega, mille puhul on võimuorgani kontroll tema üle sisuliselt tühine. Hindamaks seda, kas turusuunitlus muudab kontrolli olematuks, peab analüüsima kontrollitava isiku turutegevuse materiaalsel ja geograafilisel ulatust. Teiseks, võimalikkust luua suhteid erasektori ettevõtetega.³¹

Teine *Teckali* kaasusest tulenev eeldus on, et isik peab tegutsema põhiliselt teda kontrolliva hankija huvides.³² Selle nõude eesmärk on tagada, et Euroopa Liidu riigihankeõigus kohalduks kindlasti juhul, kui üks ettevõtte, mis on ühe või mitme kohaliku omavalitsuse kontrolli all, tegutseb aktiivselt turul ja konkureerib seetõttu teiste ettevõtetega.³³

Asjaomane ettevõtte tegutseb põhiliselt teda kontrolliva isiku huvides ainult juhul, kui selle ettevõtte tegevus on põhimõtteliselt allutatud sellele isikule ja kogu muu tegevus on tähtsusetu.³⁴ Isik peab omama ettevõtte üle analoogset kontrolli omaenda üksusega, nagu on mainitud käesoleva peatüki alguses. Euroopa Kohus on rõhutanud, et „huvi“ kriteeriumi kontrollimiseks peab arvestama kõiki asjaolusid, nii kvalitatiivseid kui ka kvantitatiivseid.³⁵ Euroopa Liidu direktiivi 2014/24/EL artikli 28 lg 1 p b järgi on see kriteerium täidetud, kui üle 80% asjaomase isiku tegevusest on suunatud teda kontrollivale hankijale.

Juhul, kui mitu omavalitsust omavad üht ettevõtet, võib tema põhilise tegevuse kohta seatav tingimus olla täidetud nii, et selle ettevõtte põhiline tegevus ei pea olema mitte tingimata seotud ühega neist omavalitsustest, vaid nende omavalitsustega nende kogumis. Sellisel juhul

²⁸ EKo C-340/04, *Carbotermo SpA*, p 37.

²⁹ EKo C-107/98, *Teckal*, p 12.

³⁰ EKo C-340/04, *Carbotermo*, p 38.

³¹ EKo C-324/07, *Coditel*, p 36, 38; EKo C-573/07 *Sea*, p 73-76.

³² EKo C-107/98, *Teckal* p 50.

³³ EKo C-340/04, *Carbotermo*, p 60.

³⁴ *ibid*, p 63.

³⁵ *ibid*, p 64.

on arvessevõetav tegevus see, mida selline ettevõte teostab kõigi nende omavalitsuste huvides.³⁶

³⁶ EKo C-340/04, *Carbotermo*, p 70-71.

2. Riigiabi olemus

Riigiabi on laiahaardeline mõiste, mida on õiguskirjanduses seetõttu ka kritiseeritud.³⁷ Euroopa Liidu lepingutes ei ole antud „abi“ definitsiooni. Ebaseadusliku riigiabiga on tegemist siis, kui on täidetud teatud kriteeriumid. Need kriteeriumid sätestab ELTL artikkel 107 lg 1. Abi saaja peab olema ettevõtja, st tegelema majandustegevusega³⁸ (1); abi peab olema antud riigi poolt või pärinema riigi ressurssidest (2); abi peab olema valikulise iseloomuga (3); andma abi saajale konkreetse eelise (4); moonutama või olema võimeline moonutama ettevõtetevahelist konkurentsi (5); ning mõjutama liikmesriikide vahelist kaubandust (6). Need kriteeriumid peavad olema täidetud kumulatiivselt. Kas või ühe kriteeriumi äralangemise korral riigiabi artikli 107 lg 1 tähenduses ei eksisteeri.³⁹

Esimest tingimust – seda, et tegemist peab olema ettevõttega, st isikuga, kes tegeleb majandustegevusega – tuleb mõista selle funktsionaalses tähenduses. Ettevõtte on iga isik, olenemata oma õiguslikust vormist, kes tegeleb kaupade või teenuste pakkumisega turul. See mõiste hõlmab ka riigi tegutsemist turul.⁴⁰ Oluline ei ole ka see, kas üksus on loodud kasumi saamiseks. Euroopa Kohtu ja Üldkohtu praktika alusel võivad ka mittetulundusüksused pakkuda turul kaupu ja teenuseid.⁴¹ Tuleb silmas pidada, et üksust, mis tegeleb nii majandustegevuse kui ka mitte-majandustegevusega, tuleb lugeda ettevõtjaks ainult seoses esimesega.⁴²

„Riigi poolt“ antava abi ja „riigi ressurssidest“ pärineva abi eristamine on vajalik selleks, et riigiabi mõiste kataks nii otseselt riigi poolt kui kaudselt riigi asutatud või määratud eraõiguslike isikute poolt antud abi. „Riigi ressursside“ kriteeriumi kontroll koosneb kahest osast. Esiteks peab meede kujutama endast konkreetset rahalist koormust riigi eelarvele. Teiseks peab meede olema riigile omistatav.⁴³ „Riigi ressurssidest“ pärinev eelis sealjuures ei tähenda seda, et tegemist peab tingimata olema riigi ressursside ülekandmisega. Riigiabi kriteeriume käsitletakse lähemalt käesoleva töö 5. peatükis.

³⁷ Romariz, C. Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – Or „The Ghost of Yet-To-Come“. *European State Aid Law Quarterly*. I/2014, lk 39.

³⁸ EKo C-41/90, *Höfner*, p 21.

³⁹ EKo C-142/87 *Belgia v. Komisjon*, p 25; EKo C-431/07 *Bouygues and Bouygues Télécom v. Komisjon*, p 101.

⁴⁰ Pfannkuch, B. *Beihilferechtliche Risiken bei der Inhouse-Vergabe*. *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 16(2015) Heft 12, lk 746.

⁴¹ EKo C-209/78, *Van Landewyck*, p 21; EKo C-244/94, *FFSA ja teised ning EKo C-49/07, MOTOE*, p 27 ja 28.

⁴² Komisjoni teatis 2012/C 8/02, p 9.

⁴³ EKo C-482/99, *Stardust Marine*, p 51.

Eeliseks ELTL artikli 107 lg 1 tähenduses loetakse mitmesuguses vormis sekkumisi, mis leevendavad äriühingu eelarvet tavaliselt koormavaid kohustusi.⁴⁴ Eelise olemasolu tuvastamisel kasutatakse nn turuinvestori testi. Vaadatakse, kas riik on abi andes käitunud nagu mõistlik turuinvestor, püüdes maksimeerida oma tulu. Meede ei ole artikli 107 lg 1 mõttes „abi“, kui riigi osalusega ettevõtja – abi saaja – võinuks saada sama eelise tavapärastele turutingimustele vastavatel asjaoludel. Seda tehes peab eristama riigi kaht erinevat rolli. Tuleb arvesse võtta üksnes eeliseid ja kohustusi, mis on seotud riigi kui aktsionäri, mitte neid, mis on seotud riigi kui avaliku võimu kandjaga.⁴⁵

Eelis on välistatud siis, kui on täidetud nn *Altmarki* kriteeriumid. *Altmarki* kohtuotsuses asuti seisukohale, et üldist majandushuviteenust pakkuv ettevõtte ei saa artikli 107 lg 1 tähenduses eelist, kui riigi poolt antava abi näol on tegemist kompensatsiooniga üldhuviteenuse osutamiseks.⁴⁶ Erandi kohaldamiseks peavad olema täidetud kõik neli *Altmarki* kohtuotsuses sätestatud tingimust.

Meede on valikuline siis, kui see annab eelise ainult ühele ettevõtjale, jättes eelisest ilma kõik teised sama õigusliku ja faktilise olukorraga ettevõtted.⁴⁷ Kaks viimast tingimust – konkurentsimoонutus ning mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele – on omavahel tihedalt seotud. Konkurentsimoонutuse kriteeriumi täitmiseks ei ole vaja tõendada tegeliku konkurentsimoонutuse olemasolu. Vaja on üksnes uurida, kas abi võib konkurentsi moonutada. Juhul, kui eksisteerib oht konkurentsi moonutamiseks, on kriteerium täidetud.⁴⁸

Konkurentsimoонutuse olemasoluga kaasneb ka liikmesriikidevahelise kaubanduse mõjutamine.⁴⁹ Sealjuures ei ole vajalik, et abi saav ettevõtja ise osaleks ühendusesiseses kaubanduses. Oluline on see, et kui liikmesriik annab mõnele ettevõtjale abi, võidakse siseriiklikku tegevust säilitada või suurendada, mille tagajärjel vähenevad teistes liikmesriikides asutatud ettevõtjate võimalused siseneda selle liikmesriigi turule.⁵⁰ Ka abi suurus ei ole oluline – ka väikese suurusega abi võib kujutada endast potentsiaalset ohtu liikmesriikidevahelisele kaubandusele. Sama kehtib ka siis, kui ettevõtte ise on väike.⁵¹

⁴⁴ EKo C-399/10P ja C-401/10P, *France Telecom*, p 100-101.

⁴⁵ EKo C-124/10 P, *EDF*, p 78-79.

⁴⁶ EKo C-280/00, *Altmark*, p 89-93.

⁴⁷ EKo C-126/01, *GEMO*, p 35.

⁴⁸ EKo C-279/08 P, *Komisjon v. Holland*, p 131.

⁴⁹ EÜKo T-298/97, *Alzetta*, p 80.

⁵⁰ EKo C-148/04, *Unicredito Italiano SpA*, p 58.

⁵¹ EKo C-280/00 *Altmark Trans*, p 81; EÜKo T-298/97 *Alzetta*, p 86.

Erandiks on *de minimis*’ regulatsioon, mille järgi ei pea teavitama Euroopa Komisjoni abist, mis ei ületa 200 000 € kolme aasta jooksul.⁵²

Riigiabi valdkonnas on Euroopa Komisjonil (edaspidi Komisjon) ja liikmesriikidel jagatud pädevus. Vastavalt ELTL artikli 108 lg-le 1 teostab Komisjon koostöös liikmesriikidega järelevalvet olemasolevate abisüsteemide üle.

Artikli 108 lg-s 3 sätestatud nn *standstill*-klausli järgi ei tohi liikmesriik anda abi enne, kui Komisjon on teinud teatavaks heakskiitva otsuse. Siseriiklike kohtute roll on kaitsta üksikisikuid ka *standstill*-klausli rikkumise eest. Nende ülesanne on võtta kohaseid meetmeid abi rakendamise ebaseaduslikkuse heastamiseks, et abi saaja ei saaks Komisjoni otsuse tegemiseni abi vabalt kasutada.⁵³

Abimeetme siseturuga kokkusobivuse hindamine kuulub Komisjoni ainupädevusse. Juhul, kui Komisjon otsustab, et abi ei ole siseturuga kokkusobiv, tuleb abi tagasi nõuda. Ebaseadusliku riigiabi tagasinõudmine toimub siseriikliku õiguse sätete alusel.⁵⁴ Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on ebaseadusliku abi tagasinõudmise eesmärk taastada varasem olukord ja see tulemus saavutatakse juhul, kui abisaajad või teisisõnu abist tegelikult kasu saanud ettevõtjad tagastavad kõnealused toetused koos võimalike lisanduvate intressidega. Abi tagastamisega kaotab abisaaja eelise, mis tal oma konkurentide ees turul oli, ning abi andmisele eelnenud olukord on taastatud.⁵⁵

⁵² Euroopa Komisjoni määrus (EL) nr 1407/2013, milles käsitletakse Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklite 107 ja 108 kohaldamist vähese tähtsusega abi suhtes – L 352/1, 18.12.2013. Artikkel 3 lg 2.

⁵³ EKo C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, p 28-31.

⁵⁴ *ibid*, p 30.

⁵⁵ EKo C-277/00, *Saksamaa vs. Komisjon*, p 74-75; EKo C-357/14 P, *Dunamenti Erőmű Zrt. v Komisjon*, p 110.

3. Riigiabi ja *in-house* reeglite suhestumine

Asjaolu, et *in-house* leping on sõlmitud, järgides kõiki riigihankeõiguse reegleid, ei välista riigiabi olemasolu. See, et hankija ei korralda teenuse ostmiseks hanget, ei tähenda, et ta seda põhimõtteliselt teha ei saaks. Olukorras, kus hankijal on valida, kas korraldada hange või korraldada teenuse osutamist *in-house* viisil, on hankija omamoodi privilegeeritud seisundis: ta võib sõlmida lepingu ilma hanget korraldamata, aga ta ei pea seda tegema.⁵⁶

Õiguskirjanduses on öeldud ka seda, et *in-house*'i puhul ei saa väita, et puudub turg. Turg on olemas, *in-house* tehingu puhul lihtsalt ei ole hankijal kohustust korraldada teenuse ostmiseks riigihanget. Õiguskirjanduses on seatud kahtluse alla, kas sisetehing üldse kujutab endast erandit riigihanke direktiividest. On pakutud välja, et tegemist ei ole eranditega direktiivist, vaid direktiivi kohaldamise piirangutega. Sel põhjusel leidub ka autoreid, kes kasutavad mõiste „sisetehingu erand“ asemel mõistet „sisetehingu reegel“. Niimoodi viidatakse sellele, et sisetehingu puhul ei ole lepingud direktiivide kohaldamise alast väljas, vaid neile on direktiivides sätestatud menetlusreeglite kohaldamine võrreldes tavapärase hankelepingutega piiratud.⁵⁷

Valitsev seisukoht on siiski, et riigihankeõigus *in-house* lepingule ei kohaldu. RHS § 14¹ lg 1 sätestab, et hankija ei ole kohustatud rakendama riigihankeseaduses sätestatud korda sisetehingule. See on kooskõlas Euroopa Kohtu ja Saksa kohtupraktika loogikaga. *In-house* lepingule ei kohaldu riigihankeõiguse direktiivide sätted ega ka riigihankeõiguse üldprintsibid.⁵⁸

Seda aga, kas ettevõtte on *in-house* tehingu puhul saanud riigiabi tähenduses eelise, hinnatakse hoopis teiste parameetrite järgi. Siin ei oma mingit tähtsust see, et hankija organisatsiooniline struktuur võimaldab teenust ise pakkuda. Eelise olemasolu sõltub ainuüksi sellest, kas ettevõtte rahaline koormus, mida tal tavapärasel turutingimustel kanda tuleb, on vähenenud.⁵⁹

Teine põhjus, miks võib riigihanke reeglite järgimist pidada riigiabi olemasolu seisukohalt irrelevantseks, seisneb EL õiguse hierarhias. Riigiabi reeglid on sätestatud EL aluslepingutes – primaarses õiguses. Riigihanke korraldamist reguleerivad sätted on kirjas sekundaarses õiguses – direktiivides. See tähendab, et riigiabi sätted on hierarhias kõrgemal kohal kui

⁵⁶ Pfannkuch B., lk 747.

⁵⁷ Ginter C., Härginen K., lk 4.

⁵⁸ Ginter C., Härginen K., lk 9; Trepte, P. Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide. Second Edition. The United States: Oxford University Press, 2007, lk 201-202.

⁵⁹ Pfannkuch B., lk 747.

riigihankeid reguleerivad sätted. Seetõttu ei oma riigihankereeglite järgimine mingit tähtsust selle jaoks, kas riigiabi kriteeriumid on samas olukorras täidetud või mitte.⁶⁰

Riigiabi olemasolu *in-house*'i puhul võib seisneda eeskätt selles, et pakkujalt ostetakse teenust turuhinnast kõrgema hinnaga. See ei olene sellest, kas teenust osutatakse hankementluse tulemusena või *in-house*'i alusel.⁶¹ Saksa õiguskirjanduses ollakse valdavalt seisukohal, et *de minimis*'e piiri ületava ning nn grupierandiga mitte hõlmatud leping avalik-õigusliku isiku ja ettevõtte vahel, mis on sõlmitud ilma hanget läbiviimata, annab alust arvata, et võib esineda riigiabi.⁶²

Tuleb tähele panna ka seda, et asjaolu, et teenust osutatakse *in-house*'i alusel, ei tähenda, et selle teenuse turul osutamine on põhimõtteliselt välistatud. Teised ettevõtted turul võivad olla huvitatud sama teenuse pakkumisest, mida hetkel *in-house*'i viisil osutatakse. Siin on oluline vaid see, kas tegevus on nn majandusliku iseloomuga. See, et turg on reserveeritud vaid ühele kindlale ettevõttele, nagu *in-house*'i puhul ka on, muudabki riigiabi kontrolli iseärnis vajalikuks.⁶³

In-house tehinguga kaasnevale ristsubsideerimise ohule on viidatud näiteks Euroopa Kohtu kaasuses *Viacom Outdoor*. Nimetatud kohtuasjas oli kohalik omavalitsus kehtestanud reklaamipinna omajatele reklaamimaksu. Probleem seisnes aga selles, et ka see kohalik omavalitsus ise osutas reklaamipindade ülesseadmise teenust.⁶⁴ Esitati eelotsusetaotlus küsimusega, kas reklaamimaksust saadav tulu kujutab endast ebaseaduslikku riigiabi. Euroopa Kohus leidis oma otsuses, et küsimusele ei saa puuduva teabe tõttu vastust anda.⁶⁵

Kohtujuristi arvamuses on aga selgitatud, kuidas saab antud olukorras esineda küsimus riigiabist. Kohtujurist ütles oma arvamuses, et selliste faktidega kaasuses võib riigiabiga olla tegemist ühes kindlas olukorras. See oleks suhete kolmnurk, milles kohalik omavalitsus avaliku võimu teostajana kõigepealt kehtestab maksu ja annab siis laekunud maksutulust abi piisava iseseisvusega avalikule reklaamplakatite ülespanemise teenuse osutajale. Kohtujurist mõõnas, et antud olukorras ei saa see küll nii olla, kuna avalik reklaamplakatite ülespanemise teenuse osutaja ei näi olevat organisatsiooniliselt ja eelkõige eelarve või raamatupidamise seisukohast piisavalt iseseisev. Kui aga puudub „välissuhe”, mis teeks üldse võimalikuks

⁶⁰ Pfannkuch B., lk 747.

⁶¹ *ibid.*

⁶² Hardraht K., lk 122.

⁶³ Pfannkuch B., lk 747.

⁶⁴ EKo C-134/03, *Viacom Outdoor*, p 5-13.

⁶⁵ *ibid.*, p 31-32.

eriomase maksutulu eraldamise, siis puudub ka iseseisev abisaaja: kohalik omavalitsus ei saa ennast ise subsideerida.⁶⁶

„Piisava iseseisvusega“ üksus võiks olla aga näiteks kohaliku omavalitsuse enda üksus. Juhul, kui *Teckali* kriteeriumid on täidetud, saab üksus osutada kohalikule omavalitsusele reklaamplakatite ülespanemise teenust *in-house*. Sellisel juhul oleks ka ristsubsideerimise oht reaalne.

⁶⁶ EKo C-134/03, *Viacom Outdoor*, kohtujuristi Juliane Kokott ettepanek, p 96.

4. AS-i Eesti Teed kaasus

4.1. AS Eesti Teed

Põhikirja järgi on AS-i Eesti Teed eesmärgiks „peamiselt Eesti Vabariigile kui ainuaktsionärile Eesti Vabariigi piires teenuste osutamine teehoiu alal ning selle tegevusalaga otseselt või kaudselt seotud muude teenuste ja kaupade pakkumine, sealhulgas vajadusel erakorraliste teehoiutööde korraldamine ja teostamine.“⁶⁷

Põhikirjas on öeldud ka seda, et kuna teehoiu leping on sõlmitud sisetehinguna, järgib aktsiaselts põhikirjas loetletud tegevusaladel tegutsemisel sisetehinguga kaasnevaid majandustegevuse piiranguid.⁶⁸

Põhikirjas on toodud AS-i Eesti Teed tegevusalad. Nende hulka kuuluvad nii teede ehitus- ja remonditööd kui ka näiteks liikluskorraldusvahendite valmistamine, paigaldamine, müük ja laenus; transporditeenuste osutamine; haljastus- ja heakorratööd; elektritööd.⁶⁹ Seega kuulub äriühingu tegevuste hulka lisaks teehooldusele ja remondile ka üsna suur hulk teisi töid. Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium on öelnud, et ligi 80% AS-i Eesti Teed käibest pärineb riigile osutatud teenustest.⁷⁰ Seega, umbes 20% käibest pärineb teistele isikutele tehtud töödest ja osutatud teenustest. Uurides AS-i Eesti Teed tegevust, on näha, et äriühing tegeleb müügi ja teenuste osutamisega teistele isikutele. Näiteks tegeleb äriühing liiva, kruusa ja killustiku müügiga.⁷¹ Samuti tegelevad nad masinate remondi ja hooldusega.⁷² Seega pakub AS Eesti Teed mitmesuguseid teenuseid ka teistele isikutele.

4.2. AS-i Eesti Teed ja Maanteeameti vaheline sisetehing

Kõnealuseks sisetehinguks on Maanteeameti ja AS-i Eesti Teed vahel aastal 2012 sõlmitud „Riigimaanteede hoolde- ja säilitusremondilepingud“. Need annavad AS-le õiguse teostada teedehoolet viies maakonnas. Iga maakonna – Lääne-Virumaa, Pärnumaa, Tartumaa,

⁶⁷ AS Eesti Teed põhikiri, p 1.3.

⁶⁸ *ibid.*

⁶⁹ *ibid.*, p 1.4.

⁷⁰ Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi 28.07.2015 vastus märgukirjale, nr 1.15-5/15-00538/079.

⁷¹ AS Eesti Teed kodulehekülg. „Liiva, kruusa ja killustiku müük“. Kättesaadav veebis: <http://www.eestiteed.eu/teenused/liiva-kruusa-ja-killustiku-muuk/> (22.04.2016).

⁷² AS Eesti Teed kodulehekülg. „Masinate remont ja hooldus“. Kättesaadav veebis: <http://www.eestiteed.eu/teenused/masinareem/> (22.04.2016).

Võrumaa ja Saaremaa – jaoks on sõlmitud eraldi hoolde- ja säilitusremondileping (edaspidi „hooldeleping“). Sisult on kõik viis lepingut identsed.

Vastavalt lepingule on AS-i kohustuseks tasu eest teede hooldamine, remontimine, teekasutuse korraldamine ning teede ja teekaitsevööndi haldamisega seotud muu tegevus.⁷³ Sealjuures ei ole pooled hooldelepinguga reguleerinud Maanteeameti valduses olevate karjäärde ning muu riigivara kasutamist.⁷⁴ AS Eesti Teed hooldab ligi 6200 km ulatuses riigimaanteid, seega ligi 38% kogu riigimaanteede pikkusest.⁷⁵

AS-i poolt teostatav teehoole hõlmab tavahoolet, perioodilist hoolet, säilitusremonti ning teehaldamisega seotud muid tegevusi.⁷⁶ Tavahoolde sisuks on teede nõutavate seisunditasemete tagamine.⁷⁷ Sellega seoses on äriühingul muuhulgas järgmised kohustused: maanteede seisukorra-alase teabe edastamine Maanteeametile, järelevalve teede ja sildade seisundi üle, kattega teede puhastamine, haljastus ning talihooldus.⁷⁸ Perioodiline hoole kujutab endast peamiselt konkreetsete teede hooldamist kindla perioodi tagant, likvideerides neil teedel tekkinud kahjustusi ja kulumisi.⁷⁹ Perioodilise hoolde tööde tegemise vaatavad Maanteeamet ja AS Eesti Teed üle iga aasta alguses.⁸⁰ Maanteeametil on õigus sõltuvalt finantseerimise võimalusest suurendada või vähendada järgmise lepinguperioodi perioodilise hoolde rahalist mahtu kuni 40%, millega kaasneb hooldelepingu maksumuse muutmine.⁸¹ Säilitusremont kujutab endast olemasoleva teekatte säilitamist kuni nende taastusremondi või kruusateele katte ehitamiseni.⁸² Teehaldamisega seotud muude tegevuste hulka kuuluvad muuhulgas defektsete liikluskorraldusvahendite eemaldamine teedelt, teehoodeks vajalike lubade hankimine, hooldega seotud juurdlustel osalemine jm.⁸³

AS Eesti Teed kohustub hüvitama teehoodega seonduvalt tekkinud kahju kolmandatele isikutele, teatud eranditega. Samuti sätestab hooldeleping, et äriühing kohustub vajadusel esindama Maanteeametit vaidlustes kolmandate isikutega, sealhulgas kohtuvaidlustes.

⁷³ Maanteeameti ja AS-i Eesti Teed vahel sõlmitud riigimaanteede hoolde- ja säilitusremondileping nr 1-10/12-00433/013, p 1.1., 3.1.

⁷⁴ *ibid*, p 3.3.

⁷⁵ Maanteeameti väljaanne „Teeleht“ nr 3/4 (71/72), Detsember 2012, lk 23.

⁷⁶ *ibid*, p 3.1.

⁷⁷ *ibid*, p 10.1.

⁷⁸ Maanteeameti ja AS-i Eesti Teed vahel sõlmitud riigimaanteede hoolde- ja säilitusremondileping nr 1-10/12-00433/013. Lepingu lisa 4.2.2., p 1.1., 1.2., 1.3., 1.7., 1.14.

⁷⁹ *ibid*, p 11.1.

⁸⁰ *ibid*, p 11.4.

⁸¹ *ibid*, p 11.7.

⁸² *ibid*, p 12.1.

⁸³ *ibid*, p 9.1.-9.4.

Sealjuures kohustub äriühing kandma kõik kohtuvaidlustega seotud kulud, nende hulgas menetluskulud.⁸⁴ Liikluskahjude hüvitamine toimub Liikluskindlustuse Fondi või kahjutekitaja kindlustuse poolt äriühingule.⁸⁵

Hooldeleping on sõlmitud 5-aastase tähtajaga.⁸⁶ Lepingu täitmine on jaotatud viieks 12-kuuliseks perioodiks.⁸⁷ Vähemalt üks kuu enne aastase perioodi lõppu alustavad pooled läbirääkimisi järgmise perioodi teehoolde täpsustamiseks. Vajadusel muudavad pooled lepingut enne järgmise aastase perioodi algust.⁸⁸

Dokumendis „Omaniku ootused aktsiaseltsile AS Eesti Teed“ on öeldud, et AS Eesti Teed on valdavalt äriliste eesmärkidega äriühing. See tähendab, et AS Eesti Teed peaks teenima tulu riigile, oma aktsionäriale. Dokumendis on toodud põhjused, miks riik AS-s Eesti Teed osalust omab. Seda teeb riik nii tulu teenimise kui ka avaliku teenuse osutamise eesmärgil. Üks eesmärk on tagada sisetehinguga riigieelarvest finantseeritavalt avalikult teenuselt hooldeturule iseloomulikku tootlikkust. Teiseks, tagada Eesti teedel aastaringselt kvaliteetne ja efektiivne teehoiu teenus Maanteeametiga sõlmitud hooldelepingute alusel.

