

TALLINNA TEHNIKAÜLIKOO

Majandusteaduskond

Õiguse instituut

Maria Veermäe

**RIIGIHANGETE SEADUSE RAKENDAMINE
INSTITUTIONAALSE AVALIKU JA ERASEKTORI
PARTNERLUSE LOOMISEL**

Magistritöö

Õppekava õigusteadus, peeriala Eesti era- ja avalik õigus

Juhendaja: Evelin Pärn-Lee, LL.M

Tallinn 2020

Deklareerin, et olen koostanud lõputöö iseseisvalt ja olen viidanud kõikidele töö koostamisel kasutatud teiste autorite töödele, olulistele seisukohtadele ja andmetele, ning ei ole esitanud sama tööd varasemalt ainepunktide saamiseks. Töö pikkuseks on 15137 sõna sissejuhatusest kuni kokkuvõtte lõpuni.

Maria Veermäe

(allkiri, kuupäev)

Üliõpilase kood: 178815HAJM

Üliõpilase e-posti aadress: maria.veermäe@gmail.com

Juhendaja: Evelin Pärn-Lee, LLM:

Töö vastab kehtivatele nõuetele

.....

(allkiri, kuupäev)

Kaitsmiskomisjoni esimees:

Lubatud kaitsmisele

.....

(nimi, allkiri, kuupäev)

SISUKORD

LÜHIKOKKUVÕTE	4
SISSEJUHATUS	5
1. PPP MÕISTE JA VORMID	8
1.1. PPP mõiste rahvusvahelisel tasandil	8
1.2. PPP mõiste Euroopa Liidu tasandil	12
1.3. PPP mõiste Eesti õiguse tasandil	14
1.4. PPP vormid vastavalt erinevate käsitlustele	17
2. IPPP PROJEKTIDE MENETLUSLIK REGULATSIOON EESTI ÕIGUSES	21
2.1. Innovatsioonpartnerlus, konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus ja võistlev dialoog	22
2.2. Kontsessioonlepingu sõlmimise menetlus	26
2.3. IPPP projekti lepingu muutmine	31
2.4. Eesti PPP projektide statistika Riigihangete Registri kasutamise võimaluste raames	34
3. IPPP PROJEKTIDE MENETLUSLIK REGULATSIOON UK ÕIGUSES	41
KOKKUVÕTE	50
SUMMARY	53
KASUTATUD ALLIKATE LOETELU	56
Lisa 4. Lihtlitsents	60

LÜHIKOKKUVÕTE

Töö eesmärk on seletada, mis on avaliku ja erasektori partnerlus (PPP), kas sellele on leaaldefiniitsiooni Eesti õiguses ning kas selle institutsionaalset vormi on võimalik Eestis kehtiva riigihangete seaduse raames ellu viia.

Hüpotees on, et olemasolev menetluslik regulatsioon, mis tuleneb riigihangete seadusest, ei võimalda läbi viia institutsionaalse avaliku ja erasektori partnerlus projekti hankemenetlust. Selle kinnitamiseks või ümber lükkamiseks on püstitatud järgmised uurimisküsimused: (1) Mis on institutsionaalne PPP - definiitsioon Eestis (kas vastab mingile riigihankeõiguslikule instrumendile), teiste riikide õigusloomes ja rahvusvaheliste organisatsioonide regulatsioonides? (2) Millistest menetlusreeglitest peaks lähtuma Eestis institutsionaalsete PPP projektide läbiviimiseks? (3) Millise õigusliku regulatsiooni on kehtestanud UK institutsionaalsete PPP projektide menetluseks?

Hüpoteesi kontrollimiseks on seletatud, mis on avaliku ja erasektori partnerlus ja selle erinevad vormid nagu institutsionaalne avaliku ja erasektori partnerlus, ning kas need on Eesti õigusaktides reguleeritud. Analüüsitud on kas ja milliseid hankemenetlusliike on võimalik kasutada institutsionaalse avaliku ja erasektori partnerluse teostamiseks ning tulemusi kõrvutatud UK õigusliku regulatsiooniga, kuna Euroopas on UK-l pikaajalisem avaliku ja erasektori partnerluse kasutamise praktika ja sellest tulenevalt ka väljatöötatud regulatsioon.

Hüpoteesi ei pea paika, kuna Eestis kehtivas riigihangete seaduses on sätestatud menetlusliigid, nagu võistlev dialoog, konkurentsipõhine läbirääkimistega menetlus ja innovatsioonpartnerlus, mis võimaldavad ellu viia institutsionaalset avaliku ja erasektori partnerlust. Siiski kõrvutades Eestis olemasolevat regulatsiooni UK omaga tuleks luua juhised, mis aitavad avalikul ja erasektoril mõista, mis täpsemalt on PPP ning milliseid õigusakte tuleks selle läbiviimiseks järgida.

Võtmesõnad: PPP, institutsionaalne avaliku ja erasektori koostöö, kontsessioon, riigihangete seadus

SISSEJUHATUS

Euroopas teostatakse juba 1992. aastast mastaapseid infrastruktuuri projekte, mille vajadus on avalikul sektoril, kuid oskus teostamiseks erasektoril, horisontaalsete avaliku ja erasektori partnerlus projektidena (PPP - *public-private partnership*).¹ PPP mõistet kasutati esmakordselt USA-s 1960. aastal nimetamaks linna arendusprojekte, mille rahastus tuli erasektorist.² Käesoleval ajal teostatakse selliseid projekte peamiselt infrastruktuuri valdkonnas, kuna majanduskasvust ja linnastumisest on tingitud ühe suurem surve olemasolevale infrastruktuurile. Traditsioonilise riigihanke puhul rahastab infrastruktuuri rajamist vaid avalik sektor. Institutsionaalsete avaliku ja erasektori partnerlusprojektide (IPPP - *institutional public-private partnership*) puhul on võimalik kasutada ka alternatiivseid rahastamisvõimalusi. IPPPP-d kasutatakse suuremahuliste nii juriidiliselt, finantsiliselt kui insenertehniliselt keeruliste (riigihanke)projektide teostamiseks, mille maksumused on traditsioonilisest riigihangetest märkimisväärselt suuremad, ulatudes miljardite eurodeni. Sellises mahus rahastamisvõimalust enamikel riikidel avaliku sektori eelarvevahendites ei ole ja seetõttu on vaja kaasata erasektor ka finantseerimiseks, mitte ainult teenuse osutamiseks.³

Eestis on muutunud vajadus üha suuremate transpordi infrastruktuuride nagu sillad ja tunnelid mandi ja saarte vahel, järjest aktuaalsemaks, kuid mahukate ja keeruliste partnerlusprojektide teostamiseks vajaminev õigusloome on hetkel mõlemale osapoolle, nii avalikule sektorile kui erasektorile, mitte üheselt mõistetav ning tuleviku suhtes ebakindlust loov. Selle tõenduseks saab tuua lähiajal algatatud IPPPP projekte Eestis, mis on nurjunud juba projekti ettevalmistus faasis. Lepingupooled ei mõista, mis täpselt on IPPPP ning millised õigusaktid IPPPP elluviimist reguleerivad ning mil määral. Sellest tulenevalt on püstitatud käesolevas töös hüpotees, mille kohaselt olemasolev menetluslik regulatsioon, mis tuleneb riigihangete seadusest, ei võimanda läbi viia IPPPP projekti hankemenetlust. Selle kinnitamiseks või ümber lükkamiseks on püstitatud järgmised uurimisküsimused: (a) Mis on PPP ja IPPPP - definitsioon Eestis (kas vastab mingile

¹ Pilving, P. (2016) Hankijate horisontaalse koostöö kriteeriumid. *Juridica*, 6, 402

² Weber, B., Staub-Bisang, M., Alfem, H. W., (2016). *Infrastructure as an Asset Class: Investment Strategy, Sustainability, Project Finance and PPP*. (2nd ed). United Kingdom: Wiley, 88

³ Sharma, C. (2011). Determinants of PPP in infrastructure in developing economies. *Transforming Government: People, Process and Policy*, 6 (2), 149-150

riigihankeõiguslikule instrumendile), teiste riikide õigusloomes ja rahvusvaheliste organisatsioonide regulatsioonides? (b) Millistest menetlusreeglitest peaks lähtuma Eestis IPPP projektide läbiviimiseks? (c) Millise õigusliku regulatsiooni on kehtestanud Suurbritannia IPPP projektide menetluseks?

Selleks, et kinnitada või lükata ümber hüpoteesi analüüsitakse detuktiivset meetodit kasutades rahvusvaheliste organisatsioonide PPP käsitlust, seejärel liigutakse Euroopa Liidu (EL) õigusloome juurde ning viimasena Eestis õigusaktide juurde, mis kõige tõenäolisemalt reguleerivad IPPP projektide teostamist, milleks on peamiselt riigihangete seadus (RHS), millega on üle võetud riigihankeid ja kontsessioone reguleerivad Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivid. Seejärel kõrvutatakse Eesti õigusaktide analüüsil saadud tulemusi UK regulatsiooniga. Töös analüüsitakse PPP ja IPPP selgitamiseks ka EL-i institutsioonide ja OECD käsitlusi, kuna EL ja OECD initsieerivad PPP kasutamist koostades PPP kasutamiseks erinevaid suunised, mis pole rakendamiseks kohustuslikud, kuid annavad teatud selguse, mis on PPP ning kuidas PPP projekte ellu viia. Kehtivate Eesti õigusaktide rakendatavuse näitlikustamiseks kasutatakse peamiselt IPPP-d ehitustööde projektide elluviimiseks, kuna IPPP kasutamise vajadus Eestis ja praktika teistes riikides on antud sektoris suurim. Eesti õigusloomet kõrvutatakse kasutades võrdlevat analüüs UK õigusloomega, kuna UK-l on Euroopas kõige pikaajalisem IPPP projektide läbiviimise kogemus ning loodud IPPP-d toetav regulatsioon ja valitsuse tasandil institutsioon. Eesti ja UK õigusloome võrdluse baasil saab järeldada, kas esineb vajadus IPPP regulatsiooni loomiseks Eestis ning kui jah, siis millisel tasandil õigusaktid tuleks kehtestada.

