

TARTU ÜLIKOOL  
ÕIGUSTEADUSKOND  
Avaliku õiguse instituut

Nele Paluoja

KONTSESSIOONI ERITUNNUSED JA NENDE KAUDU ERISTAMINE TEISTEST  
LEPINGUTEST JA LUBADEST

Magistritöö

Juhendaja  
*Dr.iur*  
Mari Ann Simovart

Tartu

2020

## SISUKORD

SISSEJUHATUS .....	3
1. Ehitustööde ja teenuste kontsessiooni olemus ja tunnused .....	8
1.1. Kontsessiooni põhiolemus ja probleemkohad .....	8
1.1.1. Kontsessioonidirektiivi preambuli (õiguslik) tähendus .....	11
1.2. Kontsessiooni eritunnused .....	12
1.2.1. Rahalised huvid ehk hüve kriteerium .....	13
1.2.2. Äririsk ja ekspuaterimisõigus .....	18
1.2.3. Kontsessioonäri tegevusvabadus .....	28
2. Kontsessiooni eristamine teistest lepingutest ja lubadest .....	34
2.1. Ehitustööde ja teenuste kontsessiooni omavaheline erinevus .....	34
2.2. Kontsessiooni eristamine kasutuslepingutest .....	35
2.3. Kontsessiooni eristamine hoonestusõiguse seadmise lepingust .....	43
2.4. Kontsessiooni eristamine tegevusloast.....	51
3. Lepingu kvalifitseerimise skeem .....	54
3.1 Skeemi eelkontroll .....	54
3.2 Lepingu kvalifitseerimise skeem .....	55
Kokkuvõte .....	62
Summary.....	66
LÜHENDID.....	70
KASUTATUD ALLIKAD .....	71
Kasutatud kirjandus .....	71
Kasutatud õigusaktid .....	72
Kasutatud kohtupraktika.....	73
Kasutatud muud allikad .....	75
Vastused teabepäringutele .....	77
Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks .....	79

## SISSEJUHATUS

Riigihangete seadus<sup>1</sup> (edaspidi RHS) käsitleb riigihankena asja ostmist, teenuse tellimist, ideekavandi saamist, ehitustöö tellimist või kontsessioonilepingu sõlmimist hankija poolt (§ 4 p 16). RHS § 131 lg 1 kohaselt võib kontsessioonileping olla teenuste või ehitustööde kontsessioonileping (edaspidi ka kontsessioon), mis on seega hõlmatud hankelepingu mõistega, olles hankelepingu üks eriliike. Erinevalt nõ tavalistest hankelepingutest saavad kontsessiooni esemeks olla aga vaid teenused ja ehitustööd, mitte asjad.<sup>2</sup> Tallinna Halduskohus on selgitanud, et hankja enda määrata on see, millist teenust või asja ta vajab ja hankida soovib.<sup>3</sup> Järelikult on ka kontsessioonilepingu eesmärk tagada hankijale asi, teenus või ehitustöö, mille vastu on tal vajadus. Eeltoodust juhinduvalt peab asjade hankimise vajaduse tekkimisel viima läbi klassikalise hankemenetluse, kuid teenuste ja ehitustööde hankimise puhul kas hanke- või kontsessioonimenetluse sõltuvalt finantseerimismehhanismist.<sup>4</sup> Kohase menetluse läbiviimiseks peab hankija enne hankemenetluse planeerimist tegema selgeks, mis on tema soovitava teenuse sisu, lepingu ese ja küsimus ning vastavalt sellele hindama, kas tulevikus sõlmitav leping kuulub riigihankeõiguse reguleerimisalasse. See kuidas pooled lepingut nimetavad, ei ole kvalifitseerimise alus ning sellest ei sõltu kohase menetluse valik.<sup>5</sup> Seega, kui tegemist on hankelepinguga, on menetluse aluseks riigihangete seadus ja kui üürilepinguga siis võlaõigusseadus (edaspidi VÕS).<sup>6</sup>

Kontsessioonina on Euroopa Kohtu praktikas liigitatud näiteks avalike parklate ehitamine,<sup>7</sup> ühistransporditeenuse osutamine,<sup>8</sup> päästeteenistus,<sup>9</sup> haiglate maavärinatundlikkuse uurimine ja hindamine,<sup>10</sup> kohaliku omavalitsuse televisioonivõrgu käitamine,<sup>11</sup> veevarustusteenuse osutamine<sup>12</sup>. Eesti kohtute ja Riigihangete Vaidlustuskomisjoni õiguspraktikas on kontsessioonidena käsitletud viimastel aastatel ka näiteks võlgade kohtuvälise sissenõudmise

<sup>1</sup> Riigihangete seadus. – RT I, 15.03.2019, 145.

<sup>2</sup> M.A. Simovart, M.Parind. Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2019, lk 882 p 4.

<sup>3</sup> TlnHKO 13.04.2017, 3-17-491, p 14.

<sup>4</sup> EKO, C-382/05, *komisjon vs Itaalia*, p 43.

<sup>5</sup> RKHKO 05.11.2012, 3-3-1-39-12, 20.

<sup>6</sup> Võlaõigusseadus. – RT I, 08.01.2020, 10.

<sup>7</sup> EKO 13.10.2001, C-458/03, *Parking Brixen*.

<sup>8</sup> EKO 06.04.2006, C-410/04, *Associazione Nazionale Autotransporto Viaggiatori (ANAV)*.

<sup>9</sup> EKO 20.03.2011, C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*.

<sup>10</sup> EKO 19.12.2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt*.

<sup>11</sup> EKO 13.11.2008, C- 324/07, *Coditel Brabant SA*.

<sup>12</sup> EKO 10.09.2009, C-206/08, *Eurawasser*.

teenust,<sup>13</sup> lõbusõidurongi teenuse pakkumist,<sup>14</sup> restorani ehitamist,<sup>15</sup> koolitoitlustust,<sup>16</sup> jõuluturgu,<sup>17</sup> jäätmekäitlust<sup>18</sup>. Euroopa Kohtule on viimasel kümnendil esitatud hulgaliselt kontsessioonilepingu kvalifitseerimist puudutavaid küsimusi, mistõttu on kontsessioonide sõlmimine ja kasutamine Euroopa õigussfääris aktuaalne teema. Õiguskirjandus käsitleb, et kontsessioonide järjest sagedasem kasutamine võib tuleneda näiteks asjaolust, et liikmesriikide õiguslikuks instrumendiks on avaliku- ja erasektori koostööprojektide (edaspidi PPP-de) kasutamine,<sup>19</sup> mis oma olemuselt on seotud kontsessioonidega (näiteks on arvatud, et ka tulevikus valmiv maanteede PPP-de, s.o neljarealsed maanteed Tallinnast Tartu, Pärnu ja Narva suunal, projekt saab riigihankeõiguslikult olema just kontsessioon<sup>20</sup>). PPP-de kasutamise ratsionaalsus seisneb nende rahastamises – näiteks on tuvastatud, et kinnisvaraobjektide riigipoolne investeerimisvajadus, mida on võimalik just PPP-de abil katta, küündivad ligikaudu 300. miljoni euroni,<sup>21</sup> mistõttu saab järeldada, et kontsessiooni instrumendi kasutamine erinevate projektide teostamiseks saab olema sobivusel üha sagedasem vahend.

Sõltumata eelpool viidatud kontsessioonide kasvutrendist Eestis on see siiski pigem tagasihoidlik käesoleval ajal.<sup>22</sup> Näiteks 2018. aastal korraldati Eestis kokku 7854 riigihanget,<sup>23</sup> millest kontsessiooni erimenetlusi oli vaid 53, mis moodustab koguarvust pelgalt 1%<sup>24</sup> ning on

<sup>13</sup> Võlgade kohtuvälise sissenõudmiseteenuse kontsessioon 15.07.2019, nr 203204. - <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1533179/disputes/146826/result>

<sup>14</sup> TlnRKO 26.03.2018, 3-17-2768.

<sup>15</sup> E-riigihangete keskkond. Pärnu mnt 3 ehitustööde kontsessioon 21.01.2018, nr 193947. - <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/721409/general-info>

<sup>16</sup> TrtHKO 13.10.2016, 3-16-1732.

<sup>17</sup> E-riigihangete keskkond. Teenuse osutamise kontsessioon Tallinna vanalinna Raekoja platsi osa kaubandustegevuseks kasutusse andmiseks jõuluturu korraldamisel teenuse osutamiseks 04.06.2019, nr 210106. - <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1580643/general-info>

<sup>18</sup> Jäätmeseadus. – RT I, 21.12.2019, 6.

<sup>19</sup> Kaurov T, Kanger I jt. Avaliku ja erasektori koostöö (PPP) tehingute korraldamise kohta põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise DBFM-tüüpi (Design-Build-Finance-Maintain) PPP tehingu näitel. Õigusarvamus. - <https://www.rahandusministeerium.ee/et/uuringud-ja-analysid>

<sup>20</sup> Sõrm, M. „Mis on saanud alapakkumuste kontrollist kontsessioonimenetluses.“ Riigihankeblogi, 10.10.2019. - <https://riigihankeblogi.com/2019/10/10/mis-on-saanud-alapakkumuste-kontrollist-kontsessioonimenetluses/>

<sup>21</sup> Rahandusministeeriumi uuring avaliku ja erasektori koostööprojektide PPP raamistiku loomiseks 16.10.2016, lk 4.

[https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/RiigRiigi\\_kinnisvararegister/uuring\\_avaliku\\_ja\\_erasektori\\_koostooprojektide\\_ppp\\_raamistiku\\_loomiseks\\_lopparuanne\\_0.pdf](https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/RiigRiigi_kinnisvararegister/uuring_avaliku_ja_erasektori_koostooprojektide_ppp_raamistiku_loomiseks_lopparuanne_0.pdf)

<sup>22</sup> Kaurov T, Kanger I jt (viide 17).

<sup>23</sup> Vaidlustuskomisjoni statistika. - <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/vaidlustusmenetlus/vaidlustuskomisjoni-statistika>

<sup>24</sup> Riigihangete valdkonna 2018.aasta valdkonna ülevaade. Rahandusministeerium, riigihangete ja riigiabi osakond, oktoober 2019. - <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/riigihankemaastiku-kokkuvotted>

vähem kui 2017 aastal, mil korraldati ligikaudu 50 kontsessioonimenetlust.<sup>25</sup> Aastatel 2015 – 2019 korraldati kokku ligikaudu 211 kontsessioonimenetlust, millest 49. korral (perioodil 09.06.2015 – 26.02.2020) pöördus hankija Rahandusministeeriumi poole küsimusega, kuidas saada aru, kas leping kvalifitseerub kontsessioonilepinguks ning seetõttu peaks lepingu sõlmima riigihangete seadusest lähtuvalt.<sup>26</sup> Kõige sagedamini puudutasid päringud toitlustusteenuste kontsessiooni eristamist rendilepingust, kuid sageli esitati päringuid ka parkimismaja ehitamise, bussipeatuste ootekodade ehitamise ja käitamise, jõuluturu, võlgade sissenõudmise, lennujaama maapeale käitamise lepingute kvalifitseerumise kohta. Sageli esitatakse küsimusi ka kinnisasjade kasutusse andmise ja selle raames kasutajatele kohustuste peale paneku kohta, näiteks Tootsi tuuleparkide kaasuse raames.<sup>27</sup> Eeltoodu viitab segadusele kontsessioonilepingute mõistmisel, kuid ebakohases menetluses või lausa menetluseta sõlmitud lepingute puhul võib soovimatuks tagajärjeks olla näiteks lepingu tühisus.<sup>28</sup>

Kontsessioonilepingu reguleerimisele aitas olulisel määral kaasa Euroopa Parlamendi ja Nõukogu poolt 26.02.2014 vastuvõetud direktiiv 2014/23/EL<sup>29</sup> (edaspidi ka kontsessioonidirektiiv), mis esmakordselt kirjeldas õigusnormina kontsessiooni mõiste. Peale kontsessioonidirektiivi vastuvõtmist on kontsessioonide kasutamine reguleeritum, kuid sellegipoolest ei ole kontsessioonile omaste tunnuste rakendamine probleemivaba, kuna tihtipeale ei osata elulisi olukordi seaduse abstraktse sõnastuse alla sobitada. Näiteks on 2020. aastal Viljandi linnavalitsuses üleval küsimus, kas linnale kuuluvat jäätmejaama saaks kasutusse anda rendilepingu alusel või tuleks aastal 2022 sõlmida riigihangete seaduse kohaselt uus kontsessioon selle kasutusse andmise osas.<sup>30</sup>

Käesolevas töös analüüsiti kontsessioonilepingu eritunnuste sisu ja tähendust Eesti õiguses. Autor otsib vastust küsimusele, kas riigihangete seaduses sätestatud kontsessiooni regulatsioon sisaldab endas kõiki kontsessiooni eristamiseks omaseid tunnuseid või peaks kehtivat regulatsiooni muutma või täiendama. Seda hindab autor eelkõige kontsessioone puudutavate asjakohaste kohtupraktikate ja õiguslase kirjanduse analüüsi ja sellest johtuvate järelduste pinnalt. Töö on jaotatud lähtuvalt eesmärkidest kolme peatükki, millest esimeses peatükis käsitletakse kontsessiooni üld- ja eritunnuseid. Peatükis analüüsib autor kohtupraktikast,

<sup>25</sup> Samas, lk 19, p 3.1.2.

<sup>26</sup> Teabepäring Rahandusministeeriumile, 26.02.2020. (Allikas autori valduses).

<sup>27</sup> Samas.

<sup>28</sup> EKo 10.11.2011, C-348/10, *Norma-A ja Dekom*, p 62.

<sup>29</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta.- ELT L 94, 28.03.2014.

<sup>30</sup> Viljandi linnavalitsuse esindaja Kaidi Braun vastus autori teabepäringule, 23.04.2020. (Allikas autori valduses).

seadusest ja õigusalasest kirjandusest: 1) millised tunnused sobivad kontsessiooni iseloomustama ja miks ilmneb nende rakendamisel probleeme, 2) kas lisaks kontsessiooni mõistes toodule, on lepingu kvalifitseerimisel vaja arvestada täiendavate tingimustega, mis seadusest selgelt välja ei joonistu. Lähtuvalt esimeses peatükis leitud, adresseeritakse teises peatükis kontsessioonilepingu eristamist kasutuslepingutest, hüpoteegi seadmise lepingust ja lubadest eritunnuste kaudu, kuna nende omavaheline eristamine on Rahandusministeeriumi hinnangul enim probleeme tekitav.<sup>31</sup> Iga lepingu eristamine on jaotatud eraldi alapeatükki, milles autor analüüsib hankija ja erasektori vahelist õiguspraktikat ning toob esile, kuidas peab kriteeriume kasutama lepingu kvalifitseerimiseks. Töö kolmandas peatükis esitab autor eelnevate peatükkide analüüsi tulemusel koostatud lepingu kvalifitseerimise skeemi, mille läbimise abil on kasutajal võimalik tuvastada lepingu olemus. Skeem on praktiline tööriist, mis aitab hankijal orienteeruda kontsessiooni kvalifitseerimisel.

Magistritöö puhul on tegemist teoreetilise uurimusega, mis põhineb kohtulahenditel, riigihangete seadusel, kontsessioonidirektiivil ning õiguskirjanduse analüüsil (uurimismeetod). Allikaid on kogutud lähtuvalt andmekogumise kvalitatiivsest meetodist ja nendest tekkinud järeldused on andmete võrdlemise ja analüüsimise tulemusel esitatud üldistatult. Toetamaks teoreetilist kirjandust viis autor läbi mittestruktureeritud intervjuu kahe kohaliku omavalitsuse esindajaga. Eesmärk oli kaardistada nende kogemus kontsessioonide sõlmimisel.<sup>32</sup> Samuti esitas autor teabepäringuid Rahandusministeeriumile ja Pärnu linna koolidele saamaks tagasisidet kontsessioonidega seonduvast praktikast. Koolide osas sai autor tagasisidet vaid ühelt koolilt.<sup>33</sup>

Töid kontsessioonide teemal ei ole kirjutatud Eestis palju. Olulisemateks teemaga seonduvateks töödeks peab autor Mario Sõrme poolt kirjutatud magistritööd „Teenuste kontsessioon avalike teenuste delegeerimise vahendina Eesti ja Euroopa Liidu õiguses,<sup>34</sup>“ Carri Ginteri, Nele Parresti ja Mari Ann Simovarti poolt koostatud Juridica artiklit „Kontsessiooni vastuoluline regulatsioon Eesti õiguses<sup>35</sup>“ ning osaliselt oma magistritöös „Avalike teenuste erasektorile

<sup>31</sup> Teabepäring Rahandusministeeriumile, (viide 26).

<sup>32</sup> Autor täpsustab, et mõlemad hankijad (s.o Pärnu ja Viljandi linnavalitsuse esindajad) esitasid vastused peale kohtumist täiendavalt e-kirja teel autori poolt esitatud küsimustele.

<sup>33</sup> Pärnu Kuninga tänava põhikooli esindaja Koidula Säde vastus teabepäringule, 21.01.2020. (Allikas autori valduses).

<sup>34</sup> M.Sõrm. Teenuste kontsessioon avalike teenuste delegeerimise vahendina Eesti ja Euroopa Liidu õiguses. Magistritöö. Tallinn: 2014.

<sup>35</sup> C.Ginter, N.Parrest, M.A.Simovart. Kontsessiooni vastuoluline regulatsioon Eesti õiguses. Juridica 2012/4.

delegerimisest Tallinna linna praktikate näitel“<sup>36</sup> kontsessioonide kasutamist kajastanud Urmo Saareoja.

Magistritöö kirjutamisel kasutatud peamised allikad on Euroopa Kohtu, Eesti Riigikohtu, ringkonnakohtute ja halduskohtute lahendid, M.Steinicke ja P.L. Vesterdorfi poolt koostatud teos „EU Public Procurement Law. Brussels Commentary,“<sup>37</sup> Riigihangete seaduse kommenteeritud väljaanne<sup>38</sup> ja mitmed artiklid pärist õigusajakirjadest Public Procurement Law Review ja European Procurement and Public Private Partnership Law Review. Samuti kasutas autor allikana kontsessioonidirektiivi ja riigihangete seadust. Magistritöö vormistamisel on lähtunud J.Sootaki koostatud üliõpilastöö kirjutamise ja vormistamise juhendist.

Autor soovib siinkohal tänada oma juhendajat Mari Ann Simovarti ja Rahandusministeeriumi nõunikku Mario Sõrme, kelle konstruktiivne kriitika ja kommentaarid aitasid kaasa magistritöö valmimisele. Autor soovib samuti tänada dr. Timo Arula't igakülge abi eest eest töö valmimisel.

**Märksõnad: riigihankeõigus, hankeleping, kontsessioon, lepingute kvalifitseerimine**

<sup>36</sup> U. Saareoja. Avalike teenuste erasektorile delegerimisest Tallinna linna praktikate näitel. Magistritöö. Tartu: 2018.

<sup>37</sup> M. Steinicke; P. L. Vesterdorf. EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. North America: Hart Publishing 2018.

<sup>38</sup> M.A. Simovart, M.Parind (viide 2).

## 1. Ehitustööde ja teenuste kontsessiooni olemus ja tunnused

### 1.1. Kontsessiooni põhiolemus ja probleemkohad

Riigihangete seaduse § 4 punkti 13 kohaselt on kontsessioonileping ühe või mitme ettevõtja ja ühe või mitme hankija vahel sõlmitud hankeleping, mille puhul kontsessioonääri tasu seisneb kas ainult õiguses ehitist ekspluaterida või teenust osutada või selles õiguses koos rahaliste maksetega ja nõudluse või pakkumistega seotud äririsk läheb üle kontsessioonäärile. Teisiti öeldes on kontsessioonileping hankeleping, mis eristub viimasest oma spetsiifiliste tunnuste kaudu. Kontsessioone puudutav õiguslik regulatsioon läbis suurema uuenduskuuri kontsessioonidirektiivi vastuvõtmisega, mille koostamise eesmärgiks kontsessioonidirektiivi preambulis punktis 1 toodud selgituse kohaselt muuhulgas asjaolu, et Euroopa Liidu tasandil kontsessioonilepingute sõlmimise selgete eeskirjade puudumine tekitas õiguskindlusetust, takistas teenuste vaba osutamist ja põhjustas moonutusi siseturu toimimisel, kuna vastuvõtmiseni puudus konkreetne dokument, mis oleks selgelt sätestanud, mis on kontsessioon ja millest see koosneb. Muuhulgas kasutasid ja mõistsid liikmesriigid kontsessiooni olemust erinevalt, mistõttu Euroopa Komisjoni uuringutest selgus, et üle 60 % kõikidest EL-is sõlmitud PPP-lepingutest olid kvalifitseeritavad kui kontsessioonilepingud.<sup>39</sup> Selle tulemusena, et liikmesriigid sõlmisid kontsessioonilepinguid erinevate siseriigiliste reeglite alusel, oli suurendatud siseriiklike partnerite eelistamine, petturlus ja korrupsioon ehk teisisõnu ei olnud tagatud EL-i aluspõhimõtted, nagu võrdne kohtlemine või teenuste vaba liikumine.<sup>40</sup>

Kontsessioonilepingute reguleerimine eraldi direktiivina on saanud siiski suure kriitika osaliseks, kuna õigusteadlaste<sup>41</sup> hinnangul ei sisalda kontsessioone puudutav regulatsioon lepingu sõlmimiseks läbiviidavat menetlust niivõrd erineval moel, mis põhistaks vajaduse eraldi direktiivi osas ning piisanud oleks eraldi peatükist klassikalise riigihangete direktiivi juures.<sup>42</sup> Professor Sue Arrowsmith on märkinud, et uus regulatsioon töötab vastu direktiivi eesmärgile õigusselguse loomise suhtes, kuna kontsessioonidirektiivi enda sisu on segane<sup>43</sup>

<sup>39</sup>Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession contracts – frequently asked questions, 15.01.2014.- [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_14\\_19](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_14_19)

<sup>40</sup> Samas.

<sup>41</sup>Vt.ka A. Sanchez Graells. What need and logic for a new directive on concessions, particularly regarding the issue of their economic balance? *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, 2, 2012.; M.Burnett. The new european directive on the award of concession contracts: promoting value for money in PPP contracts. *European Procurement and Public Private Partnership Law Review* 9, 2014.

<sup>42</sup> S. Arrowsmith. *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK (Volume 2)*. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2018, lk 4.

<sup>43</sup> Samas, lk 5.

ning tegelik viga seisneb hoopis asjaolus, et hankedirektiiv ise ei sisaldanud sätteid kontsessioonide kohta.<sup>44</sup>

Käesoleva töö autor nõustub eeltoodud lähenemisega osaliselt, kuna probleem seisnes suuresti kontsessiooni olemuse ebaselges tõlgendamises. See tähendab, et erinevad Euroopa Liidu riigid kasutasid kontsessiooni instituuti erinevat tüüpi lepingute sõlmimiseks, mis tõepoolest võis turgu moonutada. Autor, olles läbitöötanud asjakohase kontsessioone puudutava Euroopa Kohtu praktika, on seisukohal, et igati tõepärane on väide, et kontsessioonidirektiivi kirjutati ümber Euroopa Kohtu poolt väljatöötatud põhimõtted.<sup>45</sup> Autor on seisukohal, et kontsessioonidirektiivi suurimaks eeliseks on mõiste ametlik kirjapanek, kuivõrd Euroopa Kohtu praktikas on peamiseks vaidlusaluseks küsimuseks olnud, missugused lepingud on kontsessioonina kvalifitseeritavad. Kontsessioonilepingu reguleerimisele aitas olulisel määral kaasa Euroopa Parlamendi ja Nõukogu poolt 26.02.2014 vastuvõetud direktiiv 2014/23/EL,<sup>46</sup> mis sätestas esmakordsel sõnastas seaduse sättena muuhulgas kaua vaieldud kontsessiooni mõiste. Peale kontsessioonidirektiivi vastuvõtmist tundub kontsessioonide kasutamine olevat laialdasem, kuid sellegipoolest ei ole kontsessioonile omaste tunnuste analüüsimine probleemivaba, kuna tihtipeale ei osata elulisi olukordi seaduse abstraktse sõnastuse alla sobitada. Näiteks on 2020. aastal Viljandi linnavalitsuses üleval küsimus sellest, kas linnale kuuluv jäätmejaama saaks kasutusse rendilepingu alusel või tuleks aastal 2022 sõlmida siiski praktika kohaselt uus kontsessioon selle kasutamise osas.<sup>47</sup>

Eesti õiguses võeti termin kontsessioon riigihankeõiguses kasutusele 2001. aastal, kui riigihangete seadusesse lisati ehitustööde kontsessioonide andmist reguleerivad sätted. 2007. aastal riigihangete direktiivi 2004/18/EÜ harmoneerimisel täiendati õigusruumi ka teenuste kontsessiooni mõistega.<sup>48</sup> Eestis on kontsessioone laialdaselt kasutatud jäätmeveo ning ühisveevärgi- ja kanalisatsiooni teenuse osutamisel, toitlustusteenuste ostmisel ja avalike hoonete rajamisel, kuid siiski võib kokkuvõtlikult öelda, et teadlikkus kontsessioonidest ja seetõttu nende kasutamisest on hakanud suurenema alles viimastel aastatel.<sup>49</sup> RHS v.r § 6

<sup>44</sup> S. Arrowsmith. Revisiting the case against a separate concessions regime in the light of the concessions directive – a specific directive without specificities? *The Internal Market and the Future of European Integration*. Cambridge University Press, 2019, lk 374.

<sup>45</sup> M.A. Simovart, M.Parind (viide 2), lk 888, p 20.

<sup>46</sup> Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta, ELT L 94, 28.03.2014.

<sup>47</sup> K.Braun (viide 30).

<sup>48</sup> M.Sõrm. Magistritöö (viide 34), lk 40.

<sup>49</sup> M.A. Simovart, M.Parind (viide 2), lk 883.

sätestas küll ehitustööde- ja teenuste kontsessiooni andmise mõisted, kuid ei lahendanud näiteks kontsessiooni ja hankelepingu omavahelise eristamise küsimust ning täielikult reguleerimata oli teenuste kontsessioone puudutav osa.<sup>50</sup> See tulenes asjaolust, et direktiiv 2004/17/EÜ<sup>51</sup> ei sisaldanud kontsessioone üldsegi, ning direktiiv 2004/18/EÜ<sup>52</sup> reguleeris vähesel määral ehitustööde kontsessioone puudutavat.<sup>53</sup>

Riigihangete seaduse eelnõu seletuskirjas on väidetud, et kontsessioonide vähene kasutamine peitub muuhulgas ka selles, et hankijad ei ole teadlikud, et tegemist on teenuste kontsessiooniga, pidades kontsessioonilepingut tavaliseks teenuste hankelepinguks.<sup>54</sup> Näiteks ilmestab toodud olukorda Riigikohtu lahend aastast 2002,<sup>55</sup> milles pooled nentisid, et eluruumi kasutusse andmine toimus hoopis kontsessiooni andmise teel. Seega ei ole olnud kontsessiooni eristamine problemaatiline pelgalt hankelepingust, vaid ka muudest lepingutest. Riigihangete seaduse eelnõus on hinnatud, et uue ja täiendatud seaduse vastuvõtmisega kasvab teadlikkus kontsessioonidest, mistõttu kasvab ka nende lepingute sõlmimise arv.<sup>56</sup>

Võttes arvesse, et kontsessioonidirektiivi üheks eesmärgiks oli ühtlustada ja kaotada ära kontsessiooni mõiste erinev tõlgendamine liikmesriikide poolt, siis on direktiiv selle eesmärgi oma olemuselt täitnud näiteks seeläbi, et kontsessioonidirektiivi preambulis on toodud esile soovitusel, mis liiki lepinguid ei tuleks kontsessioonina käsitleda, näiteks haldusorgani poolt väljastatavad load, mis on oma olemuselt hoopis ühepoolsed otsused.<sup>57</sup> Küll aga tuleks tähelepanu pöörata asjaolule, et kuigi kontsessiooni mõiste avab varasemast paremini kontsessiooni sisu, ei anna see siiski otsest vastust, kui suur või mis tüüpi riski peab erasektori esindaja enda kandma võtma. Autori arvates on see riski taseme jätkuv määramatus ka üheks põhjuseks, miks ei ole ka peale direktiivi vastuvõtmist joonistunud praktikas välja nende kriteeriumite selge kasutamine. See omakorda tingib jätkuvalt vigu lepingu kvalifikatsiooni määramisel. Eritunnuste mõistmisel ja regulatsiooni kasutamise muudab on autori hinnangul keerukamaks ka direktiivi preambuli õiguslik sidumatus riigihangete seadusega. Selle pinnalt

<sup>50</sup>Kaurov T, Kanger I jt (viide nr 19), lk 9.