Üheks põhjuseks on toodud ka see, et AS-i Eesti Teed tegevuse kaudu on võimalik luua ja kujundada teehoiuga seotud valdkondade tegevuskeskkonda, sh uute teehoiu printsiipide ja – tehnoloogiate katsetamist. Viimasena on toodud eesmärk olla valmis erakorralistes olukordades (nii ilmastik kui elutähtsa teenuse katkemise oht) operatiivseks tegutsemiseks ja vajadusel ressursside ümbersuunamiseks.⁸⁹ Finantseesmärkideks on AS Eesti Teede puhul kasumlikkus, konservatiivsus, efektiivsus ja omanikutulu.⁹⁰

⁸⁴ Maanteeameti ja AS-i Eesti Teed vahel sõlmitud riigimaantee hoolde- ja säilitusremondileping nr 1-10/12-00433/013. Lepingu lisa 4.2.2., p 9.5.

⁸⁵ *ibid*, p 9.6.

⁸⁶ Maanteeameti ja AS-i Eesti Teed vahel sõlmitud riigimaantee hoolde- ja säilitusremondileping nr 1-10/12-00433/013, p. 20.1.

⁸⁷ *ibid*, p. 20.8.

⁸⁸ *ibid*, p. 20.9.

⁸⁹ Omaniku ootused aktsiaseltsile AS Eesti Teed, lk 1.

⁹⁰ *ibid*, lk 2-3.

4.3. Sisetehingu eelduste täitmine AS-i Eesti Teed ja Maanteeameti vahelise sisetehingu puhul

RHS § 14¹ lg 2 näeb esimese eeldusena ette, et sisetehing on lubatud, kui äriühingu kõik aktsiad kuuluvad otseselt hankijale. AS-i Eesti Teed puhul on ainuaktsionäriks Eesti Vabariik.⁹¹ Hankijaks on samuti riik. Seega on see eeldus täidetud.

Sisetehinguks ei loeta tehinguid, millega antakse teenuste kontsessioon (RHS § 14¹ lg 3 p 1). RHS § 6 lg 2 järgi on kontsessioon teenuse osutamise leping, mille esemeks on Komisjoni määruse nr 213/2008 VI ja VII lisas nimetatud teenuste tellimine ja mille kohaselt tasu teenuse osutamise eest seisneb kontsessioonäärile antud õiguses osutada seda teenust ja saada selle teenuse kasutajatelt tasu teenuse osutamise eest või selles õiguses koos hankija rahalise maksega. Kontsessioon erineb seega avalik-õiguslikust lepingust selle poolest, et avalik-õigusliku lepingu puhul makstakse ettevõttele ainult kindlat tasu tehtud töö eest. Kontsessiooni puhul seisneb tasu aga õiguses teenust osutada ja selle eest omakorda tasu saada.⁹²

Hooldus- ja remonditeenused on kirjas määruse lisas VI⁹³, seega teehoolde puhul võib olla tegemist teenuste kontsessiooniga. Edasi tuleb aga vaadata, kas on täidetud kontsessiooni teine eeldus – tasu peab seisnema kontsessioonäärile antud õiguses osutada seda teenust ja saada teenuse kasutajatelt tasu või saada hankijalt rahalisi makseid. AS-i Eesti Teed ja Maanteeameti vahelise *in-house* hooldelepingu järgi kohustub AS Eesti Teed tegema aastaringset teehoolet tasu eest.⁹⁴ Lepingu p 6.4.1. sätestab, et äriühingul on õigus saada teehoolde tegemise eest hooldelepingus kokkulepitud tasu. Leping ei sätesta, et tasu seisneb AS-le Eesti Teed antavas õiguses teenust osutada. Seega, tegemist ei ole teenuste kontsessiooniga.

⁹¹ „Riigi osalusega äriühingute nimekiri ja tegevusalad 31.08.2015. a seisuga“. Eesti Vabariigi Rahandusministeerium. Kodulehekülj. Kättesaadav veebis: [http://www.fin.ee/riigi-osaluste-valitsemine\(01.12.2016\)](http://www.fin.ee/riigi-osaluste-valitsemine(01.12.2016))

⁹² European Commission. New Rules on Public Contracts and Concessions. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014, lk 14.

⁹³ Komisjoni määrus (EÜ) nr 213/2008, 28. november 2007, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega – L 74/1, 15.03.2008, lisa VI.

⁹⁴ Maanteeameti ja AS-i Eesti Teed vahel sõlmitud riigimaanteede hoolde- ja säilitusremondileping nr 1-10/12-00433/013, p 3.1.

Järgmiseks sisetehingu eelduseks on see, et sellega ostetakse teenust, mille saajaks on vahetult hankija. Käesoleval juhul on teenuse saajaks Maanteeamet. Maanteeameti näol on vastavalt selle põhimääruse § 1 lg 1 alusel tegemist Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi valitsemisalas tegutseva valitsusasutusega, kellel on juhtimisfunktsioon, kes teeb riiklikku järelevalvet ja kohaldab riiklikku sundi ning osutab avalikke teenuseid seaduses ettenähtud alustel ja ulatuses. Sama sätte teise lõike järgi esitndab Maanteeamet oma ülesannete täitmisel riiki.⁹⁵ Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium on valitsusasutus, kes täidab seadusest tulenevaid ja Vabariigi Valitsuse poolt seaduse alusel antud ülesandeid.⁹⁶ Seega, nii teenuse saaja kui ka hankija on riik.

RHS § 14¹ lg 3 p 3 järgi on sisetehingu eelduseks, et äriühingu tegevus on peamiselt seotud teenuste osutamisega tema aktsionäriks olevale hankijale või hankijatele ning vastav kohustus sisaldub ka põhikirjas. AS-i Eesti Teede põhikirjas on sätestatud: Aktsiaseltsi eemärgiks on peamiselt Eesti Vabariigile kui ainuaktsionärile Eesti Vabariigi territooriumi piires teenuste osutamine teehoiu alal ning selle tegevusalaga otseselt või kaudselt seotud muude teenuste ja kaupade pakkumine, sealhulgas vajadusel erakorraliste teehoiutööde korraldamine ja teostamine.⁹⁷ Seega sisaldub kõnealuse äriühingu põhikirjas kohustus osutada teenuseid enda aktsionärile.

Põhikirjas öeldu aga ei ühti sellega, kuidas AS Eesti Teed realselt tegutseb. Nagu eelpool mainitud, osutab AS Eesti Teed teenuseid ka teistele isikutele, mitte ainult riigile. On teada, et AS Eesti Teed osaleb pidevalt hangetel muude tööde pakkumiseks ning tegutseb aktiivselt turul.⁹⁸ Maanteeameti väitel moodustavad riigile suunatud teenused AS-i Eesti Teed käibest umbes 80%.

Sisetehingu erandi kohaldamiseks vajalik see, et kontrollitav ettevõtte osutaks teenuseid peamiselt teda kontrollivale hankijale. Kohtupraktikas on loetud sisetehingu erandi kohaldamise jaoks piisavaks, kui 90-80% *in-house* ettevõtte tegevusest on suunatud teda kontrollivale hankijale.⁹⁹ Kõige uuemas riigihangete direktiivis on kõnealune protsendiline nõue 80%. Riigihangete direktiiv ütleb, et direktiivi kohaldamisalast jäävad välja need

⁹⁵ Maanteeameti põhimäärus. RT I, 22.04.2015, 23.

⁹⁶ Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi põhimäärus. RT I, 29.12.2015, 22.

⁹⁷ AS Eesti Teed põhikiri, p 1.3.

⁹⁸ Näiteks nähtub riigihangete registrist, et aastal 2013 kuni praeguseni osaleb AS Eesti Teed erinevatel teetöödega seotud hangetel. Lisaks nähtub AS-i Eesti Teed kodulehelt, et äriühing osutab erinevaid teenuseid, kus tööde tellijaks on nii Maanteeamet kui ka teised asutused. Vt AS-i Eesti Teed kodulehekül:
<http://www.eestiteed.eu/teostatudtood/> (22.04.2016).

⁹⁹ EKo C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales*, p 63; Seletuskiri riigihangete seaduse, 24.01.2007 RT I 2007, 15, 76 eelnõu juurde, lk 24.

riigihankelepingud, mille puhul üle 80% asjaomase kontrollitava juriidilise isiku tegevusest on selliste ülesannete täitmine, mille talle on andnud kontrolliv avaliku sektori hankija või sama hankija kontrollitav muu juriidiline isik.¹⁰⁰

Eeltoodud 80% nõude tähendust on võimalik mitmeti tõlgendada. Euroopa kohtu seisukoht on, et 80% nõude eesmärk on tagada, et sisetehingu erandit saaks kohaldada vaid olukorras, kus ettevõtte ei konkureeri teiste ettevõtetega.¹⁰¹ Sellest võib järeldada, et Euroopa Kohus näeb sisetehingu 80% nõude eesmärgina seda, et turul konkureeritaks teiste ettevõtetega võimalikult väikeses ulatuses, vältimaks märkimisväärseid konkurentsimoõnutusi. Selleks peaks 80% mahu täitma ainult see, mida ettevõtte osutab teda kontrollivale hankijale sisetehingu alusel. Kõik muu, sealhulgas teenused samale hankijale, mida osutatakse riigihanke tulemusena, kujutavad endast turul osalemist, sest siis konkureerib kontrollitav ettevõtte teiste ettevõtetega. See loob ohu konkurentsimoõnutusteks, mida käsitletakse lähemalt käesoleva töö 5. peatükis.

Õiguskirjanduses on öeldud, et *in-house* erandit peaks kohaldama ainult sellistes olukordades, kus kontrollitav ettevõtte on vabal turul tegutsemisest niivõrd isoleeritud, et konkurentsi moonutamine on äärmiselt ebatõenäoline. Direktiivis 2014/24/EL ette nähtud 80% ulatuses hankijale suunatud tegevuse nõuet on õiguskirjanduses seostatud just konkurentsimoõnutuste vältimisega. *In-house* reegli kohaldamise eeldused peaksid tagama selle, et direktiiv kohalduks kohe, kui on tegemist olukorraga, kus võib aset leida konkurentsi moonutamine turul. See tähendab, et sellises olukorras peaks kindlasti riigihanke korraldama.¹⁰² Selline mõttekäik toetab tõlgendust, mis ühtib käesoleva töö autori seisukohaga, et 80% sisse tuleks arvestada ainult sisetehingu alusel osutatav teenus, kuna vaid sel juhul on kontrollitav ettevõtte niiõelda turult isoleeritud ja konkurentsimoõnutuse risk minimaalne.

Direktiivi grammatiliselt tõlgendades võib arvata 80% hulka nii sisetehingu kui ka riigihangete tulemusena hankijale osutatavad teenused. Seda põhjusel, et direktiiv räägib ülesannetest, „mille talle on andnud kontrolliv avaliku sektori hankija“. Euroopa Kohus ei ole antud küsimuse osas selget seisukohta võtnud. See tähendab, nagu on ka õiguskirjanduses öeldud, et kehtiv sõnastus muudab sätte ebaselgeks.¹⁰³

¹⁰⁰ Euroopa Parlamendi ja Euroopa Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta – L 94/65, 28.03.2014, artikkel 12 lg 1 p b.

¹⁰¹ EKo C-340/04, *Carbotermo*, p 60.

¹⁰² Graells, A. S. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Second Edition. Oxford ja Portland, Oregon. Hart Publishing, 2015. Lk 269.

¹⁰³ *ibid.*

Sellest tulenevalt võib esineda olukordi, kus hankija arvestab 80% sisse nii sisetehingu alusel kui ka hangete tulemusena talle osutatavate teenuste mahu. Samamoodi on teinud ka Maanteeamet.¹⁰⁴ Kui lähtuda tõlgendusest, et 80% hulka peaks kuuluma vaid sisetehingu alusel osutatud teenused, siis ei pruugi AS-i Eesti Teed puhul RHS § 14¹ lg 3 p-s 3 sätestatud eeldus täidetud olla.

RHS § 14¹ lg 3 p 4 järgi on sisetehingu eelduseks, et äriühing tegutseb aktsionäride huvides hankija territoriaalse pädevuse piires ning vastav kohustus sisaldub ka põhikirjas. AS Eesti Teed osutab tehoiu-alaseid teenuseid Eesti Vabariigi piires.¹⁰⁵

RHS § 14¹ lg 3 p 5 järgi on viimaseks sisetehingu eelduseks, et äriühingu üldkoosoleku otsused võetakse vastu ühehäälselt ning vastav kohustus sisaldub ka põhikirjas. AS-l Eesti Teed on ainult üks aktsionär, seega on see kriteerium täidetud.

Eelneva analüüsi põhjal tuleb asuda seisukohale, et AS-i Eesti Teed puhul ei saa kindlalt väita, et kõik sisetehingu eeldused on täidetud. Tegemist on aga vaid käesoleva töö autori järeldusega. Töö edasistes peatükkides analüüsitakse AS-i Eesti Teed ja Maanteeameti vahelise *in-house* lepinguga kaasnevat riigiabi eeldusel, et on olemas nõuetele vastav *in-house* leping.

¹⁰⁴ Majandu- ja Kommunikatsiooniministeeriumi 21.09.2015 vastus teabenõudele, nr 1.15-5/15-00538/079.

¹⁰⁵ AS Eesti Teed põhikiri, p 1.3.

5. Ebaseadusliku riigiabi kriteeriumid

5.1. Liikmesriigi poolt või liikmesriigi ressursside kaudu antav abi

Igasugune liikmesriigi poolt või riigi ressurssidest ükskõik missugusel kujul antav abi võib olla riigiabi artikli 107 lg 1 tähenduses.¹⁰⁶ Abi võib olla tuleneda riigi ressurssidest otseselt või kaudselt.¹⁰⁷ See tähendab, et abi võib olla antud nii otse riigi poolt kui ka näiteks riigi äriühingu poolt.

Hilisemates kohtulahendites on Kohus selgitanud täpsemalt selle kriteeriumi sisu. Selleks, et aru saada, kas abi tuleneb „riigi ressurssidest“, on vaja analüüsida kahte aspekti.¹⁰⁸ Esiteks, riiklik meede peab kujutama endast konkreetset koormat riigieelarve jaoks. Selleks, et see kriteerium täidetud oleks, ei ole vaja välja selgitada matemaatilist seost selle koorma ning saadud eelise vahel. Riigieelarve vähenemine või sellel lasuva kohustuse piisavalt konkreetne majanduslik risk, mis on tihedalt seotud tuvastatud eelise ja sellele vastav, täidab eelduse, et tegemist on riigi ressurssidest rahastamisega artikli 107 lg 1 tähenduses.¹⁰⁹ Samuti ei ole vajalik, et oleks toimunud ressursside ülekandmine eelise tekitamiseks. Abiks loetakse eelkõige mitmesuguses vormis sekkumisi, mis leevendavad äriühingu eelarvet tavaliselt koormavaid kohustusi ja mis seetõttu ei ole küll subsiidiumid selle sõna kitsas tähenduses, ent on siiski samalaadsed ja samasuguse mõjuga.¹¹⁰

Riigi sekkumist võib esineda mitmes vormis ning seda tuleb analüüsida nende tagajärgede kaudu.¹¹¹ Sealjuures käsitletakse riigi järjestikust sekkumist, võttes arvesse konkreetsete sekkumiste ajalist järjekorda, eesmärki ja ettevõtja olukorda nende sekkumiste hetkel, ühe sekkumisena, kui need sekkumised on omavahel nii tihedalt seotud, et neid on võimatu eraldada.¹¹² Riiklik sekkumine, mis võib samal ajal asetada ettevõtjad, kelle suhtes seda

¹⁰⁶ EKo C-399/10 P ja C-401/10 P, *Bouygues and Bouygues Télécom v. Komisjon ja Teised*, p 98.

¹⁰⁷ EKo C-379/98, *Preussen Elektra*, p 58.

¹⁰⁸ Biondi, A. State aid is falling down, falling down: an analysis of the case law on the notion of aid. *Common Market Law Review*. Volume 50 (2013), Issue 6, lk 1719.

¹⁰⁹ EKo C-399/10 P, *Bouygues and Bouygues Télécom v. Komisjon ja Teised*, p 97.

¹¹⁰ *ibid*, p 101.

¹¹¹ *ibid*, p 103.

¹¹² EKo C-399/10 P ja C-401/10 P, *Bouygues and Bouygues Télécom v. Komisjon ja Teised*, p 104.

kohaldatakse, teistest soodsamasse olukorda ja luua piisavalt konkreetse riski, et riigile tekib tulevikus lisakohustus, võib koormata riigi ressursse.¹¹³

Isegi siis kui meede on nõrgalt riigiga seotud ning mõjub turule konkurentsi takistavalt, ei ole tegemist riigiabiga, kui selle meetmega ei kaasne koormat riigi eelarvele. Sellisel juhul on konkurentsi kahjustav mõju vaid riigi majanduspoliitikaga paratamatult kaasnev nähtus.¹¹⁴

Teiseks, meede peab olema riigile omistatav. See, et meedet on rakendanud riigi osalusega äriühing, ei tähenda iseenesest veel, et meede on riigile omistatav.¹¹⁵ Riigi osalusega äriühingute puhul tuleb vaadata, kas riik ka tegelikult äriühingu otsustusprotsesse ja juhtimist kontrollib. Ainuüksi sellest, et riik formaalselt äriühingut kontrollib, ei piisa.¹¹⁶ Riigiasutustel võib olla valitsev mõju riigi osalusega äriühingutele mitte ainult siis, kui need on omanikud või kui neil on enamusosalus, vaid ka tulenevalt volitustega juhtkonnas või järelevalveasutustes seoses äriühingu tegevust reguleerivate eeskirjade või osaluste jaotamisega.¹¹⁷

Kohtuasjas *Stardust Marine* andis Kohus nimekirja tunnustest, mis võivad viidata sellele, et meede on riigile omistatav. See loetelu ei ole ammendav. (1) see, et kõnealune isik ei oleks saanud otsust vastu võtta ilma, et ta arvestaks riigiorganite nõudeid; (2) isik pidi abi saamisel võtma arvesse riigi juhiseid; (3) kui ulatuslikult on kõnealune isik või asutus integreeritud riigi haldussüsteemi; (4) kõnealuse isiku tegevuste iseloom ning selle sama teguvuse laad normaalsetes turutingimustes eraõigusliku ettevõtte puhul; (5) ettevõtte õiguslik staatus; (6) kui intensiivselt mõju avaldab riiklik järelevalve ettevõtte juhtimisele.¹¹⁸

Riigi osalusega äriühingu vahendeid võib käsitleda riigi ressursina, kui riik omab äriühingu üle kontrolli.¹¹⁹ Olukorda, kus riigiettevõtte tütarettevõtte kasutab emaettevõtte vahendeid, nt logistilist ja ärilist abi, maksmata selle eest tavapärastele turutingimustele vastavat tasu, võib käsitleda riigiabina.¹²⁰ Riigikohus on sellest järeldanud, et ka riigiettevõtte poolt tütarettevõttele antav laen, garantii, käendus ning muu soodustus võib osutada riigiabiks.¹²¹ Antud järeldusele jõudis Riigikohus kohtuasjas, kus kassaator väitis, et riigi äriühing AS

¹¹³ *ibid*, p 106.

¹¹⁴ Biondi, A., lk 1442.

¹¹⁵ EKo C-482/99, *Stardust Marine*, p 51.

¹¹⁶ *ibid*, p 52.

¹¹⁷ Euroopa Komisjoni direktiiv 2006/111/EÜ liikmesriikide ja riigi osalusega äriühingute vaheliste finantssuhete läbipaistvuse ning teatavate ettevõtjate finantslähipaistvuse kohta, preambula p 12.

¹¹⁸ EKo C-482/99, *Stardust Marine*, p 56.

¹¹⁹ EKo C-399/10 P ja C-401/10 P, *Bouygues and Bouygues Télécom v. Komisjon ja Teised*, p 33.

¹²⁰ EKo C-39/94, *SFEI*, p 62.

¹²¹ RKHKo 3-3-1-50-15, p 19.

Tallinna Sadam kui emattevõtja on andnud riigiabi oma kahele tütarettevõttele. Kassaatori väitel said viimased seetõttu esitada riigihanke madala maksumusega pakkumuse.¹²²

Eelkirjeldatud situatsioon – riigi osalusega äriühing kasutab riigi vahendeid, maksmata selle eest tavapärasele turutingimustele vastavat tasu – võib esineda nii riigihanke kui ka sisetehingu puhul. Mõlemal juhul võib tegemist olla riigiabiga. Antud probleem on aga leidnud rohkem reguleerimist ja käsitlemist just riigihanke, mitte sisetehingu kontekstis. RHS § 40 lg 4 lubab ettevõttel tõepoolest tõendada oma vastavust majanduslikele ja finantsseisundile esitatud nõuetele ka emattevõtja vahendite alusel. Riigikohus on aga rõhutanud, et nimetatud säte ei anna alust kalduda nende vahendite kasutamisel kõrvale riigiabi reeglitest.¹²³

5.1.2. Läbipaistvus riiklike vahendite puhul

Erinevalt sisetehingu regulatsioonist on riigihanke puhul riigiabi kindlakstegemiseks kohati paremad võimalused. Euroopa Kohus on juba sidunud riigiabi mõiste „ebaharilikult“ madala maksumusega pakkumusega.¹²⁴ Riigihangete seaduses, kus kasutatakse küll mõistet „põhjendamatult madala maksumusega pakkumus“, leidub alus sellise pakkumuse tagasilükkamiseks. RHS § 48 lg 4 sätestab, et kui hankija tuvastab, et pakkumuse maksumus on põhjendamatult madal, kuna pakkuja on saanud riigiabi, võib ta pakkumuse tagasi lükata üksnes pärast seda, kui pakkuja ei suuda hankija määratud mõistliku tähtaja jooksul tõendada, et talle antud riigiabi oli õigusaktidega kooskõlas.

Olukorras, kus äriühing osutab üht teenust sisetehingu alusel, kuid samal ajal konkureerib ka hangetel, on olukord problemaatilisem. Kuna sisetehing on erand riigihanke korraldamise kohustusest, ei laiene sisetehingu sõlmimisele need läbipaistvuse kriteeriumid, mis kohalduvad riigihanke läbiviimisele (RHS § 14¹ lg 1). See tähendab, et sellises olukorras on väga keeruline kindlaks teha, kas sisetehingu alusel teenuse osutamise eest saadud tulu võib olla madalate pakkumuste esitamise põhjuseks riigihangetes.

EL õiguses on viidatud ohule, mis kaasneb asjaoluga, et riiklike vahendite eraldamine riigi osalusega äriühingutele võib olla otsene või kaudne. Läbipaistvus tuleb saavutada sõltumata

¹²² *ibid*, p 4.

¹²³ *ibid*, p 19.

¹²⁴ EKo C-568/13, *Data Medical Service*, p 41.

sellest, kuidas neid riiklikke vahendeid eraldatakse. Seda peaks silmas pidama ka siis, kui sõlmitakse sisetehing riigi äriühinguga. Samuti võib olla vajalik tagada piisava teabe kättesaadavus riiklike vahendite eraldamise põhjuste ja tegeliku kasutuse kohta.¹²⁵

Sealjuures on EL õiguses astunud samme selle suunas, et tagada riigi osalusega äriühingute tegevuse suurem läbipaistvus. Direktiiv 2006/111/EÜ nõuab, et liikmesriigid tagaksid, et oleksid nähtavad (1) riiklikud vahendid, mille ametiasutused teevad vahetult kättesaadavaks asjaomastele riigi osalusega äriühingutele ning (2) kõnealuste riiklike vahendite kasutamise tegelik eesmärk.¹²⁶ See tähendab, et läbipaistvalt peavad olema kajastatud järgmised fiantantspektid: tegevuskahjumi tasaarvestus, kapitali eraldamine, tagastamatud toetused või sooduslaenu, finantseelistuste andmine tulu loovutamise või võlasummade hüvitamise kaudu, kasutatud riiklikelt vahenditelt normaalkasumi eeldamine, ametiasutuste kehtestatud finantskohustuste hüvitamine.¹²⁷

Lisaks nõuab direktiiv, et riigi osalusega äriühingute puhul eristataks nende erinevaid tegevusalasid. Selgelt peab olema esile toodud eri tegevusaladega seotud kulud ja tulud. Lisaks peavad olema ära toodud üksikasjalikud andmed eri tegevusaladega seotud kulude ja tulude assigneerimise ja jaotamise viiside kohta.¹²⁸

Teatud ettevõtete suhtes need nõuded siiski ei kehti. Esiteks ei kohaldata direktiivi, kui ettevõtte osutab teenust, mis „tõenäoliselt ei mõjuta liikmesriikidevahelist kaubandust märgatavas ulatuses“. ¹²⁹ Lisaks sätestab direktiiv, et kui äriühing konkureerib teiste äriühingutega, peab teabe suhtes kohaldama ametisaladuse hoidmise kohustust.¹³⁰ See tähendab, et teavet ei avalikustata, kuid see ei takista teabe nõudmist Komisjoni poolt.¹³¹

Üks võimalus, kuidas läbipaistvalt eristada sisetehingu alusel osutatavat teenust ja turul osutatavat teenust on eraldi raamatupidamisarvestus. Eraldi raamatupidamisarvestust eri liiki majandustegevuste jaoks nõuatakse üldhuviteenust pakkuvate ettevõtete ehk SGEIde puhul.¹³² Asjaolu, et vastaval ettevõttel on eraldi raamatupidamisarvestus turutingimustel teostatava

¹²⁵ Euroopa Komisjoni direktiiv 2006/111/EÜ liikmesriikide ja riigi osalusega äriühingute vaheliste finantssuhete läbipaistvuse ning teatavate ettevõtjate finantsläbipaistvuse kohta, preambula p. 13.

¹²⁶ *ibid*, artikkel 1 lg 1.

¹²⁷ *ibid*, artikkel 3.

¹²⁸ *ibid*, artikkel 1 lg 2.

¹²⁹ *ibid*, artikkel 5 lg 2.