Esimese peatükis selgitatakse mis on PPP ja täpsemalt IPPP ehk, mis eristab PPP-d traditsioonilisest riigihankest ja kontsessioonist ning milliseid PPP vorme eksisteerib. Mõiste seletamiseks tuuakse välja rahvusvaheliste organisatsioonide ja erinevate riikide PPP definitsioonid. Eraldi käsitletakse PPP ja IPPP mõistet EL õiguses ning seejärel uuritakse süvitsi kas Eesti õigusloomest tuleneb seletus, mis võimaldab defineerida PPP-d ja IPPP-d. PPP definitsiooni pikem lahti seletamine enne IPPP rakendatavuse juurde minekut on vajalik, kuna siiani valitseb lisaks erasektorile ka avalikus sektoris teadmatus, mis on PPP üldse, rääkimata sellest, millised õigusaktid selle elluviimiseks kohalduvad. Lähtuvalt sellest on vajalik ka erinevate PPP vormide üksteisest eristamine. Teises peatükis analüüsitakse erinevaid menetlusliike, mis on riigihangete seadusesse üle võetud EL-i direktiividest, mis võimaldaks IPPP projekte ellu viia ning IPPP lepingu muutmise võimalusi, kuna lepingu muutmine on toiming, millega tuleb arvestada juba hankemenetluse ajal. Lisaks antakse ülevaade Riigihangete Registri (RHR) põhjal seni

teostatud PPP projektide statistikast ja analüüsitakse, kas olemasolev RHR võimaldab teostada IPPP hankemenetlust. Kolmandas peatükis tuuakse võrdluseks UK-s kehtiv PPP regulatsioon ja tehakse selle pinnalt soovitused kuidas Eesti peaks edasi minema PPP õigusliku reguleerimisega. Töö tulemuse põhjal otsustatakse, kas oleks vaja jätta olemasolev õiguskord muutmata, kuna võimaldab läbi viia IPPP projekti hankemenetlust või teha õigusaktides muudatused, võttes aluseks UK pikaajalisemale praktikale tuginevat õigusloomet.

Töö on piiritletud mahu tõttu kuni hankemenetluse lõppemiseni ehk IPPP lepingu sõlmimiseni kehtiva regulatsiooniga, seega analüüsidest riigihankeid puudutavat õigusloomet. Hoolimata töö tulemusest, milleks võib olla täiendava regulatsiooni loomise vajadus või olemasolevate õigusaktidega loodud õigusliku raamistiku piisavus, väärivad kindlasti omaette uurimustöö kirjutamist IPPP projekti haldamine kogu kavandatava infrastruktuuri elutsükli jooksul, mis on pikaajaline protsess ja mida reguleerib veelgi suurearvulisem õigusaktide hulk.

1. PPP MÕISTE JA VORMID

PPP ja selle alaliikide määratlemisel puudub üksmeel, kuna õiguslikud, finantsilised, poliitilised, majanduslikud, kultuurilised ja tööstuslikud taustad on riikidel ja organisatsioonidel erinevad.⁴ Sellest tulenevalt varieeruvad PPP mõiste sisustamised. Siiski kõikidest definitsioonidest tulenevad teatud tunnused, mille põhjal saab PPP-d eristada traditsioonilisest riigihankest ning erinevaid PPP alaliike k.a IPPP-d. Selleks, et seletada, mis on IPPP luuakse taust, mis on üldiselt PPP võrreldes traditsioonilise hankega. PPP kohta on erinevaid lähenemisi, selleks, et saada ühtne arusaam tuuakse välja nii riigiti kui organisatsiooniti PPP mõiste selgitusi ja analüüsitakse, mis on ühised tunnused.

1.1. PPP mõiste rahvusvahelisel tasandil

OECD defineerib PPP-d kui kokkulepet valitsuse ja ühe või enama erasektorist partneri (mis võib hõlmata nii haldajat, kasutajat kui finantseerijat) vahel, mille kohaselt erasektorist partner osutab teenust nii, et riigi poolt kehtestatud teenuse osutamise eesmärgid ühilduvad erasektorist partneri kasumi saamise eesmärkidega ning ühilduvusest saadav efektiivsus sõltub sellest, kas risk on piisaval määral kantud üle erasektori partnerile. Selles koostöös avalik sektor täpsustab erasektorilt saadavad teenuse kvaliteedi ja kvantiteedi. Erasektori ülesandeks on põhivara projekteerimine, ehitamine, finantseerimine ja haldamine selleks, et pakkuda avalikust sektorist partnerile või lõpptarbijale ehk kolmandale osapoolele teenust. Veelgi enam, erasektorist partner saab regulaarseid makseid avalikust sektorist partnerilt või tasu otse maksustatavalt lõppkasutajalt või mõlemat. Kui ka avalik sektor peab tegema regulaarseid makseid erasektori partnerile teenuse osutamise eest, sõltuvad maksed erasektorist partneri vastavusest avaliku sektori nõuete kvaliteedile ja kvantiteedile. "Puhtaks" PPP-ks nimetatakse PPP-d, mille korral tasu tuleb avaliku sektori regulaarsetest maksetest. Kontsessiooniks nimetatakse PPP-d, mille korral tasu tuleb teenuse kasutajatelt. Selleks, et olla kindel, et erasektor pakub teenust kuluefektiivselt ja saavutatakse parim hinna ja kvaliteedi suhe (VM - *value for money*), tuleb kanda piisaval määral

⁴ Zhao, N., Ying, F. (2018). Method selection: a conceptual framework for public sector PPP selection. *Built Environment Project and Asset Management*, 9 (2), 3

riski üle erasektorile. Riski peaks kandma pool, kes suudab seda kõige paremini hallata. Paremini tähendab seda, et pool, kes suudab vähimate kuludega riski hallata ja hallata tähendab seda, et pool, kes suudab kõige paremini ära hoida riski realiseerumist (riski ennetamine) või pool, kes suudab riski realiseerumisel sellega tagajärgedega kõige paremini hakkama saada (riski tagajärgede lahendamine).⁵ Parim hinna ja kvaliteedi suhe saavutatakse siis, kui saadakse maksimaalne kasu teenustest, mida pakutakse olemasolevate ressurssidega ning selleks ei pea teenust pakkuma madalaim hinnaga vaid tuleb arvestada, et hind ja kvaliteet arvestaks teenuse kogu elutsükliga.⁶ OECD antud definitsioonis eristavad PPP-d traditsioonilisest riigihankest riski jaotus ja haldamine, kus erasektor teostab enamuse funktsioone selleks, et teenust saaks kasutajatele ehk kolmandale osapoolele osutada, ning erasektori poolne esialgne finantseerimine ning kasutajatasud, mis on lisaks avaliku sektori poolsele rahastamisele.

Euroopa Nõukogu on sisustanud PPP järgnevalt. Avaliku ja erasektori partnerluse raames on erasektorist lepingupool pigem pikaajaliseks teenusepakkujaks kui lihtsalt kinnisvara ehitajaks. Erasektorist lepingu pool täidab kohustused avaliku sektori pakutavate teenuste osutamiseks, mis on seotud varade kavandamise, ehitamise, käitamise ja võimalik rahastamisega. Selle tulemusena toimivad keskvalitsused ja kohaliku omavalitsused ja nende asutused üha enam reguleerijatena ning suunavad ressursi teenuste kavandamisele, tulemuslikkuse jälgimisele ja lepingute haldamisele, mitte teenuste otsesele juhtimisele ja osutamisele. Tulemuseks pakutakse avalikku teenust erasektori kaudu.⁷ Traditsioonilise avaliku sektori hanke puhul on avalik õiguslik juriidiline isik haldajaks, finantseerijaks ja omanikuks, eraõiguslik juriidiline isik on projekteerijaks ja ehitajaks. Euroopa Nõukogu nendib samuti, et PPP protsesside kirjeldamiseks kasutatud mõisted ei ole standardiseeritud. Seepärast on vaja, et avaliku ja erasektori partnerid ei lähtuks ainult mõistest ning tutvuksid PPP erinevate vormide toimimisviisiga.⁸ Euroopa Investeeringuspank on sõnastanud, et PPP, kui erasektori ja avaliku sektori vaheliste suhete üldnimetus on midagi, mille eesmärk on sageli tutvustada erasektori ressursse ja/või teadmisi, et aidata pakkuda avaliku sektori teenuseid ja kasutada selleks erasektori varasid. Terminit PPP kasutatakse seega mitmesuguste töökorralduste kirjeldamiseks alates minimaalselt reguleeritud, mitteametlikest ja strateegilistest partnerlustest, kuni projekteerimise, ehitamise, rahastamise ja

⁵ Burger, P., Hawkesworth, I. (2011). How to Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement. *OECD Journal on Budgeting*, 1, 3-4

⁶ Eadie, R., Millar, P., Grant, R. (2013). PFI/PPP, private sector perspectives of UK transport and healthcare. *Built Environment Project and Asset Management*, 3 (1), 90

⁷ Council of Europe. Guidelines for Successful Public-Private Partnership. 2003, 17

⁸ *Ibid.*, 18

käitamise (DBFO ehk *design build finance and operate*) tüüpi teenuslepinguteni ning kuni ametlike ühise ettevõtete kavandamiseni.⁹ Erinevalt traditsioonilisest riigihankest, kus avalikust sektorist hankija ja erasektorist ettevõtja vahel sõlmitakse hankeleping, kus ettevõtja teostab ehitustööd ja/või projekteerimise ning hankija finantseerib, käitab ja omab ehitist, siis Euroopa Nõukogu ja Euroopa Investeeringuspanga nagu ka OECD PPP definitsioonist tuleneb, et PPP puhul ettevõtja lisaks ehitamisele ja projekteerimisele **ka finantseerib ja haldab ehitist**.

PricewaterhouseCoopers (PwC) on andnud suuniseid PPP rakendamiseks nii Eesti, kui ka UK Rahandusministeeriumile (*HM Treasury*) ja Euroopa Nõukogule, millest on tuntav, et PwC on PPP-alases nõustamises Euroopas üks peamisi ettevõtteid.

PwC sõnul hõlmab mõiste PPP erinevaid struktuure, kus erasektor pakub avalikku teenust. Sõltuvalt EL-i liikmesriigist ja poliitikast võib PPP mõiste hõlmata mitmesuguseid mudeleid. Need ulatuvad suhteliselt lühiajalistest halduslepingutest kuni kontsessioonlepinguteni (mis võivad hõlmata olulises mahus kapitali, ehitustöid koos mitmesuguste teenuste pakkumise ning kogu ehitustööde ja käitamise rahastamisega) kuni ühise ettevõteteni ja osaliste erastamiseni, kus on omandiõigus jagatud avaliku- ja erasektori vahel. Peamine kontrast PPP ja traditsioonilise hanke vahel seisneb PPP korral erasektori tulude seotuses teenuse tulemuslikkuse ja tootlikkusega kogu lepingu kehtivusaja jooksul. Erasektorist teenuseosutaja ei vastuta mitte ainult varade kätte toimetamise, vaid ka projekti elluviimise ja juhtimise, ning mitme aasta jooksul pärast seda, eduka toimimise eest.¹⁰ PwC PPP käsitus lisaks eelnevates käsitlustes juba nimetatule, toob välja erinevaid PPP vorme, sh taas kontsessiooni, mis on reguleeritud ka EL-i ja Eesti õigusega.