<sup>51</sup>Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlus. – ELT L 134, 30.04.2004;

<sup>52</sup>Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihanke lepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.04.2004.

<sup>53</sup>M.A. Simovart, M.Parind (viide 2), lk 889, p 22.

<sup>54</sup>Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu (450 SE) juurde, lk 37.

<sup>55</sup>RKHKo 23.01.2002, 3-3-1-1-02, p 4.

<sup>56</sup>Seletuskiri (viide 54), lk 37.

<sup>57</sup>M. Steinicke, P. L. Vesterdorf (ed.) (viide 37), lk 124, p 10.

pole selge, kuidas tuleks hinnata selles toodud selgitusi ning kuidas peab selles toodud ettepanekuid oma igapäevases töös rakendama.

### **1.1.1. Kontsessioonidirektiivi preambuli (õiguslik) tähendus**

Kontsessioonidirektiivi preambul ehk selgitav osa koosneb 87-st punktist. Nende hulgas on märkimisväärne tähelepanu pööranud muuhulgas kontsessiooni eristamisele teistest lepingutest või erinevatest siseriiklikest aktidest (tegevusload, ainuõigused jms). Direktiivi normide hulgast selgeid eristamise sätteid aga ei leia. Sellest tulenevalt tekkis käesoleva töö autoril küsimus, missuguse õigusliku tähenduse saab omistada direktiivi preambulile. Näiteks direktiivi selgituse punkti 15 kohaselt ei tuleks kontsessioonideks muuhulgas pidada riigi sisesadamate lepinguid. Selgitus on antud tingivas kõneviisis, õigusnormid sadamate lepingute (ja ka teiste lepingute) kohta midagi ei sätesta.

Euroopa Kohus on selgitanud, et ühenduse õigusakti preambulil (õigusakti põhjendustel) ei ole õiguslikult siduvat jõudu ja sellele ei saa tugineda asjaomase akti sätetest erandi tegemiseks või nende sätete selliseks tõlgendamiseks, mis on ilmselgelt vastuolus selle sõnastusega.<sup>58</sup> Sellest tulenevalt on selge, et ka riigihangete direktiivide selgituste näol on tegemist eelkõige seadusandja võimaliku tõlgendamise soovitusena ning ka Euroopa Liidu õigusaktides esitatud preambuli kasutatakse eelkõige selgitamiseks direktiivi õigusnormide mõtet, kuid preambul iseseisvalt ei oma direktiivi sisuliste sätetega sama tähendust.

Järelikult on liikmesriigi seaduseandjale jäetud diskretsioon otsustamiseks, kuidas siseriiklikult reguleerida preambuli põhimõtteid. Toodud selgitused on soovituslikud ning mõistlikud, kuid nende ülevõtmine õigusnormina ei ole kohustuslik. Sellest johtuvalt Eesti seadusandja võib, kuid ei ole kohustatud järgima näiteks preambuli punktis 15 toodud selgitust, et kontsessioonida ei peaks käsitlema üldisi kasutustingimusi sisaldavaid sadamate- või rendilepinguid.

Eesti õiguskirjanduses on analüüsitud Põhiseaduse preambuli mõtet ning on leitud, et preambul on seadusandliku akti sissejuhatus või parema sõna puudumisel prelüüd, mis eelneb alati konkreetsetele normidele.<sup>59</sup> Euroopa Liidu õigusaktides on selgitava osa olemasolu pigem reegliski, mitte erandiks, kuna Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklist 296 tuleneb üheselt

<sup>58</sup>EKo, C-136/04, *Deutsches Milch-Kontor*, p 32; EKo, C-134/08, *Hauptzollamt Bremen*, p 16.

<sup>59</sup>V. Saaremets. Preambul- põhiseaduse privileeg? Õiguskeel 2012/4, lk 1.  
[https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/saaremets\\_preambul\\_parandatud.pdf](https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/saaremets_preambul_parandatud.pdf)

kohustus esitada õigusaktides nende vastuvõtmise põhjused, mis peaks aitama regulatiivosa põhisätete vastuvõtmise põhjuseid mõista ilma neid kordamata või ümber sõnastamata.<sup>60</sup> Järelikult kannab preambul edasi direktiivi koostaja tahet, kes ei ole aga mingil põhjusel pidanud vajalikuks toodud ettepanekud kehtestada õigusnormina. Küll aga ei tule töö autor ühegi mõistliku idee peale, miks peaks kontsessioonidirektiivi preambulis toodust kalduma kõrvale igapäevases õiguspraktikas. Juhul kui selleks on mõistlik vajadus, tuleks direktiivi mittekohaldamine konkreetsete lepingutüüpide osas seadusandjal sätestada selge ja arusaadava välistusena.

Riigihangete lepingud on üldjuhul kõrge maksumusega ja pakuvad tihtipeale piiriülest huvi, eelkõige võimalikud lepingud sadamasektoris. Paraku aga jääb hankijale siiski teatud võimalik ebakindlus oma tegevuse reguleerimisel, sest kuni seadusandja ei ole õigusnormina sätestanud, et üldisi kasutustingimusi sätestavad rendilepingud ei ole kontsessioonid, võidakse põhimõtteliselt selline leping just kontsessiooniks tõlgendada. Kehtiva õiguse kohaselt peab huvitatud pool reguleerima oma käitumist eelkõige riigihangete seaduses toodud regulatsioonist lähtuvalt, ning täiendaval vajadusel arvestama kontsessioonidirektiivi selgitusi, kuni sellele ei kerki õiguspraktika pinnalt teistsugust lähenemist. Selle tulemusel võib hankija jääda ilma mitmest kasulikust kontsessioonilepingu kasutamise võimalusest, isegi kui oma suhte iseloomust tulenevalt võiks see olla parim võimalus kasutamaks ära erasektori rahastust ja oskusi.<sup>61</sup> Näiteks kui hankijal on huvi rentida välja maa-ala, mis on sadama territooriumil ja ta märgib, et seal võib asuda ehitama söe-terminali, siis kas lepingu võib lähtuvalt kontsessioonidirektiivi preambuli punktist 15 sõlmida rendilepinguna või peab siiski viima läbi riigihanke. Kui võtta arvesse, et hankija ei telli teenust, siis võib järeldada, et leping vastab kasutustingimuste erandile. Siiski võidakse hiljem argumenteerida, et tegemist ei olnud rendilepinguga. Eeltoodust koorub autori arvates välja vajadus sellise erandi, st üldise maa kasutusse andmise lepingute selge lisamise järele riigihangete seadusesse, eelkõige RHS § 14 ja RHS § 132 toodud loetelu juurde, millega välistatakse RHS-i kohaldamine kasutuslepingute sõlmimisel.

## **1.2. Kontsessiooni eritunnused**

Riigihangete seaduse kohaselt on hankeleping hankija ja ettevõtja vahel sõlmitud rahaliste huvidega seotud leping, sealhulgas kontsessioonileping, mille esemeks on asjad, teenused või

<sup>60</sup> Sama, lk 4

<sup>61</sup> B. Bulum, M.Pijaca, M.V.Žužul. Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts and its application in the shipping sector. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 66 No. 2-3, 2016. - <https://hrcak.srce.hr/157621>

ehitustööd (RHS § 8 lg 1). Seega on ka kontsessioonileping hankeleping, mille tunnused jagunevad üld- ja eritunnusteks. Üldtunnused on klassikalisele hankelepingule omased tunnused, milleks on seaduse kohaselt, et poolteks on hankija(d) ja ettevõtja(d), sisuks toodete hankimine või teenuste ja ehitustööde tellimine, lepingu rahaline huvi ja täiendava defineeriva tunnusega lepingu kirjalik vorm.<sup>62</sup> Järelikult selleks, et leping vastaks kontsessiooni tunnustele, peavad tal esmalt esinema hankelepingu tunnused ning alles seejärel saab hakata vastama küsimusele, kas leping vastab muuhulgas ka kontsessiooni eritunnustele.

Eritunnustest on enim tuntud äririski ülemineku ja tasu maksmise tunnus,<sup>63</sup> kuid autor uurib käesolevas töös, kas eritunnustena tuleks täiendavalt käsitleda ka hüve saamise õigust ja kohtupraktikas tihedalt kasutatud leidnud kontsessioonääri tegevusvabadust. Ühest küljest tundub, et tunnused on selged ja arusaadavad, kuid ometi selgub õiguspraktikast, et alati ei osata lepingut kontsessioonina kvalifitseerida, mille põhjus peitub asjaolus, et eritunnuste abstraktse mõiste eluline sisustamine on osutunud keeruliseks. Näiteks on Eestis riski kriteeriumi hindamisega silmitsi seistud mitmetes kohtuvaidlustes, mis puudutasid reisijate vedu parvlaevadega. Nendes ja sarnaste probleemiga kaasuses seisneb küsimus asjaolus, kui suures ulatuses võib hankija osaliselt hüvitada lepinguga seotud kulusid niimoodi, et täitjale jääks alles kontsessioonile omane äririsk. Seega leiab töö autor, et kontsessioonile iseloomulike tunnuste tundmise, tuvastamise ja analüüsi tulemusel hankija poolt, valib hankija kohase menetluse, mille tulemusel sõlmitakse eelduslikult õige leping.<sup>64</sup>

### **1.2.1. Rahalised huvid ehk hüve kriteerium**

RHS § 8 lg 1 kohaselt on hankeleping hankija ja ettevõtja vahel sõlmitud rahaliste huvidega seotud leping, sealhulgas kontsessioonileping, mille esemeks on asjad, teenused või ehitustööd. RHS-i kommenteeritud väljaandes on selgitatud, et rahaliste huvide kriteeriumi tuleb käsitleda kui vastastikuse soorituse nõuet või soorituse eest vastutasu saamise nõuet, mis loetakse täidetuks ka kaudse (st mitterahalise) tulu ja igasuguse muu varalise eelise saamise puhul.<sup>65</sup> Kontsessioonidirektiivi preambuli punkt 11 selgituse kohaselt on ka kontsessioonid rahaliste huvidega seotud lepingud. Seadusandja on samas lisanud, et kontsessiooniga peab tingimata kaasnema hüve, mida hankija saab ehitistest või teenustest. Õiguskirjanduses on leitud, et

<sup>62</sup> M.A. Simovart, M.Parind (viide 2), lk 95, p 4.

<sup>63</sup> Samas, lk 882, p 4.

<sup>64</sup> RKHKo 3-3-1-39-12; TlnRnKo 3-17-2768.

<sup>65</sup> M.A. Simovart, M.Parind (viide 2), lk 96 p 8.

kolmandate isikute (mitte lepingupooled) poolne kasusaamine kontsessioonilepingu esemest, on kontsessioonilepingu eriline tunnus.<sup>66</sup>

Rahandusministeeriumile 2019. aastal esitatud järelevalvemenetluse algatamise taotluses on samuti leitud, et hüve saajaks peavad olema kolmandad isikud,<sup>67</sup> ehk kui hüve saajaks on vaid hankija, siis ei ole täidetud kontsessioonile omane tunnus. Ministeerium selle väitega ei nõustunud ning selgitas vastuses, et tegemist on vastupidise olukorraga, kuna nii kontsessioonidirektiivi selgituse punktist 11 kui ka RHS § 131 lg 2 tuleb esile, et hüvele õigustatud isik on hankija või kolmandad isikud seekaudu, et hankijal on kohustus selle teenuse olemasolu tagada.<sup>68</sup> Kontsessioonidirektiiv ei ava paraku laiemalt, mida tuleb saadava hüvena käsitleda. Samas on muidugi loomulik, et hankija peab saama igasugusest hankest mingisugust kasu, kuivõrd hanke eesmärgiks on hankida asju, teenuseid või ehitustöid, sest hankijal on neid vaja kasutada talle usaldatud ülesannete täitmiseks<sup>69</sup> või tema enda vajaduste tarbeks. Tihti peale võivad need vajadused olla omavahel ka seotud, kuivõrd hankijal on vaja mingit asja, näiteks pastapliiatseid selleks, et kirjutada haldusotsuseid või hoonet, milles üleüldsegi töötada.

Küsimus tõusetub ka sellest, kas hankelepingu rahaliste huvidega seotus on sama, mis kontsessioonilepingu puhul või on direktiivis viidatud hüve omane vaid kontsessioonile.<sup>70</sup> Autor analüüsib käesolevas alapeatükis, kas seda võib pidada kontsessiooni eritunnuseks ning kuidas seda põhimõtet elulistes olukordades sisustada. Näiteks on Viljandi linnavalitsus selgitanud, et kontsessiooni sõlmimine bussi ootepaviljonide rajamise osas<sup>71</sup> oli suuresti mõjutatud asjaolust, et nende jaoks on rahaline kokkuhoid (nt selletõttu, et nad ei pea ootepaviljone alaliselt hooldama, remontima, vahetama jms) suurem, kui võimalik reklaamist saadav kaudne tulu.<sup>72</sup>

<sup>66</sup> C.H. Bovis. Highlight of the EU Procurement Reforms: The new Directive on Concessions. European Procurement and Public Private Partnership Law Review, 1/2014, lk 1.

<sup>67</sup> Järelevalveteade seoses riigihankega nr 203204. Rahandusministeerium, 11.01.2019. (Allikas autori valduses).

<sup>68</sup> Järelevalvemenetluse alustamata jätmine, nr 12.2-1/288-2. Rahandusministeerium, 17.01.2019. (Allikas autori valduses).

<sup>69</sup> Seletuskiri (viide 54), lk 11.

<sup>70</sup> M.Sõrm. Kontsessioonilepingu piiritlemine rahaliste huvide kriteeriumi alusel. Riigihankeblogi, 24.09.2019. - <https://riigihankeblogi.com/tag/kontsessioonileping/>

<sup>71</sup> E-riigihangete keskkond. Teenuse kontsessiooni andmine reklaami eksponeerimiseks, 09.09.2019, nr 213044. <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1601592/general-info>

<sup>72</sup> K.Braun (viide 30)

Euroopa Kohtupraktikas on antud mõistele rahalised huvid lai tähendus, pidades selle all eelkõige silmas riigihankedirektiivide üldisi eesmärke, milleks on avada riigisisesed riigihanketurud konkurentsile ja hoida ära asutamislepingud tunnustatud põhivabaduste kasutamise takistamine.<sup>73</sup> Sellest johtuvalt ei tähenda rahalised huvid ilmingimata raha selle sõna otseses tähenduses, vaid viitavad ka mingile väärtusele või kohustusele teha vastuteene lepingu täitmise eest (näiteks konkreetsete sissemaksete tegemine projekti rahastamise eesmärgil ja selle teostamisega seotud võimaliku riski kandmine).<sup>74</sup> Nimetatud vastuteene viitabki omakorda põhimõttele, et kohustused peavad olema üksteise suhtes vastastikku täidetavad ja nõutavad. Kohtupraktikas on öeldud, et rahaliste huvide olemasolu kinnitamiseks on vaja, et hankijal oleks tekkinud majanduslik koorimis kas ettevõtjale tulu maksmise kaudu või saamata jäänud tulu või muude ressursside kaudu,<sup>75</sup> sest ainult sellisel juhul tekib mõlemapoolne suhe, mis seisneb tegeliku majandusliku väärtusega vastastikuste kohustuste täitmises hankija ja pakkuja vahel.<sup>76</sup>

Inglismaa kohtus oli lahendamisel kaasus, mille vaidluse esemeks oli lepingu kvalifikatsioon. Kaasuse asjaolude kohaselt kuulus omavalitsusele kaks krunti, millel paiknesid reklaamikandjad. Omavalitsuse poolt sõlmitud lepingus oli märgitud maa kasutusotstarbeks ärimaa ning lepingu eesmärgiks oli seetõttu reklaamseadeldiste (konstruktsioonide) kasutamine majandusliku kasu saamise eesmärgil. Kohus leidis, et antud juhul ei olnud tegemist kontsessiooniga, kuna maa kasutusse andmisest ei saanud kohalik omavalitsus ega selle elanikud otsest kasu, erinevalt näiteks sellisest kasust, mida saadakse parkimisteenuse osutamisest või avalike tualettide opereerimisest piirkonnas.<sup>77</sup> Seega leidis kohus, et tulu mida hankija saab näiteks hoonestusõiguse omamise eest makstava tasu näol, ei ole piisav põhistamiseks hankija hüve lepingu suhtes ja selline majanduslik tulu ei ole alus riigihanke korraldamisele.

Kaasusest tuli esile, et hankija eesmärgiks oli anda talle kuuluv maa-ala lihtsalt kasutusse ja saada selle kasutamise eest tasu. Ettevõtja eesmärgiks oli teenida tulu võimalusest kasutada reklaamseadeldisi, kui tal peaks huvi selle vastu tekkima, kuid hankijal ei olnud lepingu järgi õigust seda ettevõtjalt nõuda. Seega puudus hankijal lepinguga õigus nõuda teenuse pakkumist,

<sup>73</sup> EKo 26.05.2011, C-306/08, *komisjon vs Hispaania kuningriik*. Kohtujurist Niilo Jääskinen ettepanek, p 80.

<sup>74</sup> EKo 15.06.2006, C-220/05, *Auroux jt*. Kohtujurist Juliane Kokott ettepanek, p 53.

<sup>75</sup> *Komisjon vs Hispaania kuningriik* (viide 73), p 86.

<sup>76</sup> Samas, p 87.

<sup>77</sup> P.Hently. The definition of a concession: *Ocean outdoor UK ltd v London Borough of Hammersmith and Fulham*. Case comment. *Public Procurement Law Review*, 2019, 3, lk 3.

mistõttu polnud antud kaasuses tegu vastastikuste kohustustega seotud lepinguga, mis välistas eos hankelepingu sõlmimise võimaluse.<sup>78</sup>

Samuti ei olnud asjaolude kohaselt hankijal otsest majanduslikku huvi, kuna talle ei olnud lepinguga garanteeritud reklaamitulu saamine. Euroopa Kohus on leidnud, et hanke eesmärk peab hankijale tagama justnimelt majanduslikku huvi, mis on olemas kindlasti siis, kui hankija saab majanduslikke eeliseid ehitise kasutamisest või selle edaspidisest võõrandamisest, kui ta rahastab ehitise rajamist või kandis ehitustööde ebaõnnestumisega seotud majanduslikke riske.<sup>79</sup> Sellist seisukohta on seadusandja väljendanud ka kontsessioonidirektiivi põhjenduse punktis 11, mille kohaselt ei pea kontsessioonilepinguga kaasnema ilmingimata omandiõiguse üleminekut, vaid oluline on, et hankija saaks selgelt hüve osaliseks.

Sellest tulenevalt ei olnud ka kirjeldatud kaasuses tegemist kontsessioonilepinguga, kuna hankija ei saanud lepingust otsest hüve. Hankija ei täitnud lepinguga mingisugust haldusõiguslikku kohustust ega saanud nõuda, et ettevõtja teenust ekspluateeriks (ettevõtja pidi kasutusotstarbega arvestama juhul, kui ta otsustab lepingu eset kasutada, kuid ei pidanud seda tegema). Seega ei ole lepingu kvalifikatsiooni puhul sobilik pelgalt hankija väide, et saadav rahaline sissetulek on piisav tema majandusliku huvi põhistamiseks.

Sarnase põhimõtte on Euroopa Kohus avanud ka lahendis *Helmut Müller*<sup>80</sup>, milles hindas kohus küsimust, kas tehing, mille käigus võõrandas kohalik omavalitsus kinnisasja eraettevõtjale, kehtestas sellele detailplaneeringu (linnaosa arendamine) ja tulevikus sõlmitava arenduslepingu, on kontsessioon. Küsimus taandus asjaolule, kas lepingu kvalifitseerimiseks on vaja, et töid tehtaks hankija otsestes majanduslikes huvides või piisab, et tööd tehakse avalikel eesmärkidel, nagu seda on kohaliku omavalitsuse territooriumi ühe osa linnaehituslik arendamine.<sup>81</sup> Asjaolude kohaselt hinnati, kas ühe kohaliku omavalitsuse territooriumi osa linnaarendus või planeeringu sidusus, mille eesmärgiks on täita avaliku huvi eesmärki, on hankija majandusliku huvi esemeks ja seetõttu hüve saamine. Käesoleval juhul leidis kohus, et linna planeerimine on üldjuhul tegevus, mis toimub loa alusel ning seetõttu on kaheldav, kas tegemist saab kuidagi olla hankelepinguga, mis on sõlmitud hankija majanduslikes huvides.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> Samas.

<sup>79</sup> EKo 25.03.2010, C-451/08, *Helmut Müller*, p 49-53.

<sup>80</sup> Samas.

<sup>81</sup> Samas, p 40.

<sup>82</sup> M. Sõrm. „Kontsessioonilepingu piiritlemine rahaliste huvide kriteeriumi alusel.“ Riigihankeblogi, lk 3. - <https://riigihankeblogi.com/page/3/>

Ilmselt on kõiksugusest linna arendusest kasu igal kohalikul omavalitsusel, kuid teenus või ehitustöö peab olema teostatud hankija otseste huvide tagamiseks, et tegemist oleks riigihanke alase tegevusega.

Sama põhimõtte tuleb esile ka Tallinna Ringkonnakohtuni jõudnud lahendist *Funnypark*,<sup>83</sup> milles nõustus kohus teenuse pakkuja seisukohaga, et lõbusõidurongi teenuse pakkumine Tallinna vanalinnas, mille käigus saab teenuse osutaja õiguse kasutada avalikku ja piiratud ressursi nagu vanalinna tänavad, on kasulik nii era- kui ka avalikele huvidele. Avalike huvide all peeti silmas turismi edendamist Tallinnas, mille kaudu leidis kohus, et ka see on üks tunnusjoon, mille põhjal on võimalik leida, et poolte vaheline suhe oli kontsessioonisuhe. Selle põhjal saab järeldada, et kohus leidis kaasuses, et turismi edendamine on muuhulgas sobilik kriteerium põhistamaks hankija majanduslikku huvi ning alus riigihanke läbiviimiseks.

Kahe lahendi vahel on oluline ebakõla, kuna ühe kaasuse puhul on linnas toimuv erategevus hankija majanduslikes huvides, teisel juhul mitte. Seetõttu ei pea autor õigeks Tallinna Ringkonnakohtu seisukohta, et turismi edendamine on hankija huvides, sest tegemist on liiga kaudse hankija hüvega. Sellisest vaatenurgast lähenedes saab öelda, et iga erasektori tegevus, mis puudutab kuidagi hankijat, toob talle hüve ning peaks seetõttu olema allutatud hankemenetluse regulatsioonile. Näiteks oleks sellisel juhul hankija huvides ka suvel Pärnu linnas jäätiseputka müügitegevuse korraldamine, sest turistidel ja linnaelanikel oleks niimoodi meeldivam puhkust veeta.

Muuhulgas tundub, et kui *Helmut Müller*<sup>84</sup> lahendis oleks öeldud, et lepingute sõlmimine planeerimistegevuse raames on riigihankeõiguse ese, siis tuleks järelikult sisuliselt igasuguste planeerimistegevust käsitleda kui riigihanget. See viiks aga riigihankeõiguse ebamõistliku laiendamiseni, mis ei olnud aga Euroopa Kohtu eesmärk. Kahe lahendi vahe on muidugi aga suur, kuivõrd *Funnypark*<sup>85</sup> kaasuse ese oli lõpp-astmes ühe kohaliku tähtsusega lepingu sõlmimiseks kasutatavas kohases menetluses, mistõttu selle lepingu kvalifitseerimine kontsessioonina ei oleks toonud endaga kaasa märkimisväärseid tagajärgi. *Helmut Müller*<sup>86</sup> lahendi puhul oleks tagajärg mõjunud kõikidele Euroopa Liidu liikmesriikidele, kes peaksid arvestama kohtupraktikat oma edasises õigusalasises tegevuses. Seega võis Euroopa Kohus olla

<sup>83</sup> *Funnypark* (viide 64).

<sup>84</sup> *Helmut Müller* (viide 79).

<sup>85</sup> *Funnypark* (viide 64).

<sup>86</sup> *Helmut Müller* (viide 79).

ettevaatlik sellise lepingu riigihankelepinguna kvalifitseerimisel, kuna see laiendaks oluliselt riigihankeõiguse kohaldumist erasektori tegevusele.

Seega jõudis eelneva pinnalt autor järeldusele, et võtmesõnaks lepingu kvalifitseerimisel on tingimus, et leping sisaldaks vastastikku siduvaid kohustusi, mille kaudu saab hankija endale mitte lihtsalt hüve, vaid justnimelt otsese hüve, mis ei pea väljenduma selle majanduslikus väärtuses, vaid võib olla ka esemeline või tagada tema jaoks mingisuguse teenuse, mille tagamine oleks muidu tema haldusõiguslik kohustus või mille tagamise osas on hankijal otsene huvi, sest ta saab lepingust kasu. Majanduslik kasu peab olema selgelt tuvastatav, kuna muul juhul oleks tegemist kontsessiooni tunnuste ebamõistliku laiendamisega, mille tõttu tuleks kontsessioonilepinguteks lugeda kõiksugused lepingud, mille kaudu saab hankija kas või minimaalsel määral kasu.

Autori hinnangul ei ole hüve kontsessiooni puhul talle erandlik fenomen, mistõttu tuleks hüve saamist hinnata hankelepingu kvalifitseerimise juures, kuid kindlasti on tegemist vähe tähelepanu saanud põhimõttega, mida on eeltoodud arvestades sageli vääralt ja liiga laiendatult kasutatud. Autor on praktika analüüsiga tuvastanud, et elulistes olukordades ei pöörata piisavalt tähelepanu otsese hüve põhistamisele. Eelkõige tuleb otsese hüve nõue esile kohtupraktika tõlgendamisest ning autori hinnangul võiks otsese hüve saamise lisada RHS § 8 ja RHS § 131 toodud hanke- ja kontsessioonilepingute mõiste juurde. Praegune seaduse sõnastab võimaldab rüütada linnaplaneerimisalaseid tegevusi kontsessioonilepingute pähe, kuigi tegemist on kahe erineva kohustusega, millest üks ei peaks olema allutatud hanke- ega kontsessioonimenetlusele. Sellegipoolest ei tohi sellisele järeldusele jõudmisel unustada, et riigivara kasutusse andmisel muu lepingu alusel, tuleb siiski arvestada, et avalik ressurss tuleb anda kasutusse kohases menetluses, mis garanteerib võrdse võimaluse huvitatud osapooltel sellest osavõtmiseks (avalikkus), proportsionaalsuse, läbipaistvuse ja ühetaolise kohtlemise.<sup>87</sup>

### **1.2.2. Äririsk ja ekspuuteerimisõigus**

Olukorras, millal leping vastab hankelepingu tunnustele, on asjakohane järgmisena kontrollida, kas lepinguga on kantud kontsessioonäärile üle lepingu täitmisega seonduv (nn ekspuuteerimise) äririsk. Täiendavalt tuleb hinnata, mis on selle riski aste ehk kas tegemist on piiratud riskiga ning kui on, siis kas see piiratud risk on antud üle olulises osas. Seega saab riski

<sup>87</sup> RKHKo, 29.11.2020, 3-3-1-29-12, p 14.

kriteeriumi jaotada kaheks – ühest küljest on tegemist klassikalise riskiga ja teisalt piiratud ehk reguleeritud sektori äririskiga.<sup>88</sup> Nimetatud jaotus on oluline, kuna kontsessioone sõlmitakse märkimisväärsel arvul ka just reguleeritud sektoris, milleks võib näiteks pidada veemajandust või jäätmekäitlust. Lihtsamalt öeldes on sellisel puhul tegemist olukorraga, kus äririsk on juba algselt piiratud, kuna teenuse korraldamine on reguleeritud avalik-õiguslike normidega, millele hankijal ei ole mõju, mistõttu ei ole tal võimalik luua ega anda üle riskifaktoreid.<sup>89</sup>

Riski mõiste tuleneb kontsessioonidirektiivi artikkel 5 punktist 1,<sup>90</sup> mille kohaselt kaasneb ehitustööde või teenuste kontsessiooni andmisega nende ehitiste või teenuste ekspuuteerimisega seotud sellise riski üleminek kontsessioonäärile, mis seisneb nõudluse või pakkumisega seotud riskis või mõlemas korraga. Kontsessioonäär loetakse äririski kandvaks, kui tavapärase tegevustingimuste korral ei ole tagatud, et kontsessiooni esemeks oleva ehitise kasutamise või teenuse osutamisega kaetakse tehtud investeeringud või tekkinud kulud. Kontsessioonäärile üle mineva äririski osa sisaldab tõelist turul ettenägematute olukordade esinemise riski, mis tähendab seda, et kontsessionääri võimalik kahjum ei ole vaid marginaalne ja ebaoluline.