¹³⁰ *ibid*, preambula p 21.

¹³¹ *ibid*, artikkel 6.

¹³² *ibid*, preambula p 14-16.

tegevuse jaoks ja oma muude tegevuste jaoks, võimaldab kontrollida, milliseid riiklikke vahendeid milliste tegevuste jaoks kasutatakse.

EL õiguses on öeldud, et eraldi raamatupidamisarvestus on kõige tõhusam viis, kuidas tagada konkurentsieeskirjade õiglane ja tõhus kohaldamine nende ettevõtete suhtes, kes tegelevad samal ajal nii üldhuviteenuse pakkumisega kui ka muu teenuse või kaupade pakkumisega vabal turul.¹³³ Võib öelda, et nende ettevõtete puhul, kes ei osuta küll üldhuviteenust, kuid tegelevad nii sisetehingu alusel teenuse osutamisega kui ka vabalt turul konkureerimisega, on sama probleem. Seetõttu võib olla vajalik kehtestada nende ettevõtete osas ehk samasugune regulatsioon EL õiguse tasandil. Seda lahendust toetab ka Euroopa Komisjoni mõttekäik. Komisjon on sedastanud, et teatavates majandussektorites juba kohustavad ühenduse poolt vastu võetud sätted liikmesriike ja teatavaid ettevõtjaid pidama eraldi raamatupidamisarvestust. Sealjuures on Komisjon aga öelnud, et on vaja tagada ühenduse kõigi osade igasuguse majandustegevuse võrdne kohtlemine ning laiendada eraldi raamatupidamisarvestuse nõuet kõigile võrreldavatele olukordadele.¹³⁴ Samas peab silmas pidama ka seda, et hankija ei saa siiski sellise eraldi raamatupidamisarvestuse puudumisest järeldada, et selline pakkumus on võimalik toetuse või asutamislepinguga vastuolus oleva riigiabi saamise tõttu.¹³⁵

Eraldi raamatupidamise kohustus aitaks tagada läbipaistvust ka sisetehingu alusel tegutseva riigi osalusega äriühingu puhul, nagu nt AS Eesti Teed. Probleemiks on aga see, et kuna äriühing tegutseb ka turul ning omab ärilisi eesmärke, ei saa temalt nõuda igasuguse teabe avalikustamist. Ärilise tähtsusega teavet kaitseb ärisaladuse regulatsioon.¹³⁶ Siin on tegemist laiemaga probleemiga: ühelt poolt peaks riigi äriühingu, keda rahastatakse avalikest vahenditest, tegevus olema läbipaistev. Teisalt, kuna tegemist on majandustegevusega turul, on vaja kaitsta ärilise tähtsusega teavet konkurentide kätte sattumise eest. Vaid Komisjonile või liikmesriigi kohtule peab riigiabi kontrolli menetluses andma kogu vajaliku info potentsiaalse abi saaja turutegevuse kohta.¹³⁷

¹³³ Euroopa Komisjoni direktiiv 2006/111/EÜ liikmesriikide ja riigi osalusega äriühingute vaheliste finantssuhete läbipaistvuse ning teatavate ettevõtjate finantsläbipaistvuse kohta, preambula p 14-16.

¹³⁴ *ibid*, preambula p 17.

¹³⁵ EKo C-568/13, *Data Medical Service*, p 45.

¹³⁶ Avaliku teabe seaduse § 35 lg 1 p. 17 sätestab, et teabe, mille avalikustamine võib kahjustada ärisaladust, võib tunnistada asutusesiseseks kasutamiseks.

¹³⁷ Euroopa Nõukogu 22.03.1999 määrus nr 659/1999, millega kehtestatakse üksikasjalikud eeskirjad Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 108 kohaldamiseks – EÜT L 83, 27/3/1999, artikkel 2 lg 2; artikkel 5; artikkel 6a lg 1; EKo C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, p 42.

5.1.3. Kriteeriumi rakendamine Eesti Teede kaasuses

Sisetehing on sõlmitud Maanteeameti ja AS-i Eesti Teed vahel. Maanteeamet on Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi üksus, kes esindab oma tegevuses riiki.¹³⁸ Seega, teine lepingupool, kes teehoolde eest tasu maksab, on riik. Tulenevalt sellest võib eeldada, et kui AS Eesti Teed on saanud eelise, milleks on sisetehingu alusel makstav turuhinnast kõrgem tasu, siis on riigilt või riigi ressurssidest pärinemise kriteerium täidetud.

5.2. Eelise olemasolu

5.2.1. Kriteeriumi sisu

Eelise kriteerium on riigiabi kindlakstegemisel üks võtmekohti. Ebaseadusliku riigiabi tuumaks on see, et üks ettevõtte või ettevõtete grupp on saanud ühisturul eelise teiste ettevõtete ees. Artikkel 107 lg 1 ei erista meetmeid mitte nende eesmärkidest lähtuvalt, vaid lähtuvalt nende mõjust. Sellest tulenevalt ei saa riigiabi olemasolu õigustada nt väitega, et meetmel on sotsiaalsed eesmärgid.¹³⁹ Eeliseks loetakse mis tahes meetmeid, mis leevendavad äriühingu eelarvet tavaliselt koormavaid kohustusi ja mis seetõttu ei ole küll subsiidiumid selle sõna kitsas tähenduses, ent on siiski samalaadsed ja samasuguse mõjuga.¹⁴⁰ See tähendab, et „eeliseks“ võib olla muuhulgas näiteks laen, maksusoodustus, kapitali suurendamine, piiramatu riigigarantii¹⁴¹.

Laenude, garantiide, tagatiste jms väärtust riigiabina tuleb hinnata, lähtudes sellest, milliste kuludega saaks ettevõtja neid hüvesid hankida vabalt turult.¹⁴² Näiteks kohtuasjas *La Poste* ütles Kohus, et riigi poolt antud piiramatu laenugarantii kujutab endast eelist, kuna see võimaldab ettevõttel saada laenusid madalama intressiga. Eelis seisneb selles, et ettevõtte poolt kantavad intressikulud on madalamad kui need, mida ta oleks pidanud kandma selle sama rahastamise ja garantii korral turuhinnaga. Sealjuures ei pea Komisjon tõendama garantii tegeliku mõju olemasolu. Võib eeldada, et kaudse ja piiramatu riigigarantii andmine ettevõtjale, kelle suhtes ei kohaldata tavapärasest saneerimise ja likvideerimise menetlust,

¹³⁸ Maanteeameti põhimäärus, § 1 lg 2.

¹³⁹ EKo C-173/73, *Itaalia v. Komisjon*, p 13.

¹⁴⁰ EKo C-399/10 P, *Bouygues and Bouygues Télécom v. Komisjon ja Teised*, p 101.

¹⁴¹ EKo C-559/12 P, *La Poste*, p 98; EKo C-522/13, *Ministerio de Defensa ja Navantia*, p 27, 31 ja seal viidatud kohtupraktika.

¹⁴² EKo C-182/03, *Belgia v. Komisjon*, p 119.

parandab tema rahalist olukorda, kergendades kohustusi, mis muidu tema eelarvet koormaksid.¹⁴³

Eelise olemasoluks on vaja näidata, et eksisteerib kausaalne seos eelise ning riigieelarve vähenemise või sellele tekkinud koorma vahel.¹⁴⁴ Samas ei ole vaja, et selline vähenemine või isegi selline risk vastaks mainitud eelisele või oleks sellega võrdväärne, ega et selle vastusoorituseks oleks selline vähenemine või selline risk, ega et see oleks samalaadne riigi ressursside kaasamisega, millest see tuleneb.¹⁴⁵ Kohtuasjas *La Poste* möönas Kohus, et piiramatu garantii kujutab endast riski riigieelarvele.¹⁴⁶

Eelise näol võib olla tegemist nii otsese kui ka kaudse ettevõtja soodustamisega.¹⁴⁷ Teatud juhtudel võib mitut riigipoolset sekkumist käsitleda ühe sekkumisena – eelise andmisena – artikli 107 lg 1 tähenduses. Euroopa Kohus on öelnud, et nii võib olla siis, kui järjestikused sekkumised, võttes eelkõige arvesse nende ajalist järjekorda, eesmärki ja ettevõtja olukorda nende sekkumiste hetkel, on niivõrd tihedalt omavahel seotud, et neid on võimatu eraldada.¹⁴⁸

5.2.2. Mõistliku turuinvestori kriteerium

Nagu eelpool mainitud, on meetme puhul tegemist „abiga“ artikli 107 lg 1 tähenduses, kui riigi osalusega ettevõtja, kes sai abi, ei võinuks saada sama eelist nagu see, mille ta sai riigi vahenditest, tavapärasele turutingimustele vastavatel asjaoludel. Selle hindamiseks kasutatakse nn erainvestori testi. Erainvestori test tähendab, et hinnatakse, kas sama meetet oleks tavapärasel turutingimustel kasutanud ka erainvestor, kes on riigiga võimalikult sarnases olukorras. Selleks tuleb arvesse võtta üksnes eeliseid ja kohustusi, mis on seotud riigi kui aktsionäri olukorraga, mitte aga neid, mis puudutavad teda kui avaliku võimu kandjat.¹⁴⁹ Seega sõltub erainvestori kriteeriumi kohaldamine lõpuks sellest, kas asjaomane liikmesriik annab aktsionärina, mitte avaliku võimu kandjana majandusliku eelise temale kuuluvale ettevõttele.¹⁵⁰ Sellega seoses võivad olla asjakohased meetme laad ja eesmärk, kontekst,

¹⁴³ EKo C-559/12 P, *La Poste*, p 96-99.

¹⁴⁴ EKo C-399/10 P ja C-401/10 P, *Bouygues and Bouygues Télécom v. Komisjon ja Teised*, p 109.

¹⁴⁵ *ibid*, p 110.

¹⁴⁶ EKo C-559/12 P, *La Poste*, p 95.

¹⁴⁷ EKo C-690/13, *Trapeza Eurobank Ergasias*, p 20.

¹⁴⁸ EKo C-399/10 P ja C-401/10 P, *Bouygues and Bouygues Télécom v. Komisjon ja Teised*, p 104.

¹⁴⁹ EKo C-124/10 P, *EDF*, p 78-79.

¹⁵⁰ *ibid* p 81.

milles meede asub, samuti taotletav eesmärk ja meetme suhtes kehtivad normid.¹⁵¹ Erainvestori testi läbiviimisel tuleb seega eristada riigi kui ettevõtja aktsionäri ning teiseks riigi kui avaliku võimu kandja rolli.¹⁵² Oluline on ka see, et erainvestori kriteeriumi kohaldamiseks on asjakohased ainult investeerimisotsuse tegemise hetkel olemasolevad tõendid ja prognoositav areng.¹⁵³

„Mõistlikuks turuinvestoriks“, kellega vaadeldavat ettevõtet võrrelda, peaks olema hüpoteetiline ettevõtte, kes on sama suur. Peab analüüsima, kas selline eraettevõtte teeks sama investeeringu, et kasu saada. Õiguskirjanduses on juhitud tähelepanu sellele, et see kasu ei pea olema tingimata rahaline. Ka eraettevõtted investeerivad vahel näiteks sellesse, et parandada oma imago. See tähendab, et investeeringu tegemise hetkel on teada, et just rahalist kasu see ei too, vaid see toob mingit muud kasu. Selline käitumine on mõeldav ka riigi äriühingute puhul. Piir läheb sealt kohast, kus investeerimisotsuse tegemisel hakatakse arvestama selliseid sotsiaal-majanduslikke aspekte, mida erainvestor kunagi arvesse ei võtaks.¹⁵⁴

Riigi omandis oleva äriühingu puhul saab meedet kvalifitseerida riigiabiks seega siis, kui sellel on soodustav mõju ning kui sarnases situatsioonis olev eraõiguslik otsustaja, võttes arvesse oma strateegilisi eesmärke, seda sama meedet ei rakendaks.¹⁵⁵ Sealjuures on saksa õiguskirjanduses asunud seisukohale, et ainuüksi see, et vastastikuse lepingu sõlmimise tulemusena makstakse hinda, mis ei vasta turuhinnale, ei tähenda veel, et tegemist on riigiabiga art 107 lg 1 tähenduses. See kehtib aga ainult senikaua, kuni turuhinda ületava summa maksmine on asetatud ajaliselt piiratud raamidesse. Sellepärast peab olema sõlmitud leping, millest nähtub riigi jaoks selgelt mõõdetava eelise saavutamine. Vastasel korral ei oleks kuidagi võimalik, erainvestori vaatevinklist lähtudes, öelda, et tegemist on turutingimustele vastava hinnaga.¹⁵⁶

Õiguskirjanduses on öeldud ka seda, et erainvestori printsiibiga võib olla kooskõlas isegi see, kui pakkuja osutub riigihankes valituks, ilma et ta oleks kõige soodsamat pakumust esitanud. Siin tuleb arvesse võtta aga asjaolu, et mõistlik erainvestor sõlmiks sellise pakkujaga lepingu ainult juhul, kui ta teab, et see talle pikemas perspektiivis kasulik on. Näiteks siis, kui erainvestor käitub nn stardiraha andjana. Pakkuja saab tänu sellele, et talle makstakse

¹⁵¹ *ibid*, p 56.

¹⁵² EKo C-124/10 P, *EDF*, p 80.

¹⁵³ EKo C-357/14 P, *Electrabel and Dunamenti Erõmũ v. Komisjon*, p 103.

¹⁵⁴ Hardraht K., lk 126.

¹⁵⁵ *ibid*, lk 126.

¹⁵⁶ *ibid*, lk 127.

kõrgemat hinda, siseneda järk-järgult turule ning tal on võimalik oma teenust vastavalt turutingimustele pakkuma hakata. Mõistlik erainvestor aga pikaajaliselt niimoodi ei investeeriks. See, kui kaugele konkreetne mõistlik erainvestor läheks, sõltub üksikjuhtumist.¹⁵⁷ Oletust, et riigilt saadud vahendid kujutavad endast riigiabi artikli 107 lg 1 tähenduses, saab kõrvaldada ainult pakkumismenetluse (*Ausschreibungsverfahren*) väljakuulutamise. See ei pea tingimata klassikalist riigihankemenetlust tähendama. Peamine on, et menetlus rajaneks samadel põhiprintsiipidel, iseäranis olulised on diskrimineerimisvastasuse, läbipaistvuse ja avalikkuse põhimõtete järgimine.¹⁵⁸

Majandusliku eelise olemasolu tuleb turumajanduse tingimustes tegutseva eraettevõtja põhimõtte kohaselt hinnata asjaomast eelist andva riigi osalusega äriühingu tegevusest lähtudes, mitte eelise saaja tegevusest lähtudes.¹⁵⁹ Meede on riigiabi, kui eelis ületab abi saaja poolt kantavad lisakulud.¹⁶⁰ Kohtuasjas *Ferring* leidis Kohus, et maksusoodustus ei ole EL õiguse alusel põhjendatud osas, milles see ületab ettevõtet koormavaid lisakulutusi, mis tulenevad avaliku kohustuse täitmisest. Eelise olemasolu hindamisel tuleb arvesse võtta üksnes need lisakulud, mis tulenevad siseriiklike õigusnormidega abisaajatele pandud avaliku teenistuse kohustuste täitmisest.¹⁶¹

Kui liikmesriik tugineb Komisjoni poolt ELTL artikli 108 lg 2 alusel algatatud menetluses erainvestori printsiibile, peab ta kahtluse korral tõendama, lähtudes objektiivsetest ja kontrollitavatest tõenditest, et rakendatav meede pärineb temalt kui aktsionäriilt.¹⁶² Siin on tõendamise kohustus riigil, kuna riik on see, kes tugineb mõistliku turuinvestori põhimõtte järgimisele. Oluline on ka see, et liikmesriik ja abi saanud ettevõtja on ainsad osapooled, kelle käsutuses on majanduslikud andmed ja raamatupidamisandmed, mis näitavad asjaomase investeeringu omadusi ja tunnuseid.¹⁶³ Tõenditest peab selgelt nähtuma, et asjaomane liikmesriik otsustas enne majandusliku eelise andmist või samal ajal sellega investeerida tegelikult rakendatud meetme abil riigi kontrollitavasse ettevõtjasse.¹⁶⁴ Nõutavad võivad selles osas olla eelkõige tõendid, millest ilmneb, et kõnealune otsus põhineb majandushinnangutel, mis on sarnased nendega, mille lahendatava juhtumi asjaoludel oleks

¹⁵⁷ Hardraht K., lk 127.

¹⁵⁸ *ibid*, lk 128.

¹⁵⁹ EKo C-357/14 P, *Electrabel and Dunamenti Erõmũ v. Komisjon*, p 144.

¹⁶⁰ *ibid*, p. 145.

¹⁶¹ EKo C-53/00, *Ferring*, p 33.

¹⁶² EKo C-124/10 P, *EDF*, p 82.

¹⁶³ EKo C-124/10 P, kohtujuristi Ján Mazák ettepanek, p. 142.

¹⁶⁴ EKo C-124/10 P, *EDF*, p 83.

mõistlik erainvestor, kes on nimetatud liikmesriigiga võimalikult sarnases olukorras, enne selle investeeringu tegemist hankinud, et kindlaks teha sellise investeeringu kasumlikkus tulevikus.¹⁶⁵ Seevastu, kui majandushinnangud koostatakse pärast selle eelise andmist, ei piisa asjaomase liikmesriigi tehtud investeeringu tegeliku kasumlikkuse tagantjärele tuvastamisest või tegelikult kasutatud menetluse valiku hilisemast põhjendamisest selleks, et tõendada, et liikmesriik tegi enne eelise andmist või eelise andmise ajal niisuguse otsuse aktsionärina.¹⁶⁶

Dunamenti Erõmü Zrt. v Komisjon on üks võtmekaasuseid riigiabi ja riigi äriühingute teemal. *Dunamenti Erõmü* oli elektritootja, riigi osalusega äriühing, mis erastati 1990ndate keskel. Veidi enne erastamist sõlmis äriühing elektrienergia ostulepingu ühe teise riigi osalusega äriühinguga, MVM-ga¹⁶⁷. Selle elektrienergia ostulepinguga kaasnesid järgmised asjaolud. Esiteks reserveeriti nendega kõnealuste elektrijaamade tootmisvõimsus tervikuna või suuremas osas MVM-le. Teiseks kohustasid elektrienergia ostulepingud MVM-d ostma igalt lepingu raames käitavalt elektrijaamalt kindlaksmääratud miinimumkoguse elektrit. Lepingud nägid iga elektrijaama kohta ette miinimumkoguse, mille MVM oli kohustatud igal aastal ostma. Kolmandaks, kui MVM kindlaksmääratud miinimumkogust ei ostanud, oli ta kohustatud tasuma kütusekulud.¹⁶⁸

Juhul, kui ebaseaduslikku abi on saanud riigi äriühing, tuleb silmas pidada, et erastamisega pole võimalik abi „tagasi maksta“. Kohtuasjas *Dunamenti Erõmü Zrt. v Komisjon* sedastas Kohus, et ettevõtjale abi andmise kohta tehtud järeldust ei mõjuta asjaolu, et teine ettevõtja ostis selle ettevõtja aktsiaid või et kolmas ettevõtja ostis selle abi toel soetatud vara. Asjaolu, et omandaja maksab turuhinna ja seetõttu ise mingit abi ei saa, ei oma tähtsust selle hindamisel, kas omandatud ettevõtte sai abi.¹⁶⁹ Kui ebaseaduslikku abi saanud äriühing ostetakse turuhinnaga, st kõrgema hinnaga, kui tavalistes konkurentsitingimustes tegutsev erainvestor oleks valmis maksuma äriühingu eest sellises olukorras, milles ta on, eelkõige pärast riigiabi saamist, siis on abielementi hinnatud turuhinnast lähtuvalt ja see kuulub ostuhinna sisse. Ostjat ei saa selles olukorras pidada teiste turul tegutsevate ettevõtjatega

¹⁶⁵ *ibid*, p 82.

¹⁶⁶ EKo C-124/10 P, *EDF*, p 85.

¹⁶⁷ EKo C-357/14 P, *Electrabel and Dunamenti Erõmü v. Komisjon*, p 5-6.

¹⁶⁸ *ibid*, p 7-10.

¹⁶⁹ *ibid*, p 86.

võrreldes eelise saajaks, sest ta on ostnud ettevõtte kõrgema hinnaga kui ta tegelikult oleks valmis seda tegema.¹⁷⁰ Eelise saajaks on seega müüdnud äriühing ise.

Samas kohtuasjas ütles Kohus ka seda, et kui äriühing, kellele on antud ebaseaduslikku riigiabi, säilitab oma juriidilise isiku staatuse ning jätkab ise riigiabiga toetatud tegevuste elluviimist, saab tavaliselt see äriühing kõnealuse abiga seotud konkurentsieelise ning seega tuleb seda äriühingut kohustada tagasi maksma abiga võrdne summa.¹⁷¹ *Dunamenti Erõmú* puhul leidis Kohus, et kuna ka pärast erastamist säilitas Dunamenti Erõmú oma juriidilise isiku staatuse ning jätkas kõnealuse riigiabiga toetatud tegevuste elluviimist, säilitas see äriühing elektrienergia ostulepingutest tuleneva eelise, mis tal oma konkurentide eest turul oli.¹⁷²

5.2.3. Eelise kriteerium üldhuviteenust pakkuvate ettevõtete puhul

Ebaseaduslik riigiabi on välistatud, kui tegemist on üldist majandushuvi osutava ettevõttega (nn SGEI) ning antav abi vastab kumulatiivselt nn *Altmarki* kriteeriumitele.¹⁷³ Sellisel juhul antakse hüvitis üldhuviteenust osutavale ettevõttele, kuid see ei tähenda, et see ettevõtte asetatakse võrreldes teiste ettevõtetega paremasse konkurentsiolekorda. Seetõttu ei ole tegemist riigiabiga.

Altmarki neli kriteeriumit on järgmised: (1) abi saav ettevõtja peab olema reaalselt vastutav avaliku teenindamise kohustuse täitmise eest ja see kohustus peab olema täpselt määratletud; (2) parameetrid, mille alusel arvutatakse ettevõttele antav hüvitis, peavad olema objektiivselt ja läbipaistvalt kindlaks määratud; (3) hüvitis ei tohi olla suurem, kui on vajalik avaliku teenindamise kohustuse täitmisest tulenevate kulude täielikuks või osaliseks katmiseks, arvestades selle kohustuse täitmisega seotud tulu ja mõistlikku kasumit; (4) kui avaliku teenindamise kohustust täitvat ettevõtjat ei valitud konkreetsel juhul avalikus hankemenetluses, mis võimaldab välja valida kandidaadi, kes suudab üldsusele asjassepuutuvaid teenuseid osutada kõige odavamalt, peab sobiva hüvitise tase olema

¹⁷⁰ *ibid*, p 112.

¹⁷¹ EKo C-357/14 P, *Electrabel and Dunamenti Erõmú v. Komisjon*, p 113.

¹⁷² *ibid*, p 115.

¹⁷³ EKo C-280/00, *Altmark*, p 88.

kindlaks määratud selliste kulude analüüsi alusel, mida keskmise suurusega, hästi korraldatud juhtimise ja asjassepuutuva avaliku teenindamise nõudluse rahuldamiseks vajalike sobivate transpordivahenditega varustatud ettevõtja oleks nende kohustuste täitmiseks kandnud, arvestades nende kohustuste täitmise seotud tulusid ja mõistlikku kasumit.¹⁷⁴

Nõue, et hüvitis ei tohi olla suurem kui netokulud, arvestades mõistlikku kasumit, on ette nähtud konkurentsimoonutuste ärahoidmiseks.¹⁷⁵ Komisjoni otsus sätestab, et suurem hüvitis, kui on tarvilik asjaomase ettevõtja teenuse osutamise seotud netokulude katmiseks, ei ole üldist majandushuvi pakuva teenuse osutamiseks vajalik ja kujutab endast järelikult ühisturuga kokkusobimatu riigiabi. See tuleb riigile tagasi maksta.¹⁷⁶

Euroopa Kohtu praktikast järeldub, et ETL artikkel 107 ei kohaldu siis, kui riik teostab avalikku võimu¹⁷⁷ või kui riiklikud ametiasutused toimivad riiklike ametiasutustena.¹⁷⁸ Üksust võib lugeda avalikku võimu teostavaks juhul, kui asjaomane tegevusala on osa riigi olulistest funktsioonidest või on nende funktsioonidega seotud oma olemuse, eesmärgi ja seda reguleerivate eeskirjade poolest.¹⁷⁹ Üldjuhul ei loeta majandustegevuseks tegevusalasid, mis on olemuslikult riikliku ametiasutuse eelisõiguste osa ja milles osaleb riik. Sellisteks tegevusteks on näiteks sõjavägi või politsei.¹⁸⁰

See, missugust tegevust lugeda üldhuviteenuse osutamiseks, on jäetud suures osas liikmesriigi enda otsustada.¹⁸¹ ETL artikli 106 lg 2 järgi on üldist majandushuvi pakkuvaid teenuseid osutavad ettevõtjad need, kellele on antud „eriülesanne“. Komisjoni järgi ei oleks asjakohane hõlmata konkreetse avaliku teenuse osutamise ülesandega selliseid teenuseid, mida tavapärastes turutingimustes tegutsevad ettevõtjad juba pakuvad või mida nad saavad pakuda rahuldavalt ja üldsuse huvidega kooskõlas olevatel tingimustel (näiteks teenuse hind, objektiivsed kvaliteeditunnused, jätkuvus ja kättesaadavus), nagu need on määratlenud riik.

¹⁷⁴ *ibid*, p 89-93.

¹⁷⁵ Euroopa Komisjoni otsus, 20. detsember 2011, Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 106 lõike 2 kohaldamise kohta üldist majandushuvi pakkuvaid teenuseid osutavatele ettevõtjatele avalike teenuste eest makstava hüvitisena antava riigiabi suhtes – L /3, 11.01.2012, preambula p 15.

¹⁷⁶ Komisjoni otsus, 20. detsember 2011, Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 106 lõike 2 kohaldamise kohta üldist majandushuvi pakkuvaid teenuseid osutavatele ettevõtjatele avalike teenuste eest makstava hüvitisena antava riigiabi suhtes, preambula p 16.

¹⁷⁷ EKo C-118/85, *Komisjon v. Itaalia*, p 7-8.

¹⁷⁸ EKo C-30/87, *Corinne Bodson*, p 18.

¹⁷⁹ EKo C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH*, p 30.