Saksamaa PPP töörühm on PPP mõistet selgitanud läbi järgneva kirjelduse: PPP eesmärk on suurendada avaliku sektori ja eraettevõtluse pikaajalise koostöö kaudu infrastruktuuri projektide tõhusust, millel on oluline terviklik lähenemisviis, mis ulatub läbi kogu elutsükli.¹¹ Saksamaa Transpordiministeerium on sisustanud PPP kui pikaajalise, lepingulise partnerluse avaliku- ja erasektori vahel, mille eesmärgiks on ökonoomne avalike teenuse pakkumine, milleks vajalikud ressursid (nt eriteadmised/-oskused, seadmed, ehitised, kapital ja tööjõud) on kokku liidetud ühiseks institutsionaalseks suhteks ja kõik projektiga kaasnevad riskid on jagatud vastavalt

⁹ PricewaterhouseCoopers. *Delivering the PPP promise: A review of PPP issues and activity*. 2005, 14

¹⁰ PricewaterhouseCoopers AS. *Uuring avaliku ja erasektori koostööprojektide (PPP) raamistiku loomiseks*. 2016, 11

¹¹ PricewaterhouseCoopers. *supra nota* 9, 14

projekti partnerite riskijuhtimise oskustele.¹² Standard & Poor's määratletud PPP on mis tahes keskmine ja pikaajaline suhe avaliku ja erasektori vahel, mis hõlmab mitme valdkonna oskustele, teadmistele ja rahalistele vahenditele tuginedes riskide ja hüvede jagamist soovitud tulemuste saavutamiseks.¹³ Saksamaa institutsioonide PPP sisustamisest lisandub rõhutatult veel pikaajalisus nagu PwC ja Standard & Poor's definitsiooni puhulgi.

PPP mõiste sisustamise keerukus tuleneb PPP erinevatest vormidest. Nagu nähtub eeltoodud definitsioonidest võib PPP olla alates teenuselepingust kuni ühise ettevõtte loomiseni avaliku- ja erasektori vahel. Lähtudes toodud definitsioonidest on autori hinnangul PPP peamised tunnused kõikidel erinevatel vormidel, mis eristavad neid traditsioonilisest hankest järgmised: (a) pikaajaline koostöö; (b) rahastamine mitte ainult avaliku sektori vahenditest, vaid ka erasektori; (c) erasektori suurem panus saavutamaks eesmärki (oskusteabe kasutamine); (d) projekti elutsüklikesne lähenemine; (e) efektiivsuse kasv läbi funktsioonide parema jaotamise avaliku- ja erasektori vahel ning; (f) riski jaotumine avaliku- ja erasektori vahel.

Erasektori suurem panus seisneb selles, et erasektorist partner osaleb PPP projekti eri etappides, milleks on projekti väljatöötamine (ehitustööde puhul projekteerimine), elluviimine (ehitustööde puhul ehitamine) ja lisaks hilisem hooldamine/käitamine, st erasektorist partneri funktsioon ei lõppe objekti valmimisel - koostöö on pikaajaline. Siit tuleneb veel üks oluline funktsioon, mis traditsioonilise riigihanke puhul on avaliku sektori kanda, erasektorist partner aitab PPP projekti rahastamisel, st projekt valmib erasektori finantseerimisel ning erasektorist partnerile ei maksta tasu mitte koheselt ehitise valmimisel, vaid tasu lepingu täitmise eest laekub kogu lepinguperioodi jooksul (sh ehitise käitamise perioodil) kasutajatasude näol, avaliku sektori maksetest vms. Erasektorist partneri tasustamise viisist tuleneb ka järgmine PPP tunnus, milleks on lepingust tulenevate riski suuremal määral kandumine erasektorile.

Erasektor võtab endale selliseid riske, mis tavapäraselt on omased avalikule sektorile. Näiteks eraõiguslik partner võtab riski, mis tuleneb teiste ettevõtjate tekitatud konkurentsist, sellest, et teenuste pakkumine ja nõudlus ei ole tasakaalus, või kasutajatulud (nt teemaks) ei kata rajatise ehitamisega seotud kulusid, või teenuse osutamata jätmise korral tekkinud kahju eest vastutamisega seotud riskiga.¹⁴ Erasektori poolt eelnimetatud riskide kandmine on üks peamisi PPP tunnuseid.

¹² Weber, B., Staub-Bisang, M., Alfem, H. W., *supra nota* 2, 89

¹³ PricewaterhouseCoopers. *supra nota* 9, 14

¹⁴ Minumets, D., Kulm, P. (2014). *Riigihangete õigus*. Tallinn: Juura, 79

Erasektori poolt riskide kandmine aitab saavutada suurema efektiivsuse, kuna eraettevõtte oskab nimetatud riske paremini hallata ehk täidetud on veel üks PPP tunnusjooni – funktsioonide jagamine.¹⁵ PPP puhul teostab lepingust tulenevaid funktsioone see lepingu pool, kellel on olemas vastavad teadmised ja/või oskused funktsiooni teostamisel saavutada parim hinna ja kvaliteedi suhe.

1.2. PPP mõiste Euroopa Liidu tasandil

Nagu eelmisest peatükist nähtus ei ole PPP kui avaliku ja erasektori koostöövormide üldnimetuse näol tegemist eraldi riigihankemenetluse vormiga, vaid see on funktsionaalne mõiste tähistamaks teatud tingimustele vastavat avalikust sektorist hankija ning erasektorist pakkuja vahelist erinevates vormides õigussuhet, mille aluseks võib olla riigihankemenetluse tulemusena sõlmitud leping, kuna avaliku ressursi kasutusse andmine peab toimuma kohases menetluses, mis tagab ühetaolise kohtlemise, avalikkuse, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse ning võimaldab võrdsetel alustel osaleda kõigil põhjendatud nõuetele vastavatel isikutel.^{16,17} EL-i õigusaktides ei ole määruste ega direktiivide tasandil PPP definitsiooni.

Euroopa Liidu tasandil käsitlevad riigihankeid mitu dokumenti, neist kõige olulisemad on direktiiv 2014/25/EL, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ, seejärel direktiiv 2014/23/EL, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta (edaspidi "kontsessiooni direktiiv") ning viimaks direktiiv 2014/24/EL, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (edaspidi "riigihangete direktiiv"). Hakates antud õigusaktidest otsima PPP tunnustele vastavat koostöövormi, leiab selle kontsessiooni direktiivi artiklist 5 (1), mille punkt a sätestab, et ehitustööde kontsessioon on kirjalik rahaliste huvidega seotud leping, millega üks või mitu avaliku sektori hankijat või võrgustiku sektori hankijat usaldavad tööde tegemise ühele või mitmele ettevõtjale, mille puhul tasu seisneb kas ainult õiguses eksploateerida neid lepingu esemeks olevaid ehitisi või sellises õiguses koos tasuga. Punkt b sätestab, et teenuste kontsessioon on kirjalik rahaliste huvidega seotud leping, millega üks või mitu avaliku sektori hankijat või võrgustiku sektori hankijat usaldavad teenuste (välja arvatud punktis a osutatud ehitustööde

¹⁵ Almarri, K., Boussabaine, H., (2017). Interdependency of the critical success factors and ex post performance indicators of PPP projects. *Built Environment Project and Asset Management*, 7 (5), 546

¹⁶ RKHKo 3-3-1-29-12

¹⁷ Minumets, D., Kulm, P. *supra nota* 14, 111-112

tegemise) osutamise ja korraldamise ühele või mitmele ettevõtjale, kui tasu osutatavate teenuste eest seisneb kas ainult õiguses eksploateerida neid lepingu esemeks olevaid teenuseid või sellises õiguses koos tasuga.¹⁸ Lähtudes eeltoodud kahe mõiste sisustamisest ei nähtu veel, et kontsessiooni on EL-i õiguse raamistikus PPP. Täidetud on üksnes üks PPP tunnuseks olev joon finantseerimisfunktsiooni ülemineku näol erasektorile.

Kontsessiooni direktiivi preambula punktis 18 selgitatakse, et kontsessiooni põhiomadusega – õigusega kasutada ehitisi või osutada teenuseid – kaasneb kontsessioonäri jaoks alati majanduslikku laadi äririsk, et ehitise või teenuste eksploateerimisega seotud investeeringud või seotud kulud ei tasu end tavapäraste tegevustingimuste korral ära, kuigi osa riskist jääb avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija kanda. Kontsessiooni andmise erisätete kohaldamine ei oleks põhjendatud, kui avaliku sektori hankija või võrgustiku sektori hankija vabastaks ettevõtja mis tahes võimalikust kahjust, tagades talle miinimumtulu, mis on ettevõtja poolt lepingu täitmisega seoses tehtud investeeringute ja kantud kuludega võrdne või nendest suurem. Samal ajal tuleks teha selgeks, et teatavad kokkulepped, mille puhul kulud kannab üksnes avaliku sektori hankija või võrgustiku sektori hankija, peaksid kvalifitseeruma kontsessioonideks, kui ettevõtja poolt seoses ehitustööde tegemise või teenuse osutamise teatud investeeringute ja kantud kulude tasa teenimine sõltub tegelikust nõudlusest teenuse või vara järele või nende pakkumisest. Kui valdkondlike õigusaktidega kaotatakse risk, nähakse kontsessioonäri ette tagatise, et lepingu täitmisega seotud investeeringud ja kulud kaetakse, ei loeta sellist lepingut kontsessiooniks kontsessiooni direktiivi tähenduses. Asjaolu, et risk on juba algselt piiratud, ei tohiks välistada võimalust, et nimetatud leping kvalifitseerub kontsessiooniks. See võib kehtida näiteks reguleeritud tariifidega sektorites või juhtumitel, kus äririsk on piiratud lepinguliste suhete korra kaudu, millega nähakse ette osaline hüvitamine, sealhulgas hüvitamine kontsessiooni ennetähtaegse lõpetamise korral kas avaliku sektori või võrgustiku sektori hankijale omistatavatel põhjustel või vääramatul jõu tõttu. Äririsk peaks tulenema asjaoludest, mis ei ole osapoolte kontrolli all. Sellised riskid, mis on seotud halva juhtimisega, ettevõtja poolt lepinguliste kohustuste täitmata jätmisega või vääramatul jõuga, ei ole kontsessiooniks klassifitseerimise seisukohast otsustavad, kuna need riskid on omased igale lepingule, olgu selleks siis riigihankel leping või kontsessioonileping. Äririskina tuleks mõista turul ettenägematute olukordade esinemise riski, milleks võib olla kas nõudluse või pakkumisega seotud risk või nii nõudluse kui ka pakkumise mõlemaga seotud risk. Nõudlusega seotud riski tuleks mõista kui riski seoses tegeliku nõudlusega

¹⁸ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26. veebruar 2014. aasta direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta, ELT L 94, 28.03.2014, art 5

lepingu esemeks oleva ehitustöö või teenuse järele. Pakkumisega seotud riski tuleks mõista kui riski seoses lepingu esemeks oleva ehitustöö tegemise või teenuse osutamisega, eelkõige riski, et teenuste pakkumine ei vasta nõudlusele. Selleks et äririski hinnata, peaks järjepideval ja ühtsel viisil võtma arvesse kontsessioonäri kogu investeeringu, kulude ja tulu nüüdispuhasväärtust.¹⁹

Lähtudes kontsessiooni direktiivi preambula punktidest 18, 19 ja 20 saab kontsessiooni lugeda PPP üheks vormiks. Lisaks PPP-le omasele erasektori poolt finantseerimisele ja sellele lisanduvatele võimalikele kasutajatasudele ja/või avaliku sektori maksetele on täidetud ka üks olulisemaid PPP tunnuseid, milleks on riski jagamine avaliku ja erasektori vahel, ehk riski kandumine suuremas osas erasektorile. Lisaks on direktiivis täpselt seletatud, millise riski erasektori pooltel kandmisel on tegemist PPP-ga, st mitte igasugune erasektorist partneri poolne riski kandmine ei tee lepingust PPP-d.