Oluline on silmas pidada, et äririski realiseerumisena ei käsitleta selliseid omadusi, mis on iseloomulikud kõigile lepingutele, näiteks halb juhtumine, lepinguliste kohustuste täitmata jätmine või vääramatu jõud.<sup>91</sup> Selline eristamine on väga oluline, kuna eraettevõtja kannab igasuguse ettevõtluse raames majanduslikku riski, kuid selleks, et lahterdada risk kontsessioonile omase riskina, peab see risk avanema justnimelt lepingu eseme ekspuuteerimise kaudu.<sup>92</sup> Sellise riski idee seisneb asjaolus, et kontsessionäär peab juba lepingu sõlmimisel aktsepteerima sellele omast ohtu ehk tulevikus tekkida võivat ebaõnnestumise võimalust<sup>93</sup>, mille realiseerimise tõttu ei pruugi kontsessionäär teenida tagasi enda tehtud kulutusi<sup>94</sup> teenuse osutamisel või ehitise ehitamisel.

<sup>88</sup> *Eurawasser* (viide 12), p 72.

<sup>89</sup> M.A. Simovart, M.Parind (viide 2), lk 882 p 20.

<sup>90</sup> Kontsessioonidirektiivi artikkel 5 lg 1.

<sup>91</sup> Kontsessioonidirektiivi preambuli põhjendus 20; EKo 10.03.2011, C-274/09, *Krankentransport Stadler*, p 38.

<sup>92</sup> *Norma-A ja Dekom* (viide 28), p 44.

<sup>93</sup> EKo 18.09.2019, C-526/17. *Komisjon vs Itaalia*. Kohtujurist Eleanor Sharptsoni ettepanek, p 85.

<sup>94</sup> Euroopa Komisjoni ettepanek. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta 20.12.2011, p 7. -  
[https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com\(2011\)0897\\_/com\\_com\(2011\)0897\\_et.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0897_/com_com(2011)0897_et.pdf)

Riski ülekandumine on peamine viis, mille kaudu on võimalik eristada hankelepingut kontsessioonist, kuna kui lepingulises suhtes jääb risk hankija kanda, siis on tegemist pigem hankelepinguga.<sup>95</sup> See on oluline hinnangu koht, mis vajab iga kaasuse korral eraldi analüüsi, sest esmapilgul võib jääda mulje, et kui hankija maandab riskid, näiteks tagades ettevõtjale tulu enda poolt osaliselt või tervikuna, ei ole risk üle kantud, kuid tegelikkuses ei välista see lepingu kontsessioonina käsitlemist.

Riski tunnus on tekkinud Euroopa Kohtu praktika pinnalt, mis on omakorda tuletatud asjaolust, et kui lepingu järgi seisneb kokkulepitud hüvitamise meetod selles, et teenuseosutajale antakse õigus realiseerida omaenese teenuseid, siis teenuseosutaja võtab enda kanda teenuse osutamisega seonduva riski.<sup>96</sup> Omaenese teenuste realiseerimine on eksitav sõnastus Euroopa Kohtu poolt, kuna kontsessioonäär ei pea pakkuma omaenese teenuseid, vaid võib selle lepinguga delegeerida ka kolmandale isikule.<sup>97</sup> Oluline on asjaolu, et kontsessioonääril on kohustus täita lepingut ehk valmistada ehitustöö või pakkuda teenust. Kuidas aga täpselt mõista, et risk on piisavalt erasektorile kantud, on olnud oma ebaselguse tõttu vaidluskoht õiguspraktikas juba pikemat aega.

Äririiski ülemineku idee on kontsessioonidirektiivi kohaselt seotud ainult nõudluse ja pakkumise mõistega. Nõudlusega seotud riski tuleks mõista kui riski seoses tegeliku nõudlusega lepingu esemeks oleva ehitustöö või teenuse järele. Pakkumisega seotud riski tuleks aga mõista kui riski seoses lepingu esemeks oleva ehitustöö tegemise või teenuse osutamisega, eelkõige riski, et teenuse pakkumine ei vasta nõudlusele<sup>98</sup> (näiteks praamiliikluse tagamise eesmärgil pakutakse sõidugraafiku alusel liigseid igapäeva sõite või täiendavaid reise, mille külastamise osas võib huvi ootamatult langeda). Tulenevalt sellest tuleb kontsessiooni tuvastamiseks hinnata, kas kontsessioonäärile kantav risk on selline, mis on mõjutatud näiteks nõudlusest niivõrd, et selle vähenemisel võib kontsessioonäär tehtud investeeringutest ilma jääda. Õiguskirjanduses on leitud, et riski realiseerumise sõltub kontsessinääri tegevusest.<sup>99</sup> Nõudlus sõltub sageli pakkumise atraktiivsusest. Näiteks kui kontsessioonäär ehitab parkimismaja, kuid määrab sellele liiga kõrge tunnitasu, siis väheneb teenuse tarbimise

<sup>95</sup> M.Sõrm. Magistritöö (viide 34), lk 12.

<sup>96</sup> M.A. Simovart, M.Parind (viide 2), lk 882 p 16.

<sup>97</sup> *Helmut Müller* (viide 79), p 61.

<sup>98</sup> Kontsessioonidirektiivi selgituse artikkel 20.

<sup>99</sup> E.N.Yevstafyev, Nikolay V. Yevstafyev. Risk assessment in concessions: A case study on municipal sports facilities. *Procedia Economics and Finance*, 2014,16, lk 76. - [https://www.researchgate.net/publication/270914487\\_Risk\\_Assessment\\_in\\_Concessions\\_A\\_Case\\_Study\\_of\\_Municipal\\_Sports\\_Facilities](https://www.researchgate.net/publication/270914487_Risk_Assessment_in_Concessions_A_Case_Study_of_Municipal_Sports_Facilities)

tõenäosus ning kontsessioonäär on ise riski realiseerumisele kaasa aidanud. Samas viitab selline tegevus pigem äri halvale juhtimisele, mida ei käsitleta kontsessioonile omase riskina.<sup>100</sup> Toodud näite puhul oleks kontsessioonile omane risk hoopis teise parkimismaja ehitamine, kes pakub teenust poole soodsama hinnaga, mistõttu keegi esimest parkimismaja ei kasuta.

RHS § 131 lg 4 kohaselt tähendab äririski realiseerumine teisisõnu, et kontsessioonäärile tekib kahju ja et kahju hüvitamine ei ole tagatud. Kirjanduses on selle osas toodud esile huvitav mõttearendus küsimusest, millele ei tule käesoleval hetkel selget vastust ka seadustest, direktiividest ega õiguspraktikast. Nimelt on küsimus selles, kas olukord mil ettevõtja on oma tegevuse ebaõnnestumise kindlustanud, on riski kandja või kas risk on sellisel juhul säilinud.<sup>101</sup> Euroopa Komisjon on leidnud, et lepingut, mille lepingu kehtivuse ajal või peale selle lõppemist on kas kaudselt või otseselt tasu (kahjude hüvitamine, tagasimaksud vms) tagatud kontsessioonäärile tasu, mis ei ole seotud eksploatatsiooniga, ei tuleks käsitleda kontsessioonina. Sellises olukorras tuleks veenduda rahastamise viisi sobilikkuses vastavalt seadusele.<sup>102</sup> Küsimus kindlustusandja võimalikust rahalisest väljamaksest kindlustusjuhtumi tekkimisel kui võimaliku eksploatatsiooniga seotud kahju hüvitamine, võib seega teoorias tekitada küsimusi riski realiseerimise võimalikkuse osas, mis omakorda võiks välistada kontsessiooni eritunnustele vastamise. Käesoleva töö autori arvates, ei ole tegevuse kindlustamine siiski oluline riski kriteeriumi hindamisel ning seda järgmistel põhjustel.

Kontsessioonidirektiivi preambuli p 20 kohaselt ei peeta kontsessioonile omaseks riskiks halba juhtimist, lepinguliste kohustuste täitmata jätmist, vääramatut jõudu jm tavalisele ärisuhtele omaseid riski.<sup>103</sup> Seega juhul kui avaldub just selline risk, ei ole kindlustusmakse oluline, sest seda ei peeta kontsessioonile omaseks riskiks niikuinii. Teiseks, äririski idee seisneb ohu kandumisel ettevõtjale, mis kandub üle hoolimata sellest, kas risk hiljem tegelikkuses realiseerub. Oluline on võimalus riski avaldumiseks (näiteks, et keegi hoolimata eelhinnangust ei pargi parkimismajja hoolimata selle ehitamisest) on kantud hankijalt ära. Seega ei ole see oluline lepingu algsel kvalifitseerimisel, mis saab toimuda vaid tema tunnuste kaudu. Kolmandaks, on autori hinnangul igati ebaõiglane ja hea usu põhimõtte vastane mitte lubada ettevõtjatel oma võimalik kahju tekkimine kindlustada lihtsalt selleks, et leping oleks võimalik

<sup>100</sup> M.A. Simovart, M.Parind (viide 2), lk 888 – 889, p 21.

<sup>101</sup> M. Steinicke, P. L. Vesterdorf (ed.) (viide 37), lk 1224, p 9.

<sup>102</sup> Commission interpretative communication on concessions under community law, Official Journal of the European Communities, 29.04.2000, lk 10. -

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1d79d1be-c286-471c-a5d4-f9458c69e50b>

<sup>103</sup> Kontsessioonidirektiiv, põhjendus nr 20.

kontsessioonina kvalifitseerida. See on kontsessioonidirektiivi mõtte liigne kitsendamine, kuna seletuskirja kohaselt on seaduse eesmärk eelkõige siiski lihtsustada ja ajakohastada riigihanke läbiviimist muutes seda paindlikumaks ning toetades muud poliitikat.<sup>104</sup> Ettevõtjate kui juriidiliste isikute õiguse määrata oma äritegevust ja kindlustada riske oleks sellega ebaproportsionaalselt piiratud. Neljandaks leiab autor, et äritegevuse kindlustamine on samuti rahaline teenus ning juhul kui üldse võimalik, siis eelduslikult mitte soodne. Täiendavalt ei ole kindlustushüvitise väljamaksmine kunagi täielikult garanteeritud, mille tõttu kannab isegi kindlustuse olemasolul ettevõtja riski, et tekkinud kahju ei kuulu hüvitamisele. Viimase olulise põhjusena miks autor arvab, et kindlustus ei peaks kindlasti välistama riski üleminekut on asjaolu, et mida paremad on kontsessionääri võimalused ilmnenu riski maandamiseks, seda kasulikum on see nii talle kui hankijale ning sealjuures lepingu eseme kasutajatele. Näiteks on leitud, et äririski peab kandma ettevõtja, kuna tal on üldjuhul paremad võimalused realiseerunud riski maandamiseks.<sup>105</sup> Seega võiks autori hinnangul olla kindlustushüvitis hoopis üheks meetmeks, kuidas tagajärgi kiirelt ja efektiivselt kõrvaldada ilma, et peaks kaaluma lepingu muutmist või lõpetamist rikkumise tõttu (näiteks kontsessionäär muutus maksejõuetuks).

Teistmoodi tuleb hinnata riski üleminekut reguleeritud sektoris, kuna selles taandub riski üleminek arusaamale, et see on juba eelnevalt (vähemalt osalisel) maandatud ning lepingu kvalifitseerimisel kontsessioonina tuleb hinnata, et erasektorile kantakse vastutus vähemalt olulises või peamises osas, mis muidu eksisteeriks hankijal endal, kui ta teenust osutaks või ehitustööd teostaks.<sup>106</sup> Euroopa Kohus jõudis eeltoodud järeldusele kahe kohtulahendi pinnalt, mis jõustusid üksteisest mõne kuulise vahega, kuid neis tehtud järeldused olid omavahel vastuolus.<sup>107</sup> *Oymanns*<sup>108</sup> lahendis selgitas kohus, et kui ülekantav risk on minimaalne, ei lähe risk üle, kuid *Eurawasseris*<sup>109</sup> nentis kohus, et piisab ka väiksema riski suuremas osas ülekandmisest, et nõue oleks täidetud. Viimati nimetatud põhimõtet kinnitas kohus *Krankentranspordi*<sup>110</sup> lahendis, milles tõdes taaskord, et ka seadusega reguleeritud

<sup>104</sup> Seletuskiri (viide 54), lk 3.

<sup>105</sup> M.Kerf jt. Concessions for Infrastructure. A Guide to their design and Award. World Bank Technical paper, nr 399, March 1998. - <http://documents.worldbank.org/curated/en/413031468766780427/pdf/multi-page.pdf>

<sup>106</sup> *Norma-A ja Dekom* (viide 28), p 45.

<sup>107</sup> T. Kotsonis. The role of risk in defining a services concession contract: Wasser- und Abwasser Zweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- and Entsorgungsgesellschaft mbH (C-206/08). Public Procurement Law Review, 2010, 1, lk 5.

<sup>108</sup> EKO 11.06-2009, C-300/07, *Oymanns*, p 74.

<sup>109</sup> *Eurawasser* (viide 12), p 77.

<sup>110</sup> *Krankentransport* (viide 9), p 48.

valdkondades, milles on äririsk seetõttu osaliselt maandatud, piisab kontsessioonisuhtentimiseks ka väikese riski üleandmisest.

Risk on oma olemuselt põimunud ekspuaterimisega, sest risk tekib ekspuaterimise ehk kasutamise tagajärjel. Ekspuaterimise õigus ehk käitamisõigus ei ole lahti sõnastatud ei kontsessioonidirektiivis ega sellest tulenevalt ka riigihangete seaduses, mistõttu saab järeldada, et seadusandja ei ole määranud kindlaks, kuidas või mis tingimustel jääb kontsessionäärile õigus kontsessioonilepingu eset oma huvides kasutada. Seega peab kontsessionäär saama tasu just kontsessioonilepingus toodud lepingu eseme ekspuaterimise eest. Ekspuaterimisega kaasneb üldjuhul kontsessionääri õigus küsida tasu neilt, kes teenust või ehitist kasutavad, mille kaudu peaks kontsessionäär olema suuteline teenima tagasi tehtud kulutused (investeeringud).<sup>111</sup>

Tagasiteenimise viisiks võib olla piletitulu, rendi- või veearvete maksmine jne. Oluline on asjaolu, et tasu võib, kuid ei pea tingimata maksma hankija. Euroopa Kohtu praktika käigus on selgitatud, et kontsessioonidena käsitletakse ka lepinguid, mille puhul tasu makstakse keskasutuse või muu haldusorgani kaudu, kuid kvalifitseerimisel on oluline vaid riski üleminek teenuse osutamise suhtes.<sup>112</sup>

Ekspuaterimine tähendab kontsessionääri jaoks tasu saamise võimalust hanke esemeks oleva teenuse või ehitatud hoone kasutamise kaudu. Tasu selle eest võib laekuda kas täielikult lepingu eseme kasutajatelt või hankijatelt nii, et viimane hüvitab tasu kas osaliselt või täielikult.<sup>113</sup> Euroopa Kohus on öelnud, et eristada tuleb mõisteid „õigus teenust realiseerida“ ja „õigus saada realiseerimise eest tasu,“<sup>114</sup> mistõttu on ilmne, et kolmandate isikute poolne tasu maksmine kujutab endast vaid üht võimalikku kontsessiooni vormi.<sup>115</sup> Erinevus mõistete vahel seisneb selles, et juhul kui lepingu tulemusena saab ettevõtja endale küll õiguse lepingu eset kasutada, kuid ei saa selle kasutamisest teenida tulu või ei pea seda tulu teenimiseks kasutama, siis ei saa olla tegemist kontsessiooniga. Toodud põhimõttest on võimalik järeldada, et ettevõtja peab lepingu kasutamise kaudu teenima tulu. Autori arvates on see oluline tunnus, mille kaudu on võimalik kontsessiooni eristada muudest lepingutest.

<sup>111</sup> *Krankentransport* (viide 9), p 28.

<sup>112</sup> Samas.

<sup>113</sup> EKo 22.12.2010, C-279/09, *DEB*, p 33.

<sup>114</sup> *Eurawasser* (viide 12), p 58.

<sup>115</sup> Samas, p 53.

Hanke korraldamine on tingitud vajadusest ehitustööde või teenuste järele tulenevalt nõudlusest või vajadusest, mistõttu on ilmne, et kontsessioon on teatud majandusliku väärtusega leping. Juhul, kus ettevõtja peaks ehitama hankija jaoks hoone tasuta ja andma selle ka ilma tasuta kasutusse (näiteks jõukas ettevõtja ehitab hooldekodu ja hakkab seda haldama ilma igasuguse tasuta heategevuslikul eesmärgil), siis ei ole see suhe kontsessioonisuhe vaid muu kokkulepe hankija ja eraettevõtja vahel. Eelkõige läheb see vastuollu hankelepingu vastastikuste kohustuste põhimõttega, kuivõrd tasuta teenuse pakkumise saab alati lõpetada.<sup>116</sup> Seega on oluline eristada, kuidas saab kontsessioonäär teenuse osutamise või ekspuateerimise eest tasu: kas täielikult kolmandatelt isikutelt, osaliselt kolmandatelt isikutelt ja hankijatelt või täielikult hankijalt.

Õiguspraktikas on väljendatud seisukohta, et juhul kui kogu tasu laekub vaid kolmandatelt isikutelt, eeldatakse ka riski üleminekut hankijalt kontsessioonäärile, mis annab aluse kvalifitseerida leping kontsessioonina (eeldusel, et ka muud tingimused on täidetud).<sup>117</sup> Kohtujurist Jan Mazak on tõdenud Euroopa Kohtu praktika analüüsi pinnalt, et kontsessiooni- ja hankeleping omavad üksteise suhtes vastastikust mõju, mis tähendab, et kui leping ei ole hankeleping, peab see olema kontsessioon ja vastupidi.<sup>118</sup> Autori arvates tähendab see järeldus seda, et leping, mis vastab hankelepingu tingimustele, on kas hanke- või kontsessioonileping ja muud järeldust ei saa asjas olla. Seega ei saa pooled klassifitseerida lepingut, mis vastab kõikidele tunnustele kolmanda lepinguliigina. Sobilik on siinkohal viidata Eesti Riigikohtu lahendile, milles pooled kaunistasid kontsessioonilepingu „asja kasutamise“ lepingu nimega, mille osas sõnas Riigikohus, et lepingu saab kvalifitseerida vaid tema tunnuste alusel ja pole oluline, kuidas pooled seda lepingut nimetavad.<sup>119</sup>

Seega olukorras kus kontsessioonäärile laekub tasu vaid kolmandatelt isikutelt ning hankija ei pea teatud tööd hüvitama või pole kohustatud teenuse eest maksma, on ilmne, et kontsessioonäär võtab enda kanda ekspuateerimisest tuleneva riski, mistõttu ei saa olla kahtlust, et lepingu näol on tegemist kontsessiooniga.<sup>120</sup> Näiteks võlgade sissenõudmise teenuse kasutamine hankija poolt, mille puhul annab hankija üle kontsessioonäärile õiguse nõuda hankija võlglastelt sisse tasumata maksed, kuid sissenõudmise menetluse edukus ei ole kontsessioonäärile tagatud.

<sup>116</sup> M.A. Simovart, M.Parind (viide 2), lk 98, p 9.

<sup>117</sup> *Krankentransport* (viide 9), p 48.

<sup>118</sup> EKo 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen*, p 39.

<sup>119</sup> RKHKo 05.11.2012, 3-3-1-39-12, 20.

<sup>120</sup> EKo 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen*, p 40; EKo 13.11.2008, *Coditel Brabant SA*, p 24; EKo 06.04.2006, C-410/04, *Anan vs Commune di Bari*, p 16.

Nimetatud teenus seisneb selles, et hankija asemel nõuab võlgnikelt kohustused sisse kontsessioonäär, kes võtab riski kanda seeläbi, et ta ei tea, kas tal õnnestub võlad sisse nõuda ja seeläbi teenuse tagamise käigus tehtud kulutused tasa teenida. Tema ekspluateerimine ja risk seisneb menetluse edukuses, mis ei ole talle mingil viisil garanteeritud. Ainsa erandina tuleb käsitleda siinkohal riski reguleeritud sektoris, kus tasu võib laekuda küll täielikult kolmandatelt isikutel (näiteks kanalisatsiooni tarbijatelt), kuid äririsk on väikene, sest üldjuhul saab pakkuja arvestada, et linnas elavad inimesed tarbivad veeteenust.

Teine tasu maksmise viis tuleneb eelkõige kontsessioonidirektiivi preambuli punktist 18, mille kohaselt võib kontsessioonina kvalifitseerida ka sellised kokkulepped, mille puhul kannab kulud üksnes avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija, kui ettevõtja poolt seoses ehitustööde tegemise või teenuse osutamisega tehtud investeeringute ja kantud kulude tasaarveldamine sõltub tegelikust nõudlusest teenuse või vara järele või nende pakkumisest.<sup>121</sup> Samuti on kohtupraktikas selgitatud, et kui teenuse või ehitustöö eest tasub vaid hankija, ei saa öelda, et tegemist on igal juhul hankelepinguga, vaid määrav on äririski üleminek.<sup>122</sup> Selle osas tuleb eelkõige hinnata, et hankija ei annaks kontsessioonäärile lisatagatise kahju tekkimise korral. Näiteks on Euroopa Kohus selgitanud, et kui hankija kannab lepingu kohaselt kahju realiseerimisest tekkinud kahjud, siis ei saa olla tegu riski realiseerumisega, kuna risk iseenesest on hankija poolt maandatud.<sup>123</sup>

Ebaselge on jätkuvalt asjaolu, kas kontsessioonilepinguga võib olla tegemist siis, kui kogu tasu laekub hankijalt, kuid äririski ülemineku tunnus on ka olemas.<sup>124</sup> Õiguskirjanduses on leitud, et sellise olukorra näiteks võiks olla leping, mille kohaselt tasu maksab hankija, kuid tasu suurus sõltub konkreetselt tarbijate arvust, mistõttu äririski kannab siiski ettevõtja. Euroopa Kohtu praktikast sellele küsimusele autor vastust ei leidnud, kuid leitakse, et sellist lähenemist võib pidada põhjendatuks, kuna kolmandalt isikult tasu küsimine õigus on eeskätt abistav kriteerium, mis on tuletatud ekspluateerimise õigusest ja äririski üleminekust.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> Kontsessioonidirektiivi 2014/23/EL põhjendus p 18.

<sup>122</sup> M.A. Simovart, M.Parind (viide 2), lk 887, p 16.

<sup>123</sup> EKO C-234/03, Contse SA, p 22.

<sup>124</sup> M.A. Simovart, M.Parind (viide 2), lk 887 p 17.

<sup>125</sup> Sama (lk 888, p 17).

Autor on arvamusel, et selline variant on tõepoolest loogiline, sest tasu maksja isik ei ole kontsessiooni puhul esmatähtis,<sup>126</sup> oluline on eeskätt äri läbikukkumise tõenäosuse ülekandumine, mida eeltoodud näide pooldab. Autori hinnangul võiks aga segaduse vältimiseks olla selline erand lisatud sõnaselgelt ka riigihangete seadusesse. Praegune formuleering, mis on tuletatav direktiivi selgitusest, tekitab pigem ebakindlust ja jätab pooltele hulganisti kaalutlusruumi ning võimalust argumenteerida, kas tegemist on kontsessiooni- või hankelepinguga.

Kolmanda maksmisviisina võib kontsessioonäri tasustada selliselt, et hankija on osaliselt või täielikult kontsessioonäri tasu maksjaks. Kui sellises olukorras kvalifitseeritakse leping valesti, siis võib tõusetuda probleem sellest, et RHS § 136 võimaldab hankelepingu sõlmida tähtajatuna, kuid kontsessioonileping peab üldjuhul olema kuni viie aastase tähtajaga (põhjendatult mõnevõrra pikemaajalisem).

Hinnata tuleb eelkõige, kas hankija vabastab kontsessinääri igasugustest võimalikest majanduslikest kahjudest tagades talle lepinguga kas minimaalne, samaväärne või kõrgem hüvitis kui tehtud investeeringud ja kulutused, mida kontsessioonäär on kohustatud kandma tulenevalt kontsessioonilepingu iseloomust. Näiteks on Eesti kohtupraktikas saanud lahendamist juhtum parvlaeva liikluse korraldamise osas, mille puhul tekkis küsimus äririski üleminekust seetõttu, et hankija andis ettevõtjale parvlaeva, tasus reisisasu, periooditasu, kütuse- ja kaldavoolutasu ja jättis ettevõtjale ka piletimüügikasu. Probleem seisnes küsimuses, kas hankija minimaliseeris äririski niivõrd madalale tasemele, et ettevõtjal eksploateerimise tulemusel oli kahju tekkimine reaalselt võimatu (hankija poolt kaotatud). Nii Tallinna Halduskohus kui ka Tallinna Ringkonnakohus jõudsid järeldusele, et sellisel juhul ei olnud tegemist kontsessiooni, vaid hankelepinguga ning hankija tõepoolest jättis ettevõtjale äririski üle kandmata tagatiste andmise tõttu.<sup>127</sup>

Riski üleminekuga seonduvat problemaatikat kirjeldab autori arvates hästi ka koolitoitlustuse korraldamine Eestis. Näiteks võib ühes linnas olla mõni kool valinud toitlustuse korraldamiseks kontsessiooni, teine hankelepingu. Toitlustusteenuse tagamine on RHS-i tähenduses eriteenus (kontsessioonidirektiivi IV lisa 7. jaotis: CPV 55520000-1 toitlustusteenused, 55524000-9

<sup>126</sup> Tasu reguleeritud sektoris tegutsemisel maksab sageli hankija, kellele tasuvad teenuse tarbimise eest kasutajad. Sellisel puhul ei ole samuti tasu maksja oluline, oluline on piiratud riski üleminek suurimal võimalikul määral. Vt. ka EKO C-274/09, p-d 26, 29, 33 ja nendes viidatud kohtupraktika.

<sup>127</sup> TlnRKO 07.01.2016, 3-15-2704; TlnHKO 05.01.2016, 3-15-2960. t ka täiendavalt EKO 27.10.2005, C-234/03, Contse SA jt., p 22.

kooli toitlustusteenused). Juhul kui toitlustusteenuste kontsessioonilepingu eeldatav maksumus on võrdne sotsiaal- ja eriteenuste riigihanke piirmääraga (toitlustusteenuse korral 60 000 eurot) või ületab seda, peab avaliku sektori hankija kohaldama eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimisel RHS §-s 144 sätestatud korda. Koolitoitlustust saab iseenesest seaduse kohaselt korralda nii teenuste hankelepingu kui teenuste kontsessioonilepingu kaudu, kuid nende lepingute omavaheline eristamine toimub peamiselt riski kriteeriumi kaudu. Samuti tuleb hinnata eristamiseks näiteks kasutuslepingust, kas hankija käitumine on suunatud teenuse tellimisele, näiteks määraates paika mis kellaaegadel ja missuguse kvaliteediga toitu peab pakkuma või seisneb huvi pigem äripinna rendile andmises kindlal otstarbel.<sup>128</sup> Seega on hankijal võimalik teatud määral kujundada teenus vastavalt sellele kuidas koolitoitlustuse tagamisel riske ettevõtjale üle antakse.