¹⁸⁰ Komisjoni teatis 2012/C 8/02, p 16.

¹⁸¹ *ibid*, p 46.

Riik peab ise hindama, kas konkreetset teenust pakutakse efektiivselt turul, Komisjon saab vaid kontrollida, ega riik hinnangu andmisel oluliselt eksinud ei ole.¹⁸²

Oluline on tähele panna, et ainuüksi asjaolu, et teenust juba turul pakutakse, ei tähenda kohe, et riik kindlasti ei peaks seda üldhuviteenusena ise pakkuma. Üldjuhul viitab „konkreetsel avaliku teenuse osutamise ülesande andmine” sellisele teenusele, mida ettevõtja lähtuvalt ärihuvist turul ei pakuks, kuid võib olla ka nii, et ta ei pakuks seda samadel tingimustel.¹⁸³ Tegemist võib olla sellise teenusega, mida ettevõtjad küll turul juba pakuvad, kuid mitte piisava kvaliteediga, ohutusnõuetele vastavusega, mõistliku hinnaga, kõiki ostjaid võrdselt koheldes või ei ole teenus üldsusele kättesaadav.¹⁸⁴ See tähendab, et üldhuviteenuse olemasolu välistamiseks ei piisa ainult sellest, et konkreetset teenust mõne ettevõtja poolt juba turul pakutakse. Tuleb vaadata seda, kas konkurents ettevõtete vahel on efektiivne, kas teenus on vajalikul määral üldsusele kättesaadav ja kas seda osutatakse kvaliteetselt. Kui turul reaalselt konkurentsi ei ole, võib juhtuda, et eraettevõtja, kes kõrgendatud avaliku huviga teenust pakub, muutub turul monopoliks. See viib omakorda olukorrani, kus monopoolses seisundis ettevõtja hakkab dikteerima ebamõistlikke tingimusi, kuivõrd tal on võimalik tegutseda olulisel määral sõltumatult oma konkurentidest ja klientidest.¹⁸⁵ Üldhuviteenuse osutamise regulatsioon võimaldab riigil sellist olukorda vältida, võttes kõrgendatud avaliku huviga teenuse pakkumise enda ülesandeks.

AS-i Eesti Teed tegevust – teehoolde teenuse osutamist – ei saa eeltoodu põhjal pidada üldhuviteenusena. Teehooldes puhul ei saa väita, et tegemist on „eriülesande” iseloomuga tegevusega, mida ettevõtja oma majandushuvist lähtudes samadel tingimustel ei pakuks. Esimesed teede alal tegutsevad eraettevõtted loodi Eestis juba 1990. aastal.¹⁸⁶ Täna on Eestis lisaks AS-le Eesti Teed veel 10 teehoolde ettevõtet, kes teehoolde teenust kasumi saamise eesmärgiga turul pakuvad.¹⁸⁷ Seega, teehooldus on teenus, mida paljud ettevõtted turul pakuvad. Vaadates seda, kuidas on teehoole eri ettevõtete vahel Eestis maakondades

¹⁸² *ibid*, p 48.

¹⁸³ *ibid*, p 45-47.

¹⁸⁴ European Commission Staff Working Document SWD(2013) 53 final/2. Brüssel, 29.04.2013, lk 21.

¹⁸⁵ EKO C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 38.

¹⁸⁶ OÜ Üle koduleheküljel. Kättesaadav veebis: <http://www.yle.ee/firmast> (03.04.2016).

¹⁸⁷ Näiteks OÜ Üle, Hiiu Teed OÜ, Lemminkäinen Eesti AS, Tee ja Tee OÜ jt. Allikas: Eesti Asfaldiliidu ülevaade „Asfalt arvudes 2014”. Kättesaadav veebis:

<http://www.asfaldiliit.ee/file.php?feID=b08d6380bc6e4d9b608ddc5e38165aba> (03.04.2016); Maanteeameti aastaraamat 2015, „Jagunemine hooldeettevõtjate vahel seisuga 31.12.2015.

jagunenud, nähtub, et nii AS Eesti Teed kui ka teised ettevõtted osutavad teenust nii sise- kui ka äärealadel.¹⁸⁸

Teisalt, konkurents teehoolde turul on vähene. Riigikontroll on varem osutanud sellele, et vähese konkurentsi tagajärjel on hankekonkursside tulemusena sõlmitud lepingud mõnikord sellised, kus teede hooldamise kulud on varasemast oluliselt suuremad. Ettevõtted on saanud küsida hangetel neile sobivad hinda, millega Maanteeamet on ka nõustunud. Maanteeamet ise on põhjendanud, et hooldetööde tegemist ei saa usaldada kogemusteta ja vastavat tehnilist ressursi mitteomavatele ettevõtjatele.¹⁸⁹ Riigikontroll on aga osutanud ka sellele, et ka Maanteeameti enda tegevus, sealhulgas uute tulijate „otsitud põhjustel“ tagasilükkamine, on nõrgale konkurentsile kaasa aidanud. Muuhulgas on Riigikontrolli hinnangul Maanteeamet põhjendamatult piiranud pakkujate osalemist hangetel ja konkurentsi teket.¹⁹⁰ Pigem näib, et efektiivsemaks konkurentsiks on teehoolde turul potentsiaal olemas.

Eelneva põhjal saab järeldada, et teehoolde puhul ei ole tegemist üldhuviteenusega. Konkurentsi vähesus on suures osas tingitud vastava haldusorgani läbimõtlemata tegevusest, ilma milleta oleks ehk ka konkurents efektiivsem. Ei saa välistada ohtu, et teehoolde täielikult eraettevõtetele usaldamise korral võib aset leida ülalkirjeldatud olukord, kus eraettevõtte hakkab riigile ebamõistlikke tingimusi dikteerima. Siiski, olemasoleva info põhjal tuleb pigem asuda seisukohale, et teehoolde teenust võib pidada teenuseks, mida on võimalik mõistlikel tingimustel turul pakkuda.

Ka üldhuviteenust pakkuvate ettevõtete puhul on probleemiks võimalik riigabi ja just sisetehingu kontekstis. *Altmarki* neljas kriteerium ütleb, et üldhuviteenuse osutamise võib ettevõttele usaldada hankemenetluse tulemusena, aga ei pea. See tähendab, et üldhuviteenust võib ettevõtte osutada ka tema ja riigiasutuse vahel sõlmitud sisetehingu alusel. Üldhuviteenuse osutamine sisetehingu alusel toob endaga kaasa nn ülekompanseerimise riski. Ülekompanseerimisega ongi tegemist siis, kui ettevõttele makstav hüvitis ületab netokulude ja mõistliku tulu summat.

Sisetehinguga kaasneva riigiabi oht on tänu vastavale regulatsioonile SGEI-de puhul siiski mõnevõrra väiksem kui nende ettevõtete puhul, kes ei ole SGEI-d. Kui ettevõtte tegeleb lisaks üldhuviteenuse osutamisega ka muude teenuste või kaupade pakkumisega vabal turul, peab ta

¹⁸⁸ Maanteeameti aastaraamat 2015, „Jagunemine hooldeettevõtjate vahel seisuga 31.12.2015.

¹⁸⁹ Riigikontrolli aruanne Riigikogule „Teehooldetööd ja järelevalve nende üle. Kas riigimaanteid hooldatakse mõistlikult?“ Tallinn, 03.02.2012, lk 57.

¹⁹⁰ *ibid.*, lk 1-2 ja lk 16-17.

pidama mõlema kohta eraldi raamatupidamisarvestust. Selle nõude eesmärk on hoida ära ristsubsideerimist, millega ettevõtte võib moonutada konkurentsi.¹⁹¹ Seda nõuet peetakse konkurentsi kaitsmise seisukohalt väga oluliseks, eriti arvestades asjaolu, et suured ettevõtted tegelevad lisaks üldhuviteenuse osutamisega ka muude teenuste või kaupade pakkumisega.¹⁹² Asjakohases direktiivis on öeldud, et nii riigi osalusega kui ka eraõiguslike äriühingute puhul on SGEI regulatsiooni õiglane ja tõhus kohaldamine tagatud ainult siis, kui need finantssuhted on läbipaistvad.¹⁹³

Lisaks eraldi raamatupidamisarvestuse nõudele näeb SGEI regulatsioon ette, et liikmesriik peab regulaarselt üle vaatama, ega hüvitise maksmisega ülekompenseerimist ei kaasne. Kõik ülekompenseerimised tuleb pärast SGEI perioodi tagasi maksta. See tähendab, et *ex post* (selle perioodi, mille jooksul ettevõtte on üldhuviteenust osutanud, lõpus) ei tohi alles olla liigset hüvitist.¹⁹⁴

5.2.4. Eelise kriteerium sisetehingu puhul

Õiguskirjanduses on avaldatud arvamust, et rääkides riigiabist *in-house*'i puhul, on lihtne tuvastada riigi ressurssidest pärinemise ja valikulisuse kriteeriumi täidetust. Kõige keerulisem on *in-house*'i kontekstis aga just nimelt eelise kriteerium.¹⁹⁵

Saksa õiguskirjanduses on viidatud eeskätt sellele, et eelise kriteerium on väga laiahaardeline. Nagu eelpool mainitud, on „eelise“ mõistega riigiabi tähenduses hõlmatud muuhulgas kapitalisüstid, maksusoodustused, eritingimused ja muud meetmed, mis vähendavad ettevõtte poolt tavaliselt kantavaid rahalisi kohustusi. Just tulenevalt sellest võib eeliseks osutada ka riigihanget korraldamata sõlmitud leping.¹⁹⁶

¹⁹¹ Euroopa Komisjoni direktiiv 2006/111/EÜ liikmesriikide ja riigi osalusega äriühingute vaheliste finantssuhete läbipaistvuse ning teatavate ettevõtjate finantsläbipaistvuse kohta, preambula p 14-16.

¹⁹² Pesaresi N., Sinnaeve A., Guigue-Koeppen V., Wiemann J., Radulescu M. The New State Aid Rules for Services of General Economic Interest (SGEI): the Commission Decision and Framework of 20 December 2011, lk 7.

¹⁹³ Euroopa Komisjoni direktiiv 2006/111/EÜ liikmesriikide ja riigi osalusega äriühingute vaheliste finantssuhete läbipaistvuse ning teatavate ettevõtjate finantsläbipaistvuse kohta, preambula p 7.

¹⁹⁴ Pesaresi N., Sinnaeve A., Guigue-Koeppen V., Wiemann J., Radulescu M. The New State Aid Rules for Services of General Economic Interest (SGEI): the Commission Decision and Framework of 20 December 2011, lk 8.

¹⁹⁵ Pfannkuch B., lk 746.

¹⁹⁶ Hardraht K., lk 128-129.

In-house lepingu puhul võib „eelis“ väljenduda järgmiselt. Siseteingu alusel ostetakse teenust hinnaga, mis on turuhinnast kõrgem. See on käsitletav riigiabina, sest riigi eelarvel lasub suurem koormus kui siis, kui teenuse eest turuhinda makstaks. Sellises olukorras saab riigi äriühing turul kergesti monopoolsesse seisundisse tõusta ning takistada konkurentsi turul. Turuhinnast kõrgema hinnaga teenuse otsmisega kaasneb ristsubsideerimise võimalus. Siseteingu alusel teenust osutav ettevõtte osaleb ka hangetel ning ristsubsideerimise abil saab esitada madalaid pakkumusi, osutudes hangetel valituks.

5.2.4.1. Sisetehinguga kaasnevast eelisest üldiselt

Selleks, et välistada *in-house* tehingu puhul art 107 lg 1 mõttes eelise olemasolu, peab olema kindel, et teenuse osutamise eest makstav tasu on turutingimusi silmas pidades mõistlik.¹⁹⁷ EL õiguses on asutud seisukohale, et kui leping sõlmitakse hankemenetluse tulemusena, tähendab see, et tegemist on tavapärasel turutingimustel tehtud tehinguga ning riik maksab turuhinda. Euroopa Komisjon on öelnud, et kui teenuse osutaja valitakse avatud, läbipaistva ja mittediskrimineeriva hankemenetluse tulemusena, siis eeldatakse, et igasugune rahaline toetus erasektorist vastab turuhinnale, mida teenuse eest makstakse. Sellest järeldub, et riigiabi ei saa esineda.¹⁹⁸ *Altmarki* kohtuotsuses ütles Kohus seisukoha, mis eeltoodud põhimõtet toetab. Kohus ütles, et hankemenetlus võimaldab välja valida kandidaadi, kes suudab üldsusele asjassepuutuvaid teenuseid osutada kõige odavamalt.¹⁹⁹ Seega, kuigi Kohus ei ole seda üheski oma lahendis veel otse välja öelnud, võib olemasolevate seisukohtade põhjal väita, et korrektset läbiviidud riigihanke tulemusena sõlmitud lepingu puhul eeldatakse riigiabi puudumist.

Asjaolu, et *in-house* tehing on tehtud kooskõlas seadusega, ei välista riigiabi olemasolu riski. Esiteks on oluline tähele panna, et *in-house* erandi kohaldamise üheks eelduseks on see, et kontrollitav ettevõtte osutab teenust „peamiselt“ hankijale endale. Ei nõuta teenuse osutamist eksklusiivselt hankijale, vaid suuremas osas hankijale. See tähendab, et kontrollitav ettevõtte saab väikeses mahus konkureerida ka turul (umbes 20% ulatuses, vt 3. ptk). Juba seetõttu on konkurentsi moonutamise risk olemas.

¹⁹⁷ Pfannkuch B., lk 751.

¹⁹⁸ Euroopa Komisjoni otsus N 264/2002, p 79.

¹⁹⁹ EKo C-280/00, *Altmark*, p 93.

Teiseks, kuigi *in-house* tehing on erand riigihanke korraldamise kohustusest, on ka siin olemas turg: teenust pakutakse *in-house*, kuid teised vabal turul tegutsevad ettevõtjad on ka ise huvitatud selle teenuse pakkumisest. Mõistlik turuhind saavutatakse reeglina hankemenetluse käigus. *In-house* tehingu puhul aga hankemenetlust ei korraldata. Seega ei saa siin kasutada hankemenetlust mõistlikku hinna väljaselgitamiseks. Ei ole võimalik hankemenetluse tulemuste abil otsustada, kas tasu kujutab endast mõistlikele tuludele ja kuludele vastavat tasu või ülekompenseerimist. Seetõttu on saksa õiguskirjanduses asunud järgmisele seisukohale: see, et *in-house* tehing on sõlmitud kooskõlas seadusest tulenevate *in-house* tehingu eeldustega, ei välista riigiabi olemasolu.²⁰⁰

Kuivõrd *in-house* tehingu puhul hanget, mis määraks teenuse osutamise eest makstava mõistliku tasu, ei korraldata, peab püüdma leida muid mooduseid, kuidas vältida ülekompenseerimist. Saksa õiguskirjanduses on uuritud, millist meetodit saaks *in-house* tehingu puhul rakendada selleks, et teha kindlaks tasu vastavus turutingimustele. Ühe lahendusena on välja pakutud, et *in-house* tehingu puhul võiks kohaldada *Altmarki* kriteeriume, st nõuda, et *in-house* lepingu võib sõlmida siis, kui *Altmarki* kriteeriumid on täidetud. See aitaks kindlustada *in-house* tehinguga makstava tasu läbipaistvust ning mõistlikku suurust. Sellegipoolest, isegi eeldades, et *Altmarki* kriteeriumite kohaldamine sobiks (ka selliste ettevõtete puhul, kes ei osuta just üldhuviteenust), oleks see lahendus problemaatiline. Probleeme tekitab eeskätt *Altmarki* neljas kriteerium. Neljas kriteerium ütleb, et juhul, kui üldhuviteenuse osutajat ei valita välja riigihanke käigus, peab makstava hüvitise määramise aluseks olema hüpoteetilise keskmise suurusega ettevõtte mõistlike kulude ja tulude analüüs. Selline võrdlus on keeruline, kui räägime hüpoteetilisest ettevõttest, kes sõlmiks lepingu *in-house* oma üksusega.²⁰¹ Võrreldavat hüpoteetilist olukorda on väga keeruline ette kujutada.

Samamoodi problemaatiliseks peetakse saksa õiguskirjanduses ka esimest kriteeriumit, mille järgi peab ettevõttele pandud üldhuviteenuse osutamise kohustus olema selgelt formuleeritud. Komisjon on oma juhises selgitanud, et selle nõude täitmiseks on vaja avaliku teenuse osutamise ülesande andmise dokumenti, milles oleks kindlaks määratud asjaomase ettevõtja kohustused. Avaliku teenuse osutamise ülesande võib anda aktiga, mis võib sõltuvalt

²⁰⁰ Pfannkuch B., lk 746.

²⁰¹ Pfannkuch B., lk 748.

liikmesriigi õigusest olla õigusakt või leping.²⁰² Saksa õigusruumis peab see näiteks olema õigusakt. Õigusakt peab omakorda olema vastuvõetud läbipaistva menetluse tulemusena ning ka avalikustatud. Selline tegevus oma iseloomult on aga *in-house* lepingu sõlmimise kontekstis võõras. Kui rääkida tavalisest *in-house* tehingust, siis puuduvad saksa õiguses selle puhul nii läbipaistev menetlus kui ka avalikustatud õigusakt, millega on kindlaks määratud ettevõttele omistatav kohustus.²⁰³ Seega, *in-house* tehingu olemuse tõttu on *Altmarki* esimese kriteeriumi kohaldamine keeruline.

Teine küsimus on see, kas selleks, et kaitsta *in-house* tehingut riigiabi olemasolu eest, peaks üldse nõudma *Altmarki* kriteeriumitele vastavust. *Altmarki* kriteeriumid on mõeldud kitsalt üldhuviteenuse osutamise lepingu jaoks. Teenuse osutamisel *in-house* ei ole üldsegi mitte alati tegemist üldhuviteenusega. Siin on tegemist kahe eri olukorraga: hankija õigus osutada teenust iseenda vahenditega (*in-house* tehing) ja kompensatsioon, mida makstakse üldhuviteenuse osutamise eest. Seega on vähemalt saksa õiguskirjanduses jõutud järeldusele, et *Altmarki* kriteeriumeid ei sobi selleks, et teostada *in-house* tehingu puhul riigiabi kontrolli.²⁰⁴

Samale järeldusele on jõutud ka ühe teise nn *Almunia* paketi raames vastuvõetud nõude osas. Komisjon on 2012/21/EL otsusega sätestanud, et ettevõttele üldhuviteenuse osutamise eest makstavat riigiabi käsitletakse ühisturuga kokkusobivana, kui makstav hüvitis ei ületa 15 miljonit eurot aastas.²⁰⁵ Ka sellisel juhul nõutakse „ülesande andmise akti“, milles peavad muuhulgas olema sätestatud ettevõtjale igal aastal makstavad abisummad, samuti ka hüvitusmehhanism ning hüvitise arvutamise, kontrollimise ja läbivaatamise parameetrid.²⁰⁶ Vastupidiselt *Altmarki* kriteeriumitele ei välista nende nõuete täitmine riigiabi olemasolu, vaid kindlustavad selle, et olemasolevat riigiabi nähakse siseturuga kokkusobivana. *In-house* tehingu jaoks tähendaks see ainult, et olemasolevat riigiabi nähakse siseturuga kokkusobivana, kuid riigiabi olemasolu iseenesest see ei välista. See mehhanism järelikult ei aita kindlustada riigiabi puudumist *in-house* tehingu puhul. Abiks ei ole ka *de minimis*’ regulatsioon, mille järgi on lubatud kuni 200 000 euro suurune riigiabi – ja üldhuviteenuse

²⁰² Euroopa Komisjoni teatis 2012/C 8/02, p 51-52.

²⁰³ Pfannkuch B., lk 748.

²⁰⁴ *ibid*, p 748.

²⁰⁵ Komisjoni otsus, 20. detsember 2011, Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 106 lõike 2 kohaldamise kohta üldist majandushuvi pakkuvaid teenuseid osutavatele ettevõtjatele avalike teenuste eest makstava hüvitisena antava riigiabi suhtes, artiklid 1 ja 2 lg 1 p b.

²⁰⁶ Euroopa Komisjoni määrus (EL) nr 651/2014, 17. juuni 2014, ELi aluslepingu artiklite 107 ja 108 kohaldamise kohta, millega teatavat liiki abi tunnistatakse siseturuga kokkusobivaks – L 187/1, 26.06.2014, artiklid 7 ja 4.

puhul kuni 500 000 euro suurune – 3 aasta jooksul. *De minimis*' sätted ei ole abiks eelise olemasolu analüüsimisel, kuna antud regulatsiooni eesmärk on kuulutada turuga kokkusobivaks madala suurusega abi teatud sektorites, kuna selline abi ei mõjuta oluliselt konkurentsi ega liikmesriikide vahelist kaubandust.²⁰⁷

Nagu eelpool mainitud, kasutatakse eelise olemasolu kindlakstegemisel erainvestori testi (vt alapeatükk 5.2.2.). Algselt oli erainvestori test mõeldud kasutamiseks eeskätt selliste meetmete nagu kapitalisüstid ning kinnisvara omandamine. Kuivõrd eelis võib Euroopa Kohtu praktika järgi aga seisneda mis tahes soodustavates meetmetes, peaks ka erainvestori test sobima kohaldamiseks väga erinevate meetmete korral. Nii on asutud ka seisukohale, et erainvestori testi saab kasutada eelise olemasolu välistamiseks ka ehitus-, tarne- ja teenuste osutamise lepingute korral. Erainvestori test paneb selles kontekstis mõtlema sellele, kas mõistlik eraõiguslik otsustaja ikka sõlmiks sellise lepingu endaga seotud ettevõttega.²⁰⁸

Õiguskirjanduses on aga seatud kahtluse alla see, kas *in-house* lepingu puhul saab riigiabi ärahoidmiseks võtta appi erainvestori testi. On küsitav, kas avalik-õiguslik isik saab endale ette kujutada hüpoteetilist erainvestorit, kes sõlmiks iseendaga lepingu.²⁰⁹ Saksa õiguse puhul on välja pakutud, et pakkumuse „mõistlikku hinda“ võiks ehk aidata määrata saksa nn hinnaõigus („*Preisrecht*“). Kehtivas saksa õiguses on olemas hinnaseadus.²¹⁰ Selle seaduse eesmärk on aidata kujundada hindu vabal turul. Eesmärk on aidata tagada ausat konkurentsi. Hinnaõigus reguleerib hindade seadmise tingimusi ja ülemmäära. Probleemiks on aga see, et hinnaõigus kohaldub avalik-õiguslikele juriidilistele isikutele. Selleks, et teha kindlaks, missugune oleks teenuse eest makstav mõistlik hind *in-house* kontekstis, on aga vaja lähtuda hüpoteetilisest eraõiguslikust isikust.

In-house tehingu puhul, pidades silmas riigi äriühingut, tõusetub riigiabi küsimus ka seetõttu, et riigi äriühingu juhtimisel arvestatakse mitte ainult majanduslikult kasulikke, vaid poliitilisi eesmärke. Ka riigihanke puhul on tellijaks avalik-õiguslik isik. Teadagi reguleerivad tellijaks oleva ametiasutuse ja tema osakondade vahelisi suhteid avaliku huvi eesmärkidest lähtuvad kaalutlused ja nõuded.²¹¹ Riigihanke puhul aga, nagu eelpool mainitud, kujuneb hind turul aset leidva hankemenetluse tulemusena, mida *in-house* tehingu puhul ei toimu. Seega ei saa

²⁰⁷ Pfannkuch B., lk 749; Komisjoni määrus (EL) nr 651/2014, 17. juuni 2014, ELi aluslepingu artiklite 107 ja 108 kohaldamise kohta, millega teatavat liiki abi tunnistatakse siseturuga kokkusobivaks, preambula p 61.

²⁰⁸ Hardraht K., lk 122.

²⁰⁹ Pfannkuch B., lk 749.

²¹⁰ Preisgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 720-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das durch Artikel 22 des Gesetzes vom 18. Februar 1986 (BGBl. I S. 265) geändert worden ist.

²¹¹ EKO C-26/03, *Stadt Halle*, p 50.

tellija poliitilised eesmärgid teenuse eest pakutavat hinda mõjutada, eeldades riigihanke läbiviimise korrektsust. *In-house* tehingu puhul võivad need aga rolli mängida.

In-house puhul on õiguskirjanduses juhitud aga tähelepanu ohule, et kuivõrd tellijaks on avalik-õiguslik isik ning hanget läbi ei viida, võivad erinevad poliitilised ja sotsiaalsed kaalutlused mõjutada tasu rohkem kui majanduslikud kaalutlused. Seetõttu võib aset leida riigiabi saamine: kui tellija poolt oma äriühingule makstav tasu on poliitilistest või sotsiaalsetest eesmärkidest lähtuvalt suurem kui peaks.²¹²

Eelmainitud poliitilisi ja sotsiaalseid kriteeriume, mis võivad lepingupoolele makstavat tasu mõjutada, nimetatakse saksa õiguses „*vergabefremden Kriterien*“. Need on sätestatud konkurentsipiirangute vastases seaduses. Seal on sätestatud, et tellija võib avalik-õigusliku lepingu sõlmimisel sätestada teisele lepingupoolele kriteeriume, iseäranis selliseid, mis puudutavad sotsiaalseid, keskkonnavalaseid või innovatsiooniga seotud aspekte. Nende nn lisakriteeriumite sätestamine on kõnealuse seaduse järgi lubatud siis, kui need on seotud lepingu esemega.²¹³

Euroopa Liidu kohtupraktikas ei leidu väga palju kohtuasju, kus on käsitletud riigiabi olemasolu *in-house*'i puhul. Euroopa Komisjoni otsus asjas *Tieliikelaitos/Destia* on üks alguspunkte. Selle otsuse asjaolud on sarnased AS Eesti Teede kaasusele. *Tieliikelaitos* oli teedehoolde teenuse osutaja Soomes, kes kuulus riigiüksuse koosseisu, kuid ühel hetkel erastati. Teede hooldamiseks sõlmis *Tieliikelaitos* teehoolde lepinguid sisetehinguna tema ja soome Teede Haldusametuse (Road Administration) vahel. *Tieliikelaitose* tegevuseks on teede ehituse planeerimine, teede ehitamine ning teede säilitusremont.²¹⁴ *Tieliikelaitosest* sai pärast erastamist riigi äriühing.²¹⁵ Soome riigi eesmärk oli avada teehoolde turg vabale konkurentsile. Selleks algatati üleminekuperiood, mille jooksul pidi teehoolde turg järkjärgult avanema.