Euroopa Komisjon on ühes oma suunises sisustanud üldist PPP mõistet ja andnud järgneva seletuse: avaliku ja erasektori vaheline koostöö vorm infrastruktuuri rahastamiseks, ehitamiseks, renoveerimiseks, haldamiseks või hooldamiseks või teenuse osutamiseks.²⁰ Sellest nähtub, et Euroopa Komisjoni tõlgendusest tulenevalt on PPP puhul antud erasektorile üle ka funktsioonid, mida traditsioonilise riigihanke korral üle ei anta, nagu ka eelmises alapeatükis käsitletud PPP definitsioonides. Lähtudes Euroopa Komisjoni PPP definitsioonist ja tõlgendades seda koosmõjus kontsessiooni direktiiviga, on autori hinnangul EL-i õiguses reguleeritud õigusaktide tasandil üks PPP vorm - kontsessioon, ning kaudselt PPP mõiste.

1.3. PPP mõiste Eesti õiguse tasandil

2007. aastal kehtinud RHS § 6¹ sätestas, et avaliku ja erasektori koostöö riigihangete seaduse tähenduses on hankemenetluse, ehitustööde või teenuste kontsessiooni andmise teel sõlmitud hankelepingu alusel ehitustööde teostamine või teenuste osutamine, kus samaaegselt on täidetud alljärgnevad tingimused: (1) koostöö eesmärgiks on ehitustöö teostamine või teenuse osutamine avalikes huvides; (2) koostöö kestab vähemalt 20 aastat; (3) hankija ja pakkuja kasutavad ühiselt

¹⁹ *Ibid.*, p 18, 19, 20

²⁰ Commission of the European Communities. Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions. 2004, 4

koostööks vajalikke vahendeid, näiteks asju, raha, oskusteavet, kogemust; (4) hankija ja pakkuja jagavad koostöö vastutust ning riske.²¹

Pole teada miks seadusandja otsustas antud definitsiooni RHS-st eemaldada, ent autori hinnangul võis selleks olla hankemenetlusliku praktika puudumine. Pidades silmas praegusi erinevatest allikatest pärinevaid PPP definitsioone on 2007. aastal kehtinud RHS-i § 6¹ PPP definitsioon üsna sarnane. Välja on toodud pikaajalisus, oskusteabe efektiivne ärakasutamine, funktsioonide ning riskide jaotumine ka erasektorile, mis on ühtedeks peamisteks PPP tunnusteks.

Alates 01.01.2011 kehtima hakanud RHS-is oli osaliselt reguleeritud avaliku ja erasektori koostöö (§ 6¹ ja § 69⁹), eesmärgiga sätestada avaliku ja erasektori koostöö projektide alusel sõlmitud hankelepingute muutmise erisused. Kuid avaliku ja erasektori koostöö oli reguleeritud väga kitsalt. Lähtutud oli just pikaajaliste projektide puhul tekkivast vajadusest näiteks lepingupartneri asendamiseks või koostöötingimuste muutmiseks. Reguleerimisega määrati põhimõttelisele hankelepingute muutmise keelule erand.²² Autori hinnangul sarnanes pakkuja asendamine hetkel kehtivas RHS § 123 lg 1 p 5 sätestatud hankelepingu muutmise võimalusega, mil pakkuja asendamisel korral, peab uus pakkuja vastama samuti riigihanke alusdokumentides sätestatud kvalifitseerimistingimustele.²³ Käesoleval hetkel ei tulene ühestki Eesti seadusest PPP ehk avaliku ja erasektori partnerluse mõiste täpset definitsiooni.

PPP mõiste kaudne sisustamine tuleneb osaliselt määruse nr 55 „Rahandusministri 22. detsembri 2017. a määruse nr 105 „Raamatupidamise Toimkonna juhendite kehtestamine“ muutmise“ lisaks olevast Raamatupidamise Toimkonna juhendist RTJ 16 „Teenuste kontsessioonikokkulepped“, mille eesmärgiks on kirjeldada arvestuspõhimõtteid avaliku ja erasektori üksuste vahel sõlmitud teenuste kontsessioonikokkuleppeks liigitamisel ja kajastamisel erasektori raamatupidamiskohustuslaste Eesti finantsaruandluse standardi kohaselt koostatavates raamatupidamise aastaaruannetes. Eesti finantsaruandluse standard on rahvusvaheliselt tunnustatud arvestuse ja aruandluse põhimõtetele tuginev avalikkusele suunatud finantsaruandluse nõuete kogum, mille põhinõuded kehtestatakse raamatupidamise seadusega ning mida täpsustab raamatupidamise seaduse § 34 lõike 4 alusel kehtestatud valdkonna eest vastutava ministri määrus.²⁴ Juhendis on kirjas, et paljudes riikides on avalike teenuste osutamiseks vajalikud suurt

²¹ Riigihangete seadus. RT I 2007, 15, 76

²² Kergandber, E., Blankin, P., Lemetti, M., Jankelevitš, R., Muna, E., Frolov, R.(2011). *Averus: avaliku ja erasektori koostöö*. Tallinn: Äripäev, 23

²³ Riigihangete seadus. RT I, 01.07.2017, 1

²⁴ Rahandusministri 17. detsember 2018. määrus nr 55 „Rahandusministri 22. detsembri 2017. a määruse nr 105 „Raamatupidamise Toimkonna juhendite kehtestamine“ muutmise“

alginvesteeringut nõudvad infrastruktuuri objektid nagu teed, sillad, tunnelid, vanglad, haiglad, lennujaamad, vee- ja kanalisatsioonitrassid, energiavarustuse ja telekommunikatsioonivõrgud olnud traditsiooniliselt avaliku sektori üksuste poolt ehitatud ja opereeritud ning finantseeritud nende eelarvest. Mõnedes riikides on hakatud kasutama avaliku ja erasektori partnerluse (PPP - *public-private partnership*) erinevaid vorme, et kaasata erasektori üksusi infrastruktuuri objektide ehitusse ja haldusse. PPP projektide läbiviimise eesmärkideks võivad olla näiteks erasektori kompetentsi ärakasutamine, teenuse kvaliteedi tõstmine, avaliku sektori kulude kokkuhoid või riskide jagamine. Teenuste kontsessioonikokkulepped on üks PPP-projektide vormidest, mille korral avaliku sektori üksus annab teatud infrastruktuuri objektiga seotud teenuste osutamise õiguse pikaajaliselt erasektori üksusele. Teenuste kontsessioonikokkuleppeid iseloomustavad tavaliselt järgmised asjaolud: (a) avaliku sektori üksus delegeerib teatud avalike teenuste osutamise kas osaliselt või täielikult erasektori üksusele; (b) erasektori üksus osutab infrastruktuuri objektiga seotud avalikke teenuseid lepingus fikseeritud aja jooksul, mahus ja kvaliteedis; (c) lepingus nähakse ette esialgne hind, mida erasektori üksus tohib osutatud avalike teenuste eest küsida, ja hinna muutumise tingimused; (d) lepingus nähakse ette tingimused, millistele kvaliteedinõuetele peab infrastruktuuri objekt vastama lepinguperioodi lõpul ning kas see antakse avaliku sektori üksusele lepinguperioodi lõpul üle tasuta või tasu eest, mis on oluliselt väiksem selle õiglasest väärtusest üleandmise momendil.²⁵ Juhendis sätestatakse veel, et teenuste kontsessioonikokkulepped on sellised lepingulised pikaajalised koostööprojektid avaliku sektori üksuse ja erasektori üksuse vahel, mille kohaselt erasektori üksus osutab mingit konkreetset varaobjekti (infrastruktuuri objekt) kasutades avalikke teenuseid ning: (a) avaliku sektori üksus kontrollib või reguleerib, milliseid avalikke teenuseid, kellele ja millise hinnaga erasektori üksus osutab; ja (b) avaliku sektori üksus omandab lepinguperioodi lõppedes valitsevat mõju infrastruktuuri objekti üle (kas läbi omandiõiguse, soodusostuõiguse või muul moel).²⁶

Seega on Eesti õigusloomes reguleeritud PPP projektide raamatupidamislikud põhimõtteid projekti PPP-ks liigitamisel ja PPP projekti kajastamine erasektorist raamatupidamiskohustuslase raamatupidamise aastaaruannetes. Juhendis on toodud välja kõik olulisemad PPP tunnused nagu riski jaotumine, erasektori teadmiste ja rahastuse kasutamine ning nähtub, et kontsessioonil on PPP tunnused, milleks on riski üleminek ja pikaajaline koostöö. Kinnitatakse, et kontsessioon on üheks PPP vormiks.