Näiteks on toitlustusteenus korraldatud Pärnu linnas erinevalt mitmetes koolides. Näiteks Pärnu Raeküla ja Pärnu Ühisgümnaasium on otsustanud kontsessioonilepingu sõlmimise kasuks, samas kui Pärnu Kuninga tänava põhikool on valinud RHS § 126 lg 1 alusel sotsiaal- ja eriteenuste riigihanke. Kuninga tänava kooli esindaja põhistas lepingu liigi valikut seekaudu, et tema hinnangul ei vastanud nende poolt hangitav teenus RHS § 132 lg 2 toodud tingimustele, eelkõige puudus äririski üleminek. Selgituse kohaselt hindas kooli esindaja, et teised õppeasutused võisid otsustada kontsessiooni kasuks seetõttu, et nende koolil on olemas puhvet või muu tasuline toitlustusvõimalus, mille tõttu saab rääkida äririski üleminekust ja sellest, et tasu makstakse kolmandate isikute poolt. Nende koolis sellist varianti ei ole, sest kogu toitlustuse eest makstav tasu tuleb omavalitsuse ja riigi käest.<sup>129</sup> Pärnu Raekülakooli hankedokumentidest nähtub aga, et seal anti kontsessioonäärile võimalus pakkuda koolipuhvetit ning õpetajad ja muud isikud võivad soovi korral toitu soetada oma kuludega.<sup>130</sup> Samuti anti hankega pakkuja kasutusse köök ja selles olev inventuur. Pärnu linnas on koolitoitlustus korraldatud nõnda, et 1-12. klasside munitsipaalkoolide õpilastele on toitlustus täies osas tasuta, va lisaeined, mille eest peavad tasuma lapsevanemad ning kooliti on tegemist erineva hinnaga.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> Näiteks on Tallinna Tehnikakõrgkool määranud toitlustusteenuste hindamiskriteeriumites kindlaks, millistel nädalapäevadel peab missugust toitu pakkuma. E-riigihangete keskkond. Tallinna Tehnikakõrgkooli toitlustusteenuse hankimine, nr 219981, 09.03.2020. <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1650144/documents/source-document?group=B&documentOldId=13109935>

<sup>129</sup> Pärnu Kuninga tänava põhikooli esindaja Koidula Säde vastus päringule, 21.01.2020.(Allikas autori valduses).

<sup>130</sup>Toitlustusteenuse tellimine Pärnu Kuninga Tänav Põhikoolile, 21.10.2019, nr 215312. <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1578060/documents/source-document?group=B&documentOldId=12351715>

<sup>131</sup> Pärnu Linnavalitsuse esindaja Toomas Tammela vastused autori päringule, 06.01.2020.

Eelneva pinnalt jääb silma, et praktikas peetakse koolipuhveti pidamist riski ülemineku tingimuse täitjaks seekaudu, et ettevõtja ei tea, millises ulatuses ta teenib tagasi kulu, mida ta kannab puhveti pidamise kaudu. Autori hinnangul ei ole see sobilik lepingu kvalifitseerimise tunnus kahel põhjusel. Esiteks saab koolipuhvetist osta vaid valmistooteid. Valmistoodete müük ei ole aga sama mis toitlustusteenuse pakkumine. Selle pinnalt arvab autor, et risk peab kindlasti seisma mingisuguses muus kriteeriumis, näiteks hüvitab hankija vaid kolmandiku pakutava toiduportsjoni hinnast ja siis jääb toitlustajale risk, kas ta tuleb kuludega toime. Samuti toetab autori argumenti Tartu Halduskohtu seisukoht, et selliste lepingute puhul nagu eelnevalt kirjeldatud, peab hindama, kas teine pakutav teenus on põhiteenuse (koolitoitlustus) tagamise eesmärgil või sellest eraldiseisev.<sup>132</sup> Puhvetiteenus ei ole vajalik toitlustusteenuse pakkumise tagamiseks, mistõttu ei ole see riski kandmiseks piisav argument.

Järelikult kui kool, kohalik omavalitsus või riik maksavad koolitoidu omadest ressurssidest sõltumata sellest, kas toitu süüakse või mitte, siis ei ole riski üleminek toimunud. Kui aga tulu jääb reaalsuses sõltuvusse täielikult või suuremal määral nõudlusest ehk saab tasu lähtuvalt sellest kuipalju süüakse (ja see arv ei ole teada), siis on risk kontsessioonäärile üle kandunud.

Riski kriteeriumit hinnatakse alati koos ekspuaterimisega, kuna tasustamise küsimus on äririski hindamisel keskse küsimusega. Kui teenuse eest tasub kolmas isik, on risk alati suurem kui juhul, kus tasu maksjaks on hankija, kuna eelduslikult ei lasta hankijal muutuda tavaolukorras maksevõimetuks, samal ajal kui kolmandate isikute puhul ei saa olla kunagi täiesti kindel, kas nad teenust soovivad, tahavad ehitustööd kasutada või mis tingimustel ja kui palju on nad nõus selle eest maksuma. Sellest tulenevalt on tasu ja risk omavahel tugevalt seotud ja lepingu kvalifitseerimiseks tuleb hinnata esiteks, millise seosega on tegemist, kas selle puhul on risk piisavalt kontsessioonäärile üle kantud ning kas risk on piisavalt mõjutatud nõudlusest ja pakkumisest ehk teguritest, mida ta ei saa mõjutada. Äririski sisustamisel tuleb lähtuda põhimõttest, et mida laiem on hankija kaalutlusruum tunnuse sisustamisel, seda põhjalikumalt peab hankija kriteeriumi täitmist põhjendama ja näitajate alusel analüüsima.

### **1.2.3. Kontsessioonääri tegevusvabadus**

Tegevusvabaduse põhimõte kui üks võimalik kontsessiooni iseloomustav eritunnus, mis tuleneb eelkõige Euroopa Kohtu praktikast, on oma olemuselt seotud äririski üleminekuga.<sup>133</sup>

<sup>132</sup> TrtHKo 13.10.2016, 3-16-1732, p 23.

<sup>133</sup> *Norma-A ja Dekom* (viide 28), p 48.

Kuigi on leitud, et kontsessioonidirektiivis on sisuliselt kirjutatud normiks senine Euroopa Kohtu praktika, mistõttu on see jätkuvalt aktuaalne,<sup>134</sup> ei ole direktiivis mainitud kontsessiooni iseloomustava tunnusena tegevusvabaduse põhimõtet, mida on kasutatud sageli kontsessiooni eristava tunnusena, eelkõige hankelepingu ja kontsessiooni eristamiseks. Tegevusvabaduse põhimõtet on kasutatud nii Eesti<sup>135</sup> kui Euroopa Kohtu praktikas<sup>136</sup> hindamaks, kas leping vastab kontsessiooni tunnustele. Sellest johtuvalt tekib küsimus, kas tegevusvabaduse hindamine aitab kaasa lepingu tegeliku sisu ja eesmärgi selgitamisele ja seekaudu lepingu kohasele kvalifitseerimisele?

Euroopa Kohus on avanud oma praktikas selle põhimõtte niiviisi, et kontsessiooni iseloomustab olukord, kus kindlaksmääratud teenuse kasutamise õigus antakse hankija poolt üle kontsessioonäärile, kellel on sõlmitud lepingu alusel teatud majanduslik vabadus määrata kindlaks selle kasutamise tingimused, millega samal ajal kaasneb suures ulatuses selle õiguse kasutamisega seotud risk.<sup>137</sup> Teisisõnu jääb kontsessioonäärile (majanduslik) vabadus määrata kindlaks lepingu eseme kasutamise tingimused. Samas on autori arvates teatud tegevusvabadus kontsessiooniga kaasnev loomulik tagajärg, kuna ekspluateerimine tähendabki seda, et kontsessioonäär ise valib, kuidas ta teenust osutab ja kuidas ta seekaudu on investeeringud tagasi teenib (seos riskiga).

Tegevusvabaduse kriteeriumi kohaldamiseks tuleb seega hinnata, kas juhul kui hankija on määranud lepinguga kindlaks mõned kontsessioonilepinguga kaasnevad tingimused, kuid mitte täielikult kogu teenuse osutamise või ehitustöö tegemise korra, on kontsessioonääril vabadust omavoliliselt täiendavaid otsuseid vastu võtta. Autori arvates aitab selle kriteeriumi analüüsimisele kaasa kontsessioonidirektiivi preambuli punktis 15<sup>138</sup> viidatud üldiste kasutustingimuste kohta sätestatu, mille kohaselt ei tuleks direktiivi tähenduses lugeda kontsessioonideks teatud liiki lepinguid. Näiteks on üheks selliseks selgituse kohaselt leping, mis käsitleb üldjuhul vara rentniku valdusesse minemist ja vara kasutamise eesmärki, rendileandja ja rentniku kohustusi seoses vara hooldamisega, rendilepingu kestust ja valduse loovutamist rendileandjale, rentniku makstavat renti ja kaasnevaid tasusid (niinimetatud üldised kasutustingimused).

<sup>134</sup> M.A. Simovart, M.Parind (viide 2), lk 882 p 20.

<sup>135</sup> TlnRKo 07.01.2016, 3-15-2704; TlnHKo 05.01.2016, 3-15-2960.

<sup>136</sup> EKo 11.06.2009, C-300/07; EKo 14.06.2016, C-458/14, C-67/15, *Promoimpresa*.

<sup>137</sup> EKo 11.06.2009, C-300/07, *Oymanss*, p 71; EKo 14.06.2016, C-458/14, C-67/15, *Promoimpresa*, p 46.

<sup>138</sup> Kontsessioonidirektiivi preambuli selgituse p 15.

Teisisõnu viitab kontsessioonidirektiivi selgitav osa, et lepingut, milles hankija sätestab vaid üldised kasutustingimused, ei tuleks kvalifitseerida kontsessioonina. Sellekohane sõnastus sisaldus mõnevõrra ebamäärasemalt ka Euroopa Komisjoni esialgses kontsessioonidirektiivi eelnõus, mille punkt 6 kohaselt ei ole kontsessiooniga tegemist sellise lepingu puhul, mille esemeks on ettevõtja õigus kasutada teatavad avalikku ala või avalikke vahendeid, nt maa rendilepingud, kusjuures riik või avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija kehtestab üksnes üldised kasutustingimused, nõudmata ehitustöö tegemist või teenuse osutamist.<sup>139</sup> Üldiste kasutustingimuste sisuline tähendus jäeti siiski väga üksluiseks ning kanti edasi lähtudes Euroopa Kohtu otsuses C-241/83 Rösler/Rottwinkel toodust. Võrreldes eelnimetatud lahendis toodut ja praegu kehtivat kontsessioonidirektiivi, on tegemist sisuliselt sama lausega, kuid vajadust selle lisamise järele on põhjendatud asjaoluga, et Euroopa Komisjoni eesmärgiks oli välistada kontsessioonidirektiivi kohaldumisalast sellised rendilepingud, mis sätestavad küll üldised kasutustingimused, kuid ei kannu endas teenuse tellimist või nõua ehitustööde teostamist hankija huvides.<sup>140</sup> Sellist lähenemist saab ainult teretada, kuivõrd riigihange on suunatud teenuse või ehitustöö tellimisele, mitte vara kasutuse andmisele.

Järgmiseks on asjakohane tuua uuesti esile *Funnyparki*<sup>141</sup> lahend, milles hankija esitas nõuded lõbusõidurongile kui asjale (heitgaasinorm, ohutussertifikaat jt) ning määras paika teenuse osutamise pikkuse. Hankija ei sätestanud aga muid tingimusi, näiteks millal või kui suure tasu eest peab hankija teenust osutama. Samuti laekus tasu teenuse kasutamise eest täielikult kolmandatelt isikutelt. Kuna hankija ei määranud kindlaks teenuse osutamise tingimusi ega taganud kontsessionäärile omapoolset tasu, saab järeldada, et kontsessionäärile jäi majanduslik vabadus teenuse osutamise tingimuste kujundamiseks.<sup>142</sup> Tegevusvabaduse põhimõttest tuleneb arusaam, et mida vähem hankija sekkub kontsessionääri tegevusse, seda suuremal määral kannab ta äririski ning mida suurem on äririsk, seda enam võib arvata, et see on kandunud kontsessionäärile. Sellistel puhkudel saab põhimõtteliselt järeldada, et tegevusvabadus on mingil määral kontsessiooni iseloomustav, kuid samas on autori arvates tegemist pigem hoopis paratamatu tõsiasiaga, et juhul kui hankija kontsessionääri teenuse osutamise viisi lepinguga ei reguleeri, teeb kontsessionäär seda oma äritegevuse teostamiseks iseseisvalt. Nimetatud kaasuses, hinnates asjaolusid kitsalt tegevusvabaduse põhimõttest

<sup>139</sup> M.Sõrm. "Sadamate terminalilepingute õiguslikust käsitlusest." Memo Rahandusministeeriumle, 04.02.2016. (Allikas autori valduses).

<sup>140</sup> Samas.

<sup>141</sup> *Funnypark* (viide 64).

<sup>142</sup> Samas, p 14.

lähtuvalt, vastaks leping kontsessiooni eritunnustele, kuna hankijale jäi talle omane tegevusvabadus.

Eelpool toodud lahendis kasutas kohus kontsessiooni iseloomustamiseks tegevusvabaduse kaudu sõnafraasi „teatav vabadus.“ Selle põhjal ei ole aga tegemist mõõdetava ühikuga. Järelikult saab seda tingimust hinnata vaid lähtudes sellest, kas hankija on määranud paika rohkem teenuse osutamise tingimusi, kui üldise kohustuse pakkuda just seda teenust, näiteks trükiteenust hankijale kuulavas majas. Kui hankija on lepinguga määranud kindlaks vaid ruumi üldise kasutuse viisi ja veel mõne üldise kohustuse (näiteks korrashoiu või kergema remondikohustuse), siis on tegemist kontsessioonidirektiivi punktis 15 nimetatud selgitusega ja lepingut ei peaks kontsessioonina kvalifitseerima.

Sellise olukorra eluliseks kirjeldamiseks võib tuua näite Viljandi linna spordihoone kohviku rendile andmise lepingu pinnalt. Asjaolude kohaselt haldab Viljandi linnavalitus spordihoonet, milles on üks ruum mõeldud kohviku pidamise jaoks. Selle ruumi kasutamiseks andmisel oli linna jaoks oluline määrata kindlaks, et tegemist oleks justnimelt kohvikuga (pakutakse kohvi ja kergemat kõhutäidet, näiteks müüakse krõpsu või valmisvõileiba), keelatud on müüa alkoholi ning kohvik peab olema avatud muuhulgas ka suuremate ürituste ajal õhtustel kellaaegadel.<sup>143</sup> Muus osas ei olnud linnal huvi teenuse sisu vastu, st määrata kindlaks, kuidas ettevõtja peab kohviku teenust pakkuma, mis hinnad seal kehtivad või mis liiki toiduaineid müüakse.

Seega on küsimus selles, kas linn tellib kohviku „teenust“ või mitte. Siinkohal ongi sobilik analüüsida, mis tingimused on omavalitsus määranud lepinguga paika. Hetkel määras linn paika ruumi kasutusviisi, mida täiendas mõne lisa kohustusega. Nagu eelnevalt öeldud on üldine kasutuskord lubatud määrata paika nii, et see ei muuda lepingut veel kontsessiooniks (kohviku pidamine ruumides). Viljandi linnal puudus kohustus spordihoone kohviku teenust kolmandatele isikutele pakkuda ning samuti ei vaja linn kohvikut oma huvide tagamiseks. Seega antud juhul oli puudu huvi põhistamiseks hankija kasu (autori arvates peab hankija saama hangitavast esemest või teenusest otsest hüve) ja lisaks lepingu võib üldistele kasutustingimustele vastavuse tõttu välistada kui kontsessiooni.

Nagu eelnevalt öeldud, on ka Eesti kohtupraktikas kasutatud tegevusevabaduse kriteeriumi lepingu kontsessioonina kvalifitseerimiseks. Eelviidatud praamivaidlustes<sup>144</sup> pidi kohus

<sup>143</sup> K.Braun (viide 30).

<sup>144</sup> TlnRKO 07.01.2016, 3-15-2704, p 4. ; TlnHKO 05.01.2016, 3-15-2960.

hindama, kas hankija ja pakkuja vaheline leping vastas hanke- või kontsessioonilepingu tunnustele. Kohus võttis hindamise aluseks tõdemuse, et lepingu kvalifitseerimiseks kontsessioonina on vaja selgitada välja, kas pakkujale jäi piisav majanduslik vabadus teenust osutada ehk kas pakkuja sai valida, millisel viisil ta kolmandatele isikutele teenust osutab.<sup>145</sup> Mõlema kaasuse puhul jõudis kohus järeldusele, et kuna hankija ei jätnud pakkujale lepinguga märkimisväärset võimalust teenuse korraldamist oma äranägemise järgi läbi viia (määras paika praami tehnilised nõuded, sõitude arve päevas jms), ei vastanud leping kontsessiooni tunnustele. Seega saab järeldada, et juhul, kui hankija hakkab määrama kindlaks, millisel viisil peab kontsessionäär teenust osutama, ei ole tegemist enam kontsessiooniga. Kontsessioonilepingu sisuks on teenuse tellimine hankija poolt, kuid sealjuures jäetakse kontsessionäärile vabadus otsustada, kuidas ta seda teenust osutab.

Eeltoodu pinnalt saab järeldada, et praamivaidlustes<sup>146</sup> reguleeris hankija lepingut liiga suures ulatuses, lõbusõidurongi kaasuses teatud määral ja Viljandi spordisaali kohviku puhul niivõrd vähe, et tegu kindlasti ei olnud kontsessiooniga. Nüüd tekib aga küsimus, kuidas liigitada lepingut siis, kui kõne all ei ole mitte teenuste vaid hoopis ehitustööde kontsessioon või kontsessioon, mis antakse seadusandja poolt eraldi reguleeritavas sektoris (näiteks veevarustus), kuivõrd sellisel juhul on hankija piiranud tegevusvabaduse etteulatuvalt ära kas ehitusprojekti andmise või seadusest tulenevate nõuetega. Euroopa Kohus on sarnast olukorda käsitlenud lahendis *Oymanns*,<sup>147</sup> milles muuhulgas selgitas, et juhul kui hankija määrab kindlaks teenuse osutamise tingimused ja hinna, millega kontsessionäär saab varakult arvestada, ei lähe talle üle äririsk ja teenus ei ole käsitletav kui kontsessioonilepingu ese. Sellest tulenevalt toimub reguleeritud sektoris kontsessiooni tunnuste kontrollimine pigem riski kriteeriumi kaudu, kuna kontsessionääri tegevusvabadus on piiratud juba niikuinii. Samas tekib autoril paratamatult küsimus, kas (majanduslik) vabadus peab eksisteerima teenuse osutamises või ehitustööde projektis. Näiteks ehitustööde kontsessiooni puhul annab hankija kontsessionäärile ehitusprojekti, mille põhjal peab ehitama – seeläbi on tema tegevus piiratud, kuid samas ei piira hankija, kuidas ta võib maja kasutada peale ehitamist – ehk maja ekspluateerimisele ei sea hankija reegleid, erinevalt näiteks praamivaidlustest. Kohtupraktikast jääb pigem mulje, et silmas peetakse ekspluateerimise takistamist.

<sup>145</sup> Samas, p 4.1.2.

<sup>146</sup> Vt. viide 144. - praamivaidlused

<sup>147</sup> *Oymanns* (viide 108), p 74.

Reguleeritud sektori puhul ei leia käesoleva töö autor, kuidas saab tegevusvabadus olla iseloomustavaks tunnuseks, kuna lepingu kontsessioonina kvalifitseerimine toimub eelkõige riski kriteeriumi kaudu (kontsessioonilepingu olemasolu kinnitamiseks piisab kui kontsessionäärile antakse suuremas osas või täielikult üle ka vähendatud risk). Seega ei ole tegevusvabadus siin kohane tunnus, mida hankija peaks hindama lepingu kvalifitseerimisel.

Praamivaidluses<sup>148</sup> leidis kohus, et tegemist ei olnud kontsessioonilepinguna, kuna operaatoril ei olnud piisavalt otsustusruumi, kuid autorile on ebaselge, kuidas see mõjutab riski üleminekut kontsessionäärile. Teisisõnu, kui hankija määrab kindlaks, kuidas operaator peab teenust osutama (näiteks kellaajad, reklaami näitamise kohustuse, meelelahutuse olemasolu vms), siis pigem suurendab see kontsessionääri toimetulemise riski, kuna ta peab suutma majanduslikult tulla toime nn piiratud tingimustes.

Eelneva põhjal järeldeb autor, et tegevusvabadus ei ole kontsessioonile omane eritunnus, kuid lepingu teenuste kontsessioonina kvalifitseerimise puhul soovib autor kahtluse korral hinnata, kas leping vastab üldistele kasutustingimuste erandile, mille korral saab lepingu kui kontsessiooni välistada. Ka Euroopa Kohtust<sup>149</sup> on saanud kajastust toodud põhimõtte, et lepingu kvalifitseerimisel hankelepinguna või teenuste kontsessioonina ei ole otsustav asjaolu, kas ettevõtja osutatavate teenuste iseloom eeldab seda, et nende osutajal on märkimisväärne iseseisvus.

<sup>148</sup> TlnRKO 07.01.2016, 3-15-2704, p 4.1.2.

<sup>149</sup> EKO 18.07.2007, C-382/05, komisjon vs Itaalia Vabariik, p 44.

## 2. Kontsessiooni eristamine teistest lepingutest ja lubadest

### 2.1. Ehitustööde ja teenuste kontsessiooni omavaheline erinevus

RHS § 131 lg 2 ja 3 sätestatust tulenevalt on ehitustööde ja teenuste kontsessiooni erinevuseks asjaolu, et ühel puhul on lepingu esemeks ehitustööde tegemine ja teisel teenuste osutamine. Hoolimata siiski esmapilgul täielikult arusaadavast erinevusest on nende kahe lepingu omavahelise eristamise osas olnud ebaselgust. See tuleneb asjaolust, et enamik ehitustööde kontsessioone sisaldavad endas vähemalt mingil määral teenuste osutamist, mis on muutnud lepingu põhieseme määratlemise keeruliseks.<sup>150</sup>

Euroopa Kohus on selgitanud, et juhul kui leping sisaldab nii ehitustööde riigihankelepingu kui ka teist tüüpi lepingu elemente, määratakse selle põhiobjekt arvestades seda, millist riigihankeid reguleerivat liidu õigusakti tuleb põhimõtteliselt kohaldada.<sup>151</sup> Põhiobjekti kindlakstegemisel tuleb arvestada, millised on lepingus domineerivad kohustused ja mis sellistena iseloomustavad seda lepingut vastandina nendele kohustustele, mis on oma olemuselt üksnes kaasnevad või täiendavad ning seekaudu tingitud otseselt lepingu objektist.<sup>152</sup>

Ehitustööde ja teenuste kontsessiooni eristamise puhul on seega oluline eelkõige arvestada asjaoluga, kumb aspekt on kontsessiooni mõttes olulisem. Kui hankija soovib ehitada kunstihoone, ja lisaks soovib, et kontsessioonäär pakuks nimetatud majas teenust, siis sisaldab ideeliselt leping nii ehitustööd kui teenust. Euroopa Kohtus on olnud lahendamisel juhtum, mille asjaolude kohaselt oli poolte vahel sõlmitud leping, mis sisaldas endas ehitustööde teostamist koos kohustusega anda tulevikus ehitatav hoone üürile. Seega sisaldas leping nii ehitustööde riigihanke kui ka üürilepingu tunnuseid ning üheks vaidlusaluseks küsimuseks oligi, et missugusena tuleks leping kvalifitseerida.<sup>153</sup> Kohus selgitas, et lepingu sõlmimise ajal ei olnud ehitustöid veel alustatudki, mistõttu asus kohus seisukohale, et lepingu peamine eesmärk on ehitamine, mis vastav hankija väljendatud vajadustele<sup>154</sup> (näiteks hankija antud ehitusprojekt).

<sup>150</sup> EKo 19.04.1994, C-311/92, *Gestation Hotelera International*; EKo 18.01.2007, C-220/05, *Jean Auroux and Others*, p 36.

<sup>151</sup> EKo 18.01.2007, C-220/05, *Jean Auroux and Others*, p 37.

<sup>152</sup> EKo 26.05.2011, C-306/08, *komisjon vs Hispaania*, p 91; EKo 21.02.2008, C-412/04, *komisjon vs Itaalia*, p49.

<sup>153</sup> EKo 10.07.2014, C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, p 39,40.

<sup>154</sup> Samas, p 52.

Kontsessioonidirektiivi preambuli punktid 29 ja 30 avavad segalepingute režiimi ning selles on toodud näide, et segalepingu sõlmise vajadus võib tõusetuda sellise hoone ehitamise korral, mille üht osa hakkab kasutama hankija ning teist osa hakatakse haldama kontsessiooni alusel, näiteks avaliku parkimisteenuse pakkumiseks.<sup>155</sup> Autori hinnangul ei pea hankija olema üheks kasutajaks, vaid piisab lihtsalt kontsessioonilepingu sõlmimisest hankija poolt kui esinevad kontsessiooni eritunnused. Teisisõnu on autori hinnangul eelnevalt toodud kohtupraktika pinnalt selge, et hankijal ei ole õigust sõlmida alles ehitatava hoone osas teenuste kontsessioonilepingut, sest lepingut ei saa sõlmida sellise elemendi suhtes, mida pole olemas. Järelikult on ehitustööde ja teenuste kontsessiooni eristamise üheks tähtsamaks elemendiks asjaolu, et juhul kui loodava objekti puhul on leping kvalifitseeritav vaid kui ehitustööde kontsessioonileping ja selle hilisem ekspluateerimine (näiteks parkimisteenuse osutamine alles ehitatud parkimismajas või kunstihoones galerii pidamine) ongi see tasu, mida kontsessioonär ehitustöö tegemise eest saab (piletitulu küsimine).

Kui aga hoone on juba valmis ja hankija soovib saada teenust, millele lisatakse näiteks kergemate ehitustööde (uendus või muud korrastustööd) tegemine, siis tuleb hinnata, kas ehitustööd on eraldiseisva väärtusega, või tuleb need teostada teenuse pakkumise tagamiseks ning kui on, siis on tegemist teenuste kontsessioonilepinguga. Näiteks kui teenuse sisuks on tänavate ja teede alaline hooldamine, kuid selle käigus on kohustus parandada ka katkiläinud teesillutist, siis on ehitustööd käsitletavad kui kõrvaltööd ning lepingu kohane menetlus sõltub põhilepingu kvalifikatsioonist.

## **2.2. Kontsessiooni eristamine kasutuslepingutest**

Eesti õiguses sätestab kasutuslepingute regulatsiooni võlaõigusseaduse<sup>156</sup> 3.osa, mis käsitleb muuhulgas kasutuslepinguna üüri- ja rendilepingut ning ka tasuta kasutamise lepingut, mille esemeks võib omakorda olla nii asi, õigus kui ka muu hüve.<sup>157</sup> Kontsessioonidirektiivi normid ei sätesta, et kasutuslepingud ei kuulu direktiivi kohaldamisalasse, kuid direktiivi selgitava osa punkt 15 viitab, et igasugused lepinguid ei tuleks käsitleda kontsessioonidena. Näiteks ei tuleks kontsessioonidena kvalifitseerida üldisi kasutustingimusi sisaldavad lepingud, mis käsitlevad vara rentniku valdusesse minemist ja vara kasutamise eesmärki, rendileandja ja rentniku kohustusi seoses vara hooldamisega, rendilepingu kestust ja valduse loovutamist

<sup>155</sup> Kontsessioonidirektiivi preambuli põhjendus p 29.

<sup>156</sup> Võlaõigusseadus. RT I, 08.01.2020,10.