Tieliikelaitose osas võttis riik üleminekuperioodil ette mitmeid meetmeid. Need meetmed olid järgmised: (1) riigi poolt kindlatel tingimustel antud laen²¹⁶; (2) maa ja kruusaväljade andmine *Tieliikelaitose* kontrolli alla²¹⁷; (3) läbirääkimiste teel sõlmitavad lepingud²¹⁸; (4)

²¹² Hardraht K., lk 118.

²¹³ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Viertel Teil – Vergabe Öffentlicher Aufträge, Erster Abschnitt – Vergabeverfahren, § 97 Ab. 4.

²¹⁴ Euroopa Komisjoni otsus nr 2008/765/EÜ, p 35.

²¹⁵ *ibid*, p 12.

²¹⁶ *ibid*, p 29.

²¹⁷ *ibid*, p 31-34.

²¹⁸ *ibid*, p 35-37.

erimeetmed selleks, et kõrvaldada töötajate üleküllusest tulenevad probleemid *Tieliikelaitsese* eelarves²¹⁹. Lisaks tingis *Tieliikelaitsese* kui riigi äriühingu staatus selle, et talle ei kohaldunud Soome riigi pankrotiõigus²²⁰ ning teatud maksude osas sai ta soodsama kohtlemise osaliseks²²¹.

Üleminekuperioodi ajal sõlmiti vaid väike osa teehooldelepingutest eraettevõtetega, kuid see osa pidi aja jooksul suurenema. Ülejäänud lepingud teehoolde tegemiseks sõlmiti *Tieliikelaitsesega*. Läbirääkimistega lepingud sõlmiti ilma riigihanget korraldamata, *in-house* lepingutena.²²² Läbirääkimisi lepingu hinna osas alustati sellest, et vaadati hankemenetluse tulemusena sõlmitud lepingute hindasid. Teede Haldusamet uuris, missuguse hinnaga pakkumusi oli *Tieliikelaitses* esitanud läbirääkimiste teel sõlmitavate lepingute jaoks ning võrdles neid konkureerivate pakkumustega. Sellele järgnevate läbirääkimiste käigus, mis *Tieliikelaitsesega* peeti, võeti arvesse ka seda, et *Tieliikelaitses* oli pärast erastamist üleliigseid töötajaid, mis suurendas *Tieliikelaitsese* kulusid.²²³

5.2.4.2. Siseteingu alusel teenuse ostmine turuhinnast kõrgema hinnaga

Kahtlus, et riik ostab endale siseteingu alusel teenust osutavalt ettevõttelt seda teenust hinnaga, mis on turuhinnast kõrgem, tekib siis, kui on näha, et selle teenuse turuhind on tegelikult madalam.

Komisjon tõdes *Tieliikelaitsese* asjas, et meetod, mida kasutatakse läbirääkimistega sõlmitavate lepingute hindade arvutamiseks, viib paratamatult hinnani, mis on turuhinnast kõrgem. Seda põhjusel, et alghinnaks võetakse võrreldava hankemenetluse tulemusena saavutatud lepingu hind, mis on võrreldav turuhinnaga. Seejärel suurendatakse seda hinda, võttes arvesse *Tieliikelaitsese* struktuurilisi puudujääke, mida muud moodi ei kompenseerita. Selle kaudu saab *Tieliikelaitses* majandusliku eelise. See majanduslik eelis tuleb riigi ressurssidest. Eelis seisneb selles, et *Tieliikelaitses* saab riigilt rohkem raha kui seda saaks sama teenust pakkuva eraettevõtte samas olukorras.²²⁴

²¹⁹ *ibid*, p 41-45.

²²⁰ *ibid*, p 47.

²²¹ *ibid*, p 52.

²²² *ibid*, p 20, 35.

²²³ *ibid*, p 36.

²²⁴ Euroopa Komisjoni otsus nr 2008/765/EÜ, p 234.

Selleks, et teha kindlaks, kui suure eelise sai *Tieliikelaitos* läbirääkimiste teel sõlmitud teehoolde lepingute näol, võrdles Komisjon *in-house* lepingute ja hankementluse tulemusena sõlmitud lepingute hindasid.²²⁵ Läbirääkimiste teel sõlmitud teehoolde lepinguteks olid tee säilitusremondi ja planeerimise lepingud. Selleks et teha kindlaks *Tieliikelaitose* poolt saadud eelis, pidi Komisjon võrdlema läbirääkimistega sõlmitud lepingute kasumimäärasid nende lepingute kasumimääradega, mis sõlmiti *Tieliikelaitosega* hankementluse tulemusel.²²⁶ Komisjon jõudis oma analüüsis järeldusele, et erinevus teehooldelepingute kasumimäärade vahel on toonud *Tieliikelaitosele* 8,5 miljoni euro suuruse eelise. Kokku sai *Tieliikelaitos* 9,5 miljoni euro suuruses abi, arvestades seda, et ettevõtte sai ka lühiajalisi intressita laenusid.²²⁷

Komisjon uuris ka seda, kas *Tieliikelaitos* sai eelise ka selle kaudu, et temaga sõlmiti ka praamisõiduteenuse osutamise lepingud läbirääkimiste tulemusena, ilma hanget korraldamata. Komisjon tõdes samal ajal küll, et Soome riigi esialgne katse minna läbirääkimistega sõlmitud lepingutelt üle hankemenetluse tulemusena sõlmitavatele lepingutele oli tulutu. Hanke väljakuulutamise tulemusena saadud pakkumuste hinnad olid palju kallimad kui Teede Haldusasutuse ja *Tieliikelaitose* vahel läbirääkimistega sõlmitud lepingute hinnad. Komisjon rõhutas ka seda, et hankemenetluse tulemusega leppimine ei oleks tegelikult aidanud turgu avada. See oleks, vastupidi, veelgi tugevdanud *Tieliikelaitose* positsiooni. *Tieliikelaitos* nimelt oli esitanud hankes kõige odavama pakkumuse.²²⁸

Komisjon jõudis järeldusele, et läbirääkimistega sõlmitavate lepingutega jätkamine ei andnud *Tieliikelaitosele* eelist. Läbirääkimistega sõlmitud lepingutega ei antud *Tieliikelaitosele* uut praamide varustust. See tähendab, et läbirääkimistega sõlmitud lepingute jätkamine kujutas endast *Tieliikelaitosele* pigem negatiivset asjaolu kui eelist. Tulenevalt sellest järeldas Komisjon, et tasu, mida Teede Haldusasutus *Tieliikelaitosele* praamilepingute eest maksis, ei olnud turuhinnast kõrgem. Sellest tulenevalt ei olnud läbirääkimistega sõlmitud praamilepingute puhul tegemist riigiabiga.²²⁹

Tieliikelaitose asjas jõudis Komisjon lõppjäreldusele, et läbirääkimiste teel praamisõitude teenuse osutamiseks sõlmitud lepingud ning töötajate *Tieliikelaitosele* üleandmine endast riigiabi ei kujuta. Seda põhjusel, et need tegevused ei andnud *Tieliikelaitosele* majanduslikku

²²⁵ *ibid*, p 236.

²²⁶ *ibid*, p 237.

²²⁷ *ibid*, p 239-240.

²²⁸ *ibid*, p 241.

²²⁹ Euroopa Komisjoni otsus nr 2008/765/EÜ, p 242-243.

eelist. Küll aga leidis Komisjon, et riigiabiga oli tegemist järgmiste meetmete puhul: riigilt saadud laen, läbirääkimistega sõlmitud teehoolde lepingud, erinevad töötajate ülekülluse vähendamiseks ette võetud meetmed ning maksusoodustused, mis kohaldasid *Tieliikelaitsesele* kui riigi äriühingule. Komisjon tunnistas, et ka seoses kruusaväljadega võis kaasneda riigiabi.²³⁰

5.2.4.3. Materiaalse vara omandamine turuhinnast madalama hinnaga

Tieliikelaitsese asjas oli küsimuse all ka see, kas maa- ja kruusaväljade *Tieliikelaitsesele* andmine (need olid enne ka *Tieliikelaitsese* eelkäija kasutuses) võib riigiabiks osutada.²³¹ Komisjoni seisukoht oli, et vara üleandmine endast probleemi ei kujuta, kuid riigiabi küsimus võib tekkida seoses sellega, mis hinnaga *Tieliikelaitsese* selle endale sai. Komisjon möönas, et sellises olukorras võib riigiabiga tegemist olla, kui maa- ja kruusaväljad saadakse turuhinnast odavama hinnaga. Kuna Komisjon leidis selles asjas aga, et igasugune potentsiaalne riigiabi oleks ühisturuga kokkusobiv, ei hakatud *Tieliikelaitsese* asjas seda küsimust analüüsima.²³²

Juhul, kui ettevõtte saab turule sisenedes enda omandisse materiaalselt vara turuhinnast odavama hinnaga, võib ta olla saanud eelise ETL artikli 107 lg 1 mõttes. Nagu ka eelpool käsitletud, loetakse artikli 107 lg 1 tähenduses eeliseks mitmesuguses vormis sekkumisi, mis leevendavad äriühingu eelarvet tavaliselt koormavaid kohustusi²³³. Kui ettevõtte on saanud tehnilisi vahendeid turuhinnast madalama hinnaga, on ta saanud eelise, sest tema eelarve rahaline koormus selle vara soetamisel oli väiksem kui see oleks olnud turuhinna korral. Eelise kindlakstegemiseks tuleb sellises olukorras siiski kohaldada ka mõistliku turuinvestori testi.

5.2.5. AS Eesti Teed ja Maanteeameti vaheline sisetehing

AS-i Eesti Teed puhul tekib riigiabi küsimus samuti seoses kahe eraldi aspektiga. Esiteks on küsimuse all see, kas enda kontrolli all olevalt riigi äriühingult teehoolde teenuse ostmise sisetehingu alusel on käsitletav riigiabina art 107 lg 1 mõttes. Eelise olemasolu sellisel juhul

²³⁰ *ibid*, p 289.

²³¹ *ibid*, p 58.

²³² *ibid*, p 31-34; p 58; p 228; p 231; p 315.

²³³ EKo C-522/13, *Ministerio de Defensa ja Navantia*, p 21 ja seal viidatud kohtupraktika.

eeldab seda, et AS-lt Eesti Teed ostetakse teehoolde teenust turuhinnast kõrgema hinnaga. Selle eelise tagajärjena saab äriühing ristsubsideerida oma pakkumusi riigihangetel ning esitada väga madalaid pakkumusi.

5.2.5.1. Teehoolde teenuse ostmine turuhinnast kõrgema hinnaga

AS-i Eesti Teed puhul on konkurendid osutanud sellele, et on kahtlus, et riik ostab *in-house* lepingu alusel äriühingult teehoolde teenust turuhinnast kõrgema hinnaga.

Aastal 2015 oli Eesti teehooldeturul 11 teehoolde ettevõtet, kes hooldasid teid eri maakondades. Maanteeameti aastaraamatus sisalduvate andmete põhjal on võimalik arvutada välja, mis on AS-i Eesti Teed 1 km teehoolde hind. Hooldatavate teede mahu ja aastase väljamakse põhjal tuleb see 2350,5 €. Kui võtta aluseks kõikide teehooldajate 1 km hinnad, siis tuleb keskmiseks hinnaks 2219,5€. Juhul, kui eeldada, et keskmine hind on turuhind, on AS-i Eesti Teed 1 km teehoolde hind turuhinnast kõrgem.

Arvestada tuleb aga seda, et Maanteeameti aastaraamatus sisalduvad teehoolde väljamaksete summad ei sisalda perioodilist teehoolet ega muid rajatiste kulusid. See tähendab, et tegemist ei ole täpsete andmetega. Perioodilise hoolde maksumuse mitteamestamine muudab need andmed ebatäpseks, kuna perioodiline hoole on teehooldelepingu üks põhilisi komponente. Selleks, et saada täiesti täpset ülevaadet teehoolde kilomeetrihinna kohta, oleks vaja võrrelda teehoolde tasemetest hindasid maakondade kaupa, mida ei ole käesoleva töö autoril võimalik teha.

Käesoleva töö autoril ei ole võimalik arvutada välja teehoolde täpset turuhinda. Teehoolde turuhinna välja arvutamine on keeruline, kuna teehoolde hind on piirkonniti väga erinev, sõltudes teede seisundist, teehoolde tasemetest ja mitmetest teistest nüanssidest. Näiteks on Harjumaal teehoole kallim kui Lõuna-Eestis, kuna Harjumaal on suur osakaal kaherealistel teedel, mille hooldamine on kordades kallim kui kruusateede hooldamine. Teisalt on Lõuna-Eesti teehoolduse puhul teised kuluallikad, näiteks see, et seal tuleb teid rohkem hõõveldada, mis omakorda kulusid suurendab.²³⁴ Nagu eelpool mainitud, on Maanteeameti poolt väljastatud andmed ebatäpsed ning ei arvesta taolisi detaile.

²³⁴ Info pärineb autori poolt teehooldega tegelevate isikute küsitlemisest ajavahemikus 08.07.2015-30.04.2016.

Seega ei saa AS-i Eesti Teed puhul kindlalt järeldada, et teehoolde teenust ostetakse turuhinnast kõrgema hinnaga, kuna teehoolde täpset turuhinda ei ole teada.

Juhul, kui riik tõesti ostab AS-lt Eesti Teed *in-house* lepingu alusel teehoolde teenust turuhinnast kõrgema hinnaga, tuleb analüüsida, kas tegemist on eelisega ELTL artikli 107 tähenduses. Eelise kriteerium on täidetud siis, kui äriühing saab rohkem rahalisi ressursse kui ta tavalistel turutingimustel saaks. Juhul, kui teenust ostetakse turuhinnast kõrgema hinnaga, on see kriteerium täidetud. Teiseks peab eksisteerima seos riigile omistatava rahalise koorma ning äriühingule antud eelise vahel. Turuhinnast kõrgemat hinda makstes kaotab riik rohkem rahalisi ressursse kui turuhinda makstes. Seega on olemas seos riigil lasuva rahalise koorma ja äriühingu saadud eelise vahel.

Veidi problemaatiline on mõistliku turuinvestori printsiibi rakendamine. Mõistliku turuinvestori printsiipi on järgitud siis, kui sarnastel asjaoludel oleks tavalistes turumajanduslikes tingimustes tegutsev sarnase suurusega erainvestor valmis samasugust tehingut tegema. Erainvestor, kes telliks teede hooldust, valiks teehoolde ettevõtte, lähtudes teehoolde km hinnast ja töö kvaliteedist. Erainvestor tahaks osta teenust ettevõttelt, kes osutab kvaliteetset teehoolde teenust võimalikult madala maksumusega. Seega tuleb sellises olukorras mõistliku turuinvestori testi tegemiseks teada, missugune on teehoolde ettevõtete tööde kvaliteet. Juhul, kui kõik teehoolde ettevõtted osutavad teenust ühtlase kvaliteediga, valiks erainvestor madalaima maksumusega ettevõtte teenuse. Sellisel juhul erainvestor ei valiks teenuse osutajat, kelle tööde maksumus on turuhinnast kõrgem, kuna see põhjustaks talle liigseid kulusid. Seega, lähtuvalt erainvestori testist kujutab turuhinnast kõrgema hinna tasumine sellistel tingimustel endast eelist ELTL artikli 107 lg 1 tähenduses.

5.2.5.2. Ristsubsideerimine

Üks eelmises alapeatükis kirjeldatud eelise tagajärg on madalate pakkumuste esitamine riigihangetel ristsubsideerimise kaudu.

Juhul, kui AS-lt Eesti Teed ostetakse *in-house* lepingu alusel teenust turuhinnast kõrgema hinnaga, on äriühingul võimalik esitada hangetel väga madalaid pakkumusi. Ristsubsideerimine, kui ettevõtte kasutab vaid omavahendeid, ei ole midagi ebaseaduslikku. See on tavaline ettevõtte-sisene majandamine. Juhul, kui seda tehakse aga turuhinnast

kõrgemalt saadud tasu arvelt, tekib riigiabi probleem. Äriühing saab madalate pakkumustega moonutada konkurentsi turul.

AS Eesti Teed illustreerib hästi ristsubsideerimise riski, mis sisetehingu alusel teenust osutava ettevõtte puhul tekkida võib. Ajal, mil AS Eesti Teed loodi ning sisetehing Maanteeametiga sõlmiti, kinnitas ka Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium ise, et AS Eesti Teed ei hakka osalema teiste maakondade teehoolde riigihangetel.²³⁵ Ka praegu on nii, et äriühing ei osale teiste teehoolde hangetel. Sellegipoolest osaleb AS Eesti Teed nendel hangetel, mis puudutavad teisi töid.

AS Eesti Teed osutab teehoolde teenust sisetehingu alusel järgmistes maakondades: Lääne-Virumaa, Pärnumaa, Tartumaa, Võrumaa, Saaremaa. Samal ajal osaleb AS Eesti Teed ja erinevatel riigihangetel. Nendel hangete tulemused näitavad, et AS Eesti Teed on esitanud mitmel korral teistest oluliselt madalamaid pakkumusi. Kõikide alltoodud riigihangete puhul on pakkumuste hindamise kriteeriumiks olnud madalaim hind.

Näiteks on AS Eesti Teed osalenud riigihankes „Riigimaanteede pindamistööd Põlva, Tartu ja Võru maakonnas 2013“. Selles hankes osutus AS-i Eesti Teed pakkumus valituks „Lepingu nr 3“ osas, mille sisuks oli Võru maakonna pindamistööde teostamine. Seal oli lisaks AS-le Eesti Teed pakkujateks veel kolm teist äriühingut – OÜ Üle ning AS Kagu Teed. Võru maakonna pindamistööde osas oli AS-i Eesti Teed poolt esitatud pakkumus kõige odavam, kusjuures 10 231 € võrra odavam kui odavuselt teine pakkumus.²³⁶

Samuti, riigihankes „Pindamistööd Ida-Viru, Järva ja Lääne-Viru maakondades“ osutus AS Eesti Teed valituks „Osas 3: Lääne-Viru maakonna pindamistööd“. Seal oli lisaks AS-le Eesti Teed veel neli teist äriühingut. AS-i Eesti Teed pakkumus osutus kõige odavamaks, sealjuures oli vahe odavuselt järgmise pakkumusega 34 732,80 €. ²³⁷

Riigihankes „Riigimaanteede 39 Tartu – Jõgeva – aravete km 10,4 – 19,4 pindamistööd SBS modifitseeritud bituumeniga“ osutus AS-i Eesti Teed pakkumus samuti valituks. Pakkumusi

²³⁵ Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi 25.10.11 dokument nr 1.1-16/11-00095/052.

²³⁶ Avatud riigihankemenetlusega riigihanke „Riigimaanteede pindamistööd Põlva, Tartu ja Võru maakonnas 2013“ (viitenumber 141873). Pakkumuse avamise protokoll, lisa 2.

²³⁷ Avatud hankemenetlusega riigihanke „Pindamistööd Ida-Viru, Järva ja Lääne-Viru maakondades“ (viitenumber 140584). Pakkumuste avamise protokoll, lk 2.

oli kokku esitatud 3. Ka selles hankes oli AS-i Eesti Teed pakkumus teistest märgatavalt odavam. Vahe sellele järgneva pakkumusega oli 9 534 €. ²³⁸

Eeltoodud pakkumuste võrdluse põhjal ei saa aga kvalifitseerida AS-i Eesti Teed pakkumusi kindlalt liigodavateks. Põhjendamatult madalat maksumust tuleb hinnata, võrreldes ühelt poolt pakkumuste hindu ja teiselt poolt hangitavate teenuste hindu. ²³⁹ See tähendab, et äriühingu poolt esitatud pakkumusi tuleks võrrelda lepingute eeldatavate hindadega. Eeltoodud hangete puhul ei ole Maanteeamet lepingu eeldatavat maksumust avaldanud. Riigihangete seadus ei kohusta hankijat lepingu eeldavat maksumust avaldama. Seega ei ole käesoleval juhul võimalik võrrelda AS-i Eesti Teed pakkumusi hankelepingute eeldatavate maksumustega.

Lisaks tuleb arvestada seda, et alapakkumused riigihangetes mõnikord üsna tavalised ning alapakkumustel võib olla erinevaid põhjuseid. Maanteeamet on madalaid hindu põhjendanud sellega, et teehoolde riigihangetes on toimunud üldine hinnalangus. Maanteeamet on näiteks 2015. a kohta öelnud, et pakutud hinnad olid tavatult odavad, mistõttu esitati mitmes hooldehankes ka järelepärimisi pakkujatele. ²⁴⁰ Seega võib olla mitmeid põhjuseid selleks, miks on riigihangetel tehtud väga madalaid pakkumusi.

Tulenevalt eelnevast ei ole käesoleval juhul võimalik teha kindlat järeldust, et AS-i Eesti Teed pakkumused riigihangetel on põhjendamatult madalad. Kuivõrd ei ole kindlalt teada, et riik maksab sisetehingu alusel äriühingule turuhinnast kõrgemat tasu, ei saaks ka järeldada, et madalad pakkumused on tehtud just ristsubsideerimise tulemusena. Juhul aga, kui *in-house* lepingus sätestatud viie maakonna teehoolde eest makstakse AS-le Eesti Teed turuhinnast kõrgemat hinda, on äriühingul rahalisi ressursse rohkem kui turuhinna puhul oleks. Sellisel juhul on ka ristsubsideerimise võimalus suurem. Selleks, et teha järeldusi konkurentsimoontonuse kohta, tuleb loomulikult välistada võimalus, et oma pakkumusi ristsubsideerivad ka teised teehoolde ettevõtted.

Nagu eelpool mainitud, kujutab ristsubsideerimine endast tavapärasest ettevõtte-sisest majandamist. On täiesti normaalne, et kõrge tulu puhul saab ettevõtte võimaldada endale soodsate pakkumuste tegemist riigihangetel, lootes saada valituks. Seega, olukorras, kus AS Eesti Teed saab sisetehingu alusel Maanteeametile teenuse osutamise eest teenitud tulu tõttu

²³⁸ Riigihanke „Riigimaantee 39 Tartu – Jõgeva – Aravete km 10,4 – 19,4 pindamistööd SBS modifitseeritud bituumeniga“ (viitenumber 13549) pakkumuste edukaks tunnistamise protokoll.

²³⁹ RKHKo 3-3-1-50-15, p 23.

²⁴⁰ Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi 28.07.2015 vastus märgukirjale, nr 1.15-5/15-00538/079.

esitada väga madalaid pakkumusi, ei ole iseenesest midagi ebaseaduslikku. Teisalt loob see riski, et AS Eesti Teed võib jätta lepingu täitmata, juhul, kui ta on saanud riigiabi. Ebaseaduslik riigiabi tuleb abi saajalt tagasi nõuda.²⁴¹

EL kohtupraktikas on öeldud, et riigihankemenetlusest ei saa *a priori* ja ilma muu kontrollimiseta jätta kõrvale pakkujat üksnes sellepärast, et kuna ta saab avalikest vahenditest toetusi, on tal võimalik teha tunduvalt madalama maksumusega pakkumusi kui pakkujad, kes ei saa toetusi.²⁴² Kohtuasjas *Data Medical Services* ütles Kohus selgelt, et avalik-õiguslikud raviasutused võivad osaleda riigihankemenetlustes ja esitada tänu avalikest vahenditest rahastamisele selliseid pakkumisi, mida ükski nende konkurent teha ei saa.²⁴³ Teisalt on Kohus öelnud ka seda, et hankijal on teatud konkreetsetel juhtudel kohustus – või vähemasti võimalus – võtta arvesse toetuste, täpsemalt asutamislepinguga vastuolus olevate toetuste olemasolu, selleks et vajaduse korral kõrvaldada pakkujat, kes selliseid toetusi saab.²⁴⁴

Euroopa Liidu õiguses on öeldud, et riigi osalusega äriühingud peavad toimima läbipaistvalt. See peab võimaldama selgelt eristada riigi rolli riigi ametiasutusena ja riigi rolli omanikuna.²⁴⁵ Juhul, kui avalik-õiguslikul asutusel on eraldi raamatupidamisarvestus turutingimustel teostatava tegevuse jaoks ja oma muude tegevuste jaoks, võimaldab see kontrollida, kuskohast pärineb tulu, mille arvelt on võimalik väga madalaid pakkumusi esitada. Hankija ei saa siiski sellise eraldi raamatupidamisarvestuse puudumisest kohe järeldada, et selline pakkumus on võimalik just tänu toetusele või asutamislepinguga vastuolus olevale riigiabile.²⁴⁶ Nende Euroopa Kohtu seisukohtade taustal muutub eriti oluliseks riigiabi kontrolli teostamine, et välistada olukord, kus näiteks AS-i Eesti Teed sarnane ettevõtte saab riigiabi (ristsubsideerimise võimaluse) tõttu madalaid pakkumusi esitada.

Õiguskirjanduses on öeldud, et just liigodavate pakkumuste uurimine võib olla abiks riigiabi kindlakstegemisel olukorras, kus riigihangetel on esitatud väga madalaid pakkumusi.²⁴⁷ Direktiivi 2014/24/EL artikkel 69 ei anna mõiste „ebaharilikult madala maksumusega

²⁴¹ EKo C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, p. 43.

²⁴² EKo C-568/13, *Data Medical Service*, p 43.

²⁴³ *ibid*, p 51.

²⁴⁴ *ibid*, p 44.

²⁴⁵ Euroopa Komisjoni direktiiv 2006/111/EÜ liikmesriikide ja riigi osalusega äriühingute vaheliste finantssuhete läbipaistvuse ning teatavate ettevõtjate finantslähipaistvuse kohta, preambula p 8.

²⁴⁶ EKo C-568/13, *Data Medical Service*, p 45.