²⁵ *Ibid.*, 4-5

²⁶ *Ibid.*, 2

RHS § 4 p 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 ekspuaterida või teenust osutada või selles õiguses koos rahalise maksega ja nõudluse või pakkumisega seotud äririsk läheb üle kontsessioonäärile.²⁷ RHS kontsessiooni regulatsioon on üle võetud kontsessiooni direktiivist. Kontsessioonilepingute sõlmimise menetlust reguleerib RHS peatükk 4, mis sätestab, et kontsessioonlepingu korral teostab kontsessiooni saaja ehk kontsessioonäär ehitustööd omal kulul ja riisikol. Vastutasuks kontsessioonääri poolt omal riisikol teostavate ehitustööde eest annab hankija kontsessioonäärile ehitise ekspuaterimise õiguse koos õigusega küsida teatud perioodi jooksul ehitise kasutajatelt selle kasutamise eest tasu või selle õigusega koos hankija poolt makstavate täiendava tasuga.²⁸ Euroopa Komisjoni tellitud uurimuse järgi on 60% PPP-projektidest kontsessioonid.²⁹

Kui tõlgendada juhendit koosmõjus riigihangete seadusest tuleneva kontsessiooni definitsiooniga saab teha järelduse raamatupidamise seaduse ja selle alusel antud määruse lisaks oleva juhise ning riigihangete seaduse järgi on kontsessioonid on üheks PPP vormiks nagu ka EL-i õiguse kohaselt. Eesti siseriiklik õigus defineerib PPP mõistet samuti kaudselt, mitte seaduse tasandil, samuti nagu EL ei defineeri direktiivi tasandil. Seega PPP võib olla kontsessioon, kuid ei pruugi, määrav on, kas PPP-l esinevad kontsessiooni tunnused. Eesti õiguskorras pole reglementeeritud peale kontsessiooni teisi PPP vorme.

1.4 PPP vormid vastavalt erinevate käsitlustele

Organisatsioonilise käsitluse kohaselt käib avaliku- ja erasektori partnerluse erinevate vormide eristamine teenuse osutamise lepinguliste kohustuse ja riskide jagamise järgi avaliku- ja erasektori partneri vahel. Eristatakse kolme erinevat organisatsioonilist koostöö vormi: (1) käitleja/operaator, (2) kontsessioon, (3) koostöö. Käitleja/operaatori vormis avalikust sektorist partner vastutab lepinguliste kohustuste täitmise eest kolmandale isikule. Kolmandad isikud ehk teenuse kasutajad maksavad avalikust sektorist partnerile. Avalikust sektorist partner tasub omakorda teenuste eest erasektorist partnerile. Teenuste pakkumise garanteerib avalikust sektorist partner ehk tegemist on traditsioonilise riigihankega. Kontsessiooni korral avalik sektor annab kontsessiooni erasektorile.

²⁷ RT I, 13.03.2019, 145

²⁸ Minumets, D., Kulm, P. *supra nota* 14, 82-83

²⁹ Parrest, N., Parind, M., Simovart, M. A. (2019). *Riigihangete seadus: kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura, 886

Erasektor vastutab teenuse pakkumise tagamise eest ja on seetõttu otseses kontaktis kolmanda osapoole ehk teenuse kasutajaga. Erasektoril on õigus võtta tasusid otse kasutajatelt ehk tegemist on lepingulise PPP-ga. Koostöös luuakse avaliku ja erasektori vahel ühine ettevõte, kus nii avalikust kui erasektorist partner on osanikud/aktsionärid. Vastupidiselt käitamise mudelile, kannavad teenuse osutamise riski nii avalik kui erasektor ehk tegemist on IPPP-ga.³⁰

Euroopa Komisjoni käsitluse kohaselt jaguneb PPP kaheks peamiseks tüübiks, millest üks on lepingulise iseloomuga PPP ehk kontsessioon, kus partnerlus baseerub puhtalt lepingulisel suhtel. Erapartner osutab avalikkusele teenuseid avaliku partneri asemel, kuid siiski viimase kontrolli all lepingu alusel. Institutsionaalse iseloomuga PPP, mille sisuks on PPP segaosalusega juriidilises isiku kaudu.³¹ Selline PPP-de liigitus on lihtsustatud, kuid antud töö eesmärki silmas pidades piisav, selleks, et edasistes peatükkides analüüsida lepingulise PPP ehk kontsessiooni menetlusreeglite sobivust institutsionaalsele PPP-le ja teha vahet riigihangete seaduse ja EL-i direktiivide mõistes kontsessioonil ehk lepingulisel PPP-l ja institutsionaalsel PPP.

Spetsiifilisema käsitluse kohaselt on PPP üks privatiseerimise ehk erastamise vorme. Erastamise all on silmas peetud avaliku sektori funktsioonide ja/või vara üleminekut erasektorile. Erinevaid privatiseerimise tüüpe on kolm. Vorme eristatakse üksteisest lähtudes järgmistest tunnusoontest: (a) funktsioonide (projekteerimine, finantseerimine, ehitamine, haldamine) lasumine kas avalikul või erasektoril; (b) avalik või erasektor otsustab millal, kus, mis mahus ja kvaliteediga teenus osutatakse; (c) füüsilise objekti omandiõigus on avalikul või erasektoril; (d) kestvus – tähtajaline või tähtajatu. Kolme erastamise vormi nimetatakse formaalseks, funktsionaalseks ja materiaalseks. Esimese, formaalse tüübi alla lähevad riigi äriühingud ehk äriühingud, kus riigil on ainuosalus, mille kaudu riik osutab avalikkusele teenust. Teine, funktsionaalne tüüp jaguneb kaheks, lepingulised PPP-d ehk kontsessioonid ja institutsionaalsed PPP-d. Viimane, materiaalne tüüp, mille alla lähevad äriühingud, mis täidavad avaliku sektori funktsiooni, kuid on osaliselt või täielikult eraomandis.³² Funktsionaalset tüüp eristab formaalsest ja materiaalsest lepingu perioodi lõppedes omandi üleminek erasektorilt avalikule sektorile ehk lepingu kestvusaeg pole piiramatut.³³ Antud töös käsitletakse, nagu Euroopa Komisjoni, kahe funktsionaalse vormi eristamist, kuna formaalne ja materiaalne ei oma antud töö sisust tulenevalt sellist puutumust

³⁰ Lattemann, C., Stieglitz, S., Kupke, S., Schneider, A.-M. (2009). Impact of PPPs to broadband diffusion. *Transforming Government: People, Process and Policy*, 3 (4), 359

³¹ Minumets, D., Kulm, P. *supra nota* 14, 109-110

³² Weber, B., Staub-Bisang, M., Alfem, H. W. *supra nota* 2, 93

³³ Opawole, A., Jagboro, G. O., Kajimo-Shakantu, K., Oluwafunso Olojede, A. (2019). Critical performance factors of public sector organizations in concession-based public-private partnership projects. *Property Management*, 37 (1), 19

riigihankeõigusega. Lisaks, just lepingulise PPP ehk kontsessiooni ja institutsionaalse PPP eristamine on keeruline ja tuleb arvesse võtta, et üks on EL-i ja Eesti siseriikliku õigusega reguleeritud ning teine mitte.

Lepinguline PPP ehk kontsessioon viiakse Eestis läbi vastavalt riigihangete seadusele. Kontsessioonilepingu sõlmimise menetlus on riigihanke menetlus, millega sõlmitakse kontsessioonileping.³⁴ Kontsessioonileping sõlmitakse avaliku ja erasektori vahel ning funktsioonid nagu projekteerimine ehitamine, rahastamine, hooldamine ja käitamine lähevad üle erasektorile.

Institutsionaliseeritud PPP projektide keskmes on aga alati eraõiguslikud juriidilised isikud, milles on avalikul partneril ja erapartneril ühine osalus.³⁵ IPPP puhul tegeleb projekteerimise, ehitamise, rahastamise, hooldamise ja käitamise funktsioonidega ühise osalusega äriühing.

Mõisteid institutsionaalne PPP ja lepinguline PPP ei tasu segamini ajada varasemas Eesti õiguskirjanduses neile mõistetele antud palju kitsama sisuga. Varasemalt on tõlgendatud lepinguliseks PPP-ks: (1) haldusabi või haldusfunktsiooni üleandmist tsiviilõigusliku lepingu alusel ja teenuste kontsessioon ning; (2) projektipõhist avaliku ja erasektori partnerlust. Institutsionaliseeritud ehk organisatsiooniliseks PPP-ks peeti seda, kui eraõiguslikule isikule anti üle kogu teenuse osutamise õigus koos kohustusega järgida kõiki haldusmenetluse seadusest tulenevaid nõudeid ehk eraõiguslikust isikust sai kolmanda isiku ees n.ö avalik-õigusliku isiku õigusi ja kohustusi kandev isik.³⁶ Varasem institutsionaalse ja lepingulise PPP eristamine toimus lepingu liigi (tsiviil- või haldusõiguslik leping) järgi, mitte teenust pakkuva osapoole struktuurilise ülesehituse järgi.

Erinevate PPP lepingu vormide puhul lähevad erasektorile üle erinevad funktsioonid, milleks võivad olla ehitamine-käitamine-üle andmine (BOT - *build operate transfer*), ehitamine-omandamine-käitamine (BOO - *build own operate*), ehitamine-omandamine-käitamine-üle andmine (BOOT - *build own operate transfer*), ehitamine-üle andmine-käitamine (BTO - *build transfer operate*) ja rekonstrueerimine-käitamine-üle andmine (ROT - *reconstruct operate*)

³⁴ RT I, 01.07.2017, 1, § 4 p 14

³⁵ Lind, M. (2009). Avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlusprojektid ja hankelepingute üleandmine. *Juridica*, 6, 359

³⁶ Parrest, N. (2009). Constitutional Boundaries of Transfer of Public Functions to Private Sector in Estonia. *Juridica International*, 16, 53-54

transfer).³⁷ Lisaks projekteerimine-ehitamine-finantseerimine-hooldamine/haldamine (DBFM - *design build finance maintain*), projekteerimine-ehitamine-finantseerimine-haldamine/hooldamine-üle andmine (DBFMT - *design build finance maintain transfer*) ja ehitamine-rahastamine (BF - *build finance*).³⁸ See lepingu funktsioonide näidete nimekiri pole lõplik ning lepingu vorme nimetatakse erinevalt sõltuvalt teadusallikast. Funktsiooni nimetamine lühendis tähendab selle üleminekut erasektorile. Seega lepingulise PPP ehk kontsessiooni puhul on lepingu vormiks BOT, kuid IPPP puhul DBFMT. Ehitamine on nt infrastruktuuri ehitamine või infrastruktuuri restaureerimine ja sellele eelnev projekteerimine. Üle andmine tähendab teenuse osutamise või ehitise omandi üle andmist pärast lepingu lõppu erasektorilt avalikule sektorile. Kui lühendis on nimetatud finantseerimine, tuleb projekti rahastus erasektorilt. Ehitamise puhul kaasneb ehitise haldamise ehk hooldamise funktsioon, mõningatel juhtudel ka teenuste pakkumine ehk käitamine. Omandamine tähendab, et pärast lepingu lõppu ei anta teenuse osutamist või ehitise omandit avalikule sektorile tagasi.