<sup>157</sup> P.Varult jt (koost). Võlaõigusseadus II. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus: Juura, 2009, lk 144.

rendileandjale, rentniku makstavat renti ja kaasnevaid tasusid.<sup>158</sup> Teisisõnu ei ole rendi- ja üürilepingud käsitletavad kontsessioonilepingutena kui maa või infrastruktuuri erasektorile kasutamiseks andmise eesmärk ei ole teenuse tellimine.<sup>159</sup>

Avaliku sektori esindajal on õigus sõlmida lepinguid talle kuuluva vara osas. Kinnisasjade kasutusse andmist ja võõrandamist reguleerib riigivaraseadus (edaspidi RVS), mis sätestab kinnisasja kasutusse andmise ja võõrandamise üldpõhimõtted ning menetlused. Kohalike omavalitsuste tasandil võib vara anda kasutusse muuhulgas lähtuvalt linna- ja vallavara korrast sätestatust. Seega on avaliku ressursi kasutusse andmise lepingud enamasti seotud avaliku halduse kandjale kuuluva vara, näiteks erinevate rajatiste kasutamise õiguse andmisega eraõiguslikule isikule.<sup>160</sup>

Avalikuks ressursiks on kohtupraktikas peetud näiteks (vanalinna) tänavaid,<sup>161</sup> tänavaga piirnevaid maa-alasid,<sup>162</sup> kuid sellena võib käsitleda ka muud hankijale kuuluvat vara, mida saab anda rendile näiteks kasutuslepingu sõlmimise teel.<sup>163</sup> Seega olukorras, kus hankijal on huvi anda talle kuuluvat vara, näiteks hoones paiknevat äriruumi kasutusse, peab ta seda tegema kohases menetluses. See, missugune on kohane menetlus konkreetsel juhtumil, sõltub ainuüksi sõlmitava lepingu liigist, mistõttu võib vara kasutusse andmiseks asjakohane menetlus toimuda lähtuvalt riigihangete seadusest, riigivaraseadusest või näiteks hoopis lähtudes vastava kohaliku omavalitsuse linna- või vallavara valitsemise korrast.

Selleks, et eristada omavahel kasutuslepingut ja kontsessiooni, on mõistlik hinnata, kas leping on piisvalt üksikasjalik lugemaks välja kas ja millist teenust hankija soovib. Autor on käesolevas töö 1.peatükis leidnud, et vara kasutusse andmise puhul on mõistlik alati esmalt veenduda, kas lepinguline suhe võiks vastata üldiste kasutustingimuste erandile (näiteks olukord, kus hankija määrab kindlaks vaid üldise ruumi kasutuskorra). Sellisel juhtumil ei ole alust hankemenetluse läbiviimiseks ja hankija võib sõlmida kasutuslepingu lähtudes VÕS-i regulatsioonist.

<sup>158</sup> Kontsessioonidirektiivi preambuli selgitus p 15.

<sup>159</sup> “Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession contracts – frequently asked questions,” 15.01.2014.- [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_14\\_19](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_14_19)

<sup>160</sup> M. Liiv. Avaliku halduse kandja ja eraõigusliku isiku vahel sõlmitavate halduslepingute ja tsiviilõiguslike lepingute eristamine. Magistritöö, Tallinn, 2013, lk 53 p 2.2.2.

<sup>161</sup> TlnRKO 26.03.2018, 3-17-2768, p 11; TlnHKO 15.12.2005, 3-3-1-59-05, p 16.

<sup>162</sup> RKHKO 3-3-1-59-05, p 16.

<sup>163</sup> TlnHKO 20.12.2001, 3-3-1-15-01, p 13 jj.

Autori arvates tuleb eristada, millal hankija tellib teenust ja millal ta lihtsalt soovib, et ettevõtja midagi konkreetset pakuks (näiteks mingisugune ajaloolise tähendusega hoone, milles kunagi asus trükikoda – hankijal võib olla lihtsalt huvi, et ka edaspidiselt peetakse hoones trükikoda, kuid ta ei telli ettevõtjalt trükkimise teenust). Teisisõnu on rõhk teenuse tellimise ehk hankimise ajaolul. Näiteks on Viljandi linnavalitsus tõstatanud esile küsimuse, kas ta võib ideeliselt anda linnale kuuluva jäätmejaama siiski kasutusse võlaõigusliku lepingu alusel, kuivõrd hankijale ei ole oluline, kellele kasutaja veel jäätmekäitlusega seonduvat teenust pakub (näiteks kas ta pakub eraettevõtetele ladustamisteenust või kas ta pakub teenust ka väljapoole Viljandi maakonda). Linnavalitsuse jaoks on oluline, et tema saaks jäätmejaama funktsiooni oma linna elanike jaoks võimalikult soodsatel tingimustel ja inimeste prügi saaks minema veetud.<sup>164</sup> Samas vastas autori hinnangul küsimus ise juba vastusele seekaudu, et hankija jaoks on oluline saada prügilateenust, mida elanikud saavad kasutada. Teisisõnu on lepingu peamiseks eesmärgiks teenuse tellimine linnale (prügilateenuse saamine), mitte kasutusse andmine (erinevalt näiteks spordihoones kohviku pidamisest). Seega on tegemist siiski selle tunnuse pinnalt tegemist teenuste kontsessioonile viitava lepinguga.

Kontsessioonide ja kasutuslepingu omavahelise eristamise osas on teedrajavaks lahendiks Amestopi lahend,<sup>165</sup> mille asjaolude kohaselt andis Torma vald eraettevõttele Amestop OÜ prügila (kinnistu) käitamise ja kasutamise õiguse vallavara korra alusel 49 aastaks isikliku kasutusõiguse seadmise kaudu. Kasutaja oli kohustatud prügilat käitama ja kasutama igapäevaselt ja kooskõlas kehtivate nõuetega. Riigikohtu halduskolleegium leidis see-eest, et prügila eelnimetatud viisil kasutada andmine on tegelikult suunatud hoopis kontsessioonisuhete kujundamisele, kuna Amestop OÜ-l on õigus on muuhulgas õigus küsida oma teenuse kasutajatelt, kelleks on kolmandad isikud, tasu. Halduskolleegium märkis, et lepingu sisu ja eesmärgi mõtet ei muuda lepingu pealkiri, mis antud kaasuses oli „Kokkulepe kinnistu koormamiseks isikliku kasutusõigusega (ilma asjaõiguslepinguta).“

Autor nõustub igati Riigikohtu mõttekäiguga, kuna pooltevaheline leping sisaldas endas mitmeid kontsessioonile omaseid tunnuseid nagu riski üleminek, hankija hüve, ekspuaterimise õigus, sh õigus küsida tasu kolmandatelt isikutelt. Kaasuses on toodud esile, et Amestop OÜ-le läheb üle ka muuhulgas teatud otsustamisvabadus, näiteks õigus määrata ise teenuse hinnad (kuigi tegevusvabadus ei ole kontsessiooni eritunnus, siis viitab see siinkohal ajaolule, et lepinguga määrati ettevõtjale kindlaks rohkem nõudeid kui üldised

<sup>164</sup> K.Braun (viide 30).

<sup>165</sup> RKHKo 27.10.2010, 3-3-1-66-10.

kasutustingimused). Täiendavalt läks autori arvates kontsessioonäärile üle ka risk vähemalt suuremal määral, sest ettevõtjale jäi kohustus prügilat pidevalt käitada, opereerida igapäevaselt, järgida kehtivaid nõudeid, hoidma korras tehnikat, tasuma saatetasu jne.<sup>166</sup> Kirjeldatud kaasus toob selgelt esile lepingu kvalifitseerimise põhitõe, milleks on, et kui leping vastav kontsessiooni tunnustele, siis tuleb leping sõlmida kohases menetluses.

Autori hinnangul tuleb kontsessiooni ja kasutuslepingu eristamise probleem selgelt esile ka Eesti linnades erinevalt korraldatud bussipeatuste ootepaviljonide rajamise ja käitamise lepingutest.

Vaidlus reklaamikandjate ja selle aluse maa-ala kasutamise osas sai käsitlemist juba 2006. aastal Riigikohtus. Asjaolude kohaselt sõlmisid Tallinna Kristiine Linnaosa Valitsus ja Unicom Eesti OÜ lepingu nii reklaamikandjate paigaldamise kohta kui ka lepingu ühistranspordi ootepaviljonide ja linnateabe rajatiste paigaldamise, hoolduse ja kasutamise kohta (ootepaviljonide kohta). Reklaamikandjate lepinguga anti Unicom OÜ-le õigus paigaldada linnaosa teedele ja teekaitsevööndisse 7 suure pinnaga valguskasti või reklaamtahvlit, mille omandiõigus kuulub Unicom OÜ-le. Ootepaviljonide lepinguga kohustuti paigaldama omal kulul linnaosa territooriumile 20 uut ühistranspordi ootepaviljoni ning linnaosa valitsus andis Unicomile õiguse paigutada täiendavalt 10 ootepaviljoni, 30 linnateabe vitriini ja 15 linnateabe sammast.<sup>167</sup>

Riigikohus leidis, et eelnimetatud lepingud sisaldasid kontsessioonilepingute tunnuseid, millega annab avalik võim eraõigusliku isiku kasutusse olulise avaliku ressursi (antud juhul tänavad), lubades sinna paigaldada rajatise, mida kasutatakse tasu eest või tasuta nii avalikes kui erahuvides, kusjuures lepingust tulevad riskid asuvad eraõiguslikul poolel. Kohus lisas, et sedalaadi lepingu sõlmimine peab toimuma kohases menetluses.<sup>168</sup> See, milline on kohane menetlus saab aga sõltuda üksnes sellest, millise lepinguliigiga on tegemist, mistõttu peaks antud juhul hindama, kas leping vastab hankelepingu, sh kontsessiooni eritunnustele. Autori hinnangul oli nimetatud lahendi puhul tegemist kindlasti kontsessiooniga, kuigi leidub ka teistsuguseid arvamusi.<sup>169</sup> Kontsessiooniga oli tegemist seetõttu, et leping vastas eelkõige ehitustööde kontsessiooni tunnustele RHS § 131 lg 3 kohaselt ning ka muude, seaduses

<sup>166</sup> Samas, p 13.

<sup>167</sup> RKHKo 15.12.2005, 3-3-1-59-05, p 1.

<sup>168</sup> Samas, p 16, 17.

<sup>169</sup> M.Liiv. Avaliku halduse kandja ja eraõigusliku isiku vahel sõlmitavate halduslepingute ja tsiviilõiguslike lepingute eristamine. Magistritöö. Tallinn, 2013, lk 54-55.

selgesõnaliselt nimetamata tunnustele. Teisisõnu vastas leping hankelepingu tunnustele, sh rahaliste huvide kriteeriumile (hankija sai endale midagi, millel oli majanduslik väärtus ootepaviljoni püstitamise kaudu, kuna inimestel oli võimalik neid kasutada, sinna saab linn püstitada linnatranspordi ajagraafiku vms ning vastutasuks sai opereerija õiguse näidata sellel reklaami ehk teenida tulu). Leping oli pooltele siduv, kuna kontsessioonäär pidi paviljonid ehitama omal kulul, saades vastu võimaluse rajada need kusagile, kuhu ta muul viisil neid paigaldada ei saaks. Reklaami näitamise õiguse kaudu on tal võimalik teenida tulu ning see, kas ta teenib tagasi tehtud kulutused, on ebakindel ja pole teada, mistõttu jäi risk kontsessiooni kanda. Järelikult oli ka antud juhtumil tegemist olukorraga, kus hankija kvalifitseeris lepingud valesti ja oleks tegelikult pidanud viima läbi hankemenetluse kontsessioonilepingu sõlmimiseks.

Kiigates aga riigihangete registrisse jääb muuhulgas silma 2019 aasta septembrikuus Viljandi Linnavalituse poolt avaldatud hange reklaami eksponeerimiseks teenuse kontsessiooni andmise kaudu.<sup>170</sup> Hanke lühikirjelduse kohaselt oli lepingu sisuks uute ootepaviljonide paigaldamine, mida on ehitajal õigus hiljem eksploateerida sinna paigaldatud reklaamikandjate kasutamise kaudu (mida hankija nimetatud kontsessiooni tähenduses käsitles ootepaviljonidena). Autor esitas nimetatud kontsessiooni osas täiendavaid küsimusi ka Viljandi Linnavalitsuse esindajale, kes selgitas, et kontsessioonilepingu sõlmimise kasuks otsustati seetõttu, et ootepaviljonide olemasolu tagamine kontsessioonikorras tundus olevat linnale esiteks kõige soodsam ja teiseks vastas igati kontsessiooni tunnustele.<sup>171</sup> Selgituseks öeldi, et võimalik saadav reklaamitulu linna jaoks oleks eelduslikult vähem kasulik kui anda ära igapäevane ootepaviljonide ülalpidamis- ja ehitamiskulu.<sup>172</sup>

Hinnates registris olevat hankelepingut, nõustub autor täielikult, et tegemist oli kontsessiooni tunnustele vastava lepinguga. Esmalt vastas leping hankelepingu tunnustele (lepingu poolteks oli hankija ja ettevõtja, lepingu sisuks oli teenuste või ehitustööde tellimine ning lepinguga kaasnes rahaline huvi, mis antud juhul seisnes asjaolus, et hankija eest paigaldati linna ootepaviljonid). Lepingu kohaselt sai ootepaviljoni paigaldamise eest kontsessioonäär endale õiguse eksponeerida välireklaami, mille näitamise eest ei pea ta tasuma reklaamimaksu. Täitjale läks autori hinnangul üle ka kontsessioonile omane risk, mis väljendub eelkõige selles, et

<sup>170</sup> E-riigihangete keskkond. Teenuste kontsessiooni andmine reklaami eksponeerimiseks, 09.09.2019, nr 213044.- <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1601592/general-info>

<sup>171</sup> K.Braun (viide 30).

<sup>172</sup> Samas.

lepingu kohaselt ei hüvita hankija kontsessioonäärile reklaamikandjate tarnet, paigaldamise kulu, alalist hooldamist, ühenduste ehitamist, demonteerimist, objektilt eemaldamist, korrashoidu, elektrit või muid seonduvaid kulusid, ent ometi nõuab korrasolekut (puuduste likvideerimine, avariitööde teostamine). Seega on see kontsessiooni risk, kas tema teostatud kulud saavad ekspluateerimise kaudu tagasiteenitud või mitte. Leping ei vastanud ka üldiste kasutustingimuste erandile ja kulu ettevõtjale kandmisega sai hankija hüve nii ootepaviljonide olemasolust kui nende mitte ülealpidamisest (autori arvates vastab see otsese hüve nõudele). Kõige eelneva pinnalt on autor arvamisel, et hankija kvalifitseeris lepingu õigesti ja sõlmis seekaudu lepingu kohase menetluse käigus.

See-eest on ootepaviljonide rajamine ja käitamine reguleeritud teisiti näiteks Pärnu linnas, kus on see korraldatud hoopis linnavara kasutusse andmise lepingu alusel.<sup>173</sup> Lepingu sisu kohaselt tõlgendasid pooled lepingut kui asja üürilepingut. Samas tuleb lepingu punktidest 2.4 ja 2.1 esile, et kasutusse saaja kohustub reklaamikandjad bussiootepaviljonidele paigaldama (seega on ootepaviljon kui selline juba rajatud) ja saab endale seekaudu õiguse nendel reklaamikandjatel eksponeerida kampaaniareklaami. Kasutusse saaja kohustub tasuma selle eest tasu 400 eurot kuus, kuid kasutusse andja ei hüvita reklaamikandjate toomise, paigaldamise, riigilõivu tasumise, hooldamise (avarii- ja ehitustööd), elektriühenduse väljaehitamise, eemaldamise ega lepingu lõppemisel tekkivate maa-alade korrastamisega seonduvaid kulusid.

Lähtuvalt eeltoodust tekib autoril paratamatult küsimus, kas eeltoodud leping vastab tegelikult kontsessiooni tunnustele ja oleks pidanud olema sõlmitud lähtuvalt riigihangete seadusest. Autori uuris linnavalitsuse esindajalt, kas kaaluti ka kontsessioonilepingu sõlmimist, mida oli tehtud, kuid mille kasuks eelneva kogemuse tõttu ei otsustatud.<sup>174</sup>

Tulenevalt eelnevalt analüüsitust on selge, et tihtipeale sõlmitakse praktikas palju segalepingud. Ka Euroopa Kohus on selgitanud, et lepingud võivad tihtipeale sisaldada nii hanke- kui ka teist tüüpi lepingute elemente, kuid millist õigusnormi selle reguleerimiseks tuleb kohaldada, määratakse vaid lepingu peamisest eesmärgist lähtudes.<sup>175</sup> Näiteks on Euroopa Kohus leidnud,

<sup>173</sup>Pärnu Linnavalitsuse esindaja Toomas Tammela vastused autori päringule, 06.01.2020. Autor selgitab, et teabepäringule lisaks esitas Pärnu Linnavalitsus autorile ka sõlmitud lepingu nn ootepaviljonide kasutuse reguleerimiseks „Linnavara kasutusse andmise leping reklaamikandja paigaldamiseks,“ nr 2-13.2/97/2017, 12.06.2017. (Allikas autori valduses).

<sup>174</sup> Samas.

<sup>175</sup> EKo 29.10.2009, C-536/07, komisjon vs Saksamaa, p 57.

et rendilepingu puhul, milles on hankija määranud paika muuhulgas ka esmalt renditava hoone ehituse kirjelduse (teisisõnu osutanud otsustavat mõju projekti kavandamisele<sup>176</sup>), siis ei saa olla lepingu peamiseks esemeks rent, eriti kui rendiobjekti pole veel olemas.<sup>177</sup>

Pärnu bussiootepaviljonidesse paigaldatavate reklaamikandjate leping paistab olevat segaleping, mis sisaldab endas nii ehitustöö tellimist kui ka üürilepingut (millega anti valmis ootepaviljonid üürile). Eelkõige leiab autor, et leping on objektiivselt osadeks jaotatav ning hankija oleks pidanud sõlmima nii üürilepingu kui ehitustööde kontsessiooni (reklaamikandjate paigaldamine). Muus osas vastas leping kontsessiooni tunnustele: poolteks olid hankija ja eraettevõtja, lepingu sisuks ehitustöö tellimine, pooltel on vastastikused kohustused (ja hüve) seeläbi, et ettevõtja ehitab valmis ootepaviljonid ja hooldab neid, samas ettevõtja saab õiguse näidata reklaami (ekspluateerimine) ja teenida selle pealt tulu. See, kas tema tehtud investeeringud ära tasuvad, ei ole kindel ja on ettevõtja risk. Samuti saab ettevõtja kasutada midagi, mida ta muul viisil kasutada oma äritegevuses ei saaks, kuna saab enda valdusesse avaliku ressursi ootepaviljonide näol ja mille linn annab rendile reklaamikandjate hooldamise kohustusest loobumise ja nõuetekohaste uute ehitiste saamise eesmärgil.

Autori arvates on vara kasutuse andmise lepingu ja kontsessiooni eristamisel oluline pöörata eelkõige tähelepanu sellele, kas vara on antud kasutusse teenuse tagamiseks. Kui hankija kirjeldab, millist teenust ta soovib ja seda muuhulgas piisavalt täpselt, siis on tegemist kontsessioonilepinguga. Näiteks tuleb see ilmekalt esile ka koolitoitlustusteenust puudutavast lahendist,<sup>178</sup> milles toitlustusteenuse saamiseks korraldas hankija pakkumise sööklaruumide tasuta kasutusse andmiseks. Vastutasuks ruumide kasutamise eest kohustus ettevõtja pakkuma toitlustust ning teostama söökla ruumides ehitustöid (remonti), hooldama seadmeid ning ventilatsioonisüsteemi. Asjaolude pinnalt tõusetus küsimus, kas tegelikult võis olla tegemist hoopis hankega toitlustusteenuse saamiseks, mille olemasolu kohus oma otsuses hiljem ka kinnitas.

Tallinna Halduskolleegium tõi esile, et lepingu peamiseks eesmärgiks oli kooliõpilaste toitlustamine. Seega toimus vara kasutusse andmine vaid toitlustusteenuse tagamise eesmärgil. Paraku ei olnud kohtul võimalik võtta kontsessioonisuhte olemasolu osas selget seisukohta,

<sup>176</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta, ELT L 94, 28.03.2014, p 9.

<sup>177</sup> komisjon vs Saksamaa (viide 175), p 56.

<sup>178</sup> TlnHKo 13.10.2016, 3-16-1732, p 14.4.

kuna pooled ei esitanud piisavalt andmeid riski ülemineku hindamiseks. Küll aga tõi kohus eeltoodu pinnalt esile olulise tunnuse (selgitada alati välja, mis eesmärgil on leping tegelikkuses sõlmitud), mida tuleb silmas pidada lepingu liigitamisel kontsessioonina. Eriti jääb see silma segalepingute puhul, kus peab täiendavalt arvestama RHS § 18-s sätestatud.

Seoses kontsessiooni ja kasutuslepingu eristamisega on autori hinnangul asjakohane tõsta esile ka palju kajastust saanud BENU lahend,<sup>179</sup> kuna muude küsimuste hulgas tekitab see küsimuse, kas hankija tellis teenust või määras paika pelgalt üldised kasutustingimused. Kaasuse asjaolude kohaselt kuulutas SA Põhja-Eesti Regionaalhaigla (PERH) välja avaliku konkursi hoones asuvate äriruumide üürile andmiseks üldapteegiteenuse osutamise eesmärgil. Üks menetlusosalistest leidis aga, et üürileping sisaldas endas kontsessioonilepingu tunnuseid. Kohus leidis, et äriruumide kasutusse andmise puhul ei olnud siiski kontsessiooniga tegemist, kuna üürile anti eraõigusliku isiku valduses olev vara, mitte avalik ressurss.

Autori arvates kerkib kaasusest esile mitu probleemkohta, mida on toodud esile ka õiguskirjanduses.<sup>180</sup> Ühest küljest on PERH hankja, kuivõrd riigi sihtasutused on käsitletavad kui hankijad. Kaasuse asjaolude kohaselt kuulus hankijale hoones äriruumi pind, millele ta soovis leida kasutaja apteegi pidamiseks. Juhtumi kirjeldusest nähtub, et hankija ei kirjutanud lepingus ette, kuidas ettevõtja peab selles teenust osutama, vaid määras paika üldised tingimused (hankija soovis ruumi apteeki, mis pidi olema avatud kindlatel kellaegadel). Seega autori arvates sarnaneb juhtub Viljandi spordihoone äripinna kasutusse andmisega. Nagu leitud peab hankija ruumi kasutusse andmiseks sõlmima lepingu lähtuvalt sellest, missugune on tema huvi lepingu eseme suhtes. Autori arvates ei tellinud hankija apteegiteenust, vaid määras paika kontsessioonidirektiivi preambuli punktis 15 nimetatud üldised kasutustingimused, mis välistab lepingu kontsessioonina kvalifitseerimise.

Teisalt näiteks kui hankija oleks hoones juba apteeki omanud ja kuulutanud välja konkursi leidmaks sinna teenuse pakkujat, siis võiks hinnata, et leping oleks pidanud olema kvalifitseeritud kui teenuste kontsessioon ning lepingu esemeks oleks olnud ravimite müügiteenus (teenuse sisuks oleks eelduslikult näiteks ravimite andmine ostjale, nõustamine, võib-olla ka kohapeal valmistamine). Sellest omakorda võib tekkida aga küsimus, mille eest saab ettevõtja siis tasu. Kui tasu seisneks esemete müümises, siis juhtis kohus tähelepanu õigesti

<sup>179</sup> TlnRKO 12.03.2018, 3-17-1784, p 1.

<sup>180</sup> M.A. Simovart, M.Parind (viide 2), lk 884 p 8.

asjaolule, et asjade kontsessiooni ei ole olemas,<sup>181</sup> mistõttu tasu teenuse eest peaks seisnema käibes, mida teenuse pakkuja saab selle teenuse osutamise eest, mitte ravimite müügist tulenev käibes.

Antud kaasuse suhtes on autor seisukohal, et leping vastas selgelt üldiste kasutustingimuste erandile, kuna hankija määras paika vaid asjaolu, et ruumi peab kasutama apteegi pidamiseks, mis peab olema avatud kindlatel kellaaegadel. Seega autori kontrollskeemi kohaselt ei peaks nimetatud lepingu kvalifikatsiooni kontrollimisega kaugemale minema ning leping on kvalifitseeritav kui kasutusleping võlaõigusseaduse tähenduses.

### **2.3. Kontsessiooni eristamine hoonestusõiguse seadmise lepingust**

Hoonestusõiguse regulatsiooni kohaselt võivad maatükk ja sellel paiknevad ehitised koos oluliste osadega olla erinevate isikute omandis. Sellest tulenevalt annab hoonestaja positsioon talle õiguse hoonet omada ning maad kasutada, kuid see ei muuda teda nimetatud maa omanikuks.<sup>182</sup> Hoonestusõiguse regulatsioon leiab kasutust eelkõige siis, kui maaomanik ei soovi maad võõrandada, kuid tahab anda teisele isikule üle maatükile ehitise rajamise õiguse ja maa kasutamise õiguse, saades selle eest vastutasu kas perioodilise hoonestusõiguse tasuna, ühekordse maksena või näiteks viisil, et omandab hoonestusõiguse tähtaja lõppemisel hoonestaja poolt püstitatud hoone.<sup>183</sup> Seega on hoonestusõigus tähtajaline õigus, mille jooksul saab kasutaja vara kasutamisest ja ekspluateerimisest kasu, mis hoonestusõiguse lõppedes kaob. Hoonestusõiguse omandajale jääb hoonestusõiguse harilik väärtus, mille eest võib ta asjaõigusseaduse (AÕS)<sup>184</sup> § 253 kohaselt nõuda hüvitist. Teisti öeldes on hoonestusõiguse omajal õigus asja kasutada ja kasutada oma äranägemise järgi, mistõttu sarnaneb hoonestusõigus oma iseloomult kontsessiooniga. Samas kui hankijal on huvi või vajadus hoonestusõiguse seadmise osas kontsessioonilepingu sõlmimise järgselt, siis vajadus selle järele saab tuleneda vaid AÕS-st, mitte aga RHS-st, mis sellist kohustust ei reguleeri. Autor soovib selgitada välja, kuidas peab hoonestusõiguse- ja kontsessioonilepingu omavahel eristama ja mis tingimustel peab sõlmima ühe või teise lepingu.

<sup>181</sup>Samas.

<sup>182</sup> P.Varul jt (koos). Asjaõigusseadus II. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus: Juura 2014, lk 87.

<sup>183</sup> Samas, lk 88.

<sup>184</sup> Asjaõigusseadus. RT I, 22.02.2019,11.

AÕS § 251 kohaselt võib hoonestusõiguse seada kuni 99 aastaks. RHS § 136 kohaselt on kontsessioonilepingu kestvus kuni 5 aastat või kuni kontsessioonääril on mõistliku aja jooksul võimalik teenida tasa investeeringud, mis on tehtud teenuse osutamiseks või ehitise käitamiseks ja on olnud vajalikud konkreetse hankelepinguga seotud eesmärkide saavutamiseks. Selles seisneb oluline erinevus hoonestusõiguse ja kontsessiooni vahel, kuid samas ei ole 5 aastast pikema perioodi võimaldamine ebatavaline, kuivõrd hankijal on RHS § 136 alusel õigus pikendada seda nii, et kontsessionäär saaks teenida tagasi tehtud investeeringu koos mõistliku tootlikkusega.

Samas võib tekkida küsimus, kas selline tähtaja pikendamine ei lähe siiski vastuollu kontsessiooni olemusega, kuivõrd mingi õiguse andmine pikaajaliselt ühe ettevõtja käsutusse võiks pärssida konkurssi ning seetõttu olla vastuolus kontsessioonidirektiivi selgitusega, mille punkti 1 kohaselt on direktiivi peamiseks eesmärgiks olla avatud konkurentsile ja piirata diskrimineerimist. Teisest küljest on rahvusvahelist piirmäära ületavate projektide puhul võib 5 aasta jooksul kulu tagasiteenimine ning sealjuures kasumisse jäämine, võib osutada keerukaks. Sellest tulenevalt on tähtaja pikendamise võimalus mõistlik, ent kontsessiooni puhul, mis antakse kauemaks kui 5 aastat, tuleb väga kriitiliselt hinnata kui kaua on tulu tagasiteenimise reaalne ja mõistlik aeg. Kui seda ei suuda selgelt põhjendada, võib olla tegemist konkreetse ettevõtja tegevuse soodustamisega ja seekaudu konkurentsi kahjustamisega. Samuti tuleks silmas pidada, et kontsessiooni kvalifitseerimisel ei võeta kontsessioonidirektiivi selgituse punkt 20 kohaselt arvesse halba juhtimist, ettevõtja poolt lepinguliste kohustuste täitmata jätmist, vääramatut jõudu ega teenuse halba korraldamist, mistõttu investeeringute tagasiteenimise aeg peab olema reaalne, kuid ei tohi arvestada võimalike majanduslanguste või muude sarnaste äritegevusega kaasnevate vigadega.