²⁴⁷ Carullo, Dr G. Procedures for examining abnormally low tenders as a State aid tool. A note on Case C-568/13 *Data Medical Service*. 05.03.2015. Kättesaadav veebis: <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaid/post/1687> (18.03.2016).

pakkumus” täpset definitsiooni, vaid loetelu sellest, mida ostja võib arvesse võtta, pidades pakkumust ebaharilikult madalaks. Nende hulka kuulub ka pakkuja võimalus saada riigiabi. Euroopa Kohtu praktikas on juhitud tähelepanu sellele, et kuna direktiivid ei anna „liigodava pakkumuse“ täpset määratlust, on liikmesriikide ja täpsemalt hankijate ülesanne kindlaks määrata „ebaharilikult madala maksumusega pakkumuse” kõrvalekalde määra arvutusmeetod.²⁴⁸ Kohus on öelnud, et hankija võib selle hindamisel, kas pakkumuse maksumus on ebaharilikult madal, võtta arvesse mitte üksnes direktiivis loetletud asjaolusid, vaid kõiki osutatavate teenuste puhul olulisi asjaolusid.²⁴⁹

Juhul, kui hankija kahtlustab, et põhjendamatult madalad pakkumused on esitatud tänu riigiabile, peab ta tulenevalt direktiivi 2014/24/EL artikli 69 lg-st 1 küsima pakkujalt teavet ja selgitusi. Sama artikli lõike 3 järgi võib hankija pakkumuse tagasi lükata vaid siis, kui esitatud tõendid ei õigusta rahuldaval määral pakkumuse madalat hinda.

Lisaks sellele sätestab lõige 4 veel ühe tingimuse. Ainult sellest, et on tõenäoline, et madal pakkumus on tehtud tänu riigiabile – sest pakkuja ei ole suutnud vastupidist tõendada – ei piisa. Hankija peab andma pakkujale piisavalt aega selleks, et pakkuja saaks tõendada, et kõnealune abi on siseturuga kokkusobiv ELTL artikli 107 järgi. Juhul, kui hankija pakkumuse lõpuks ikka tagasi lükkab, peab ta sellest Komisjonile teatama. Viimane nõue on iseenesest huvitav, kuna siseturuga kokkusobivuse tõendamise ülesanne on siin omistatud pakkujale. Ainult Komisjonil on aga pädevus hinnata riigiabi kokkusobivust ühisturuga.²⁵⁰ Sellest tulenevalt võib öelda, et lg-s 4 sätestatud kohustus ei ühti Euroopa Kohtu seisukohtadega. Sellegipoolest annab hetkel kehtiv Euroopa Liidu õigus vähemalt võimaluse lükata põhjendamatult madal pakkumus tagasi, kui esineb riigiabi kahtlus.

Oluline on arvestada sellega, et hankijate võimalused pakkumist mõjutava abi riigiabiks kvalifitseerimisel ja selle õiguspärasuse hindamisel on piiratud.²⁵¹ Pakkumuse madaluse hindamine ei ole lihtne ülesanne. Riigikohus on juhtinud tähelepanu sellele, et hankijalt ei saa oodata väga tõhusat pakkumuse madaluse kontrolli. Hinnang sellele, kas pakkumus on liiga madal või mitte, kujutab endast keerulist majanduslikku küsimust. Hankijal peab tekkima

²⁴⁸ EKo C-568/13, *Data Medical Service*, p 49.

²⁴⁹ *ibid*, p 50.

²⁵⁰ EKo C-199/06, *CELF*, p 38; EKo C-354/90, *Fédération Nationale du Commerce*, p 14.

²⁵¹ RKHKo 3-3-1-50-15, p 22.

kahtlus, et pakkumus on põhjendamatult madal siis, kui pakkumuse hinna ja teostatavate tööde eeldatava maksumuse vahe on silmatorkavalt erinev.²⁵²

5.2.5.3. Soodne positsioon turule sisenedes

Seoses materiaalse varaga on AS-i Eesti Teed kaasus teistsugune kui *Tieliikelaitose* kaasus. *Tieliikelaitose* asjas müüdi vara *Tieliikelaitosele*. AS-i Eesti Teed puhul sai äriühing endale 13 137 361 € suuruses vara, sest äriühing loodi viie äriühingu ühendamise teel ning nende varad anti AS-le Eesti Teed üle.²⁵³ Seega, AS-i Eesti Teed puhul ei saa olla küsimust selles osas, kas vara müüdi uuele äriühingule turuhinnaga või mitte.

Tulenevalt sellest ei saa, võrreldes *Tieliikelaitosega*, tekkida AS-i Eesti Teed puhul küsimust riigiabist vara üleandmise ja turule sisenemise osas. Samas tuleb rõhutada, et sellises olukorras võib esineda muu konkurentsioiguse rikkumine. Selleks võib olla näiteks turuletuleku takistamine, mis on hõlmatud ELTL artikliga 101. Komisjon käsitleb turuletuleku takistamist kui laia mõistet, mis hõlmab nii õiguslikke kui ka tehnilisi eeliseid.²⁵⁴ AS-i Eesti Teed on praegu teehoolde turul umbes 40 %-line osa.²⁵⁵ Riigikontroll on varem öelnud, et teehoolde turul nõrk konkurents.²⁵⁶ Seega võib siin olla kahtlus turuletuleku takistamise osas.

Ei saa välistada ka seda, et soodne olukord turule sisenedes võib osutada lahutamatuks osaks AS-ile Eesti Teed antud riigiabist. Teatavasti on Euroopa Kohus öelnud, et üksteisega seotud, kattuvalt kavandatud ja ettenähtavaid sekkumisi tuleb käsitleda eelise hindamisel koos, eriti kui need on niivõrd tihedalt omavahel seotud, et neid on võimatu eraldada.²⁵⁷ AS-i Eesti Teed puhul võib just selline olukord olla, kuna riik on loonud mitme äriühingu ühendamisel uue

²⁵² *ibid*, p 23.

²⁵³ AS Pärnumaa Teed, AS Tartumaa Teed, AS Virumaa Teed, AS Võrumaa Teed, AS Saaremaa Teed ühinemisleping 27.10.2011. Koostatud ja tõestatud Tallinna notar Eve Põtteri poolt. Lepingu p 4.3.

²⁵⁴ Jones A., Sufirin B., lk 89.

²⁵⁵ Sellise hinnangu võib anda, arvestades, et AS Eesti Teed osutab teehoolde teenust viies maakonnas. Vt ka hooldepiirkondade kaarti, kättesaadav veebis: http://www.mnt.ee/public/2015/hooldajad_01042016.pdf (24.04.2016). Lisaks vt Maanteeameti aastaraamat 2015 – „Jagunemine hooldeettevõtjate vahel seisuga 31.12.2015“.

²⁵⁶ Autor peab siinkohal vajalikuks märkida, et kõige hiljutisem Riigikontrolli hinnang konkurentsile teehoolde turul pärineb aastast 2012, vt Riigikontrolli aruanne Riigikogule „Teehooldetööd ja järelevalve nende üle. Kas riigimaanteid hooldatakse mõistlikult?“ Tallinn, 03.02.2012, lk 1. Seega kahjuks ei ole hetkel uuemat Riigikontrolli hinnangut konkurentsile teehoolde turul.

²⁵⁷ EKo C-399/10 P ja C-401/10 P, *Bouygues and Bouygues Télécom v. Komisjon ja Teised*, p 104.

riigi äriühingu ning ostab viimaselt *in-house* lepingu alusel teenust turuhinnast kõrgema hinnaga, võimaldades äriühingul sealjuures ristsubsideerimise tulemusena esitada hangetel madalaid pakkumisi.

5.2.5.4. Kindlate rahavoogude olemasolu

AS-i Eesti Teed puhul võib üheks sisetehingust tulenevaks eeliseks pidada ka seda, et igal aastal on äriühingul olemas kindel rahavoog pindamistöode osas. Juhul, kui rahavoog ei ole proportsioonis teenuse kuludega, võib olla tegemist riigiabiga.

Pindamistööd kuuluvad Maanteeametiga sõlmitavate teehoolde lepingute puhul perioodilise hoolde raames teostatavate tööde hulka.²⁵⁸ Teehoolde leping näeb ette, et tellija ja teehooldaja vaatavad aastaks planeeritud perioodilise hoolde tööde tegemise üle hiljemalt iga aasta 15. aprilliks ning fikseerivad nende tööde koosseisu, mahud, asukohad ja tegemise tähtjad.²⁵⁹ Seega, perioodilise hoolde, sh pindamistöode maht määratakse kindlaks igaks aastaks eraldi.

Kuigi eeltoodud hooldelepingu säte ütleb, et tellija ja teehooldaja fikseerivad koos pindamistöode mahu, on tee hoolde praktikast teada, et tellijal (Maanteeamet) on mahu osas otsustav sõna. Kui võrrelda AS-ga Eesti Teed sõlmitud tee hoolde lepinguid ja teiste ettevõtete sõlmitud tee hoolde lepinguid, on näha, et AS-i Eesti Teed puhul näeb Maanteeamet ette oluliselt suurema pindamistöode mahu kui teiste tee hooldajate puhul. Näiteks, AS-i Eesti Teed puhul näeb Saare maakonnas 01.04.2015-31.03.2016 tee hoolde teostamiseks sõlmitud hooldeleping ette pindamistöode mahu 10 000 m². Samal ajal näeb näiteks mõni hankeleping ette pindamistöode mahu samal perioodil suuruses 6000 m².²⁶⁰ Uurides Maanteeameti ja AS-i Eesti Teed vahel sõlmitud hooldelepinguid on näha, et

²⁵⁸ Maanteeameti ja AS-i Eesti Teed vahel sõlmitud riigimaanteede hoolde- ja säilitusremondilepingu nr 1-10/12-00433/013 lisa 4.2.2, p 2.1.

²⁵⁹ Maanteeameti ja AS-i Eesti Teed vahel sõlmitud riigimaanteede hoolde- ja säilitusremondileping nr 1-10/12-00433/013, p 11.4.

²⁶⁰ Näiteks riigihankes „Kose tee piirkonna riigimaanteede hooldus 2016-2021” (viitenumber 163116), vt lisa 4.1.2.

äriühingule on alati ette nähtud teiste teehoolde lepingutega võrreldes oluliselt suurem pindamistöode maht.²⁶¹

Kuna AS-i Eesti Teed ja Maanteeameti vaheline hooldeleping on aga sisetehing, ei ole teada hinda, mida riik AS-le Eesti Teed pindamistöode eest maksab. Siin on võimalus, et suur pindamistöode maht on AS-le ette nähtud just selleks, et äriühing saaks pindamistöodest võimalikult suurt tulu teenida.

Juhul, kui AS-le Eesti Teed makstakse pindamistöode eest turuhinnast kõrgemat hinda, võib olla tegemist eeliselega ELTL art 107 lg 1 mõttes. Turuhinnast kõrgema tasu maksmine pindamistöode eest kujutab endast koormat riigi eelarvele. Äriühingu ise on saanud eelise teiste ettevõtete ees. Pindamistöode eest turuhinnast kõrgema tasu saamine võimaldab ristsubsideerimise kaudu teha madalaid pakkumusi teiste maakondade pindamistöode hangetel, kus AS Eesti Teed ka osaleb.

Eelise olemasolu kindlakstegemiseks tuleb läbi viia ka mõistliku turuinvestori test. Mõistlik turuinvestor telliks pindamistöid ilmselt selliselt teehoolde ettevõtelt, kes pakub võimalikult hea kvaliteediga teenust võimalikult madala hinnaga. Eeldades, et AS-i Eesti Teed poolt tehtavate pindamistöode kvaliteet ei erine oluliselt teiste teehoolde ettevõtete omadest, tuleb eitada mõistliku turuinvestori printsiibi järgimist. Mõistlik turuinvestor ei maksaks teenuse eest kõrget hinda, kui selle kvaliteet ei ole kõrgem kui teistel ettevõtetel.

5.2.5.5. Piiramatu riigigarantii

Tulenevalt sellest, et AS Eesti Teed on riigi äriühing, tuleb uurida, kas kaasuses võib esineda eelis piiramatu riigigarantii näol.

Euroopa Kohtu praktikas on välja arendatud eelmainitud eelise vorm. Kohtuasjas *La Poste* leidis Euroopa Kohus, et kaudse ja piiramatu riigigarantii andmine parandas ettevõtte rahalist olukorda, kergendades kohustusi, mis muidu tema eelarvet koormaksid.²⁶² Garantii puhul ei

²⁶¹ Näiteks Maanteeameti ja AS-i Eesti Teed vahel sõlmitud hooldelepingus teehoolde teostamiseks Lääne-Viru maakonnas on aastatel 2012-2015 igaks aastaks ette nähtud pindamistöid mahus 42 000 – 49 908 m². See nähtub hooldelepingu lisades ettenähtud teehoolde koosseisust.

²⁶² EKo C-559/12 P, *La Poste*, p 96-99.

ole Euroopa Liidu õiguses antud ammendavat loetelu garantii liikidest. Garantii liike võib olla erinevaid, olenevalt õiguslikust alusest, tehingu laadist ja kestusest.²⁶³

Komisjon eristab ühe garantii liigina piiramatut garantiid. Selle ülemmäär või kehtivusaeg ei ole kindlaksmääratud. Tegemist ei pea olema konkreetset tehinguga seotud garantiiga, nt laenugarantiiga nagu oli *La Poste* kohtuasjas. Komisjon on öelnud, et loeb garantii kujul antud abiks ka soodsamad rahastamistingimused ettevõtjatele, kelle õiguslik vorm välistab pankroti- või muud maksejõuetusmenetlused või tagab selgesõnalise riigigarantii või kahju katmise riigi poolt. Eelisena riigiabi kontekstis käsitatakse seega olukorda, kus riik garanteerib ettevõtja, sealhulgas riigi äriühingu, kohustusi kolmanda isiku ees.

Teehooldeleping sätestab, et teehooldaja annab garantiiaja perioodilise hoolde ja säilitusremondi töödele. Garantiiage algab Lepingu objektiks olevate tööde vastuvõtmise aktile allakirjutamise päevale järgnevast päevast.²⁶⁴ See tähendab, et juhul, kui AS-i Eesti Teed poolt teostatud töodes leitakse garantii ajal puudusi, peab äriühing need puudused kõrvaldama. Sealjuures on AS Eesti Teed ettevõtte, mis kuulub 100 % riigile. Riik nõuab, et äriühing annaks panga kaudu garantii.

Asjaolu, et riigi äriühing annab oma teenusele garantii kolmanda isiku ees, ei saa siiski käsitleda piiramatut riigigarantiina. Komisjon on öelnud, et juhul, kui garantiiga ei kaasne ettevõtja jaoks mingit kasu, ei ole tegemist riigiabiga. Selleks, et tuvastada, kas garantii kaudu on ettevõttele antud eelis, tuleb läbi viia mõistliku turuinvestori test. Tuleb arvestada abisaajast ettevõtja tegelikke võimalusi saada samaväärset rahastamist kapitalituru vahenditega. Riigiabiga ei ole tegemist juhul, kui uus rahastamisallikas on tehtud kättesaadavaks tingimustel, mis on vastuvõetavad eraettevõtjale, kes tegutseb tavapäraistes turumajanduslikes tingimustes.²⁶⁵

Ülaltoodud teehoolde lepingus sätestatud nõue anda tehtud töödele garantii on teehoolde valdkonnas tavaline. Lisaks võib eeldada, et AS-l Eesti Teed on võimalus saada samaväärset rahastamist kapitalituru vahenditega. AS Eesti Teed on kasumlik ettevõtte.²⁶⁶ See tähendab, et AS-l Eesti Teed oleks ilmselt võimalik saada ka näiteks pangagarantii, et pank maksaks garantii saajale garantii summa ulatuses hüvitise. Seega, AS-l Eesti Teed oleks võimalik leida

²⁶³ Komisjoni teatis 2008/C 155/02, p 1.2.

²⁶⁴ Maanteeameti ja AS-i Eesti Teed vahel sõlmitud riigimaanteede hoolde- ja säilitusremondileping nr 1-10/12-00433/013, p 23.1.

²⁶⁵ Komisjoni teatis 2008/C 155/02, p 3.1.

²⁶⁶ AS-i Eesti Teed 2012.a, 2013. a ja 2014. a majandusaasta aruannetest on näha, et tegemist on kasumliku ettevõttega, sealhulgas maksab ka dividende välja.

rahastamisallikas ka kapitaliturgudel. AS-i Eesti Teed kaasuses ei ole tegemist eelisega piiramatu riigigarantii näol.

5.3. Valikuline iseloom

5.3.1. Kriteeriumi sisu

Selleks, et meedet saaks kvalifitseerida riigiabiks, peab ta olema ka valikuline. See tähendab, et meede peab olema suunatud konkreetsele või konkreetsetele ettevõtetele ning andma eelise just neile, teiste ettevõtete kahjuks.²⁶⁷

Valikulisuse kriteeriumil on kaks tahku. Eristatakse geograafilist ja materiaalist valikulisust. Otsustava tähendusega on just materiaalne valikulisus. Materiaalse valikulisuse kriteerium on täidetud siis, kui teatud ettevõtte saab teiste ees eelise. Teisisõnu, meetme valikulisus tähendab seda, et kaldutakse kõrvale nn „üldistest meetmetest“, mis kohalduvad kõikidele ettevõtetele.²⁶⁸

„Üldiste“ ja „selektiivsete“ meetmete eristamise teooria baseerub peamiselt maksundusega seotud kaasustel. Komisjon ütles juba oma 1998. a teatises, et maksuseadused, mis kohalduvad kõikidele liikmesriigis tegutsevatele ettevõtetele, on oma olemuselt „üldised meetmed“. Seda on nad juhul, kui nad kohalduvad ühetaoliselt kõikidele ettevõtetele ning kõikide kaupade tootmisele.²⁶⁹

Ülalmainitu tähendab, et artikkel 107 lg 1 ei peaks katma neid meetmeid, mille kohaldamisala on üldine ning mis toovad kasu kogu majandusele tervikuna. Küll aga on õiguskirjanduses rõhutatud, et praktikas on „üldiste“ ning „selektiivsete“ meetmete eristamine keeruline. Üheks põhjuseks on toodud seda, et liikmesriigid rakendavad meetmeid, mis näivad esmapilgul olevat üldise iseloomuga, kuid detailsemalt analüüsil selgub, et need on spetsiifilised.²⁷⁰ Seda rõhutas Euroopa Kohus ka kohtuasjas *Adria Wien*. Selles kaasuses kehtestati tootmisega tegelevatele ettevõtetele soodsam maksusüsteem kui teenuste osutamisega tegelevatele ettevõtetele. Seal väitis riik, et soodsamad maksutingimused tootmisega tegelevatele ettevõtetele kujutasid endast „üldist majanduspoliitikat“, sest tootmisega tegelevate ettevõtete

²⁶⁷ Romariz, C., lk 40.

²⁶⁸ *ibid*, lk 40.

²⁶⁹ Romariz, C., lk 40.

²⁷⁰ *ibid*, lk 40.

ring on lai ning hõlmab mitmeid erinevaid sektoreid.²⁷¹ Kohus lükkas selle väite ümber, öeldes, et ainuüksi kasu saavate ettevõtete suur arv või see, et nad kuuluvad mitmetesse eri liiki majandussektoritesse, ei tähenda veel, et tegemist on „üldise majanduspoliitikaga“.²⁷²

Selleks, et hinnata meetme selektiivsust, tuleb läbi viia võrdlev analüüs, selgitamaks välja, kas meede eelistab teatud ettevõtteid või teatud kaupade tootmist. Selleks kasutatakse kolmeastmelist testi.²⁷³ Kõigepealt peab uurima, kas on olemas nn tavaline standard, millele ettevõtted vastama peavad. Seejärel peab vaatama, kas on olemas grupp ettevõtteid, kes on sarnases õiguslikus või faktilises positsioonis, ning keda koheldakse teistmoodi, st soodsamalt võrreldes tavalise standardiga.²⁷⁴ Kui see nii on, siis võib öelda, et nende suhtes rakendatakse meedet valikuliselt.

Esimese sammuna peab kindlaks tegema, missugune on üldine või „tavaline“ nõuete ja reeglite kogum, mille suhtes kõnealuse meetme valikulisust analüüsima hakatakse. Meetme valikulisust saab tuvastada ainult siis, kui on teada, millega seda võrreldakse. Kui ei suudeta näidata, milline on tavaline või „normaalne“ kohtlemine, ei ole võimalik ka meetme selektiivsust näidata.²⁷⁵

Teise sammuna tuleb tuvastada grupp ettevõtteid, kes on sarnases faktilises või õiguslikus positsioonis. Kolmandaks tuleb uurida, kas on aset leidnud ebavõrdne kohtlemine. Diskrimineeriv kohtlemine leiab aset siis, kui võrreldavas positsioonis ettevõtteid koheldakse erinevalt. Näiteks *Navantia SA* kohtuasjas anti ühele ettevõttele vabastus kinnisvaramaksust ning see kujutas endast valikulist eelist, kuna ülejäänud ettevõtete eelarve pidi taluma kinnisvaramaksu koormat.²⁷⁶

Teisalt, igasugune ebavõrdne kohtlemine iseenesest ei tähenda veel, et valikulisuse kriteerium artikli 107 lg 1 mõttes on täidetud. Ebavõrdne kohtlemine on õigustatud, kui see erinev kohtlemine on kooskõlas selle süsteemi üldiste reeglitega, mille osaks ta on.²⁷⁷ Sellise lähenemise eesmärk on anda liikmesriikidele vabadus võtta kasutusele erinevaid majanduspoliitilisi meetmeid, mis aitavad nende maksusüsteeme efektiivsemaks muuta.

²⁷¹ EKo C-143/99, *Adria Wien*, p 48.

²⁷² *ibid*, p 48; EKo C-75/97, *Belgia v. Komisjon* p 32.

²⁷³ Romariz C., lk 40.

²⁷⁴ *ibid*, lk 41.

²⁷⁵ EKo C-106/09 P ja C-107/09 P, *Komisjon ja Hispaania v. Gibraltar*, p 86-87.

²⁷⁶ EKo C-522/13, *Ministerio de Defensa ja Navantia*, p 27, 29.

²⁷⁷ EKo C-143/99, *Adria Wien*, p 41.

Teisalt on seda lähenemist õiguskirjanduses kritiseeritud, rõhutades, et see muudab selektiivsuse kriteeriumi sisu liiga hägusaks.²⁷⁸

Euroopa Kohus on oma praktikas korduvalt rõhutanud, et artikkel 107 lg 1 ei erista meetmeid mitte nende eesmärkidest lähtuvalt, vaid lähtuvalt nende mõjust.²⁷⁹ Valikulisuse kriteeriumiga seonduvalt on Kohus aga sellest põhimõttest veidi kõrvale kaldunud. Euroopa Kohus on mitmes oma lahendis asunud seisukohale, et liikmesriigi eesmärgid on meetme selektiivsuse tuvastamisel otsustava tähendusega.²⁸⁰ Seda näitab *Adria Wieneri* kohtuotsus, kus Kohus lähtus meetme selektiivsuse hindamisel just riigi eesmärkidest maksusüsteemi kehtestamisel. *Adria Wieneri* kohtuasjas oli riik soovinud parandada keskkonnakaitset. Just sellepärast kehtestas riik tootmisega tegelevatele ettevõtetele soodsamad maksutingimused kui teenuste osutamisega tegelevatele ettevõtetele. Euroopa Kohus asus seisukohale, et selline ebavõrdne kohtlemine oli keskkonnakaitse eesmärkidest lähtuvalt aga põhjendamatu. Nii tootmisega kui teenustega tegelevad ettevõtted saastavad keskkonda ning seega ei olnud erinevate maksutingimuste rakendamine põhjendatud. Soodsamad maksutingimused tootmisettevõtetele kujutasid endast valikulist meetet.²⁸¹

5.3.2. Valikulisuse kriteerium AS-i Eesti Teed kaasuses

Tieliikelaitsese asjas ütles Komisjon, et kõik *Tieliikelaitsese* suhtes võetud meetmed olid kas spetsiaalselt *Tieliikelaitsese* jaoks välja töötatud või tulenesid need Soome riigi äriühinguid käsitlevast seadusest, andes seega eelise vaid riigi äriühingutele. Komisjon võttis arvesse ka seda, et *Tieliikelaitsese* osales turul, konkureerides teiste ettevõtetelega, kes ei ole riigi äriühingud. Seetõttu järeldas Komisjon, et *Tieliikelaitsese* suhtes võetud meetmed olid selektiivsed.²⁸²

AS-i Eesti Teed puhul on sisetehinguga saadavate eeliste näol tegemist valikulise meetmega. Nagu eelpool kirjeldatud – valikulised ei ole vaid üldised meetmed, mis laienevad kõikidele ettevõtetele.²⁸³ AS Eesti Teed on ainus teehoolde teenuse osutaja, kes osutab Maanteeametile teehoolde teenust sisetehingu alusel. Kõik teised teehoolde teenuse pakkujad turul osutavad seda teenust hangete tulemusena sõlmitud hooldelepingute alusel. Seega, juhul kui

²⁷⁸ Romariz, C., lk 42.

²⁷⁹ EKo C-173/73, *Itaalia v. Komisjon*, p 13.

²⁸⁰ EÜKo T-210/02, *British Aggregates*, p 115; EÜKo T-233/04, *Holland v. Komisjon*, p 63.

²⁸¹ EKo C-143/99, *Adria Wien*, p 52.

²⁸² Euroopa Komisjoni otsus nr 2008/765/EÜ, p 222.

²⁸³ EÜKo T-210/02, *British Aggregates*, p 48.

sisetehinguga kaasnevad AS-le Eesti Teed eelised, siis on need eelised valikulise iseloomuga ELTL artikli 107 lg 1 mõttes.

5.4. Konkurentsimoonus

5.4.1. Kriteeriumi sisu

Konkurentsimoonususe kriteeriumi täidetud olemiseks ei ole vajalik näidata, et reaalne konkurentsimoonus on aset leidnud. Piisab sellest, et on oht, et meede võib konkurentsimoonusutada.²⁸⁴ Euroopa Kohus on öelnud ka seda, et ei ole vajalik defineerida konkreetne turg, millel tegutsetakse, ega analüüsida selle turu struktuuri.²⁸⁵ Konkurentsimoonususe kriteeriumi täitmist ei välista see, et kõnealune majandussektor on väike. Euroopa Kohus on sedastanud, et kui ettevõttele, kes tegutseb tiheda konkurentsiga valdkonnas, antakse väikese suurusega abi, siis on konkurentsimoonus ka väike, kuid see on siiski olemas.²⁸⁶

Kohtupraktikas on seega juurdunud arusaam, et kui valikulisuse kriteerium on täidetud, siis sellega kaasneb automaatselt ka konkurentsimoonususe kriteeriumi täidetus. Õiguskirjanduses on seda lähenemist kritiseeritud, väites, et sellist lähenemist ei saa kohaldada kõikide juhtumite puhul. Meetme valikuline iseloom ei ole asjakohane, kui puuduvad konkurendid, kelle õigused võivad kahjustatud saada. Lisaks takistab selline lähenemine liikmesriikidel oma riigi majanduspoliitikat ellu viia, mis piirab liikmesriikide autonoomiat. On kritiseeritud ka asjaolu, et vastavalt juurdunud põhimõtetele piisab vaid konkurentsiohus (reaalne konkurentsimoonus ei pea olema toimunud). Sellisel juhul peaks ka määratlema vastava turu, kuid seda Kohus oma lahendites ei tee. On juhitud tähelepanu ka asjaolule, et riigiabi käsitleb riigisiseseid erisusi, aga vaba liikumine riikidevahelisi erisusi. Sellega seoses on õiguskirjanduses asutud seisukohale, et riigiabiõiguse täpsustamisel võiks kasutada vaba liikumise regulatsiooni.²⁸⁷

5.4.2. Sisetehingu alusel teenust osutava ettevõtte konkureerimine hangetel – konkurentsimoonus?

²⁸⁴ EÜKo T-298/97, *Alzetta*, p 78.