Eesti ega Euroopa Liidu õigusaktides ei ole sätestatud kohustuslikku menetluskorda, mida tuleks IPPP raames ühise osalusega äriühingu loomisel järgida ehk millisel viisil peaks avaliku sektori partneri valima välja selle eraõigusliku juriidilise isiku, kellega ühine ettevõtte luua või kelles osalus omanda. Hankija ehk avalik sektor ei saa sõlmida ühise osalusega ettevõttega n.ö otselepinguid, vaid peab lepingu sõlmimiseks viima läbi hankemenetluse. Selleks, et tagada hankelepingu täitjana siiski ühine ettevõtte tuleks viia läbi ühtne hankemenetlus, mis hõlmaks nii ühise ettevõtte loomiseks kui ka sõlmitavat teenuse hankelepingu jaoks erasektorist partneri valimist. Samale seisukohale on asunud ka Euroopa Kohus. Ühise ettevõtte loomise eelis on see, et nii on võimalik eraldada eraõigusliku juriidilise isiku muu äritegevusega seotud riskid, sh rahalised riskid, konkreetsetes ühises ettevõttes teostatavast tegevusest. Samuti on ühise ettevõtte loomise korral avalikust sektorist partneril võimalus äritegevusse sekkuda ja saada paremat kontrolli ja otsustusõigust ühisele ettevõttele ülekantava avaliku teenuse osutamisel.³⁹ Järgnevas peatükis analüüsitakse, kas riigihangete seadusest tulenev menetluslik regulatsioon võimaldab valida IPPP jaoks erasektorist partner nii ühise ettevõtte loomiseks kui teenuse osutamise lepingu sõlmimiseks.

³⁷ Cui, C., Liu, Y., Hope, A., Wang, J. (2018). Review of studies on the public-private partnerships (PPP) for infrastructure projects. *International Journal of Project Management*, 36, 776

³⁸ Warsen, R., Nederhand, J., Klijn, E. H., Grotenbreg, S., Koppenjan, J. (2018). What makes public-private partnerships work? Survey research into the outcomes and the quality of cooperation in PPPs. *Public Management Review*, 20 (8), 1166

³⁹ Minumets, D., Kulm, P. *supra nota* 14, 109-110

2. IPPP PROJEKTIDE MENETLUSLIK REGULATSIOON EESTI ÕIGUSES

Olukorras, kus erasektorist partner tegutseb avaliku ja erasektori segaosalusega äriühingu kaudu – IPPP, on tegemist siiski ühtlasi avaliku sektori ressurside ekspluateerimisega. Segaosalusega äriühingu loomise protsessis sõlmitava äriühingu asutamisleping ja aktsionäride/osanike leping toovad laias plaanis kaasa teatava rahasumma või muude avaliku sektori vahendite panustamise avaliku sektori partneri poolt sissemaksena aktsia-/osakapitali või hoopis tasumise seni eraõiguslikus juriidilises isikus osalust omanud erasektori partnerilt osaluse omandamise eest. Sellise makse tegemine võimaldab erasektorist partneril jätkata segaosalusega äriühingus majandustegevust, kasutades selleks avaliku sektori ressursse. Lisaks on selge, et avaliku ja erasektori partnerid asutavad segaosalusega äriühingu kindlate teenuse hankelepingust tulenevate eesmärkide täitmiseks. Sellises olukorras kaasneb segaosalusega äriühingu aktsionäriks/osanikuks olevale erasektorist partnerile, kes tegutseb segaosalusega äriühingu kaudu, laias plaanis kohustus teostada ehitustöid või osutada avalikust sektorist partnerile või avalikkusele teenuseid, mistõttu kaasneb segaosalusega äriühingu asutamise või segaosalusega äriühingus osaluse omandamisega alati ka hankelepingu sõlmimine avaliku ja erasektori segaosalusega äriühingu ning avalikust sektorist partneri vahel. Seega tuleb ka IPPP projektide segaäriühingu loomisel avalikul sektoril järgida riigihangete seaduses sätestatud, kui sellise segaosalusega äriühinguga soovitakse sõlmida hankeleping.⁴⁰ IPPP lepingu sõlmimine peab põhinema objektiivsetel, mittediskrimineerivatel ja varem teada olevatel kriteeriumitel, et kaalutusõiguse teostamine oleks piiritletud ja seda ei saaks meelevaldselt kasutada.⁴¹ Erapartneri valimine IPPP-ks ei saa põhineda eranditult üksnes erapartneri kapitali panusel või kogemusel, vaid peab arvesse võtma ka konkreetse pakkumise sisu. Kui puuduks selged ja objektiivsed kriteeriumid, mis lubavad avalikul partneril valida majanduslikult kõige soodsama pakkumise, kujutaks kapitali tehing endast riigihangete reeglite rikkumist.⁴²

Euroopa Komisjon on oma tõlgendavas teatises avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlusprojektide kohta nentunud, et praktikas on sageli väga keeruline kasutada kahte eri menetlust, millest üks seisneb eraõigusliku koostööpartneri valimises ning teine lepingu sõlmimises segaosalusega äriühinguga. Nimetatud põhjusel on Euroopa Komisjon lahendusena

⁴⁰ Lind, M. *supra nota* 35, 362

⁴¹ Minumets, D., Kulm, P. *supra nota* 14, 81-82

⁴² Lind, M. *supra nota* 35, 361

pakkunud välja võimaluse luua avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlus kooskõlas Euroopa Ühenduse õigusega selliselt, et eraõiguslik partner valitakse läbipaistva ja avatud konkurentsiga menetluse kaudu, mille objektiks on ühel ajal nii hankeleping, mis sõlmitakse segaosalusega äriühinguga, kui ka eraõigusliku partneri roll nende ülesannete täitmisel või tema panus segaosalusega äriühingu haldamisse. Selliselt toimides saavutatakse eraõigusliku partneri valikuga nii avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlus kui ka hankelepingu sõlmimine segaosalusega äriühinguga.⁴³ Järgnevalt analüüsitakse millised hankemenetlusliigid on IPPP loomiseks kõige sobilikumad.

2.1 Innovatsioonpartnerlus, konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus ja võistlev dialoog

Kõige optimaalsema hankemenetluse liigi valimine on IPPP puhul äärmiselt oluline, kuna IPPP projektide tehingukulud on kõrged ning vale menetluse valimine võib avalikule sektorile kalliks maksma minna.⁴⁴ IPPP projekti hankemenetlus võib kesta üle pooleteise aasta. Seega hilises menetlusetapis mõistes, et on valitud vale menetlusliik tooks kaasa nii hankijale kui pakkujale hanke tühistamisel korvamatut aja- ja rahakulu.

Euroopa Komisjon on oma tõlgendavas teatises avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlus projektide kohta avaldanud arvamust, et kui IPPP loomine eeldab täielikult riigihangete direktiivi kohaldamisalasse kuuluvat riigihankelepingu sõlmimist segaosalusega äriühinguga, võib juhtuda, et arvestades selliste lepingute finantsilist või juriidilist keerukust, ei paku kõnealuses direktiivis määratletud avatud ja piiratud menetlused piisavat paindlikkust.⁴⁵ Euroopa Komisjon on rõhutanud, et just läbirääkimisi võimaldavad menetlusliigid on kasulikud suuremahuliste projektide puhul nagu PPP projektid.⁴⁶ Läbirääkimistega menetlused võimaldavad lepinguosalistel alustada läbirääkimisi kandidaatidega, et teha kindlaks lahendused, mis suudavad neid vajadusi rahuldada. Läbirääkimiste/dialoogi lõpus kutsutakse kandidaate esitama oma lõplik pakkumine läbirääkimiste/dialoogi käigus tuvastatud lahenduse alusel. Need pakkumised peavad sisaldama

⁴³ European Commission. Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to institutionalised PPP (IPPP). 2008, 3

⁴⁴ Carbonara, N., Costantino, N., Pellegrino, R. (2015). A transaction costs-based model to choose PPP procurement procedures. *Engineering, Construction and Architectural Management*, 23 (4), 492

⁴⁵ European Commission, *supra nota* 43, 3

⁴⁶ Burnett, M. (2015). The New Rules for Competitive Dialogue and the Competitive Procedure with Negotiation in Directive 2014/24: What Might They Mean for PPP. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2, 63

kõiki projekti teostamiseks vajalikke elemente. Hankijad peavad pakkumisi hindama eelnevalt kindlaksmääratud hankelepingu sõlmimise kriteeriumide alusel. Pakkujal, kes on esitanud majanduslikult soodsaima pakkumise, võidakse paluda selle aspektide selgitamist või selles sisalduvate kohustuste kinnitamist, tingimusel et see ei muuda pakkumise ega pakkumiskutse põhikomponente, ega too kaasa konkurentsi võltsimist ning diskrimineerimist. Menetlused peaks andma vajaliku paindlikkuse läbirääkimistel kandidaatidega lepingu kõigis aspektides asutamise etapis, tagades samal ajal, et need arutelud viiakse läbi kooskõlas läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetega ning ei ohusta asutamislepinguga ettevõtjatele antavaid õigusi.⁴⁷ Läbirääkimistega hankemenetluste eesmärk on ühtaegu säilitada ettevõtjate vaheline konkurents kui ka võtta arvesse hankijate vajadust arutada kõiki lepingu tahke iga pakkujaga.⁴⁸ Rahvusvaheliselt on läbirääkimistega menetluse kasutamise peamised tõukejõud olnud võime: (a) tagada parim hinna ja kvaliteedi suhe; (b) kindlustada riski optimaalne jaotus; (c) ergutada uuenduslikke lahendusi ja; (d) vähendada pakkumiskulusid. Sobiva läbirääkimistega menetluse valimisel võtab hankija arvesse mitmeid tegureid, nagu: (a) projekti ulatus ja laad; (b) pretsedendid; (c) riskide ülekandmise suurus; (d) kolmandast isikust rahastaja roll ja mõju.⁴⁹ Nimetatud tegurid, mis mõjutavad läbirääkimistega menetluse kasuks valimist, esinevad IPPP projektides, kus kavatakse kasutada erasektori rahalisi vahendeid või on soov saavutada suurem riski ülekandmine kui tavaliselt.⁵⁰

RHS § 48 lg 2 annab ühe läbirääkimiste hankemenetluse liigiks innovatsioonpartnerluse. Innovatsioonpartnerlust saab kasutada, kui hankijal on tekkinud vajadus selliste innovaatiliste teenuste või ehitustööde järele, mida ei ole võimalik rahuldada turul juba olemasolevate teenuste või ehitustööde hankimisega. Innovatsioonipartnerlus luuakse eesmärgiga välja töötada innovaatilisi teenuseid või ehitustöid ning neid hankida hankija ja innovatsioonipartnerluses osalejate vahel kokkulepitud kvaliteedi ja hinnaga.⁵¹ Innovatsioonipartnerlus põhineb samadel protseduurireeglitel, mida kohaldatakse konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse või võistleva dialoogi suhtes.⁵²

RHS § 48 lg 2 sätestatud innovatsioonipartnerluse kasutamise alus võib IPPP jaoks ära langeda asjaolu tõttu, et tegemist ei ole innovaatiliste teenuste või ehitustöödega, mida ei ole juba turul

⁴⁷ Commission of the European Communities, *supra nota* 20, 9-10

⁴⁸ European Commission, *supra nota* 43, 3

⁴⁹ Council of Europe. *supra nota* 7, 46

⁵⁰ *Ibid.*, 46-47

⁵¹ RT I, 13.03.2019, 145

⁵² Minumets, D., Kulm, P. *supra nota* 14, 112

olemas. Mahukad IPPP projektid ei pruugi olla teadus- ja arendustegevuse mõttes innovaatilised ja uudsed, vaid keerulised insenertehniliste nõuete poolest, mida on võimalik teostada turul olemasolevate vahenditega.