Kontsessioonilepingute sõlmimist kestvusega üle 5 aasta, kasutatakse Eesti praktikas sageli. Näiteks andis hankija välja Tallinna Tammsaare parki rajatava restoran-paviljoni kontsessiooni,<sup>185</sup> mille puhul määras hankija kontsessiooni pikkuseks 50 aastat, kuivõrd hoonestusõigus anti kasutajale selle aja ulatuses. Riigikontroll on toonud esile asjaolu, et hoonestusõiguse seadmine erasektori partneri kasuks ehitustööde kontsessioonide andmisel on Eestis valitsev praktika.<sup>186</sup> Seega tundub, et hoonestusõigust võib käsitleda kui eraettevõtjale

<sup>185</sup> <https://www.aripaev.ee/uudised/2018/06/14/tammsaare-pargi-paviljoni-ees-maksti-9-miljonit>

<sup>186</sup> Riigikontrolli aruanne „Avaliku ja erasektori koostöö kohalikes omavalitsustes. Kas omavalituste ja nende erapartnerite koostööprojektid on läbipaistvad.“ Riigikogule, Tallinn, 03.04.2020, lk 11 p 22. - <https://www.riigikontroll.ee/tabid/206/Audit/2235/language/et-EE/Default.aspx>

antavat lisagarantiid, et tal oleks võimalik oma investeeringud tagasi teenida. See, kuidas ja mis kriteeriumite alusel tuleb mõistliku aega hinnata, ei ole aga seadusest võimalik välja lugeda.

Praktikas seatakse hoonestusõigus, kui kohalik omavalitsus katab kulutused, mida erapartner projekti elluviimiseks teeb. Samal ajal sõlmitakse ka kasutusleping, millega kohalik omavalitsus saab endale õiguse ehitist kasutada ühes kohustusega tasuda igakuised makseid (üüri). Samas, kui ehitist kasutavad kolmandad isikud, kes ka ühtlasi tasuvad erapartnerile selle eest, siis omavalitsus ja erapartner omavahel kasutuslepingut tavapäraselt ei sõlmi.<sup>187</sup> Autori hinnangul tähendab see seda, et kui maja rendivad veel kolmandad isikud (mitte lepingu osalised), siis nende makstav tasu on see tulu, mida kontsessioonäär eksploateerimise eest (risk, kas ta tuleb kulutustega toime) saab ning selline suhe vastab kontsessiooni tunnustele.

Riigivara valitsejal on talle seadusega pandud ülesannete täitmiseks õigus koormata kinnisasi hoonestusõigusega või muu asjaõigusega.<sup>188</sup> RVS § 18 lg 1 tuleneb, et riigivara kasutamise eest tuleb maksta turupõhist tasu, mille suurus vastab sarnastel tingimustel sarnase asjade kasutamiseks sõlmitud kasutuslepingutes kokku lepitud kasutustasudele turul. Õiguskirjanduses on leitud, et hoonestusõiguse seadmisel antakse vara pikaajaliselt kasutusse koos õigusega püstitada näiteks kinnisasjale kokkulepitud tingimusel ehitist või rajatis, mistõttu sarnaneb näiteks RVS § 74<sup>1</sup> jj järgi hoonestusõiguse seadmine oma sisult ehitustööde kontsessiooniga.<sup>189</sup> Hoonestusõiguse seadmine kontsessioonimenetluse raames on tavaline,<sup>190</sup> ning seda võib näha kui erasektori partneri täiendava kindlustusena. Hoonestusõigust võib käsitleda kui omakorda tagatist pankade jaoks võimalike laenude katteks,<sup>191</sup> kuivõrd ehitamine toimub praktikas enamasti pankade vahendusel täiendavate hüpoteekide ja pantide seadmisega, ning avalik sektor tagab investeeringu tasuvuse tulevaste kasutustasude näol.<sup>192</sup> Sellest tulenevalt on arusaadav, miks sõlmivad osapooled täiendavalt kontsessioonilepingule lisaks samuti hoonestusõiguse seadmise lepingu.

Hoonestusõiguse ja kontsessiooni sarnased tunnused on tuletatud asjaolust, et mõlemal juhul läheb teisele lepingupoolele üle õigus ehitist eksploateerida teatavate lisatingimuste täitmisel ja

<sup>187</sup> Samas.

<sup>188</sup> Riigivaraseadus. RT I, 29.06.2018, 44.

<sup>189</sup> S. Jakobson. Riigivara otsustuskorras hoonestusõigusega koormamine ettevõtluskeskkonna arendamiseks. Kas riigivara selline valitsemisviis on läbipaistev? *Juridica* 2018/5, lk 359.

<sup>190</sup> Riigikontrolli aruanne (viide 186), lk 21, p 69

<sup>191</sup> R. Sannik. Avaliku ja erasektori partnerluse alusel EL riigihankeõiguse paradigmas. *Magistritöö*, Tartu 2013, lk 12. - [https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/30853/Rait\\_Sannik\\_2013.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/30853/Rait_Sannik_2013.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>192</sup> Samas, lk 19.

üle läheb ka eksploateerimisega seotud äririsk.<sup>193</sup> Hoonestusõiguse võib seda nii juba olemasoleva infrastruktuuri objekti teenindamiseks<sup>194</sup> kui alles kontsessioonääri poolt ehitatavale objektile. Autor nõustub, et tegemist on sarnaste lepingutega, kuid lepingu saab liigitada kontsessioonina siiski ainult juhul, kui eksisteerivad temale omased eritunnused.

Riigikontroll on kontrolliaruande eelnõus<sup>195</sup> selgitanud, et kui tavalise hoonestusõiguse seadmisel saab omavalitsus lähtuda oma munitsipaalvara valitsemise korrast, siis ehitustööde kontsessiooniks liigituvate tehingute puhul tuleb rakendada riigihangete seadust. Selleks, et tuvastada, millise lepinguga on tegemist, tuleb autori hinnangul mõista, mis on tehingu eesmärk. Ehitustööde kontsessiooni eesmärgiks on hankija otsene huvi mingi ehitustöö vastu nii, et selle teostab üldjuhul täielikult oma vahenditest erasektori ettevõtja. Hoonestusõiguse eesmärk on anda kellelegi millegi üle teatud õigus. Näiteks omavalitsusele kuuluva kinnisasja hoonestusõigusega koormamise eesmärgiks saab olla kas linna enda vajaduste rahuldamine või kaudne huvi linnale kuuluva vara kasutusse andmisest tulu teenimiseks. Juhul, kui huvi on hankijal selgelt enda vajaduste rahuldamiseks, on lepingu peamisest eesmärgist lähtuvalt tegemist pigem kontsessiooniga.<sup>196</sup>

Kui riik peab RVS-ist tulenevate põhimõtete kohaselt saama hoonestusõigusest tasu või muid hüvesid, millena näiteks RVS § 74<sup>1</sup> lõike 3 alusel kehtestatava Vabariigi Valitsuse määruse eelnõu järgi käsitletakse Eesti majandusarengule olulisi investeeringuid,<sup>197</sup> siis autori arvates tuleb igakord hinnata siiski muuhulgas ka seda, kas need investeeringud toovad hankijale piisavalt otsese hüve. Autor on seisukohal, et praktikas võib esineda olukordi, kus hankija on sõlminud kontsessioonilepingu olukorras, kus oleks piisanud vara kasutusse andmiseks kasutuslepingust ja hoonestusõiguse seadmisest, kuna leping ei vastanud kontsessiooni eritunnustele.

Sellest tulenevalt on oluline eristada, millal on hankija kohustatud sõlmima kontsessioonilepingu ja millal piisab hoonestusõiguse lepingu sõlmimisest koos vajadusel muude lepingutega (nt rendileping). Sellist olukorda kirjeldab ilmekalt palju kajastust leidnud

<sup>193</sup> S.Jakobson (viide 189), lk 355.

<sup>194</sup> Raamatuspidamise Toimkonna juhend RTJ 16, Teenuste kontsessioonikokkulepped, lk 5 p 7b. [https://www.riigiteataja.ee/akti/isa/1201/2201/8011/RM\\_17122018\\_m55Lisa16.pdf#](https://www.riigiteataja.ee/akti/isa/1201/2201/8011/RM_17122018_m55Lisa16.pdf#)

<sup>195</sup> Riigikontrolli aruanne (viide 186), lk 21, p 70

<sup>196</sup> Samas.

<sup>197</sup> S. Jakobson (viide 189), lk 356.

nn Tammsaare pargi kontsessioon,<sup>198</sup> mis autori arvates ei vasta kontsessioonilepingu tingimustele.

Asjaolude kohaselt kuulutas Tallinna Linnavaaramet välja ehitistööde kontsessiooni Pärnu mnt 3 kinnisasjale Tammsaare parki teenindava paviljoni ning vajalike tehnovõrkude- ja rajatiste ehitamiseks. Lepingu kohaselt antakse kontsessioonäärile õigus omada ja kasutada nimetatud paviljoni ehitist hoonestusõiguse alusel 50 aastat koos kohustusega tagada hoone avalik kasutus, Tammsaare parki teenindava kohvi- restoranina ja seda piiritlemata isikute ringile. Samaaegselt peab kontsessioonäär seadma hoonestusõigusele tasuta isikliku kasutusõiguse Tallinna linna kasuks ehitatava ruumi (nn aednikukuuri ja WC) kasutamiseks. Tallinna linnavalitsuse esindaja on intervjuus öelnud, et Tammsaare pargi kontsessiooni alusel ehitatav restoran loob avalikku ruumi lisaväärtust ning linna eesmärk tehinguga pole tulu teenida, vaid rahuldada elanike vajadused ilma eelarvevahendeid kasutamata. Kasu saab linn ühekordse rahamakse arvelt ja hoonestusõiguse kasutamise eest makstava tasu pinnalt.<sup>199</sup>

Kontrollides lepingu vastavust hankelepingu tingimustele, siis pole autori hinnangul täidetud hüve kriteerium ehk tegemist ei ole rahaliste huvidega seotud lepinguga. Autor on jõudnud oma töö esimeses peatükis järeldusele, et hankija peab saama lepingust otseseid hüvesid, mis on teatud majandusliku väärtusega. Käesolevas kaasuse kohaselt saab hankija ehitatava hoone (klaaspaviljoni) omanikuks 50 aasta pärast ning koheselt saab ta kasu kuuri ja WC-st kasutamisest isikliku kasutusõiguse alusel ning tasust, mida kontsessioonäär kohustub maksma hoonestusõiguse alusel.

Autor ei tuvasta aga olukorda hinnates, millist haldusõiguslikku kohustust hankija nimetatud lepinguga tagab ning abilinnapea väide, et kontsessiooni tulemusel tagatakse linnaelanike vajadused eraettevõtja poolt hallatava restorani näol, ei ole kuidagi hankija otsene hüve. Võib olla kindel, et kuuri kasutamine kesklinnas ei olnud riigihanke eesmärgiks, kuivõrd selle oleks saanud rajada eelduslikult ka muul ja lihtsamal viisil. Autor on arvamusel, et hetkel sarnaneb olukord Helmut Mülleri lahendis toodule<sup>200</sup> ning Tallinna linn on kontsessioonilepingu kaudu täitnud pigem linna planeerimisalast tegevust. Samuti ei saa autori hinnangul olla hankija huvides ükskõik missuguse maja ehitamine linna territooriumil, kui ta ei vaja seda kas

<sup>198</sup>Pärnu mnt 3 ehitustööde kontsessioon, 12.05.2018, nr 193947. – <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:205247-2018:TEXT:ET:HTML>

<sup>199</sup> U. Saareoja (viide 36), lk 75

<sup>200</sup> *Helmut Mülleri lahendis* tuvastati, et tegemist oli linna planeerimisalase tegevusega.

isiklikuks kasutamiseks või täida selle kaudu mingisugust muud, avalikes huvides ettenähtud ülesannet. Küll aga ei ole kaudne linnarahva üldine huvi põnevama Tallinna linna vastu piisav, lugemaks täidetuks hüve kriteerium, mistõttu ei vasta leping hankelepingu tingimustele.

Autori hinnangul on eluline probleem ka see, kui hankija viib läbi alusetuid hankemenetlusi, kuivõrd tegemist on oluliselt mahukama (kallima) projektiga kui näiteks rendilepingu sõlmimine. Kuigi on raske leida põhjust, miks keegi peaks vaidlustama riigihanke läbiviimise objekti suhtes, on eelkirjeldatud juhtumi puhul panustatud nii hankijale kui ettevõtjatele olulisi ressursse raha ja aja näol, mistõttu tulebki mõista kahe lepingu piiritlemise kohti.

Autor leiab, et nimetatud hoone oleks võinud rajada ka klassikale maa rendilepingu ja hüpoteegilepingu seadmise kaudu, mis oleks taganud linnale samasuguse tulu. Seetõttu tundub probleem seisnevat asjaolus, et tihtipeale paistab esmajoones lepingu sisuks olevat ehitustöö ja muuhulgas on sealt tuvastatav ka rahaline vastusooritus, kuid hilisema analüüsi pinnalt selgub, et hoonestusõiguse seadmise lepingut ei saa pelgalt pealkirja alusel pidada ehitustöö kontsessioonilepinguks, vaid eristamiseks tuleb hinnata konkreetse lepingu sisu.

Hoonestusõiguse seadmise kaudu korraldas Tallinna linn näiteks ka Tammsaare tee 92 asuva parkimismaja hoone püstitamise, mille rajamiseks seadis linn ettevõtja kasuks hoonestusõiguse ja maa andis tasuta kasutamisele. Samal ajal lahendas linn ära väidetavalt pingelise parkimisolukorra. Autori hinnangul on asjaolude poolest tegemist sarnaste olukordadega ning ka Tammsaare pargi kaasuse oleks pidanud lahendatama sellisel viisil. Erinev on olukord näiteks Tallinnasse rajatava ujula puhul,<sup>201</sup> kus on põhjendatud hankija otsese huvi olemasolu sellisel viisil, et Eesti riigis puudub ujula, milles on võimalik korraldada olümpiavõistluste tingimustele vastavaid ujumisvõistlusi, tagada kõrgetasemelised treeninguvõimalused jms. Lepingu raames seatakse hoonestusõigus 50 aastaks, mille pikkust on põhjendatud asjaoluga, et arvestades ujula ehitamise maksumust ja ülalpidamise kulukust, on 50 aastat huvi tekitamiseks ja kulutuste tagasiteenimiseks mõistlik aeg.<sup>202</sup>

RVS § 18 lg 2 p 2 ja § 74<sup>1</sup> kohaselt võib riigivara anda kasutamiseks turupõhisest kasutustasust madalama tasu eest või tasuta, kui vara on vajalik koormata hoonestusõigusega kohaliku

<sup>201</sup>Varraku tn 14a ja 14b ehitustööde kontsessioon, 07.10.2019. - <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1610433/general-info>

<sup>202</sup>Päevakorrapunkti esinemised, Tallinna linnavalitus: [https://aktal.tallinnlv.ee/main?action=steno\\_speaker\\_agenda\\_item&agenda\\_id=161409](https://aktal.tallinnlv.ee/main?action=steno_speaker_agenda_item&agenda_id=161409)

omavalitsuse üksuse kasuks majandusarengule oluliste investeeringute tegemiseks. Kuna RHS § 131 lg 3 kohaselt on kontsessioonilepingu esemeks ehitustöö teostamine ja selle hilisem ekspluateerimine, saab leida, et lepingut, mis on suunatud riigivara kasutamiseks andmisele pikemaks ajaks tasuta, võib samuti käsitleda kas hoonestusõiguse lepinguna või kontsessioonilepinguna. Üks sarnasus kahe lepingu puhul seisneb näiteks selles, et mõlema lepingu liigi korral läheb kasutajale üle õigus valmiva hoone ekspluateerimiseks ning seetõttu ka sellega seonduv äririsk.<sup>203</sup> See tuleneb hoonestusõiguse enda iseloomust (AÕS § 241 lg 1), kuna hoonestusõigus annab seaduse kohaselt võimaluse omada ehitist teisele isikule kuuluval kinnisasjal ja lubab maaga püsivalt ühendatud ehitise tsiviilkäivet lahus maast. Isikul, kelle kasuks aga hoonestusõigus seatakse, on tähtajaline õigus omada kinnisasjal olevat rajatist.

Lahendis 3-3-1-39-12<sup>204</sup> seati AS Tallinna Sadama kuuluvale kinnistule operaatori kasuks hoonestusõiguse, mille sisu kohaselt oli operaator kohustatud rajama koormatud kinnistule terminali ja tagama hoonestusõiguse kehtivuse ajal terminali säilimise. Kohus tuvastas, et lisaks lepingus toodule leppisid pooled kokku ka selles, et üks lepingu pool osutab meresadamateenust või muud terminaliteenust, kuna on kohustatud välja ehitama terminali ja tagama selle säilimise, mistõttu ei seatud lepinguga vaid hoonestusõigust, vaid lepingu esemeks olid ka teenused ja ehitustööd. Kohus ei võtnud nimetatud lahendis seisukohta, millise lepinguga realselt tegemist oli, kuid nentis, et tegemist võib olla nii hankelepingu, kontsessioonilepingu või ei kummagagi.<sup>205</sup> Sellest saab järeldada, et piirid hoonestusõiguse seadmise ja kontsessiooni andmise vahel pole alati selged ning vaidlusi võib tekkida ka nende eristamisel.

Eelnevast tulenevalt on hankijal mõistlik kaaluda hoonestusõiguse instituuti rakendamise kasuks kui tal on oluline määrata, kas tema kinnistile ehitatakse maja, parkimismaja või muu just talle vajalik kindlaksmääratud objekt, mida hankija saab hoonestusõiguse kaudu kindlaks määrata. Sedasi, hoonestusõiguse seadmine kontsessiooni andmise kaudu, ei too hankijale lisakulusid (eeldusel, et hankija ei tasu ise kontsessioonäärile tasu) ning saab seetõttu lahti võimalikust ohust jääda kahjumisse, kuna see risk kantakse kontsessioonäärile.<sup>206</sup> Näiteks on selliselt rajanud endale parkimismaja Tallinna Regionaalhaigla (edaspidi PERH), kes kuulutas välja ehitustööde kontsessiooni parkimismaja ehitamiseks vastavalt hanke tingimustele. Täiendavalt seadis PERH hoonestusõiguse kontsessioonäärile 10-30 aastaks (koos lepingu pikendamise võimalusega) koos üürilepinguga, mille alusel kohustub PERH üüri tasuma. Muud

<sup>203</sup> S. Jakobson (viide 189), lk 355.

<sup>204</sup> RKHKo 05.11.2011, 3-3-1-39-12, p 14

<sup>205</sup> Samas, p 16.

<sup>206</sup> U. Saareoja (viide 36), lk 42.

parkimisest saadavad tulud jäävad kontsessioonäärile. Autori arvates vastas nimetatud leping kontsessioonilepingu tunnustele.

Eelneva pinnalt saab järeldada, et hoonestusõiguse lepingu seadmine koos kontsessiooniga on praktikas tavapärase tegevus, mis tagab hoonestusõiguse saajale kindluse vastavalt hoonestusõiguse lepingus toodule. Küll aga ei saa sõlmida lepinguid vastupidiselt. See tähendab, et kui pooltevahelised suhted ei vasta kontsessiooni tunnustele, ei saa sõlmida hoonestusõigust kontsessioonilepingu sõlmimise raames. Hoonestusõiguse seadmine võib toimida ka ilma riigihanketa, näiteks kui hankijal on oluline ainult see, et kinnistul asuvat hoonet kasutatakse kindlal otstarbel, kuid see, kuidas seda kasutatakse ja teised tingimused, ei ole tema jaoks tähtsad.

Hoonestusõiguse seadmise ja kontsessiooni andmise menetluse omavaheline erinevus seisneb olulisel määral selles, kas hankijal on otsene huvi lepingu eseme järele. Juhul, kui hankijal puudub otsene huvi hangitava teenuse või ehitustöö osas, siis ei ole kontsessiooni sõlmimiseks riigihanke menetluse läbiviimine kohane. Autori hinnangul on hoonestusõiguse sõlmimine hankemenetluse raames segane, kuna otsese huvi tuvastamine võib osutuda elulistes olukordades keerukaks. Näiteks kui eraettevõtjale pakub huvi tankla ehitamine sellisel kinnistul (linna piiris vms), mille rajamiseks peaks ta ehitama välja asfalteeritud teed, mida linna pole oma eelarvest suutnud veel rajada, siis kas maa rendile andmine tankla ehitamiseks, mille raames kohustub ettevõtja omakorda ehitsama välja asfalteeritud teed, on piisavalt hankija huvides või on tegemist pigem linnaplaneerimisalase tegevusega? Autori hinnangul peab hankija tooma selgelt esile tema saada otsese hüve, sest vastasel juhul ei saa sõlmida kontsessioonilepingut.

Kui hankija aga soovib määrata paika hoone kasutamise tingimused detailsemalt ja hakkab määratlema, kuidas peab hoonet kasutama või selles toimuvat teenust pakkuma, võib juhtuda, et hoonestusõiguse leping tuleb sõlmida hankemenetluse käigus. Samuti võib vastus küsimusele sõltuda sellest, kas hankijal võib ka endal olla huvi rajatava järele.<sup>207</sup> Autori hinnangul ei ole reaalselt probleemi, kui hoonestusõigus seatakse kontsessioonilepingu järgselt, kui leping vastas kontsessiooni tunnustele. Vahet tuleb teha aga sellele, et kui hankijal puudub otsene huvi ehitustöö või teenuse järele, täidetud pole vastastikuste varaliste kohustuste klausel, siis ei saa tegemist olla kontsessioonilepinguga, ega ka hankelepinguga. Hoonestusõiguse ja

<sup>207</sup>Pärnusse plaanitakse uute busside tarvis gaasitanklat, 01.03.2012. –  
<https://parnu.postimees.ee/757016/parnusse-plaanitakse-uute-busside-tarvis-gaasitanklat>

kontsessiooni eristamisel peab rakendaja suutma vastata, kas kohustust täiendatakse linna planeerimise ehk teatud avaliku huvi tagamiseks või peetakse siiski silmas hankija huvi või talle pandud kohustust.

#### **2.4. Kontsessiooni eritamine tegevusloast**

Teatud juhtudel võib avaliku võimu ja haldusvälise isiku vahel olla suhteid, mis vastavad esmapilgul kontsessiooni tunnustele ning millel on kontsessiooniga sarnased järelmid, kuid õiguslikult ei ole tegemist kontsessiooni, vaid üldistatult tegevusloaga.<sup>208</sup> Tegevusluba on teenuste osutamise valdkonnale juurdepääsu või seal tegutsemist võimaldav akt, näiteks autoriseering, litsents, heakskiit, registrikanne või muu samaväärne nõue.<sup>209</sup>

Kuivõrd kontsessiooni ja tegevuslubade omavaheline seos ei olnud kontsessioonidirektiivile eelneval perioodil selge, siis uus kontsessioonidirektiivi preambuli punktis 14 on toodud esile soovitus mitte käsitleda kontsessioonina tegevuslubasid või litsentse, millega ametiasutus annab loa ning ettevõtjale jääb võimalus ehitustööde tegemisest või teenuste osutamisest loobuda.

Lisaks kontsessioonidirektiivile on sama põhimõtte sätestatud ka direktiivis 2006/123/EÜ (edaspidi teenuste direktiiv), mis riigihangete mittekäsitlemise tõttu välistab direktiivi samaaegase kohaldamise,<sup>210</sup> ent selgitab hästi, mida Euroopa Liidu õiguses peetakse silmas tegevuslubade all.

Teenuste direktiivi preambuli punkt 39 selgitab, et autoriseerimisskeemi mõiste peaks endas hõlmama muuhulgas autoriseeringute, litsentside, heakskiidu või kontsessioonide andmisega seotud haldustoiminguid. Autoriseering ehk teisisõnu luba võidakse anda lisaks ametlikule otsusele ka vaikimisi tehtud otsusega, mis võib näiteks tuleneda pädeva asutuse vaikimisest või asjaolust, et huvitatud isik peab ootama taotluse kättesaamise kinnitust selleks, et alustada asjaomase tegevuse teostamist, et tegevus oleks seaduslik. Autoriseerimisskeemi all peetakse silmas igasugust menetlust, mille käigus on isik kohustatud astuma samme saamaks riigi

<sup>208</sup> M.Sõrm. Magistritöö (viide 34), lk 13.

<sup>209</sup> Teenuste direktiivi rakendamise käsiraamat. Luxembourg: Euroopa Ühenduste Ametlike Väljaannete Talitus, 2007, lk 14.

<sup>210</sup> EKo 14.07.2016, C-458/14, C-67/15, *Promoimpresa*, p 45.

pädevalt asutuselt teenuste osutamise valdkonnale juurdepääsu või see on mingis valdkonnas tegutsemist käsitlev ametlik või vaikumisi tehtud otsus.<sup>211</sup>

Tegevusloa ja kontsessiooni omavaheline eristamine on oluline eeskätt seetõttu, et mõlemad väljastatakse selliste asutuste poolt, kes võivad käituda kui hankijad. Seetõttu võib tegevusluba oma olemuselt sarnaneda kontsessioonile, kuna mõlema instrumendiga antakse eraisikule õigus mingisugune õigus kindlal viisil tegutsemiseks. Loa ja kontsessiooni omavahelise eristamise üheks peamiseks viisiks on peetud lepingu tuvastamise asjaolu.<sup>212</sup> Kui leping puudub, kuid tegevuse alustamiseks peab ettevõtja esmalt esitama pädevale asutusele avalduse, saama seejärel sellele heakskiitva otsuse, siis on tegemist loa väljastamisega.

Praktikas võib esineda olukordi, kus loa andmise menetluse raames sõlmitakse hankelepingu tunnuseid sisaldav leping, mistõttu võib tekkida kahtlus lepingu õiges kvalifitseerimises. Sellist olukorda ilmestab mõne aasta taguses Euroopa Kohtu praktikas esile kerkinud olukord, kus hankija kuulutas välja hanke nõustamisteenuse saamiseks. Hanke tingimuste kohaselt pidi hankija valima välja kõik ettevõtjad, kes vastavad hanketeates kehtestatud nõuetele ja sooritavad edukalt ettenähtud eksami, millega peale tähtaja möödumist ei saa ükski teine hankija liituda.<sup>213</sup> Kohtu hinnangul ei olnud siiski tegemist hankega, sest hanke lõppedes ei sõlmitud lepingut ühe konkreetse pakkujaga.

RHS § 8 lg 1 kohaselt on hankeleping rahaliste huvidega seotud leping, mis on sõlmitud vähemalt ühe pakkuja ja ühe hankijaga. RHS § 35 lg 4 täiendab, et leping sõlmitakse pakkujaga, kes on esitanud riigihanke alusdokumentidele vastava ja pakkumuste hindamise kriteeriumite alusel parima pakkumuse. Järelikult ei saa käsitleda kontsessioonina lepingut, mille sisu saavad täita kõik teatud kindlaksmääratud tingimustele vastavad soovijad, kuna ka kontsessioon on RHS § 120 lg 1 kohaselt kahe osapoole vaheline leping, mis sõlmitakse juriidilise isikuga, kelle pakkumine tunnistati parimaks.

Järelikult olukorras, kus hankija valis hanke võitjateks kõik nõuetele vastavad pakkujad, ei saanud olla tegemist riigihanke läbiviimise üldreeglitele vastava hankega ehk teisisõnu kui

<sup>211</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2006/123/EÜ, 12. detsember 2006, teenuste kohta siseturul  
ELT L 376, 27.12.2006, preambuli punkt 39.