²⁸⁵ *ibid*, p 95.

²⁸⁶ *ibid*, p 84.

²⁸⁷ Romariz, C., lk 48.

Konkurentsimoanutuse kriteerium on *in-house* tehingu ja riigiabi küsimuses üks võtmekohti. Küsimus riigiabi olemasolust võrsubki just sellest, et *in-house* tehing lubab riigi äriühingul vabal turul tegutseda ning samal ajal, kui ettevõtte mingit teist teenust ka turul pakub, teiste ettevõtetega konkureerida. Sellega kaasneb oht, et kõnealune ettevõtte süvendab riigi monopoliseerimist selles valdkonnas, milles tegutseb, ning moonutab seega konkurentsi.²⁸⁸ Saksa õiguskirjanduses on öeldud, et teenuse osutamine *in-house* mõjutab turgu ainuüksi juba sellepärast, et sellisel juhul ei võeta turul tegutsemisest osa. Seda aga, kas tegemist on konkurentsi moonutamise ning liikmesriikidevahelise kaubanduse mõjutamisega, peab otsustama riigiabiõigus.²⁸⁹ Euroopa Kohtu praktikas on öeldud, et ka *in-house* kontekstis tuleks järgida riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide eesmärke, nimelt riigihangete valdkonna konkurentsile avamist ning vaba konkurentsi kindlustamist.²⁹⁰

Konkurentsimoanutuse esinemise kõige esimeseks eelduseks on üldse see, et konkurents üldse olemas on. Olukorras, kus pakkujal on turul monopol ning potentsiaalsed konkurendid puuduvad, see aga nii ei ole.²⁹¹ Ettevõtte, kes saab tänu riigiabile ristsubsideerida oma tegevust, mille osutamist ta hangetel pakub, võib moonutada konkurentsi. Sellises olukorras on konkurentsiolukord olemas. Kui riik on selliselt ettevõttelt teenust turuhinnast kõrgema hinnaga ostnud ning ettevõttel on seetõttu olemas suur „ülejääk“, mis teda rahaliselt võimekamaks teeb, saab ta esitada riigihangetel madalamaid pakkumusi. See tähendab, et tema positsioon konkurentsiolukorras, kus konkurentideks on teised pakkujad, on tugevam.

Euroopa Kohus on rõhutanud, et tiheda konkurentsiga valdkonnas ei saa jätta tähelepanuta isegi väikese suurusega abi. Sealjuures on Euroopa Kohus rõhutanud ka seda, et just nimelt tiheda konkurentsi tõttu väikese ja keskmise suurusega ettevõtete vahel, on transpordisektor *de minimis* regulatsioonist välja jäetud.²⁹² Teede ehitus kuulub riigihangete ja riigiabi kontekstis transpordisektorisse.²⁹³ Euroopa Liit on öelnud, et infrastruktuur, mis hõlmab ka teede ehitust²⁹⁴, on transpordisektoris hetkel üks valdkondi, kus on mitmeid väljakutseid.

²⁸⁸ Lipka R., lk 132.

²⁸⁹ Pfannkuch, B., lk 751.

²⁹⁰ EKo 11.01.2005 nr C-26/03, *Stadt Halle*, kohtujuristi Christine Stix-Hackl ettepanek, p 56.

²⁹¹ Pfannkuch B., lk 751.

²⁹² Lipka R., lk 86.

²⁹³ EU Transport in figures. Statistical Pocketbook 2014. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014, lk 76.

²⁹⁴ Direktiiv 2014/24/EL, preambula p 105; Commission Staff Working Paper. The Application of EU State Aid rules on Services of General Economic Interest since 2005 and the Outcome of the Public Consultation. Lk 8.

Teede puhul on üheks eesmärgiks jõuda selleni, et turg selles valdkonnas oleks konkurentsile avatud ning toimiks ausalt. Teede ehitamist peab rahastama nii riigi kui ka eravahenditest.²⁹⁵

Nende majandussektorite, milles turg on olnud pikka aega suletud, konkurentsile avamine ei pruugi kohe alguses oodatud tulemusi tuua. See võib olla üks põhjuseid, miks eelistatakse alguses kasutatada *in-house* varianti. *Tieliikelaits* asjas tõdes ka Komisjon, et Soome riigi esimene katse minna läbirääkimiste teel sõlmitud lepingutelt üle hankemenetluse tulemusel sõlmitavatele lepingutele ei toonud oodatud tulemusi. Hanke käigus pakutud hinnad olid palju kõrgemad kui Teede Haldusametuse ja *Tieliikelaits* vahel sisetehinguna sõlmitud lepingute hinnad. Veelgi enam, riigihankes tehtud pakkumuste vastuvõtmine ei oleks teeninud turu avamise eesmärki. Riigihanke käigus tehtud pakkumuste vastuvõtmisel oleks *Tieliikelaits* positsioon veelgi tugevnenud, sest *Tieliikelaits* pakkumus oli riigihankes madalaim. Sellepärast leidis Soome, et ta peab võtma kasutusele uue lähenemise, et kõik pakkujad saaksid võistelda võrdsetel tingimustel.²⁹⁶

5.4.3. Konkurentsimoonus AS-i Eesti Teed kaasuses

AS-i Eesti Teed kaasuses on konkurentsiolukord samuti olemas. Esiteks – AS Eesti Teed ei tegele vaid Maanteeametile teehoolde teenuse osutamisega sisetehingu alusel. AS Eesti Teed osaleb ka riigihangetel. Teiseks – konkurentsiolukorra olemasolu tuleneb juba ainuüksi sellest, et on mitmeid teisi teehoolde teenust pakkuvaid ettevõtjaid, kes soovivad seda teenust Maanteeametile osutada. Praegu on AS Eesti Teed viies maakonnas sisuliselt monopoli positsioonis. Juhul, kui AS-le Eesti Teed makstakse Maanteeameti poolt turuhinnast kõrgemat hinda, on tegemist riigi ressursside liigse kulutamisega. See tähendab, et praegu ei ole teehoolde turul konkurents täielik. Kui teenust ei ostetaks sisetehingu alusel AS-lt Eesti Teed, oleks teehoolde turul suurem konkurents ning riik ei kulutaks hoolde peale liigselt riigi ressursse.

5.5. Mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele

5.5.1. Kriteeriumi sisu

²⁹⁵ The EU explained: Transport. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014, lk 18.

²⁹⁶ Euroopa Komisjoni otsus nr 2008/765/EÜ, p 241.

„Liikmesriikidevaheline kaubandus“ hõlmab kaupade ja teenuste tootmist, pakkumist ja hankimist. Sealjuures võivad need tooted või teenused ise liikmesriikidevahelisi piire ületada või teevad seda vastavad ettevõtted.²⁹⁷ Konkurentsimoонutuse ja liikmesriikidevahelise kaubanduse mõjutamise kriteeriumid on omavahel lahutamatu seotud. Juhul, kui konkurentsimoонutuse kriteerium on täidetud, on enamasti täidetud ka liikmesriikidevahelise kaubanduse mõjutamise kriteerium.²⁹⁸ Mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele eksisteerib siis, kui riigi poolt antav abi tugevdab konkreetse ettevõtte positsiooni, võrreldes teiste ettevõtetega, kes EL siseturul konkureerivad.²⁹⁹ Peab eksisteerima oht vähemalt kahe EL riigi vahelise piireületava majandustegevuse mõjutamiseks.³⁰⁰

Antud kriteeriumi täitmiseks ei ole vajalik, et oleks avaldunud reaalne mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele. Piisab sellest, et on oht, et liikmesriikidevaheline kaubandus saab mõjutatud.³⁰¹ Vastasel juhul soosiks selline lähenemine neid liikmesriike, kes annavad riigiabi ilma Komisjoni teavitamata.³⁰²

Tähtsust ei oma see, kas kõnealune liikmesriik, kus abi saav ettevõtja tegutseb, konkreetset kaupa või teenust ekspordib või mitte, st kas ta ise osaleb liikmesriikidevahelises kaubanduses või mitte. Juhul, kui konkreetset kaupa annab peamiselt kodumaine tootmine ning riik annab kodumaistele ettevõtetele riigiabi, võib see viia selleni, et kodumaist tootmist säilitatakse või suurendatakse, mistõttu ettevõtetele teistest liikmesriikidest on väiksemad võimalused oma toodangud sellesse riiki eksportida.³⁰³ See tähendab, et juba on olemas oht, et liikmesriikidevahelist kaubandust on mõjutatud.

Eeltoodud seisukohta illustreerib hästi Euroopa Kohtu järelalus kohtuasjas *Libert ja Teised*. Belgia riik võttis vastu nn Flaami dekreedid, millega kehtestati Belgia ehitusettevõtetele ja arendajatele soodsad sotsiaalkohustused.³⁰⁴ Kohus leidis, et ei saa välistada, et Flaami dekreediga ette nähtud meetmed tugevdavad sellest kasu saavate ettevõtjate seisundit ühendusesiseses kaubanduses teiste konkureerivate ettevõtjate suhtes. Lisaks võib eelis, mille asjaomased ettevõtjad saavad neile antud toetuste kaudu, konkurentsivõime seisukohalt muuta

²⁹⁷ European Commission. Guidelines on the effect of trade concept, 2011.

²⁹⁸ Lipka, R., lk 81.

²⁹⁹ *ibid.*

³⁰⁰ European Commission. Guidelines on the effect of trade concept, 2011.

³⁰¹ EÜKo T-298/97, *Alzetta*, p 76.

³⁰² *ibid*, p 79.

³⁰³ EÜKo T-298/97, *Alzetta*, p 91.

³⁰⁴ EKo C-197/11, *Libert ja Teised*, p 71.

teistes liikmesriikides kui Belgia Kuningriik asutatud ettevõtjatel raskemaks siseneda Belgia turule või kergendada kõnealuste Belgia ettevõtjate sisenemist teiste liikmesriikide turule.³⁰⁵

Juhul, kui meede on sellise iseloomuga, et see avaldab samasugust mõju nii kodumaistele kui ka välismaistele kauplejatele, tuleb eitada liikmesriikidevahelise kaubanduse mõjutamist artikli 107 lg 1 tähenduses. *Kecki* kohtuasjas ütles Euroopa Kohus, et siseriiklikud normid, mis piiravad või keelustavad teatud müügitoominguid, ei mõjuta liikmesriikidevahelist kaubandust senikaua, kui need kohalduvad kõikidele kauplejatele, kes kõnealusel riiklikul territooriumil tegutsevad, ning senikaua kui need mõjutavad samal viisil nii kodumaiseid kui ka välismaiseid tooteid.³⁰⁶

Alust eitada mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele saab olla ainult siis, kui kõnealune majandustegevus on ainult kohaliku tähtsusega. Kohus ega Komisjon ei ole siiani üheski oma lahendis ega otsuses konkreetselt välja öelnud, et kohaliku iseloomuga tegevuse puhul on antud kriteeriumi täitmine välistatud. Sellegipoolest võib Kohtu ja Komisjoni senise praktika alusel võib asuda järeldusele, et teatud väga kohaliku iseloomuga majandustegevuste puhul võib puududa märkimisväärne mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele.³⁰⁷ Näiteks ütles Komisjon oma lahendis, et amatöörgolfiklubid osutavad teenuseid vaid kohalikus ringkonnas ning on vähetõenäoline, et see pakub märkimisväärset huvi klientidele teistest liikmesriikidest.³⁰⁸

Kuivõrd ei Komisjon ega ka Euroopa Kohus ei ole oma otsustes ega lahendites „kohaliku tähtsusega“ abi tähendust väga detailselt käsitletud, ei ole ka teada, kuidas abi „kohalikkude iseloomu“ mõõta. Õiguskirjanduses on selle küsimusega seoses viidatud *de minimis* regulatsioonile. Abi, mille suurus ei ületa *de minimis* regulatsioonis sätestatud piiri, ei peeta riigiabiks ning sellega ei kaasne ka teavitamiskohustus. Sellest on järeldatud, et *de minimis* piiri ületava suurusega abi peaks käsitlema kui sellise suurusega abi, mis avaldab mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele.³⁰⁹

Enamus kaupu ja teenuseid Euroopa Liidu riikides pakuvad huvi nii kodu- kui ka välismaistele tootjatele või teenusepakkujatele. Seetõttu on ka keeruline leida toodet või teenust, mis oleks niivõrd lokaalse tähtsusega, et riigiabi viimase eelduse esinemist ei

³⁰⁵ *ibid*, p 79.

³⁰⁶ EKo C-267/91 ja C-268/91, *Keck*, p 16.

³⁰⁷ European Commission Press release. State Aid: Commission gives guidance on local public support measures that can be granted without prior Commission approval. Brüssel, 29.04.2015.

³⁰⁸ Komisjoni otsus nr SA.38208, p 28.

³⁰⁹ Hardraht K., lk 130.

mõjutaks. Lokaalse tähtsusega majandustegevusi ei saa olla palju ka seetõttu, et liikmesriikide majandused on tihedalt integreerunud. Õiguskirjanduses on avaldatud arvamust, et ka *in-house* lepingu puhul ei saa teistsugusele järeldusele asuda.³¹⁰

5.5.2. Mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele AS-i Eesti Teed kaasuses

AS-i Eesti Teed tegevusalaks on teehoolde teenuse osutamine. Teehoolde puhul on kindlasti tegemist sellise teenusega, mille osutamine pakub huvi erinevate liikmesriikide ettevõtetele. Eesti puhul näitab seda ka asjaolu, et lisaks kodumaistele teehoolde ettevõtetele pakub seda teenust turul ka põhjamaine ehitusettevõtte Lemminkäinen. Seda, et teehoolde teenus iseenesest on liikmesriikide vahelise kaubanduse objektiks, on näha ka Komisjoni otsusest *Tieliikelahtose* asjas. Juba seal juhtis Komisjon tähelepanu sellele, et teehoolde turg on kogu Euroopas konkurentsile avanemas.³¹¹

6. Sisetehinguga kaasneva riigiabi kokkusobivus ühisturuga

Juhul, kui sisetehinguga kaasneb riigiabi, peab Euroopa Komisjon uurima ka seda, kas see abi on ühisturuga kokkusobiv või mitte. Hinnangu andmine abi kokkusobivusele Euroopa Liidu ühisturuga kuulub Euroopa Komisjoni ainupädevusse.

Tulenevalt ELTL artikli 107 lg-st 1 eeldatakse riigiabi kokkusobimatust ühisturuga. Artikli 107 lg-s 2 on sätestatud erandjuhud, mil riigiabi on ühisturuga kokkusobiv. Nende olukorrad on järgmised: (1) üksiktarbijatele antav sotsiaalabi; (2) loodusõnnetuste ja erakorraliste sündmuste tekitatud kahju korvamiseks antav abi; (3) abi, mis antakse Saksamaa teatud piirkondadele, tulenevalt nende kahjustada saamisest Saksamaa jagamise tõttu. Esimesel juhul on tingimuseks ka see, et üksiktarbijatele antav sotsiaalabi peab olema antud ilma asjassepuutuvate toodete päritolul põhineva diskrimineerimiseta.

Artikli 107 lg-s 3 on sätestatud need juhtumid, mil riigiabi võib pidada ühisturuga kokkusobivaks. Lühidalt on need juhtumid järgmised: (1) abi majandusarengu edendamiseks teatud piirkondades, kus on eriti madal elatustase; (2) abi üleeuroopalist huvi pakkuva tähtsa

³¹⁰ *ibid*, lk 130.

³¹¹ Euroopa Komisjoni otsus nr 2008/765/EÜ, p 287.

projekti elluviimiseks; (3) abi teatud majandustegevuse või teatud majanduspiirkondade arengu soodustamiseks teatud tingimustel; (4) abi kultuuri edendamiseks ja kultuuripärandi säilitamiseks; (5) muud liiki abi, mida komisjoni ettepaneku põhjal võib kindlaks määrata nõukogu. Nende juhtumite puhul peab Komisjon hindama, ega abi ei kahjusta kaubandustingimusi ning ühiseid huve sellisel määral, et abi ei saa siseturuga kokkusobivaks pidada.

Tieliikelaitsese asjas jõudis Komisjon järeldusele, et riigiabi on ühisturuga kokkusobiv, välja arvatud osas, milles *Tieliikelaitsesele* ei kohaldu tavalised pankrotiõiguse ja maksuõiguse sätted.³¹² Väga oluline oli Komisjoni järelduse jaoks asjaolu, et kõnealune „üleminekuperiood“, mille ajal kõiki eeltoodud meetmeid *Tieliikelaitsese* suhtes rakendati, tõepoolest aitas Soome teehooldeturul konkurentsi tekitada.³¹³ Selle põhjal väitis Komisjon oma otsuses, et Soome poolt *Tieliikelaitsese* suhtes rakendatud meetmed kujutasid endast abi üleeuroopalist huvi pakuva tähtsa projekti elluviimiseks.³¹⁴ See vastab artikli 107 lg 3 punktile 2. Komisjon peab sealjuures hindama, kas rakendatud abimeetmed on olnud vajalikud ja proportsionaalsed.³¹⁵

Ühisturuga kokkusobivuse osas on Euroopa Komisjon *Tieliikelaitsese* asjas öelnud veel nii mõndagi tähelepanuväärset. Esimene neist puudutab maad ja kruusavälju, mis pärast erastamist *Tieliikelaitsesele* anti. Komisjon ütles, et kuna Soome tahtis teehooldeturgu konkurentsile avada, pidigi ta *Tieliikelaitsese* eraldi juriidiliseks isikuks muutma ning andma talle kas ise vara (antud juhul maad ja kruusavälju) või kapitali vara omandamiseks. Komisjon jõudis järeldusele, et kuna Soome riigi eesmärgiks oli teehoolde turu avamine konkurentsile, olid valitud meetmed ka proportsionaalsed.³¹⁶ Samas on oluline tähele panna, et ühe kaaluka põhjusena, miks abi ühisturuga kokkusobiv on, tõi Komisjon välja ka selle, et kõik *Tieliikelaitsese* suhtes ette võetud meetmed oli ajutise iseloomuga. Need olid ette nähtud vaid üleminekuperioodiks aastatel 2001-2004.³¹⁷ See, koos meetmete rakendamise lõpptulemusega – konkurentsile avatud teehoolde turg – aitas kaasa tuua positiivse järelduse ühisturuga kokkusobivuse osas.

³¹² Euroopa Komisjoni otsus nr 2008/765/EÜ, p 337.

³¹³ *ibid*, p 303-304.

³¹⁴ *ibid*, p 307 jj.

³¹⁵ *ibid*, p 313.

³¹⁶ *ibid*, p 315.

³¹⁷ Euroopa Komisjoni otsus nr 2008/765/EÜ, p 333, 337.

Ka AS Eesti Teede puhul on toodud sisetehingu alusel tegutsemise põhjendusena välja seda, et teedehituse sektoris on konkurents alles arenemas ning praegu proovitakse erinevaid lahendusi. Riik peab vajalikuks omada AS-i Eesti Teed 100 % osalust ja osutada peamiselt riigimaanteedel riigieelarvest rahastatavat tehoiu teenust talle kuuluva äriühingu kaudu, kuna hooldeturu erastamisega ei ole seni kaasnenud efektiivset konkurentsikeskkonda. Samuti peab riik vajalikuks omada elutähtsa avaliku teenuse tagamiseks ressursse, mida erakorralistes olukordades operatiivselt kasutada.³¹⁸

Selline mõtteviis nii *Tieliikelaitsese* kui ka AS-i Eesti Teed puhul on oma eesmärgi poolest iseenesest mõistlik. Küll aga peab tõdema, et ka taolised eesmärgid ei õigusta vastuollu minemist Euroopa õigusega. Euroopa Kohus on näiteks öelnud, et liikmesriigi eesmärk kooskõlastada konkreetsetes majandussektorites kehtivaid konkurentsieeskirju nende konkurentsieeskirjadega, mis kehtivad teistes liikmesriikides, ei välista võimalust, et meetme näol on tegemist riigiabiga.³¹⁹

7. Teavitamiskohustus sisetehinguga kaasneva riigiabi puhul

Vastavalt ELTL artiklile 108 lg 3 ei tohi liikmesriik anda abi enne, kui Komisjon on teinud teatavaks enda otsuse, millega ta kiidab heaks selle abi, mida anda plaanitakse (*standstill*-klauseel). Nagu eelmistest peatükkidest näha on, ei ole *in-house* lepingu puhul riigiabi oht välistatud. Seda olenemata asjaolust, et *in-house* tehingu tegemiseks on olemas kõik riigihankeõigusest tulenevad eeldused.³²⁰ Seega, teavitamiskohustuse nõue omab erilist tähtsust just sellises olukorras, kus Komisjonil on kahtlus, et enda kontrolli all olevale juriidilisele isikule on ilma formaalse pakkumismenetluse läbiviimiseta riigiabi antud.³²¹

Juhul, kui riigiabi ikka antakse enne Komisjoni heakskiitvat otsust, on abi andjal (riigil) kohustus see tagasi nõuda, selleks, et kõrvaldada konkurentsimoonus.³²² Olukorras, kus vastastikuse lepinguga kaasneb riigiabi ning see on antud ilma Komisjoni heakskiitva otsuseta, tekib küsimus, kuidas riigiabi tagasinõudmine siin välja näeks. Probleemaatiline on

³¹⁸ Omaniku ootused aktsiaseltsile AS Eesti Teed, lk 1.

³¹⁹ Lipka R., lk 100.

³²⁰ *ibid.*

³²¹ Hardraht K., lk 131.

³²² EKo C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen GmbH*, p 25.

eeskätt tagasinõude suurus. Õiguskirjanduses on välja pakutud, et mõeldav saab olla, et nõutakse ainult selle osa tagasimaksmist, mis turuhinda ületab. See tähendab, et abi saanud ettevõtte peaks loovutama abist sellise osa, mis ta võrreldes teiste ettevõtetega paremasse konkurentsiolukorda asetab. Samas on avaldatud arvamust, et ainus võimalus, kuidas endist konkurentsiolukorda taastada, on terve leping üles öelda.³²³

Kuivõrd *in-house* eelduste täitmine lubab riigihanget mitte korraldada, ei oleks mõistlik nõuda, et *in-house* tehingu puhul peaks riigiabi ohu tõttu siiski hankemenetluse läbi viima. Sellisel juhul kaoks ära *in-house* tehingu eesmärk, milleks on võimaldada hankijale autonoomiat. Juhul, kui *in-house* tehinguga kaasneb tõsine riigiabi oht, peaks Komisjon iga *in-house* tehingu puhul (kui abi ületab *de-minimis*’ piiri ning ei ole hõlmatud grupierandiga) läbi viima artiklis 108 lg 2 sätestatud menetluse, kontrollimaks riigiabi olemasolu.

³²³ Hardraht K., lk 132.

Kokkuvõte

Magistritöö eesmärk oli leida, kas AS Eesti Teed näitel võib sisetehinguga kaasneda ebaseaduslik riigiabi. Töö hüpotees oli järgmine: sisetehinguga võib küll kaasneda ebaseaduslik riigiabi vähemalt juhul, kui sisetehinguga saadud eelised ei ole piisavalt läbipaistvalt eraldatud sellest teisest majandustegevusest, mida riigi äriühing turul pakub.

Käesoleva töö tulemusena on ilmnunud, et sisetehingu puhul ei ole riigiabi riskid välistatud, vaid pigem vastupidi – sisetehinguga kaasneb reaalne riigiabi oht. Seda illustreerib ka käesolevas töös kasutatud AS-i Eesti Teed kaasus. Riigiabi riske saaks sellises olukorras maandada ikkagi vaid hankemenetlus, olenemata sellest, et hankeõiguslik sisetehingu erand lubab jätta riigihanke korraldamata.

In-house tehing iseenesest on kindlasti teatud juhtudel efektiivne variant, kuidas hankija saab korraldada mingi teenuse osutamist. Võimalus osutada teenust in-house peaks seega olema tervitatav. Nagu käesoleva töö tulemusena näha on, kaasneb in-house tehinguga aga oht, et kontrollitav ettevõtte saab ebaseaduslikku riigiabi. Ka asjaolu, et in-house tehing tehakse riigihankeseadust järgides, ei aita riigiabi ohtu välistada.

Töö tulemusena on selgunud, et sisetehinguga võib kaasneda erinevat moodi riigiabi. Esiteks on võimalus, et riik maksab sisetehingu alusel teenust osutavale ettevõttele tasu, mis on turuhinnast kõrgem. Selliselt jääb riik olulisel määral ilma oma tulust. Turuhinnast kõrgema hinnaga teenuse ostmine kujutab endast eelist, mis on valikulise iseloomuga, moonutab konkurentsi turul ning mõjutab liikmesriikide vahelist kaubandust. Seega kaasneb in-house lepinguga esiteks oht, et teenust ostetakse turuhinnast kõrgema hinnaga, ning see kujutab endast ebaseaduslikku riigiabi ELTL artikli 107 lg 1 mõttes.

AS-i Eesti Teed kaasusega näidati töös ka seda, kuidas teehoolde teenuse in-house osutamise puhul võib esineda oht, et teatud tööde, näiteks pindamistöode eest, makstakse äriühingule turuhinnast kõrgemat hinda. Kuivõrd autorile ei ole teada hind, mida riik AS-le Eesti Teed pindamistöode eest maksab, ei saa käesolevas töös aga teha AS-i Eesti Teed osas kindlaid järeldusi..