Lisaks innovatsioonpartnerlusele on riigihangete seaduses konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus ja võistlev dialoog, mis võimaldavad riigiasutustel pidada läbirääkimisi taotlevate ettevõtjatega, et teha kindlaks nende vajadustele kõige paremini vastavad lahendused.⁵³ Vastavalt RHS § 48 lg 3 on hankijal õigus korraldada riigihangete konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse või võistleva dialoogina, kui: (1) riigihanke eeldatav maksumus on rahvusvahelisest piirmäärast väiksem; (2) kõik avatud või piiratud hankemenetluse käigus esitatud pakkumused olid vastuvõetamatud; (3) hankija ei ole objektiivselt võimeline kindlaks määrama oma vajadusi rahuldavaid tehnilisi lahendusi vastavalt riigihangete seaduse §-des 87 ja 88 sätestatule; (4) hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemus, nendega seotud õiguslikud või rahalised asjaolud või riskid ei võimalda kindlaks määrata hankelepingu tingimusi piisava täpsusega, et sõlmida hankeleping avatud või piiratud hankemenetluse tulemusena; (5) hankelepingu ese hõlmab projekteerimisteenuse tellimist või innovaatiliste lahenduste väljatöötamist või; (6) hankija vajadusi ei saa rahuldada turul olemasolevate lahenduste kohandamisega.⁵⁴ Nimetatud konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse või võistleva dialoogi kasutamise alustest ei sobi autori arvates IPPP loomiseks punkt 1, kuna IPPP puhul on vähe tõenäoline, et maksumus on alla rahvusvahelist piirmäära. Samas tõstatub siit küsimus, mis on IPPP puhul rahvusvaheline piirmäär.

RHS § 14 lg 3 kohaselt rahvusvaheline piirmäär on summa, mille kehtestab perioodiliselt Euroopa Komisjon ning mis avaldatakse Euroopa Liidu Teatajas.⁵⁵ Kontsessioonide ehk lepinguliste PPP-de piirmäär on 5 548 000 eurot.⁵⁶ Kuna institutsionaalseid PPP-sid RHS-i ega EL-i direktiividega reguleeritud ei ole saab praegu vaid tuletada, et IPPP rahvusvaheline piirmäär on sama, mis kontsessiooni puhul, kuna mõlemad on PPP-d. Tulevikus võiks siiski kaaluda IPPP-dele kõrgema piirmäära kehtestamist arvestades IPPP projektide suuri maksumusi. Rahvusvaheline piirmäär võiks olla kindlasti üle 10 mln euro.

⁵³ Commission of the European Communities, *supra nota* 20, 6

⁵⁴ RT I, 13.03.2019, 145

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Rahandusministeerium. (2018). *Eesmärgid ja tegevused: Riigihangete poliitika: Kasulik teave*. Kättesaadav: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargid/tegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave>, 5. detsember 2019

RHS § 48 lg 3 p 2 on samuti IPPP projekti menetluse valikuks autori seisukohalt sobimatu alus, kuna IPPP-d viia läbi avatud või piiratud hankemenetlusena on liialt kulukas ajaliselt ja rahaliselt. Lisaks, on IPPP menetluses vaja pidada läbirääkimisi. Seega on ebatõenäoline, et hankija püüab esmalt IPPP läbi viia kasutades avatud või piiratud hankemenetlust, mille luhtumisel läbirääkimistega menetlust kasutades. Nii toimides kaotaks hankija veelgi enam aega ja raha.

RHS § 48 lg 3 punkt 5 jaguneb kaheks alternatiivseks aluseks, millest üks on projekteerimistööde tellimine ja teine innovaatiliste lahenduste väljatöötamine. Punkti 5, millest üks osa sätestab alusena innovaatiliste lahenduste väljatöötamise, ja punkti 6, mis sätestab sisult sarnast turul mitte eksisteeriva lahenduse olemasolu, hankemenetluse põhjenduse aluseks võtmisel peaks olema täidetud tingimus nagu eespool mainitud innovatsioonpartnerluse puhul, et luuaks midagi tehniliselt uut. Seetõttu ei sobi enamikel juhtudel ka need alused IPPP läbi viimiseks.

RHS § 48 lg 3 p 3, 4 ja 5 (teine alus projekteerimistööde tellimine) on kõige sobilikumad rakendamaks IPPP puhul konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetlust või võistlevat dialoogi.

Punkt 3 ja 4 rakenduvad nimetatud menetlusliikide valiku alusena kui tellija ei suuda objektiivselt määratleda tehnilisi vahendeid, mis kõige paremini rahuldaksid tema vajadusi ja eesmärke, või juhul, kui ta ei ole objektiivselt suuteline määratlema projekti õiguslikku ja/või rahalist vormi.⁵⁷ IPPP projektide puhul jääb projekti rahastamine lisaks avalikule sektorile ka erasektori määratleda. Avalik sektor sätestab, mis on hanke eesmärk, kuid erasektor määratleb läbirääkimistel, millised on võimalikud tehnilised lahendused, kuidas eesmärki saavutada.

Punktis 5 sätestatud alus, milleks on projekteerimistööde tellimine, on samuti sobilik viimaks IPPP-d läbi läbirääkimisi/dialoogi kasutava hankemenetlusega, kuna IPPP on kompleksne riigihange, mis hõlmab projekteerimistöid. Riigihangete direktiivist ei nähtu, et punktis 5 nimetatud projekteerimise tööd peaks mingil määral olema erilised. Seega, kui IPPP projekt hõlmab projekteerimist, saab antud alust kasutada vastavate hankemenetluste valimiseks ja põhjendamiseks.

Võrreldes innovatsioonpartnerlust, konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust ja võistlevat dialoogi on autori arvates IPPP puhul võistleva dialoogi kasutamine kõige sobilikum. RHS § 60 lg 2 ja § 70 lg 2 sätestab, et konkurentsipõhises läbirääkimistega hankemenetluses ja

⁵⁷ Commission of the European Communities, *supra nota* 20, 9-10

innovatsioonpartnerluses ei räägita läbi hindamiskriteeriumites ega läbiräägitavate tingimuste miinimumtasemes. RHS § 65 lg 5 sätestab, et võistleva dialoogi käigus võib arutada kõiki tulevase hankelepingu tingimusi.⁵⁸ Seega lähtudes IPPP-st võib avalikust sektorist pakkujal olla vajadus läbi rääkida kõikide hankelepingu tingimuste üle, ka nende, mis on hankelepingus kohustuslikud ehk läbiräägitavate tingimuste miinimumtaseme ja hindamiskriteeriumite üle. Võistleva dialoogi § 65 lg 5 annab võimaluse IPPP puhul läbi rääkida finantseerimistingimusi, riskide jagamist ning osapoolte vastutust.

IPPP projektid on keerulised, mitte ainult tehniliste tingimuste tõttu, vaid ka seetõttu, et läbirääkimiste aeg tuleb hallata, koostööle suunata ja ühildada mitmeid lepingute osapooli, kes teostavad pärast hankemenetluse lõppu projekteerimise ja ehitamise.⁵⁹ Seetõttu võivad IPPP projektide lepingutingimuste läbirääkimised, arvestades ka lepingute paljusust ja juriidilist keerulisust ning insenertehniliselt sobiliku lahenduse leidmist, kesta üle aasta ja olla osapooltele ressursimahukad. Seega saavad edutud pakkujad märkimisväärse majandusliku kulu arvestades pikka läbirääkimiste perioodi.

Võistlevas dialoogis on hankijale nähtud võimalus RHS § 65 lg 8 alusel maksta pakkujatele osalemistasu dialoogi käigus pakutud lahenduste väljatöötamisega seotud kulude hüvitamiseks, mille suurust võib diferentseerida sõltuvalt pakutud lahenduse sobivusest esitatud tingimustega.⁶⁰ Selline võimalus on positiivne ka hankija jaoks, kuna suurendab pakkujate ringi. Pakkujad on altimad osalema hankemenetluses teades, et pikast ja keerulisest läbirääkimistega menetlusest edutult väljudes on võimalik saada hüvitist. Seega on autori hinnangul võistlev dialoog sobivaim hankemenetluse liik IPPP jaoks segaosalusega äriühingu loomiseks ja teenuse osutamise lepingu sõlmimiseks.

2.2 Kontsessioonlepingu sõlmimise menetlus

Alljärgnevalt analüüsitakse, kuidas kontsessiooni direktiivist üle võetud lepingulise PPP lepingu ehk kontsessioonlepingu sõlmimise menetluse sätted RHS-is võimaldavad läbi viia IPPP projekti menetlust.

⁵⁸ RT I, 13.03.2019, 145

⁵⁹ Walker, D. H. T., Jacobsson, M. (2014). A rationale for alliancing within a public-private partnership. *Engineering, Construction and Architectural Management*, 21 (6), 649

⁶⁰ RT I, 13.03.2019, 145

Nagu eespool mainitud tuleneb RHS § 4 p 14, et kontsessioonilepingu sõlmimise menetlus on riigihanke menetlus, millega sõlmitakse kontsessioonileping.⁶¹ See tekitab autoris küsimuse, kas kontsessioonilepingu sõlmimiseks kasutatavat menetlust saab üldse IPPP lepingu sõlmimiseks kasutada, kuna RHS § 4 p 14 kohaselt on kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse tulemuseks kontsessioonileping ehk lepinguline PPP, mitte institutsionaalne PPP.