<sup>212</sup> J. Wolswinkel. From public limited contracts to limited authorizations and vice versa: exploring general award requirements from the EU court's corollary approach. *Public Procurement Law Review* 5, 2015, lk 3

<sup>213</sup> EKo 01.03.2018, C-9/17, *Tirkkonen*, p 26.

hanke tulemusel (mis ei ole esitaud ühishankena) ei sõlmita hankelepingut ühe konkreetse, parimaks tunnustatud pakkujaga, ei ole tegemist riigihankega Euroopa Liidu õiguse mõistes. Seega *Tirkkonen*<sup>214</sup> kaasuses oli tegemist pigem loamenetlusega, kuivõrd menetluse tulemusel võisid teenust pakkuda kõik huvitatud isikud, kes mingitele tingimustele vastasid ja olid teenuse osutamiseks saanud pädevalt asutuselt vastava loa. Seega on osapoolel oluline märgata, et kontsessioonina saab kvalifitseerida vaid sellise õigussuhte, mille aluseks on kahepoolne, õiguslikult siduv leping.

Eelpool toodud olukorda on käsitletud ka lahendis *Falk Pharma*<sup>215</sup>, milles hankija soovis sõlmida lepingud kõigi ettevõtjatega, kes suudavad talle tarnida hangitavat kaupa eelnevalt kindlaksmääratud tingimustel ning täiendavalt oli kõigil soovijatel võimalik selle kokkuleppega ka hiljem liituda.<sup>216</sup> Kohus selgitas, et selline süsteem ei vasta riigihanke tunnustele, kuivõrd hanget iseloomustab hankelepingu sõlmimine kahe osapoolte vahel sellistel tingimustel, mille määrab kindlaks hankija ja muuhulgas on hanke üheks tunnuseks hankija poolt parima pakkumise tegija valimine.<sup>217</sup> Autori arvates on seega kontsessiooni ja tegevusloa eristamise esmane kriteerium see, kas poolte vahel on sõlmitud hankelepingu, sh kontsessioonilepingu tunnustele vastav leping. Kui sellist lepingut ei ole, on tegemist üksiku haldusaktiga, mis vastab Eesti õigusruumis haldusmenetluse seaduses (edaspidi HMS) toodud nõuetele. Eelneva põhjal tuleb seega märgata, et juhul kui leping vastab raamlepingu tingimustele, nt õigus lepinguga igal ajal liituda või on tegemist loamenetlusega, ei ole samal ajal tegemist kontsessioonilepinguga.

Euroopa Kohtu praktika pinnalt tuleb esile neli olulist tingimust, mille pinnalt saab eristada kontsessioone muudest lubadest. Esmalt tuleb selgitada välja, kas õigusliku suhte algatajaks on hankija või pakkuja. Seejärel uurida missuguses ulatuses on teenuse osutamise nõuded paika määratud. Hinnata, kas esineb range kohustus teenust pakkuda kogu lepingu kestvuse vältel ja kas hanke läbiviimine on algatatud hankija vajadustest/huvist lähtuvalt.<sup>218</sup>

<sup>214</sup> Samas.

<sup>215</sup> EKo 02.06.2016, C-410/14, *Falk Pharma*,

<sup>216</sup> Samas, p 32.

<sup>217</sup> Samas, p 42. (samas).

<sup>218</sup> J. Wolswinkel. Concession meets authorization: new demarcation lines under the concessions directive? *European Procurement and Public-Private Partnership Law Review*. 2017/4, lk 407.

### 3. Lepingu kvalifitseerimise skeem

Magistritöö üheks eesmärgiks on eelnevalt käsitletud tunnuste ja kohtupraktika pinnalt koostada skeem, mis aitab hankijal selgitada välja, millisena leping kvalifitseerida. Kokkuvõtlik skeem aitab vähendada kasutaja ajakulu ning võimaldab paremini näha elulise olukorra tervikpilti, märgata võimalikke takistusi lepingu kvalifitseerimisel ning seekaudu keskenduda potentsiaalsetele probleemkohtadele.

Antud autori poolt koostatud skeem alljärgnevas tekstis toob välja kahe põhilise osa, skeemi eelkontrolli ning lepingu kvalifitseerumise etapid ning kirjelduse.

#### 3.1 Skeemi eelkontroll

3.1.1 Eelkontrolli käigus tuleb välja selgitada kas tegemist võib olla segalepinguga, Oluline on mõista, kas terve leping või osa lepingust võib vastata hankelepingu või kontsessiooni tunnustele. Kui mitte, siis tuleb kvalifitseerida leping või selle osa muu lepingu liigi kohaselt. Kontrollida tuleb iga lepingu osa.

3.1.2 Juhul kui leping on osadeks jaotatav siis tuleb hinnata, kas eriosade suhtes tuleks korraldada eraldi hange, kui iga osa neist vastab hankelepingu tingimustele. Kui leping ei ole osadeks jaotatav – siis hinnata, kas lepingu peamine ese on ehitustöö või teenus (nende kontsessioon). Kui on, siis asuda lepingut edasi kontrollima. Selle tuvastamiseks tuleb leida domineerivad kohustused ja kõrvalkohustused. Lepingu kvalifitseerimine käib peamise eseme alusel (tuvastama peab domineeriva kohustuse).

*Näide 1. Kui sõlmitud on leping linna bussi ootepaviljonide hooldamiseks (pühkimine, klaasipesu), mis sisalab ka paviljonide purunemise korral parandust, siis on ehitustöö lepingul kõrvaline tegevus ja tegemist on teenuse hankelepinguga.*

3.1.3 Lepingu ese: kui lepingu esemeks ei ole asja ostmine, ehitustöö või teenuse tellimine, siis ei ole tegemist hankelepinguga. Kontrollida tuleb selle asemel lepingu tunnuste vastavust muude lepingu tingimustele.

3.1.4 Kas leping vastab nn üldtunnuste kriteeriumile – kas hankija hakkab lepinguna reguleerima lepingu sisu suuremal määral kui üldine kasutuskord? Mida

üksikasjalikumalt on hankija lepingu eset reguleerinud, seda kaugemale on leping üldtunnuste kriteeriumist viidud ehk tõenäoliselt on tegemist riigihankelepinguga, sealhulgas kontsessiooniga, kui esinevad selle tunnused.

3.1.5 Kui hankijal ei ole huvi selle vastu, kuidas lepingu eset (nt üüripinda) kasutatakse peale üldise kasutuskorra, siis tegemist ei ole hanke- ega kontsessioonilepinguga. Hinnata tuleb, kas hankija lepingu esemeks on asja, teenuse või ehitustöö hankimine või on leping suunatud millegi hankijast otseselt sõltumatult kasutusse andmisele.

3.1.6 Kui hankijal on huvi hoone või teenuse sisu vastu (tahab teenust enda tarbeks, nt jäätmevedu linnas) ning määrab paika selle kasutamise tingimused, võib olla tegemist hanke- või kontsessioonilepinguga (tegelikult tellib teenust oma ettekirjutuste põhjal).

*Näide 2. Hankijale kuulub hoone Paide linnas, mida kasutati sajandeid tagasi trükikojana. Linna jaoks on tegemist ajaloolise väärtusega hoonega, mistõttu soovib linn, et antud majas oleks ka tänapäeval trükikoda ehk linn määrab hoone kasutusotstarbena paika trükikoja. Linn annab seega hoone rendile, sätestades hoone kasutusotstarve ja korrashoiukohustuse.*

## 3.2 Lepingu kvalifitseerimise skeem

3.2.1 Erandid, mis välistavad RHS-i kohaldamise RHS § 11 kohaselt.

*Näide 3. Hankijal on vaja leida esindaja kohtumenetluse toimimise ajaks. RHS § 11 lg 1 p 11 tuleneva erandi tõttu, ei ole vaja hankijal korraldada hanget õigusteenuse saamiseks.*

3.2.2 Lepingu vastavus hankelepingu tunnustele:

3.2.2.1 Lepingu poolteks on hankija ja ettevõtja.

3.2.2.2 Lepingu sisuks on:

3.2.2.2.1 Asjade hankeleping (ostmine, liisimine, rentimine, üürimine, paigaldamine). Juhul kui tegemist on asja hankimisega ei vasta lepingud kontsessiooni tunnustele, kuna asjad ei ole kontsessioonilepingu esemeks (veendu asjade soetamisel kontrolli vaid hankelepingule vastavuse osas. Kui pole hankeleping, kontrolli vastavust teistele lepingu liikidele).

*Näide 4. Hankijal on vaja seotada õhusõidukite hooldamiseks jäätõrjevedelikku. Hankija kuulutab välja asja (vedeliku) seotamiseks hanke RHS-I nõuete kohaselt.*

### 3.2.2.2.2 Ehitustööde hankeleping (ehitustööde tellimine);

*Näide 5. Hankija vajab Tartu linnas ehitustöid sõidutee ristmiku parandamiseks. Hankija tasub ehitustööde teostamise eest ning selle saamiseks korraldab hanke RHS-s sätestatud menetluskorra alusel.*

### 3.2.2.2.3 Teenuste hankeleping (teenuste tellimine)

*Näide 6. Hankija korraldab hanke tellimaks transporditeenust erivajadustega isikute hüvanguks (igapäevased väljasõidud haridusasutusse vms). Teenuse tagamise eest tagab hankija ning korraldab selle saamiseks teenuse hanke RHS-s sätestatud nõuete kohaselt.*

3.3 Lepinguga kaasneb varaline huvi – hankija peab saama lepingust majanduslikku kasu. Selle eelduseks on, et hankijal on ehitustööd või teenust vaja enda tarbeks, peab selle kaudu täitma talle pandud haldusõiguslikku kohustuste.

*Näide 7. Hankija rajab ehitustööde tellimise kaudu talle vajaliku hoone (näiteks Superministeeriumi hoone tagamaks ametnikele töökoht).*

3.3.1 Hankija peab saama lepingust hüve.

3.3.1.2. Juhul kui hankija jaoks on saadav hüve kaudne, ei ole tegemist varaliste huvidega lepinguga, mistõttu ei ole tegemist ka hankelepinguga. Jätkata tuleb lepingu liigi kontrollimist

*Näide 8. Hankija korraldab kontsessiooni erimenetluse suvekohviku pidamiseks Haapsalu linna pargis. Leping sisaldab kohustust korraldada elava muusika õhtuid. Hankija hindab, et sellisel viisil kohviku ja kontserdite korraldamine eraettevõtja kulul suurendab linna külastavate turistide arvu ning linn kui hankija teenib selle pealt tulu.*

3.3.1.3. Hankija jaoks on saadav hüve otsene – tegemist on varaliste huvidega seotud lepinguga ja tegemist võib olla ka kontsessiooniga. Otsene varaline huvi on olemas kindlasti: hankija saab rajatava infrastruktuuri omanikuks, hankija saab võimaluse kontrollida ehitise kasutamist, hankija saab eelise ehitise kasutamisest või võõrandamisest, hankija

tagab hanke kaudu oma haldusõiguslikku kohustuste (näiteks tagada jäätmevedu).

*Näide 9. Hankijal on huvi soetada linna ühistransporditeenuse tagamiseks uued, maagaasil sõitvad bussid, kuna need on keskkonnasõbralikud. Selle jaoks on hankijal vaja aga busse tankida maagaasi tanklal, mida linna seni pole rajatud. Hankijal ei ole võimalik majanduslikult ega oskuslikult tanklat pidada, kuid on valmis andma eraettevõtja kasutusse selle jaoks strateegilises asupaigas oleva kinnistu, millele tankla ehitada. Tankla toimimise kaudu on võimalik hankijal tagada linnaliiniliiklus keskkonnasõbralikul viisil ja saab seekaudu otsesest kasu, kuna muidu ei oleks hankijal võimalik antud busse kasutada.*

Kõikide eelpool nimetatud tunnuste esinemisel, on tegemist hankelepinguga. Hankija peaks jätkama skeemi kontrollimist veendumaks, kas leping võib muuhulgas vastata ka kontsessiooni eritunnustele.

### 3.4 Kontsessioonina kvalifitseerimise võimalikkus

3.4.1 Kontrollida RHS § 132-134 rakendusala erisusi, mis välistavad RHS-i kohaldamise.

*Näide 10. RHS § 132 lg 1 p 3 kohaselt ei pea sõlmima riigihankelepingut, so kontsessioonilepingut reisijateveoteenuse osutamiseks. Seega kui hankija soovib tagada ühistransporti peaks ta lähtuma eelkõige ühistranspordiseaduses toodust (näiteks § 21 lg 4, mis annab võimaluse sõlmida otseleping transporditeenuse osutamiseks).*

3.4.2 Kui eriseadus näeb ette riigihangete seaduse kohaldamise, tuleb sellest erisusest lähtuda ning lepingu kvalifitseerimine käib vastavalt seaduse nõudele.

*Näide 11. Näiteks RHS § 132 lg 1 p 5 kohaselt ei pea järgima seaduses sätestatud kui soovitakse sõlmida leping püsiivõrkude pakkumiseks või käivitamiseks, mis soendub joogivee pakkumisega. Seega kui hankija soovib määrata ühisveevärgi ja kanalisatsiooni teenuse pakkumiseks ettevõtjat, ei pea ta selleks viima läbi riigihanget ning kohase menetluse tuvastamiseks tuleb*

*eelkõige lähtuda eriseaduses sätestatust. Kui eriseadus näeb ette kontsessioonimenetluse korraldamisel, siis tuleb sellest kohustusest muidugi juhinduda (ÜVVVK<sup>219</sup> § 7 lg 2).*

3.4.3 Ekspluateerimisõiguse teke – kas kontsessionääril on õigus ehitustööd ekspluateerida või teenust osutada:

3.4.3.1 Kontsessionäär peab saama lepingust tulenevad õigused, milleks on võimalus ekspluateerida rajatud infrastruktuuri või osutada teenust. Samaaegselt peab ettevõtjal olema lepinguline kohustus teenust pakkuda või ehitustöö teostada:

3.4.3.2 Kontsessionääril tekkis õigus teenida rajatud infrastruktuuri loomise ja ülalpidamise eest tasu ja;

3.4.3.3 Kontsessionäär on vastutav pakutava teenuse, ehitustöö tegemise, selle ülalpidamise, igapäevase haldamise jms eest.

3.4.4 Kui kontsessionääril ei teki õigust ehitustööd kasutada, teenust osutada või tal ei teki samaaegselt kohustuste lepingu eseme suhtes, ei ole tegemist kontsessiooni eritunnusega.

3.4.5 Riski üleminek:

3.4.5.1 Risk reguleeritud sektoris – kas risk on läinud üle olulisel või suuremal määral ehk arvestades sektoriga seonduvaid ärilisi piiranguid.

3.4.5.2 Risk ei ole üle läinud - tegemist ei ole kontsessiooniga.

*Näide 12. Hankija tellib transporditeenuse osutamist ettevõtjalt maakonnas. Teenuse osutamise jaoks annab hankija ettevõtjale bussi, teostab selle alalist hooldust, hüvitab kulu ilma reisijateta teostatud sõitude eest ning tasub täiendavat hüvitist. Kui sellise tegevusega tagab hankija ettevõtjale garantii, et nõudluse puudumine teda majanduslikult ei mõjuta, ei ole risk üle läinud.*

3.4.5.3 Risk mittereguleeritud sektoris:

<sup>219</sup> Ühisveevärgi ja -kanalisatsiooni seadus. RT I, 22.02.2019,31.

3.4.5.4 Kas kontsessioonäär vastutab võimaliku ebaõnnestumise eest äritegevust teostades, kandes selle osas majandusliku ebaõnnestumise olulist riski (ei teeni tagasi tehtud investeeringuid, oht et nõudlus teenuse järgi väheneb ootamatult vms). Kui kannab riski – on tegemist kontsessioonilepingu tunnusega;

3.4.5.5 Kas hankija tagab ettevõtjale garantiisid ebaõnnestumise puhuks – kui jah, siis hinnata, kas nende kaudu on risk ettevõtjalt tegelikkuses ära võetud ja ta ei ole riski kandjaks – kui nii, siis risk ei ole üle läinud.

3.4.5.6 Kui risk on muul viisil maandatud ehk ettevõtjal ei ole ebaõnnestumise tõenäosust – siis ei ole tegemist kontsessioonilepingu tunnusega;

Juhul, kui leping ei vasta ei hanke- ega kontsessioonilepingu tunnustele, peaks hankija kontrollima, kas tegemist võib olla muu lepinguga.

3.5 Lepingu võimalik kvalifitseerimine muu lepinguna:

3.5.1 Kas tegemist võib olla kasutuslepinguga võlaõiguseaduse kohaselt?

3.5.1.1 Üürileping:

3.5.1.1.1 Pooled: hankija ja teine juriidiline või füüsiline isik;

3.5.1.1.2 Lepingu ese: asja tasu eest kasutusse andmine (leping võimaldab vaid asja kasutada);

3.5.1.1.3 Lepingu esemeks võib olla ka VÕS § 272 kohaselt elu- ja äriruum

3.5.1.1.4 Maksumus: asja kasutaja kohustub lepingu kestvuse aja jooksul tasuma asja kasutamise eest kokkulepitud tasu

3.5.1.1.5 Muud tingimused: Üürilepinguga võib üürnikule näha ette kõrvalkohustusi (teenuse osutamise lepingu kohustusi sisaldavad üürilepingud), näiteks ruumi üürileping koos hommikusöögi pakkumise kohustusega.

3.5.2 Rendileping:

3.5.2.1 Pooled: hankija ja teine juriidiline või füüsiline isik;

3.5.2.2 Lepingu ese: asja (samuti õigused ja ettevõtted) tasu eest kasutusse andmine (valduse loovutamine), mille raames läheb rentnikule üle õigus saada endale asja viljad (leping on suunatud asja kasutamisest kasu saamisele);

3.5.2.3 Maksumus: rentnik kohustub tasuma asja kasutamise eest renti (rent ei pea olema raha, vaid võib seisneda ka näiteks maksude tasumise kohustuses, soorituse tegemises vms).

3.5.2.4 Täiendavad tingimused: rentnikul on kohustus asja kasutada VÕS § 334

3.5.3. Tasuta kasutamise leping:

3.5.3.1. Lepingu pooled: hankija ja teine juriidiline või füüsiline isik;

3.5.3.2. Lepingu ese: eseme ilma tasuta kasutamiseks andmine

3.5.3.3. Maksumus: puudub rahaline kohustus maksta asja kasutamise eest;

3.5.3.4. Muud tingimused: asja kasutaja peab kandma kasutamiseks antud eseme säilitamiseks vajalikud kulud.

3.5.3.5. Hinnata, kas leping vastab riigivara seaduses nimetatud tingimustele:

3.5.3.5.1. RVS § 15 lg 3 kohaselt on riigivara valitsemise eesmärgiks tulu saamine. Sellest lähtuvalt kehtib üldreegel, et vara tuleb anda kasutusse turupõhise kasutustasu eest.

3.5.3.5.2. RVS § 18 lg 2 kohaselt võib anda riigivara kasutusse turupõhisest hinnast madalama kasu eest või tasuta kui täidetud on RVS § 18 lg 2 toodud tingimused.

*Näide 12. Hankijal on linna kultuurimajas ruum, milles on peetud kohvikut. Ruumis on olemas seadmed (näiteks baarilett, köök jms). Hankija arvab, et selle ruumi võiks välja üürida, et ettevõtja saaks pakkuda teenust, hankija ise teeniks seisva ruumi pealt tulu. Hankijal ei ole ei ole huvi, kuidas teenust osutatakse, milline ruum välja näeb, mida pakutakse vms.*

3.6 Hoonestusõiguse leping asjaõigusseaduse § 241 kohaselt

3.6.1 Pooled: kinnisasja omanik (hankija) ja teine juriidiline või füüsiline isik;

3.6.2 Lepingu ese: kinnisasja koormamine selliselt, et isikul, kelle kasuks hoonestusõigus seatakse, on täielik õigus omada kinnisasjal sellega püsivalt seotud ehitist ja kohustus tagada ehitise säilimine (AÕS lg 247 lg 2).

- 3.6.3 Maksumus: hoonestusõiguse eest kohustub kasu saaja maksma tasu (AÕS §254 lg 1). Kui hüvitise suurus ei ole kokku lepitud, loetakse tasu suuruseks hoonestusõiguse harilik väärtus.
- 3.6.4 Lepingu periood: hoonestusõiguse võib seda kuni 99 aastaks ( AÕS § 251 lg 1).

*Näide 13. Linnale kuulub kinnistu, millel paikneb kõlakoda. Linnal on huvi, et kõlakoda ja kinnistut hooldaks ettevõtja, samuti on linnal võimalik teenida kinnistu kasutamiseks andmise kaudu renditulu. Linna jaoks ei ole oluline, kuidas ettevõtja tulu teenib, näiteks kas kinnistut kasutatakse edaspidi kontserte, erapidusid või muu korraldamiseks. Linn määrab hoonestusõiguse lepingus paika kinnistu hooldamise kohustused jm tingimused. Linn ei hangi lepingu kaudu linnaraha meelelahutuse teenust.*

### 3.7 Autoriseering ehk luba või muu ühpoolne otsus

#### 3.7.1 Kas poolte vahel on leping?

3.7.1.1 Kas leping on vastastikku siduva iseloomuga? Kui on, siis pole tegemist loaga.

#### 3.7.2 Kas poolte vahel puudub leping?

3.7.2.1 Puudub. Veendu, kas kohustuste täitmiseks on vaja halduskandja luba?

3.7.3. Lepingu pooled: kaks erinevat füüsilist või juriidilist isikut.

## Kokkuvõte

Magistritöös uuriti RHS-s sätestatud kontsessioonilepingule omaste eritunnuste olemust ja tuvastati, kuidas tuleb eritunnuseid elulistes olukordades rakendada ning millele pöörata tähelepanu kontsessioonilepingu kvalifitseerimisel. Samuti analüüsis autor, kuidas tuleb eritunnuste kaudu kontsessiooni eristada teistest lepingutest ja lubadest Eesti õigussüsteemis, pidades silmas, et kõigi piiritlemise objektide puhul on kontsessioonileping Euroopa Liidu õiguse autonoomne mõiste. Eristamine on eeskätt oluline seetõttu, et õigussuhte poolte jaoks sõltub lepingu olemusest kohase menetluse valik. Eesti kohtupraktikast leiab mitmeid selliseid lahendeid, milles on kohus pidanud hindama, kas sõlmitud lepingu näol on tegemist kontsessioonilepinguga ja kas selle sõlmimiseks on kasutatud kohast menetlust.

Magistritöö raames koostas autor lepingu kvalifitseerimise skeemi, mis hõlbustab lepingu positsioneerimist vastavasse õigusruumi, võimaldades selle kasutajal näha kontsessioonidega seonduvat tervikpilti ning keskenduda varakult võimalikele probleemkohtadele (näiteks lepingu hankelepinguna kvalifitseerimiseks peavad nad põhjendama senisest paremini, milles seisneb hankija otsene hüve). Töös tegeletakse küsimusega, kas riigihangete seaduses sätestatud kontsessiooni regulatsioon sisaldab endas kõiki kontsessiooni eristamiseks omaseid tunnuseid või peaks kehtivat regulatsiooni muutma või täiendama. Seda hindas autor eelkõige kontsessioone puudutavate asjakohaste kohtupraktikate ja õiguslase kirjanduse analüüsi ja sellest johtuvate järelduste pinnalt. Autor analüüsis ja küsis lähtuvalt kohtupraktikast, seadusest ja õiguslasest kirjandusest: 1) millised tunnused sobivad kontsessiooni iseloomustama ja miks ilmneb nende rakendamisel probleeme ja kuidas peab neid sisustama, 2) kas lisaks kontsessiooni mõistes toodule, on lepingu kvalifitseerimisel vaja arvestada täiendavate tingimustega, mis seadusest selgelt välja ei joonistu?

Tasu lepingu eseme eksploateerimise eest võib kontsessionäärile laekuda kas kolmandatelt isikutelt (teenuse tarbijatelt), osaliselt tarbijatelt ja osaliselt hankijalt või ka täielikult hankijalt. Juhul, kui tasu laekub osaliselt või täielikult hankijalt, tuleb pöörata tähelepanu äririski üleminekule veendumaks, et hankija ei ole riski tagatiste näol maandanud. Eestis on riski kriteeriumi hindamisega silmitsi seistud mitmetes kohtuvaidlustes, milles hankija tagas kontsessionäärile hüvitise märkimisväärse ulatuses. Seega selgus, et lepingud olid valesti kvalifitseeritud. Asjaolu, et hankija võib olla täielikult kontsessioonilepingu tasutajaks on magistritöö autori hinnangul segadust tekitav asjaolu, kuivõrd juhul, kui tasu laekub täielikult hankijalt, siis on tegemist pigem hankelepinguga. Eluline vaste olukorrale on pakutud

riigihangete seaduse kommenteeritud väljaandes, kuid autori hinnangul peaks selline võimalus olema lisatud seadusesse selgemalt kui praegune RHS § 131 lg 1 seda sätestab, kuna klassikaliselt peetakse kontsessioonilepingute all silmas lepinguid, mille puhul kontsessionäär ei saa tasu hankijalt. Näiteks on sellest tulenevalt tehtud vigu koolitoitlustuse korraldamisel. Kui hankija hüvitab koolilõuna pakkumise kulu, siis ei piisa riski kriteeriumi põhistamiseks täiendava pakkumisest, mille tarbimine ei ole tagatud.

Euroopa Kohtu praktikast tulenev tegevusvabaduse põhimõte ei ole kontsessioonidirektiivis mainitud teda iseloomustava tunnusena. Tegevusvabaduse põhimõtet on sageli kasutatud nii Eesti kui Euroopa Kohtu praktikas kontsessiooni eristava tunnusena, eelkõige hankelepingu ja kontsessiooni eristamiseks. Autor järeldeb, et tegemist ei ole kohase kriteeriumiga kontsessiooni kvalifitseerimisel, kuna puudub standard millega hinnata, millal on hankija jätnud kontsessionäärile piisaval määral vabadust. Autor leidis, et tegevusvabadus tähendab valikuid oma teenuse pakkumise korraldamisel, mis kehtivad ka siis, kui hankija reguleerib ettevõtja tegevust. Tegemist on pigem akadeemilise meetmega, millel puudub praktiline mõõdetav ühik.

Autor väidab, et tegevusvabaduse asemel tuleks hinnata lepingu vastavust hoopis kontsessioonidirektiivi preambulis punktis 15 mainitud üldise kasutustingimuste kriteeriumile, mida käesoleval hetkel ei ole võimalik kehtivast seadusest välja lugeda. Üldine kasutustingimuste kriteerium on autori arvates oluline aluspõhimõte, mille kaudu on võimalik hankelepingut eristada teistest lepingu tüüpidest. Teisisõnu, kui hankija määrab kindlaks vaid lepingu eseme kasutusviisi ja üksikud ebamäärased või väga üldised kohustused (näiteks äripinna rentimisel kohustus pidada kohvikut ja seda hoida korras), siis ei tuleks sellise lepingu suhtes rakendada riigihangete seadusest tulenevat korda, kuna sellise lepinguga ei telli hankija teenust. Autor leiab, et seadusandja peaks toodud põhimõtte lisama riigihangete seadusesse, kuna see kiirendaks lepingute kvalifitseerimist ja tagaks paremini kõigi osapoolte kaitse ning vähendaks eelduslikult ka ilma vajaduseta riigihangete läbiviimist.

Autor leidis töö teise eesmärgi vastuseks, et lisaks kontsessiooni mõistes toodud eritunnustele tuleb lepingu kvalifitseerimisel pöörata suuremat tähelepanu asjaolule, et hankija peab saama otsest hüve. Magistritöö hüpoteese püstitades oli töö autor seisukohal, et otsene hüve on kontsessioonilepingu eritunnus. Õiguspraktika analüüsimisel jõudis töö autor seisukohale, et tegemist ei ole eritunnusega, kuna sisuliselt on tegemist hankelepingu mõistest tuleneva rahaliste huvide tingimusega. Vahe seisneb eelkõige selles, et kui hankija ei pea põhistama,

kuidas ta saab lepingust „selgelt“ kasu, siis on võimalik kvalifitseerida hankelepinguna näiteks hoonestusõiguse- või kasutuslepinguna. Otsese ja kaudse kasu (näiteks linna planeerimisalane tegevus) põhistamisele pööratakse praktikas vähe tähelepanu, mistõttu on tekkinud menetluslikke rikkumisi lepingute kvalifitseerimisel lähtuvalt hüve kriteeriumi ebapiisavast sisustamisest. Seadusandja peaks muutma RHS § 8 kui ka RHS § 131 lg 1 sõnastust selliselt, et mõistest on lisaks rahalistele huvidele väljaloetav, et tegemist on lepingutega, mille sõlmimise tulemusel saab hankija otsest kasu. Siiski, ka ilma seaduse täiendamiseta peaks otsese hüve saamise kontroll lepingu sõlmimisel olema kriitilise tähtsusega, kuna selle õige sisustamine tagab hankelepingute eristamise muudest, sarnastest lepingutest.