Teiseks, selleks, et teha kindlaid järeldusi turuhinnast kõrgema hinna kohta, oleks vaja teada teehoolde täpset turuhinda. Teehoolde turuhind ei ole käesoleva töö autorile teada. Tegemist on keerulise majandusliku kontseptsiooniga. Teehoolde turuhinna arvutamisel tuleks arvesse võtta teehoolde eri tasemeid, ilmastikutingimusi, teehooldelepingute kestust ja teehooldega

seotud teisi detaile. Käesoleva töö autoril oli võimalik lähtuda vaid Maanteeameti poolt väljastatud teabest teehoolde turu kohta Eestis. Nagu autor on ka töös selgitanud, ei ole tegemist kõige täpsemate andmetega. Juhul, kui on teada teehoolde turuhind, samuti AS-le Eesti Teed riigi poolt makstav tasu, on võimalik teha kindlamaid järeldusi AS-i Eesti Teed poolt saadud võimaliku riigiabi kohta.

Turuhinnast kõrgema hinnaga teenuse ostmise tagajärjena on ettevõttel võimalus esitada tänu ristsubsideerimisele riigihangetel väga madalaid pakkumusi, mis omakorda moonutab konkurentsi turul. Ristsubsideerimise ohu tekitab see, et turuhinnast kõrgemat tasu saades tekib ettevõttele nn ülejääk, mille arvelt saabki hangetel väga madalaid pakkumusi esitada. See toob kaasa konkurentsimoonutuse turul.

Töös analüüsitud Tieliikelaitsuse kaasus illustreerib ka seda, kuidas riigi äriühing võib saada eelise, kuna riik müüb talle vara turuhinnast kõrgema hinnaga. Kuigi selle meetme puhul ei ole tegemist sisetehinguga, võib see kujutada endast sisetehinguga seotud meetet, nagu oli ka Tieliikelaitsuse asjas. Sellisel juhul on ka võimalus, et Euroopa Kohus käsitleb antud meetet kui üht osa riigiabist. See tuleneb Euroopa Kohtus juurdunud põhimõttest, et üksteisega lahutamatu seotud meetmeid võib teatud juhtudel käsitleda ühe meetmena. Seega võivad mitmed riigi äriühingu suhtes ettevõetud meetmed, koos sisetehinguga, osutada riigiabiks. See järeldus näitab, et riik peaks oma äriühingute osas järgima eriti hoolsalt Euroopa Kohtu poolt väljatöötatud põhimõtteid. Riigi äriühingute erastamisel ning neile vara müümisel tuleb olla ettevaatlik.

Töös analüüsiti AS-i Eesti Teed näitel seda, kas sisetehing võib kujutada endast eelist piiramatu riigigarantii mõttes. Küsimuse sellest, kas AS-i Eesti Teed puhul võib esineda piiramatu riigigarantii, tekitab asjaolu, et AS Eesti Teed on 100% riigi äriühing. Töös jõuti järeldusele, et see siiski nii ei ole. AS-i Eesti Teed kui maksejõulisel äriühingul oleks võimalik saada ka pangagarantii. See tähendab, et vastavalt erainvestori printsiibile ei ole siin tegemist eelisega piiramatu riigigarantii tähenduses.

Käesoleva töö üheks keerulisemaks aspektiks oli kindlasti asjaolu, et autori jaoks oli kättesaadav vaid piiratud osa AS-ga Eesti Teed seonduvast vajalikust materjalist. Autorile ei ole ärisaladuse tõttu kättesaadavad hinnad, mida riik AS-le Eesti Teed teehoolde eest maksab. Tulenevalt sellest ei olnud võimalik teha täielikku analüüsi selle osas, kas AS Eesti Teed on saanud sisetehingu kaudu eelise või mitte. Sellegipoolest on töös näidatud, kuidas sisetehing, just oma läbipaistmatuse tõttu, loob reaalse ohu riigiabi olemasoluks. Sisetehingu puhul ei pea

rakendama riigihanke korda ning sisetehingu puhul ei kohaldu ka ranged läbipaistvuse reeglid nagu üldhuviteenuste puhul. Need aspektid teevad sisetehingust üsna läbipaistmatu instrumendi. Kuivõrd AS-i Eesti Teed puhul on tegemist äriühinguga, mille eesmärk on teenida oma aktsionärile – riigile – tulu, on ärisaladuse kohaldumine igati arusaadav. Paratamatult kaasneb sellega aga ka ebaseadusliku riigiabi oht. Ka õiguskirjanduses on osutatud sisetehinguga kaasneva riigiabi ohu puhul just sellele, et sisetehingu puhul ei kehti sellised läbipaistvust tagavad nõuded nagu näiteks üldhuviteenuse osutajate puhul.

Kuivõrd käesoleva töö tulemusena on ilmnenu, et sisetehinguga kaasneb ebaseadusliku riigiabi oht, muutub eriti oluliseks ELTL artiklist 108 lg-st 3 tulenev teavitamiskohustus. Juhul, kui hankija kahtlustab, et ettevõtte esitab alapakkumusi ebaseadusliku riigiabi tõttu, on tal iseenesest võimalik pakkumused tagasi lükata, järgides vastavas direktiivis ettenähtud nõudeid. Alapakkumuste kindlakstegemine on aga keeruline majanduslik küsimus. Kohtupraktika järgi ei saa hankijalt eeldada väga tõhusat kontrolli alapakkumuste osas. Vaid Euroopa Komisjonil või liikmesriigi kohtul on võimalik koguda vajalikku informatsiooni selleks, et analüüsida, kas ettevõtte on saanud riigiabi või mitte.

State aid in the case of an *in-house* contract based on the example of AS Eesti Teed

The objective of this thesis was to find out whether an *in-house* contract can bring about unlawful state aid in the meaning of article 107(1) in the Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU). The thesis was based on a real-life example – a state-owned company AS Eesti Teed. The company is owned 100% by the state. Recently, the competitors of AS Eesti Teed have expressed doubts whether the activities of this company are in accordance with the principles of state aid. AS Eesti Teed provides road maintenance services to Maanteeamet, the respective department of the state. AS Eesti Teed provides these services based on an *in-house* contract concluded between Maanteeamet and AS Eesti Teed. Based on this *in-house* contract, AS Eesti Teed provides road maintenance services in five Estonian counties. However, AS Eesti Teed also participates in public tenders, competing for different road construction works.

An *in-house* contract is a convenient way to organise the provision of services without having the obligation to carry out a tender procedure. However, even if an *in-house* contract is concluded, in conformity with all the *in-house* requirements established by law, one cannot rule out the possibility of state aid. *In-house* provisions belong to the procurement law division of the European Union Law. In contrast, state aid provisions belong to competition law. In addition, state aid provisions are enshrined in the primary law of the European Union, whereas procurement law is a part of the secondary law of the European Union. Therefore, state aid and *in-house* provisions belong to different fields. Therefore, state aid provisions are of a higher hierarchy in the European Union law system than *in-house* provisions.

Specific requirements must be met in order to be able to implement the *in-house* exception. In Estonian law, these are codified in the Procurement Law Act. The basis for these *in-house* provisions comes to a large extent from European Union case-law. In order to implement the *in-house* exception, the controlled entity must be subject to a control by the procurer which is similar to the control which the latter exercises over its own entities. This means that the controlled entity is only formally separate from the procurer. Secondly, a majority or the services the entity provides must be provided to the controlling entity. According to the new directive 2014/24/EU, the 80% of the turnover of the controlled entity must comprise of the services it provides to the controlling entity.

As is shown in the thesis, the meaning of the 80% is actually opened for interpretation. Taking into consideration the stance of the European Court of Justice, 80% could be said to comprise only of services offered based on the *in-house* contract. This is because the Court has said that the *in-house* exception should not be implemented in cases when the entity participates in competition with other enterprises. In the case of AS Eesti Teed, for example, 80% comprises also services which AS Eesti Teed has been chosen to offer as a result of public tenders. Following the principle outlined before, the 80% should not be calculated this way. When an entity engages in competition on the market, there exists a threat of distortion of competition.

In the thesis, the *in-house* contract concluded between AS Eesti Teed and Maanteeamet was analysed in the context of the state aid criteria. The prerequisite for implementing the state aid criteria is that the recipient of the aid is an economic operator. According to case-law, an economic operator is any operator, private or public, who performs economic activities on the market. AS Eesti Teed is therefore an economic operator.

According to the TFEU and the well-established case-law of the Court of Justice of the European Union, state aid exists when the following criteria is met. First, the measure comes from the state or through state resources. The measure must confer an advantage on the recipient of the aid. The advantage has to be selective. The measure must also distort or threaten to distort competition and effect trade between the member states. The last criterions – distortion of competition and effect on trade between member states – are closely linked to each other.

In order to find out whether an advantage has been conferred on the economic operator, one must apply the market economy investor principle. According to this principle, the entity has acquired no state aid if it would be able to acquire the same advantage under normal market conditions. However, in the case of public companies, the application of the market investor principle might be problematic, as it has been shown in the thesis. A reasonable market investor would be expected to take into account only economic factors when closing a deal. However, in some cases, even a reasonable market investor could be expected to take into account other factors as well, such as the image of a company.

In the case of state aid, as the results of this thesis show, there is a possibility of state aid. The reason why an *in-house* contract can bring about state aid, derives largely from the distinctive features of an *in-house contract*. Since an *in-house* contract is an exception from the obligation to carry out a tender, the principles and regulations of procurement law do not

apply. This means that the *in-house* contract is not subject to rules of transparency. This differs from the regulation of Services of General Economic Interest (SGEIs). In the case of the latter, the state must entrust the provision of a service of economic interest with a contract or a legislative act. The directives require the act to show exactly the amount which the operator receives to provide the public service, for example. In the case of an *in-house* contract, there are no such transparency requirements. Moreover, the flow of revenue may be confidential according to the company law provisions.

In the case of an *in-house* contract, there are several possible ways how state aid can exist. In the case of an *in-house* contract concluded between a state department and a public company, there is a risk that the state pays the latter a remuneration which is higher than the market price. This is an advantage in the meaning of article 107(1) of the TFEU. In this case, the state pays the operator more than it would under normal market conditions. This means that the state loses more monetary resources than it normally would. Therefore, there exists a burden on the resources of the state and this burden is linked to the advantage acquired by the company.

In the thesis, it was shown how this risk also exists in the case of AS Eesti Teed. However, in the case of AS Eesti Teed the author was not able to carry out a complete analysis of whether the price paid is higher than the market price. The reason for this is that the author did not have access to all the necessary materials about AS Eesti Teed. Since AS Eesti Teed is a company, the price paid by the state for the provision of road maintenance is confidential. Therefore, the author was not able to find out whether the price paid to AS Eesti Teed, for the road maintenance if provided based on the *in-house* contract, is actually higher than the market price.

However, when the state indeed pays a higher price, the advantage also has a consequence which distorts competition on the market. The company is then able to cross-subsidize the offers it makes in public tenders. Cross-subsidization itself is a usual way of organising monetary resources within a company. However, when an *in-house* company receives remuneration which is higher than the market price, and when it uses this to cross-subsidize its offers, this amounts to a distortion of competition. In the case of AS Eesti Teed, this risk also exists. AS Eesti Teed has made many remarkably low offers in several recent public tenders. However, since the expected price of the contracts is not public, the author was not able to carry out a complete assessment of whether the offers of AS Eesti Teed have been abnormally low.

The assessment of abnormally low tenders, however, can constitute a method for determining the existence of state aid in the case of a company who provides a service *in-house* and also competes in public tenders. The law of the European Union allows a procurer not to accept an abnormally low offer in the course of a public tender. However, as it has been shown, the assessment of an abnormally low tender is a complicated economic question. Therefore, this method is not effective. In order to fully rule out the possibility of state aid in such a case, the European Commission should carry out its assessment according to TFEU article 108(3).

It was also assessed whether AS Eesti Teed has received an advantage in the form of a state guarantee. It was found out that there is no advantage in the form of a state guarantee. According to the market economy investor principle, AS Eesti Teed would be able to receive a bank guarantee, which rules out the possibility of it receiving any advantage in the meaning of article 107(1) TFEU.

In addition, it was shown that state aid can exist in the form of loans and the sale of property when a state-owned enterprise is set up. This was illustrated by the decision of the European Commission in the case of *Tieliikelaitos*. In the case of *Tieliikelaitos*, the Commission found several measures to be state aid. It is important to note that according to the case-law of the ECJ, different measures which are closely linked to each other, can be regarded as one measure. The state has to consider this when concluding an *in-house* contract with an entity it controls.

Kasutatud materjalid

Kasutatud õigusaktid

1. Avaliku teabe seadus. RT I, 06.01.2016, 7.
2. Maanteeameti põhimäärus. RT I, 22.04.2015, 23.
3. Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi põhimäärus. RT I, 29.12.2015, 22.
4. Riigihangete seadus. RT I, 23.03.2015, 24.
5. Euroopa Liidu Toimimise Leping 2010/C 83/01 30.03.2010.
6. Euroopa Nõukogu 22.03.1999 määrus nr 659/1999, millega kehtestatakse üksikasjalikud eeskirjad Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 108 kohaldamiseks – EÜT L 83, 27/3/1999.
7. Euroopa Komisjoni direktiiv 2006/111/EÜ liikmesriikide ja riigi osalusega äriühingute vaheliste finantssuhete läbipaistvuse ning teatavate ettevõtjate finantsläbipaistvuse kohta - L 318/17, 17.11.2006.
8. Euroopa Parlamendi ja Euroopa Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta – L 94/65, 28.03.2014.
9. Euroopa Komisjoni määrus (EL) nr 1407/2013, milles käsitletakse Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklite 107 ja 108 kohaldamist vähese tähtsusega abi suhtes – L 352/1, 18.12.2013.
10. Komisjoni määrus (EÜ) nr 213/2008, 28. november 2007, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega – L 74/1, 15.03.2008.
11. Euroopa Komisjoni määrus (EL) nr 651/2014, 17. juuni 2014, ELi aluslepingu artiklite 107 ja 108 kohaldamise kohta, millega teatavat liiki abi tunnistatakse siseturuga kokkusobivaks – L 187/1, 26.06.2014.
12. Euroopa Komisjoni otsus, 20. detsember 2011, Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 106 lõike 2 kohaldamise kohta üldist majandushuvi pakkuvaid teenuseid osutavatele ettevõtjatele avalike teenuste eest makstava hüvitisena antava riigiabi suhtes – L /3, 11.01.2012.

Saksamaa õigusaktid

13. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Viertel Teil – Vergabe Öffentlicher Aufträge, Erster Abschnitt – Vergabeverfahren, § 97 Ab. 4.
14. Preisgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 720-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das durch Artikel 22 des Gesetzes vom 18. Februar 1986 (BGBl. I S. 265) geändert worden ist.

Kasutatud kohtupraktika

Riigikohtu praktika

15. RKHKo 3-3-1-50-15

Euroopa Kohtu praktika

16. EKo 23.12.2009 nr C-305/08 *CoNISM*
17. EKo 18.12.2014 nr C-568/13, *Data Medical Service*
18. EKo 12.02.2008 nr C-199/06, *CELF*
19. EKo 11.01.2005 nr C-26/03, *Stadt Halle*
20. EKo 19.03.2013 nr C-399/10 P, *Bouygues and Bouygues Télécom v. Komisjon ja Teised*
21. EKo 18.11.1999 nr C-107/98, *Teckal*
22. EKo 13.10.2005 nr C-458/03, *Parking Brixen*
23. EKo 13.11.2008 nr C-324/07, *Coditel Brabant SA*
24. EKo 11.05.2006 nr C-340/04, *Carbotermo*
25. EKo 10.09.2009 nr C-573/07, *Sea*
26. EKo 23.04.1991 nr C-41/90, *Höfner*
27. EKo 21.03.1990 nr C-142/87, *Belgia v. Komisjon*
28. EKo 29.10.1980 nr C-209/78, *Van Landewyck v. Komisjon*
29. EKo 16.11.1995 nr C-244/94, *FFSA ja Teised*
30. EKo 01.07.2008 nr C-49/07, *MOTOE*
31. EKo 16.05.2002 nr C-482/99, *Stardust Marine*
32. EKo 05.06.2012 nr C-124/10 P, *EDF*

33. EKo 24.07.2003 nr C-280/00, *Altmark*
34. EKo 20.11.2003 nr C-126/01, *GEMO*
35. EKo 08.09.2011 nr C-279/08 P, *Komisjon v. Holland*
36. EÜKo 15.06.2000 nr T-298/97, *Alzetta*
37. EKo 15.12.2005 nr C-148/04, *Unicredito Italiano SpA*
38. EKo 21.11.2013 nr C-284/12, *Deutsche Lufthansa*
39. EKo 29.04.2004 nr C-277/00, *Saksamaa v. Komisjon*
40. EKo 01.10.2015 nr C-357/14 P, *Electrabel and Dunamenti Erõmú v. Komisjon*
41. EKo 17.02.2005 nr C-134/03, *Viacom Outdoor*
42. EKo 13.03.2001 nr C-379/98, *PreussenElektra*
43. EKo 08.05.2005 nr C-399/00, *SIM 2 Multimedia v. Komisjon*
44. EKo 11.07.1996 nr C-39/94, *SFEI*
45. EKo 02.07.1974 nr C-173/73, *Itaalia v. Komisjon*
46. EKo 09.10.2014 nr C-522/13, *Ministerio de Defensa ja Navantia*
47. EKo 03.04.2014 nr C-559/12 P, *La Poste*
48. EKo 22.06.2002 nr C-182/03, *Belgia v. Komisjon*
49. EKo 16.04.2015 nr C-690/13, *Trapeza Eurobank Ergasias*
50. EKo 22.11.2001 nr C-53/00, *Ferring*
51. EKo 16.06.1987 nr C-118/85, *Komisjon v. Itaalia*
52. EKo 04.05.1988 nr C-30/87, *Corinne Bodson*
53. EKo 19.01.1994 nr C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH*
54. EKo 21.11.199 nr C-354/90 *Fédération Nationale du Commerce*
55. EKo 19.04.2007 nr C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales*
56. EKo 08.11.2001 nr C-143/99, *Adria Wien*
57. EKo 17.06.1999 nr C-75/97, *Belgia v. Komisjon*
58. EKo 15.11.2011 nr C-106/09 P, *Komisjon ja Hispaania v. Gibraltar*
59. EÜKo 13.09.2006 nr T-210/02, *British Aggregates*
60. EÜKo 10.04.2008 nr T-233/04, *Holland v. Komisjon*
61. EKo 08.05.2003 nr C-197/11, *Libert ja Teised*
62. EKo 24.11.1993 nr C-267/91, *Keck*
63. EKo 11.11.2015 nr C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen GmbH*
64. EKo 13.02.1979 nr C-85/76, *Hoffmann-La Roche*

Kasutatud õiguskirjandus

65. Biondi, A. State aid is falling down, falling down: an analysis of the case law on the notion of aid. *Common Market Law Review*. Volume 50 (2013), Issue 6.
66. Caranta. R. General Report. *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes*. The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014 Congress Publications Vol. 3 (DJØF, 2014).
67. Carullo, Dr G. Procedures for examining abnormally low tenders as a State aid tool. A note on Case C-568/13 *Data Medical Service*. 05.03.2015. Kättesaadav veebis: <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaid/post/1687> (18.03.2016).
68. Euroopa Kohtu ja Esimese Astme Kohtu lahendite kogumik, I osa, 2008-11, Luksemburg. Kokkuvõtte Euroopa Kohtu otsusest 13.11.2008 nr C-324/07, *Coditel Brabant SA*, lk 51.
69. Ginter, C., Härginen, K. Siseteingu reegel riigihankeõiguses. Jäätmeveo ja –käitluse näide. *Juridica I/2016*.
70. Graells, A. S. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Second Edition. Oxford ja Portland, Oregon. Hart Publishing, 2015.
71. Hardraht, K. *In-house Geschäfte und europäisches Vergaberecht*. Berlin, 2006, Band 119.
72. Jones, A., Sufrin, B. *EU Competition Law*. Fourth Edition. Ameerika Ühendriigid: Oxford University Press, 2011.
73. Lipka, R. *Beihilfenrechtliche Anforderungen an Vergabeverfahren: zur Einordnung staatlicher Aufträge als Beihilfen und zu den Rechtsschutzmöglichkeiten der Konkurrenten*. Nomos, 2004.
74. Noch, R. *Vergaberecht Kompakt*. 5. Auflage. Werner Verlag, 2011.
75. Pesaresi N., Sinnaeve A., Guigue-Koeppen V., Wiemann J., Radulescu M. *The New State Aid Rules for Services of General Economic Interest (SGEI): the Commission Decision and Framework of 20 December 2011*.
76. Pfannkuch, B. *Beihilferechtliche Risiken bei der Inhouse-Vergabe*. *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 16(2015), Heft 12.
77. Romariz, C. *Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – Or „The Ghost of Yet-To-Come“*. *European State Aid Law Quarterly*. I/2014.
78. Seletuskiri riigihangete seaduse, 24.01.2007 RT I 2007, 15, 76 eelnõu juurde.

79. Trepte, P. Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide. Second Edition. Ameerika Ühendriigid: Oxford University Press, 2007.

Kasutatud muu materjal

Euroopa Kohtu kohtujuristide ettepanekud

80. EKo 11.01.2005 nr C-26/03, *Stadt Halle*, kohtujuristi Christine Stix-Hackl ettepanek.
81. EKo 17.02.2005 nr C-134/03, *Viacom Outdoor*, kohtujuristi Juliane Kokott ettepanek.
82. EKo 05.06.2012 nr C-124/10 P, *EDF*, kohtujuristi Ján Mazák ettepanek.
83. EKo 08.05.2014 nr C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, kohtujuristi Paolo Mengozzi ettepanek.

Euroopa Komisjoni otsused

84. Euroopa Komisjoni otsus nr 2008/765/EÜ.
85. Euroopa Komisjoni otsus C(2015) 2798.
86. Euroopa Komisjoni otsus nr N 264/2002.
87. Euroopa Komisjoni otsus SA.38208.

Euroopa Komisjoni juhendmaterjalid

88. European Commission Staff Working Paper on Public-Public Cooperation. Brüssel, 04.10.2011.
89. European Commission. New Rules on Public Contracts and Concessions. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014.
90. European Commission. Guidelines on the effect of trade concept, 2011.
91. European Commission Press release. State Aid: Commission gives guidance on local public support measures that can be granted without prior Commission approval. Brüssel, 29.04.2015.
92. European Commission Staff Working Document SWD(2013) 53 final/2. Brüssel, 29.04.2013.
93. Euroopa Komisjoni teatis 2008/C 155/02.
94. Euroopa Komisjoni teatis 2012/C 8/02.

Muu

95. AS Eesti Teed 2012. a majandusaasta aruanne.
96. AS Eesti Teed 2013. a majandusaasta aruanne.
97. AS Eesti Teed 2014. a majandusaasta aruanne.
98. AS Eesti Teed kodulehekül. Kättesaadav veebis: <http://www.eestiteed.eu> (22.04.2016).
99. AS Eesti Teed põhikiri.
100. AS Pärnumaa Teed, AS Tartumaa Teed, AS Virumaa Teed, AS Võrumaa Teed, AS Saaremaa Teed ühinemisleping 27.10.2011. Koostatud ja tõestatud Tallinna notar Eve Põtteri poolt.
101. Avatud hankemenetlusega riigihanke „Pindamistööd Ida-Viru, Järva ja Lääne-Viru maakondades“ (viitenumber 140584). Pakkumuste avamise protokoll.
102. Avatud riigihankemenetlusega riigihanke „Riigimaanteede pindamistööd Põlva, Tartu ja Võru maakonnas 2013“ (viitenumber 141873). Pakkumuste avamise protokoll.
103. Eesti Asfaldiliidu ülevaade „Asfalt arvudes 2014“. Kättesaadav veebis: <http://www.asfaldiliit.ee/file.php?feID=b08d6380bc6e4d9b608ddc5e38165aba> (03.04.2016).
104. EU Transport in figures. Statistical Pocketbook 2014. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014.
105. Maanteeameti aastaraamat 2015.
106. Maanteeameti ja AS-i Eesti Teed vahel sõlmitud riigimaanteede hoolde- ja säilitusremondileping nr 1-10/12-00433/013 koos lisadega.
107. Maanteeameti koostatud teehoolde piirkondade kaart. Kättesaadav veebis: http://www.mnt.ee/public/2015/hooldajad_01042016.pdf (30.04.2016).
108. Maanteeameti väljaanne „Teeleht“ nr 3/4 (71/72), Detsember 2012.
109. Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi 25.10.11 dokument nr 1.1-16/11-00095/052.
110. Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi 28.07.2015 vastus märgukirjale, nr 1.15-5/15-00538/079.
111. Majandu- ja Kommunikatsiooniministeeriumi 21.09.2015 vastus teabenõudele, nr 1.15-5/15-00538/079.
112. Omaniku ootused aktsiaseltsile AS Eesti Teed.

113. OÜ Üle kodulehekülj. Kättesaadav veebis: <http://www.yle.ee/firmast> (03.04.2016).
114. Postimees. „Maanteeamet: Eesti Teed tuleks kiiresti erastada“. 18.03.2015. Kättesaadav veebis: <http://majandus24.postimees.ee/3126595/maanteeamet-eesti-teed-tuleks-kiiresti-erastada> (30.04.2016).
115. Rahandusministeerium. „Riigi osalusega äriühingute, sihtasutuste ja mittetulundusühingute koondaruanne 2014. aasta kohta.“ Tallinn 2015.
116. Riigihanke „Kose teepiirkonna riigimaanteede hooldus 2016-2021” (viitenumber 163116) hankelepingu projekt koos lisadega.
117. Riigihanke „Riigimaantee 39 Tartu – Jõgeva – Aravete km 10,4 – 19,4 pindamistööd SBS modifitseeritud bituumeniga“ (viitenumber 13549) pakkumuste edukaks tunnistamise protokoll.
118. Riigikontrolli aruanne Riigikogule „Teehooldetööd ja järelevalve nende üle. Kas riigimaanteid hooldatakse mõistlikult?“ Tallinn, 03.02.2012.
119. „Riigi osalusega äriühingute nimekiri ja tegevusalad 31.08.2015. a seisuga“. Eesti Vabariigi Rahandusministeerium. Kodulehekülj. Kättesaadav veebis: <http://www.fin.ee/riigi-osaluste-valitsemine> (01.12.2015).
120. The EU explained: Transport. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Tea Kookmaa,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „*In-house* lepinguga kaasnev ebaseaduslik riigiabi AS-i Eesti Teed näitel“,

mille juhendaja on Ivo Pilving,

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
 3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, **02.05.2016.**