Kontsessiooni eristamine teistest lepingutest on probleeme, kuna tihtipeale sisaldavad lepingud sarnaseid tunnuseid ja on suunatud samale eesmärgile. Praktikas esinevad probleemid ka teenuste ja ehitustööde kontsessiooni omavahelises eristamises. RHS§ 131 lg 2 ja 3 sätestatust tulenevalt on vahe lepingu esemes, milleks ühel puhul on ehitustööde tegemine ja teisel teenuse osutamine. Sageli sisaldab ehitustööde kontsessioon endas vähemalt mingis osas ka teenuse osutamist. Autori hinnangul tuleb neid eristada lähtuvalt RHS § 18 jj toodud segalepingute režiimi reeglitest. See tähendab, et tuleb tuvastada, milline on domineeriv kohustus. Näiteks, kui lepingu esemeks on teede hooldamine ja selle raames katkiläinud teekivide parandamine, on peamiseks esemeks teenus, mitte ehitustöö.

Kontsessiooni eristamine kasutuslepingutest on probleeme eeskätt seetõttu, et mõlema lepingu sõlmimise tagajärjel saab ettevõtja enda kätte hankijale kuuluva vara ning tal tekib õigus seda kasutada kokkulepitud ajal ja viisil. Autor leiab, et alustada tuleks lepingu kontrolli lähtuvalt sellest, kas kõnealune suhe vastab nn üldiste kasustingimuste kriteeriumile. Sellisel juhul ei pea hankija viima läbi riigihanget ning võib anda vara kasutusse muu lepingu, näiteks üüri- või rendilepingu alusel. Teiseks, leping tuleb põhistada ja selgitada, kas see on suunatud teenuse saamisele. Näiteks kui hankijale pole oluline, kellele või mis teenust temale kuuluv jäätmejaam oma õiguste piires veel pakub, ent samal ajal tahab ise ka jäätmejaamalt teenust saada, siis on määrav „teenuse“ tuvastamine. Lepingust peab selguma, kas esemeks on teenus või kasutusse andmine. Kui hankijal on huvi saada pakutavat teenust ning määrab sealjuures kindlaks kasutamise tingimusi, siis viitab see pigem teenuse tellimisele. Eristamisel tuleb seega tuvastada, kas hankija määrab teenuse osutamise tingimusi ja tellib ehitustööd või teenust.

Kontsessiooni ja hoonestusõiguse seadmise lepingud on sarnased, kuna mõlemad on suunatud õiguse pikaajalisele kasutamisele. Hoonestusõiguse seadmine erasektori partneri kasuks

ehitustööde kontsessioonide andmisel on Eestis valitsev praktika ning see on käsitletav kui lisagarantii ettevõtjal, et tal oleks võimalik teenida tagasi tehtud investeeringud. Samuti ilmnes õiguskirjanduses, et hoonestusõigus seatakse tagatiseks pankadele võimalike laenude katteks. Analüüsitud õiguspraktikast selgub, et sageli sõlmitakse kontsessioone alusetult, st lisatakse juurde hoonestusõiguse seadmise leping, kuigi oleks piisanud vaid hoonestusõiguse- ja rendilepingust. Mõistmaks, kas leping vastab kontsessiooni tunnustele, tuleb seda hinnata vaid kontsessiooni üld- ja eritunnustest lähtuvalt. Kui need tingimused ei ole täidetud, näiteks hankija ei saa lepingust otsest hüve, siis puudub alus hankemenetluse läbiviimiseks ning hankija peab andma vara kasutusse muul viisil. Autor leidis, et sageli täidab hankija planeerimisalast tegevust kontsessioonilepingu seadmise kaudu. Autori arvatesseisneb hoonestusõiguse lepingu ja kontsessioonilepingu omavaheline eristamine eeskätte hankija otsese hüve tuvastamises.

Tegevusluba võib oma olemuselt sarnaneda kontsessioonile, kuna mõlema instrumendiga antakse eraisikule õigus kindlal viisil tegutsemiseks. Tegevusloa ja kontsessiooni omavahelise eristamise aluseks on vastastikuste siduvate kohustustega lepingu olemasolu. Kui puudub kas leping või selles lepingus ei väljendu siduvaid kohustusi, ei ole tegemist hankelepinguga, sh kontsessiooniga. Tegevusluba on oma olemuselt halduskandja ühepoolne otsus, mille täitmist ei saa ettevõtjalt nõuda. Näiteks ei saa nõuda ehitusloa väljastamise järgselt maja ehitamist, mida aga kontsessioonilepingu puhul saab nõuda kohtu kaudu.

## **The Special principles of Concession contracts and using them to differentiate concessions from other types of contracts and authorizations**

### **Summary**

Present thesis studies the special characteristics of concession contracts set out in Public Procurement Act § 131 art 2,3,4 and processes as well as implementation in actual situations and refers what needs to be considered when qualifying a contract as a concession. Author analysed how to distinguish concessions from other types of contracts and authorizations through implementing specific characteristics, keeping in mind that concession is an autonomous concept under European Union law. Distinguishing contracts is particularly important because legal relationship parties must choose appropriate legal procedure based on contract type. Many legal cases occur in Estonian case law, where civil court had to analyse whether the contract qualified as a concession and if it was handled by correct legal procedure.

Author conceptualized in present thesis a scheme how to simplify classification of concession contracts effectively and to focus on potential problems before choosing the type of contract and following legal procedure (e.g the parties will see that they must focus on reasoning how the procuring party receives a direct benefit from the contract). The hypothesis is that Estonian procurement legislation is defective and need amendments, because concept of concession and its regulation are making it difficult to implement. That is because of abstract nature of legal norm and since contracts are not qualified in a correct manner in legal procedure. Based on analysed case law, public procurement act, concession directive and literature the author analysed: 1) which characteristics are suitable to describe a concession, what complicates their implementation and how they should be actually applied, 2) is the concept of concession insufficiently described and needs to be supplemented in law.

Object exploiting fee of a concession contract may be received from third parties, partly from third parties and contracting authority or solely from contracting authority. The latter two are critical, since more attention is required to verify that the contracting authority has not reduced the level of risk the concessionaire must carry. In Estonian case law this has been a subjected for disputes in many cases in which the Court discovered that the contracting authority actually maintained the operational risk and therefore, the contracts were not qualified as concessions, but as classical public contracts. The confusion derives from the fact that when the contracting entity covers full service, the contract may qualifies a public contract or a concession. An example has been provided in the Public Procurement Act commented edition, but the author

is of opinion that it requires clarification in RHS § 131 art 1, since normally the contracting authority covers the costs, the contract is considered as a public contract. The author identified a numerous mistakes in school meal offers. Often the contracting authority covers meals, and parties presume risk has been transferred when the party provides the school with additional lunches for teachers or sells baked goods or chocolate, but it is not correct.

The idea of economic freedom, which the concessionaire has the right to exploit while providing the services, has been used by the European Court of Justice to qualify the contract as a concession, but has not been mentioned in Concessions directive. It has often been used in both Estonian and European Court of Justice case law as a distinction characteristic of a concession, specifically to distinguish concession from a public contract. The author concluded that it is not a suitable criteria, as it cannot be measured when the concessionaire has sufficiently liberty. The author found that some liberty remain even when the contracting authority regulates the activities of the entrepreneur. The idea of economic liberty is more academic concept than actual tool.

Author found that instead of applying the economic freedom, parties should evaluate whether their contract is in accordance with regulations in the preamble of the concession directive, article 15. Currently this is not added to Public Procurement Act. The general conditions characteristics in an important general principle, and enables to differentiate concessions from other types of contracts. In other words, when the contracting authority establishes only general conditions for use without procuring specific works or services, then that contract should not qualify as a concession (e.g. for a lease contract with the obligation to provide café and be open on weekdays from 9 -17 o'clock), that it is instead considered as a contract with general conditions as the contracting authority does not procure any works or services. The author suggests adding particular criteria to procurement law, as it will address correctly how to qualify contracts and provide legal certainty that particular contracts are not subjected as public procurement.

Author found in thesis second aim that in addition to specific characteristics in the concept of a concession, careful reconsideration needed by the fact that the contracting authority must receive a direct amenity of public contract and concession. Thesis author hypothesised that the direct benefit is a special characteristic of a concession contract. The case law analyses reached to conclusion that the directive and literature is in fact same benefit that is informed in the RHS § 8 article 1, which states that the procurement contract is of pecuniary interest. The difference between pecuniary interest (just benefit) and direct benefit is that the contract authority must

clearly bring to attention how it will benefit from the contract. It also facilitates not to contracts or superficies as procurement and concession contracts. Apparently case law interpretation failed often. Legislator should improve Public Procurement Act by adding clear demand to receive direct benefits from the procurement to RHS § 8 article 1 and to RHS § 131 article 1. Nevertheless without the amendment to a law, focus should be on qualifying the contract as a concession.

The distinction between concession and other type of contracts is problematic in practice as contracts may contain similar characteristics and are directed to fulfilling similar aim (e.g giving land to use). Some problems have risen in distinguishing works and service concession contracts, as the works concessions usually contain some type of service. Author realized, that to differ those contract, one must consider the article 18 of the Public Procurement Act, which states the procedural rules for awarding mixed contracts. Firstly, the dominating obligation must be located. For example, if the service is to maintain the public roads clean and additionally repair pavement stones, then the main obligation is the service, not contracting duty.

Distinguishing concessions from contracts of use is problematic because both contracts enable other party to use the object of the contract for a certain time and conditions. The author proposes to start validating whether the contract may qualify as a contract with general conditions and may be therefore excluded as a concession contract and the object of the contract (e.g rental space belonging to the contracting authority) may be enabled based on Law of Obligations Act by a rental contract. Secondly, it is important to locate from the conditions of the contract, whether it is focused on providing something for use or given into use in order to get a service. For example, if a contracting authority wishes or needs to receive a service after the object of the contract has been given to the party of the contract (to entrepreneur), than it might not qualify as a contract of use. Therefore, it is critical to locate if by setting the terms for the contract and actually using the object itself, the main purpose was to give the object to use.

Concession contract is similar to superficies agreement, since both contracts target to regulate the use of a right for a longer period. Superficies agreements in Estonia are given to private sector entrepreneurs as additional assurances so that it maintains the right to earn from investments. Sometimes it is provided as banks require loan guarantees. The problem with concession contracts is that concessions are often provided without a need for actual

procurement. Often it suffices to conclude a rent contract and add a superficies contract additionally, as the contracting authority does not receive a direct benefit from the concession agreement. The way to understand if the concession is not in fact a concession, its specific characteristics should be analyzed. Author noticed that contracting entity has often used concession to fulfil some type of city planning activity. In order to differ superficies agreement from concession, direct benefit criteria should be properly analyzed.

Activity licenses are similar to concessions as both instruments provide the private sector partner rights to act in a certain manner. In order to differ the contracts, a mutually obligatory contract must have been signed. If such contract does not exist or the contract does not include mutually obligatory obligations, then such a contract is not a procurement contract not concession. Activity licenses are unilateral decisions which do not allow the contracting entity to demand the license to be used (e.g. contracting authority cannot demand a house construction after a construction permit has been issued), but with concession contract all actions stated in the contract can be demanded from the concessionaire through the courts.

## LÜHENDID

1. AÕS	Asjaõigusseadu
2. Jj	ja järgnevad
3. Lg	lõige
4. Lk	Lehekülg
5. nn	nii-nimetatud
6. n-ö	nii-öelda
7. o	Otsus
8. RHS	Riigihangete seadus
9. RVS	Riigivaraseadus
10. RKHK	Riigikohtu halduskolleegium
11. RT	Riigi Teataja
12. TlnRnK	Tallinna Ringkonnakohus
13. TrtRnK	Tartu Ringkonnakohus
14. Vt	vaata
15. v.r.	varasem redaktsioon
16. VÕS	Võlaõigusseadus

## KASUTATUD ALLIKAD

### Kasutatud kirjandus

1. A. Sanchez Graells. What need and logic for a new directive on concessions, particularly regarding the issue of their economic balance? *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, 2, 2012.
2. C. Ginter, N. Parrest, M.A. Simovart. *Kontsessiooni vastuoluline regulatsioon Eesti õiguses*. Tallinn: Juridica 2012/4.
3. C.H. Bovis. Highlight of the EU Procurement Reforms: The new Directive on Concessions. *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, 1, 2014.
4. E.N. Yevstafyev, Nikolay V. Yevstafyev. Risk assessment in concessions: A case study on municipal sports facilities. *Procedia Economics and Finance*, 16, 2014. - [https://www.researchgate.net/publication/270914487\\_Risk\\_Assessment\\_in\\_Concessions\\_A\\_Case\\_Study\\_of\\_Municipal\\_Sports\\_Facilities](https://www.researchgate.net/publication/270914487_Risk_Assessment_in_Concessions_A_Case_Study_of_Municipal_Sports_Facilities)
5. J. Wolswinkel. From public limited contracts to limited authorizations and vice versa: exploring general award requirements from the EU court's corollary approach. *Public Procurement Law Review* 5, 2015.
6. J. Wolswinkel. Concession meets authorization: new demarcation lines under the concessions directive? *European Procurement and Public-Private Partnership Law Review*. 2017/4.
7. M.A. Simovart, M. Parind. *Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura 2019.
8. M. Burnett. The new European directive on the award of concession contracts: promoting value for money in PPP contracts. *European Procurement and Public Private Partnership Law Review* 9, 2014.
9. M. Sõrm. *Teenuste kontsessioon avalike teenuste delegerimise vahendina Eesti ja Euroopa Liidu õiguses*. Magistritöö. Tallinn: 2014. <https://digikogu.taltech.ee/et/item/b46d920b-9476-4829-ab63-02843c5f212a>
10. M. Liiv. *Avaliku halduse kandja ja eraõigusliku isiku vahel sõlmitavate halduslepingute ja tsiviilõiguslike lepingute eristamine*. Tallinn: 2013. [https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/30536/liiv\\_maiga.pdf?sequence=4](https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/30536/liiv_maiga.pdf?sequence=4)
11. P. Hentley. The definition of a concession: *Ocean Outdoor UK Ltd v London Borough of Hammersmith and Fulham*. Case comment. *Public Procurement Law Review*, 2019, 3, lk 3.
12. P. Varul jt (koos). *Asjaõiguse seadus II. Kommenteeritud väljaanne*. Kirjastus: Juura 2014,

13. P.Varult jt (koos). Võlaõigusseadus II. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus: Juura, 2009.
14. R. Sannik. Avaliku ja erasektori partnerluse alusel EL riigihankeõiguse paradigmas. Magistritöö, Tartu 2013, lk 12. - [https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/30853/Rait\\_Sannik\\_2013.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/30853/Rait_Sannik_2013.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
15. S. Arrowsmith. The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK (Volume 2). London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2018.
16. S. Arrowsmith. Revisiting the case against a separate concessions regime in the light of the concessions directive – a specific directive without specificities? The Internal Market and the Future of European Integration. Cambridge University Press 2019.
17. S. Jakobson. Riigivara otsustuskorras hoonestusõigusega koormamine ettevõtluskeskkonna arendamiseks. Kas riigivara selline valitsemisviis on läbipaistev? Juridica 2018/5.
18. Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. EU public procurement law: Brussels commentary. München: Beck 2018.
19. Teenuste direktiivi rakendamise käsiraamat. Luxembourg: Euroopa Ühenduste Ametlike Väljaannete Talitus, 2007.
20. T. Kotsonis. The role of risk in defining a services concession contract: Wasser- und Abwasser Zweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungungs- and Entsorgungsgesellschaft mbH (C-206/08). Public Procurement Law Review 1, 2010.
21. U. Saareoja. Avalike teenuste erasektorile delegerimisest Tallinna linna praktikate näitel. Tartu, 2018. - [https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/61193/saareoja\\_urmo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/61193/saareoja_urmo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
22. V.Saaremets. Preambul- põhiseaduse privileeg? Õiguskeel 2012/4. [https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/saarmets\\_preambul\\_parandatud.pdf](https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/saarmets_preambul_parandatud.pdf)

### **Kasutatud õigusaktid**

### **Kasutatud Euroopa Liidu õigusaktid**

23. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta.- ELT L 94, 28.03.2014. 45.

24. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014.
25. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta.- ELT L 134/114, 30.04.2004.
26. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused.- ELT L 134/1, 30.04.2004.
27. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2006/123/EÜ, 12. detsember 2006, teenuste kohta siseturul ELT L 376, 27.12.2006.

### **Kasutatud Eesti Vabariigi õigusaktid**

28. Asjaõigusseadus. – RT I, 22.02.2019,11
29. Jäätmeseadus. – RT I, 21.12.2019,6
30. Riigihangete seadus. - RT I, 13.03.2019,145
31. Riigivaraseadus. - RT I, 29.06.2018, 44
32. Võlaõigusseadus. RT I, 08.01.2020, 10
33. Ühisveevärgi ja -kanalisatsiooni seadus. RT I, 22.02.2019,31

### **Kasutatud kohtupraktika**

#### **Kasutatud Euroopa Kohtu kohtupraktika**

34. EKo 19.04.1994, C-311/92, *Gestation Hotelera International*
35. EKo 13.10.2001, C-458/03, *Parking Brixen*
36. EKo 27.10.2005, C-234/03, *Contse SA jt*
37. EKo 24.11.2005, C-136/04, *Deutsches Milch-Kontor*
38. EKo 06.04.2006, C-410/04, *Anan vs Commune di Bari*
39. EKo 18.01.2007, C-220/05, *Jean Auroux and Others*
40. EKo 18.07.2007, C-382/05, *komisjon vs Itaalia Vabariik*
41. EKo 21.02.2008, C-412/04, *komisjon vs Itaalia*
42. EKo 13.11.2008, C- 324/07, *Coditel Brabant SA*
43. EKo, 02.04.2009, C-134/08, *Hauptzollamt Bremen*
44. EKo 10.09.2009, C-206/08, *Eurawasser*

45. EKo 11.06.2009, C-300/07, Oymanns
46. EKo 29.10.2009, C-536/07, komisjon vs Saksamaa
47. EKo 25.03.2010, C-451/08, Helmut Müller
48. EKo 22.12.2010, C-279/09, DEB
49. EKo 20.03.2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler
50. EKo 26.05.2011, C-306/08, komisjon vs Hispaania
51. EKo 10.11.2011, C-348/10, Norma-A ja Dekom
52. EKo 19.12.2012, C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt
53. EKo 10.07.2014, C-213/13, Impresa Pizzarotti
54. EKo 02.06.2016, C-410/14, Falk Pharma
55. EKo 14.06.2016, C-458/14, C-67/15, Promoimpresa
56. EKo 01.03.2018, C-9/17, Tirkkonen, p 26

### **Kasutatud Euroopa Kohtu kohtujuristide ettepanekud**

57. EKo 15.06.2006, C-220/05, Auroux jt. Kohtujurist Juliane Kokott ettepanek
58. EKo 26.05.2011, C-306/08, komisjon vs Hispaania kuningriik. Kohtujurist Niilo Jääskinen ettepanek
59. EKo 18.09.2019, C-526/17, komisjon vs Itaalia. Kohtujurist Eleanor Sharptsoni ettepanek

### **Kasutatud Eesti Vabariigi kohtute kohtupraktika**

#### **Riigikohtu praktika**

60. RKHKo 23.01.2002, 3-3-1-1-02
61. RKHKo 27.10.2010, 3-3-1-66-10
62. RKHKo 05.11.2012, 3-3-1-39-12
63. RKHKo 29.11.2012, 3-3-1-29-12
64. RKHKo 19.06.2014, 3-3-1-19-14
65. RKHKo 15.01.2015, 3-3-1-68-14

#### **Maa- ja ringkonnakohtute lahendid:**

66. TlnHKo 20.12.2001, 3-3-1-15-01
67. TlnHKo 15.12.2005, 3-3-1-59-05

- 68. TlnHKo 05.01.2016, 3-15-2960
- 69. TlnRKO 07.01.2016, 3-15-2704
- 70. TrtHKo 13.10.2016, 3-16-1732
- 71. TlnHKo 13.04.2017, 3-17-491
- 72. TlnRKO 12.03.2018, 3-17-1784
- 73. TlnRKO 26.03.2018, 3-17-2768

### **Kasutatud muud allikad**

- 74. Ajaleht Äripäev koduleht. <https://www.aripaev.ee/uudised/2018/06/14/tammsaare-pargi-paviljoni-est-maksti-9-miljonit> (14.06.2018).
- 75. B. Bulum, M.Pijaca, M.V.Žužul. Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts and its application in the shipping sector. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 66 No. 2-3, 2016. - <https://hrcak.srce.hr/157621>
- 76. Commission interpretative communication on concessions under community law, Official Journal of the European Communities, 29.04.2000.  
<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1d79d1be-c286-471c-a5d4-f9458c69e50b>
- 77. Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession contracts – frequently asked questions,” 15.01.2014.-  
[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_14\\_19](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_14_19)
- 78. Euroopa Komisjoni ettepanek. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta 20.12.2011. -  
[https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com\(2011\)0897\\_/com\\_com\(2011\)0897\\_et.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0897_/com_com(2011)0897_et.pdf)
- 79. E-riigihangete keskkond. Tallinna Tehnikakõrgkooli toitlustusteenuse hankimine, 09.03.2020, nr 219981. - <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1650144/documents/source-document?group=B&documentOldId=13109935>
- 80. E-riigihangete keskkond. Teenuste kontsessiooni andmine reklaami eksponeerimiseks, 09.09.2019, nr 213044. - <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1601592/general-info>
- 81. E-riigihangete keskkond. Riigihanke viitenumbri 203204 riigihanke alusdokumendid. Võlgade kohtuvälise sissenõudmiseteenuse kontsessioon 15.07.2019, nr 203204. - <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1533179/disputes/146826/result>

82. E-riigihangete keskkond. Varraku tn 14a ja 14b ehitustööde kontsessioon, 07.10.2019. - <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1610433/general-info>
83. E-riigihangete keskkond. Toitlustusteenuse tellimine Pärnu Kuninga Tänav Põhikoolile, 21.10.2019, nr 215312. <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1578060/documents/source-document?group=B&documentOldId=12351715>
84. Järelevalveteade seoses riigihankega nr 203204. Rahandusministeerium, 11.01.2019. (Allikas autori valduses).
85. Järelevalvemenetluse alustamata jätmise, nr 12.2-1/288-2. Rahandusministeerium, 17.01.2019. (Allikas autori valduses).
86. Kaurov T, Kanger I jt. Avaliku ja erasektori koostöö (PPP) tehingute korraldamise kohta põhimaantee 2+2 realiseks väljaehitamise DBFM-tüüpi (Design-Build-Finance-Maintain) PPP tehingu näitel. Õigusarvamus. – <https://www.rahandusministeerium.ee/et/uuringud-ja-analuusid>
87. M.Kerf jt. Concessions for Infrastructure. A Guide to their design and Award. World Bank Technical paper, nr 399, march 1998. - <http://documents.worldbank.org/curated/en/413031468766780427/pdf/multi-page.pdf>
88. M. Sõrm. „Mis on saanud alapakkumuste kontrollist kontsessioonimenetluses.“ Riigihankeblogi. - <https://riigihankeblogi.com/2019/10/10/mis-on-saanud-alapakkumuste-kontrollist-kontsessioonimenetluses/>, (10.10.2019).
89. M.Sõrm., „Kontsessioonilepingu piiritlemine rahaliste huvide kriteeriumi alusel.“ Riigihankeblogi. - <https://riigihankeblogi.com/page/3/> (12.11.2019).
90. M.Sõrm. Sadamate terminalilepingute õiguslikust käsitlest. Memo Rahandusministeeriumile, 04.02.2016. (Allikas autori valduses).
91. Päevakorrapunkti esinemised, Varraku tn 14a ja 14b kinnisasjadele hoonestusõiguse seadmine, isikliku kasutusõiguse seadmise taotlemine ning kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse korraldamine. Tallinna linnavalitus: [https://aktal.tallinnlv.ee/main?action=steno\\_speaker\\_agenda\\_item&agenda\\_id=161409](https://aktal.tallinnlv.ee/main?action=steno_speaker_agenda_item&agenda_id=161409)
92. Pärnu mnt 3 ehitustööde kontsessioon, 12.05.2018, nr 193947. – <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:205247-2018:TEXT:ET:HTML>
93. Pärnusse plaanitakse uute busside tarvis gaasitanklat, 01.03.2012. – <https://parnu.postimees.ee/757016/parnusse-plaanitakse-uute-busside-tarvis-gaasitanklat>
94. Raamatuspidamise Toimkonna juhend RTJ 16, „Teenuste kontsessioonikokkulepped. [https://www.riigiteataja.ee/aktiisa/1201/2201/8011/RM\\_17122018\\_m55Lisa16.pdf#](https://www.riigiteataja.ee/aktiisa/1201/2201/8011/RM_17122018_m55Lisa16.pdf#)

95. Rahandusministeeriumi uuring avaliku ja erasektori koostööprojektide PPP raamistiku loomiseks 16.10.2016, lk 4.  
[https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/RiigRiigi\\_kinnisvararegister/uuring\\_avaliku\\_ja\\_erasektori\\_koostoopjektide\\_ppp\\_raamistiku\\_loomiseks\\_lopparuanne\\_0.pdf](https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/RiigRiigi_kinnisvararegister/uuring_avaliku_ja_erasektori_koostoopjektide_ppp_raamistiku_loomiseks_lopparuanne_0.pdf)
96. Riigi Tugiteenuste Keskus. Uuring avaliku ja erasektori koostööprojektide (PPP) raamistiku loomiseks. 13.10.2016. -  
<https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigi-kinnisvararegister/strateegia/uuring-avaliku-ja-erasektori>
97. Riigihangete valdkonna 2018.aasta valdkonna ülevaade. Rahandusministeerium, riigihangete ja riigiabi osakond, oktoober 2019. -  
<https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/riigihankemaastiku-kokkuvotted>
98. Riigikontrolli aruanne. Avaliku ja erasektori koostöö kohalikes omavalitsustes. Kas omavalituste ja nende erapartnerite koostööprojektid on läbipaistvad. Riigikogule, Tallinn, 03.04.2012. - <https://www.riigikontroll.ee/tabid/206/Audit/2235/language/et-EE/Default.aspx>
99. Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde. -  
<https://m.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.
100. Teenuse osutamise kontsessioon Tallinna vanalinna Raekoja platsi osa kaubandustegevuseks kasutusse andmiseks jõuluturu korraldamisel teenuse osutamiseks 04.06.2019, nr 210106. - <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1580643/general-info>
101. Vaidlustuskomisjoni statistika. -  
<https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/vaidlustusmenetlus/vaidlustuskomisjoni-statistika>

### **Vastused teabepäringutele**

102. Pärnu linnavalitsuse esindaja Toomas Tammela vastus autori teabepäringule, 06.01.2020. (Allikad autori valduses).
103. Pärnu Kuninga tänava põhikooli esindaja Koidula Säde vastus teabepäringule, 21.01.2020. (Allikas autori valduses).

104. Rahandusministeeriumi vastus teabepäringule, 26.02.2020. (Allikas autori valduses).
105. Viljandi linnavalituse esindaja Kaidi Brauni vastus teabepäringule, 23.04.2020;

## **Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks**

Mina, Nele Paluoja,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

„Kontsessiooni eritunnused ja nende kaudu eristamine teistest lepingutest ja lubadest“

mille juhendaja on *dr. iur.* Mari Ann Simovart

- 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, **29.04.2020.**