Siiski on Riigikohus lahendites sätestanud, et lepingu kontsessioonilepinguks kvalifitseerimise kriteeriumid on: (a) poolte vahel on kontsessioonileping, pole lepingut, pole kontsessiooni; (b) kontsessioonäärile antakse üle äririsk, vastasel korral võib tegu olla hankelepinguga; (c) omandiõiguse üleminekut hankijale ei pea kaasnema; (d) hankija peab saama ehitustööst või teenusest tulenevaid hüvesid; (e) oluline on lepingu sisu, mitte selle pealkiri.⁶² Riigikohus on kinnitanud, et lepingu kuulumine riigihankeõiguse reguleerimisalasse ei sõltu sellest, kuidas pooled on lepingut kujundanud või nimetanud, vaid on oluline tehingu tegelik sisu, lepingu ese ja küsimus, kas üks lepingupool on hankija.⁶³ Pooled ei saa lepingut teist moodi nimetades või seda valesti kvalifitseerides riigihankeõiguse reeglitest pääseda.⁶⁴ Seega kohaldatav menetluseliik ei määra lepingu nimetust ega sisu, kui lepingul on sisult IPPP tunnused, milleks on võrreldes kontsessiooniga ühise ettevõtte loomine ja võrreldes traditsioonilise hankelepinguga äririski jagamine, pikaajaline koostöö ning rahastus erasektorist ja kolmandatelt isikutelt, siis on tegemist IPPP lepinguga, isegi kui leping on sõlmitud kontsessiooni andmise menetlust kasutades.

Kontsessioonilepingu sõlmimise pole sätestatud konkreetset menetlusliiki RHS-i teisest peatükist. Kontsessiooni andmise menetluses peab hankija järgima riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid, milleks on võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine, läbipaistvus ja proportsionaalsus, mis tulenevad RHS § 3.⁶⁵ Tulenevalt RHS § 141 lõikest 1 hankija määrab riigihanke alusdokumentides kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse korra, lisaks peatükis neli sätestatud nõuetele võib hankija kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse korra määramisel lähtuda ka teistest riigihangete seaduse sätetest, nt teises peatükis olevatest üldistest hankemenetluse reeglitest. Seega RHS § 141 lõikest 1 ja § 16 lõikest 2 tulenevalt saab avalikust sektorist hankija ise määrata hankemenetluslikud hoovad ning seda isegi juhul, kui kontsessioonilepingu eeldatav maksumus on võrdne või ületab riigihanke piirmäära. Selline hankemenetluslik vabadus, mis laseb hankijal kehtestada oma menetlusreeglid nii ühisesse ettevõttesse partneri välja valimiseks kui teenuse

⁶¹ RT I, 01.07.2017, 1

⁶² RKHKo 3-3-1-66-10, RKHKo 3-3-1-39-12

⁶³ RKHKo 3-3-1-39-12

⁶⁴ RKHKo 3-3-1-66-10

⁶⁵ Burnett, M. *supra nota* 46, 65

lepingu sõlmimiseks, on IPPP puhul vajalik, kuna hankemenetlus sisaldab mitmete lepingute läbirääkimisi, nagu näiteks segaosalusega äriühingu loomiseks, projekteerimiseks, ehitamiseks, hooldamiseks, käitamiseks ja finantseerimiseks. Seega on ilmne, et on vaja võimalikult paindlikke hankemenetluse reegleid.

RHS § 141 lg 6 kohaselt ei räägita läbi pakkumuste hindamise miinimumkriteeriumite ega läbiräägitavate tingimuste miinimumtaseme üle - antud piirang on samal kujul ka konkurentsipõhises läbirääkimistega dialoogis ja innovatsioonpartnerluses. Ainult võistlevas dialoogis on lubatud läbi rääkida kõikide tingimuste üle. Nagu võistleva dialoogi juures mainitud on IPPP puhul kõikide tingimuste üle läbirääkimise võimalus vajalik, kuna IPPP puhul on määratlemata projekti nõuete ring lai. Seega RHS § 141 lg 6 seatud piirang on IPPP puhul ekstsessiivne.

RHS § 136 sõnastuses on, et kontsessioonilepingu kestus on kuni viis aastat või kuni kontsessioonääril on mõistliku aja jooksul võimalik tasa teenida investeeringud, mis on tehtud teenuse osutamiseks või ehitise käitamiseks ja mis on olnud vajalikud konkreetse hankelepinguga seotud eesmärkide saavutamiseks, sealhulgas kontsessioonilepingu sõlmimise ja kontsessioonilepingu kestuse ajal tehtud investeeringud koos investeeritud kapitali tootlusega.⁶⁶ Huvitatud isikute võrdse kohtlemise kohustus ei ole kohaldatav üksnes kontsessiooni andmise menetlusele, vaid laieneb ka kontsessioonilepingu täitmise ajale. Mõned riigihangete spetsialistid on leidnud, et turu sulgemise ja konkurentsi piiramise vältimiseks tuleks kontsessiooni kestust piirata. Lisaks põhjustavad väga pikaks ajaks antavad kontsessioonid tõenäoliselt turu suletust ning võivad seega takistada teenuste vaba liikumist ja asutamisevabaduse teostamist. Selline kestus võib siiski olla põhjendatud, kui see on hädavajalik selleks, et võimaldada kontsessioonääril teenida tasa kontsessiooni täitmiseks tehtavad investeeringud ja saada investeeritud kapitali tootlust. Seega kontsessioonide puhul, mis kestavad kauem kui viis aastat, tuleks kestust piirata ajavahemikuni, mis kontsessioonääril võiks tavapäraselt kuluda ehitiste eksploateerimise või teenuste osutamisega seoses tehtud investeeringute tagasiteenimiseks tavapärastes tegevustingimustes, võttes arvesse investeeritud kapitali tootlust ning kontsessionääri konkreetseid lepinguga taotletavaid eesmärke, et vastata näiteks kasutajale pakutava kvaliteedi või hinnaga seotud nõutele. RHS § 136 lause teise poole all on silmas peetud erandit juhuks kui kontsessionääril puudub võimalus kontsessioonilepingu täitmisega kaasnevat investeeringut tasa teenida viie aasta jooksul. Peamine lubatavus pikemaks lepingu perioodiks tuleneb pikast amortisatsiooniajast, kuid hankijale on

⁶⁶ RT I, 13.03.2019, 145

antud õigused ka teistel alustel pikema perioodilist lepingut põhjendada, nt korduvate investeeringute tasa teenimiseks. Sellisel juhul näevad õigusteadlased ohtu, et korduvad investeeringud, mis pikendavad kontsessioonlepingu kestvust ei saa alati olla lubatavad, kuna hankija võib teatud juhul võtta sellega üle kontsessioonäärilt äririski, mis seisnebki ohus mitte investeeringuid tasa teenida ning seetõttu pole enam tegemist kontsessiooniga vaid tavalise hankelepinguga.⁶⁷ Lisaks nähakse ohtu, et lepingulise PPP lepingu maksumuse suurendamine ilma eraõigusliku isiku kohustuste suurendamiseta, sh lepingus eraõiguslikule isikule kergekäeliselt sätestatud kahju hüvitamise võimalused, ei peegelda enam esialgse hankemenetluse eesmärki ja võib põhjustada korrupsiooni.⁶⁸ Kontsessiooni maksimumkestus peaks olema kirjas kontsessiooni alusdokumentides, välja arvatud juhul, kui kestust kasutatakse pakkumise hindamise kriteeriumina.⁶⁹

RHS § 136 tulenev kontsessioonlepingu periood kuni viis aastat on pidades silmas IPPP lepingu eset äärmiselt lühike. Seadusandjad on jätnud võimaluse pikendada viie aastast perioodi, kui erasektorist partneril on vajadus tasa teenida tehtud investeeringud. IPPP projektide puhul ei saa rääkida turu sulgemisest ega konkurentsi piiramisest, sest rahalisi vahendeid IPPP projektide teostamiseks, millede investeeringud algavad mitmekümnest miljonist eurost kuni miljardite eurodeni, pole turul paljudel ettevõtetel. Erasektorist partner peaks suutma lepingu täitmise üle konkureerida nii ressursside poolest, milleks on oskusteave ja tehnilised võimalused teenust pakkuda, kui ka finantsressursside poolest, kuna esmarahastus projekti elluviimiseks tuleb täielikult erasektorist. Seega lähtudes RHS § 136 peab hankija põhjendama riigihanke alusdokumentides, miks kontsessioonleping sõlmitakse pikemaks kui viieks aastaks. Selline kontsessioonlepingutele kehtestatud piirang on rangem kui teistel menetlustel.

Tõlgendades RHS-i § 24 on võimalik teenuste hankelepingut sõlmida tähtajatult. IPPP leping on sisult nii projekteerimis-, ehitustööde, kui ka üüri-/rendileping, kuna esmalt ehitatakse erasektorist partneri poolt infrastruktuur ning seejärel avalik sektor üürib/rendib seda lepingu perioodil erasektorilt. Seega saab autori arvates IPPP projekti menetlemisel kasutada näiteks võistlevat dialoogi sõlmida lepingu tähtajatult, mis on IPPP silmas pidades tunduvalt paindlikum võimalus, kui kontsessioonlepingu sõlmimise menetlust kasutades teha tähtajaline leping.

⁶⁷ Parind, M., Simovart, M. A. *supra nota* 28, 901-902

⁶⁸ Simovart, M. A. (2010). Amendments to Procurement Contracts: Estonian Law in the Light of the Presetext Ruling. *Juridica International*, 17, 155

⁶⁹ Minumets, D., Kulm, P. *supra nota* 14, 87

Eeldatava maksumuse järgi tuleb valida, kas kontsessioon viiakse läheb lihthankemenetlusena RHS kolmanda peatüki esimese jao kohaselt, kontsessioonlepingu jaoks läbiviidavaid menetlusreeglid kohaldades, mis tulenevad RHS neljandast peatükist ja toovad erisused teise peatüki sätetesse või sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimisel kohaldada RHS §-s 144 sätestatud korda.⁷⁰ Lihthankemenetluse korraldamist IPPP puhul ette ei tule, sest arvestades IPPP-de mahtu on IPPP projektid üle rahvusvahelise piirmäära ehk kohaldama peaks RHS neljanda ja teise peatüki sätteid.

Arvestades IPPP projekti eripäradest tulenevat lepinguläbirääkimiste keerukus, mis tuleneb sellest, et luuakse ühine ettevõtte, mille jaoks tuleb läbi rääkida kõik selleks vaja minevad lepingud, k.a. aktsionäride/osanike vahelised lepingud, annab RHS § 141 lg 2 hankijale rohkem vabadust, kui võistlev dialoog, innovatsioonpartnerlus või konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetlus.

RHS § 141 lg 2 sätestab, et hankija võib piirata nende taotlejate arvu, kellele ta teeb pakkumuse esitamise ettepaneku või ettepaneku alustada läbirääkimisi, sätestades riigihanke alusdokumentides arvulise alammäära ja vajaduse korral ülemmäära ning objektiivsed ja mittediskrimineerivad kriteeriumid nende taotlejate valimiseks.⁷¹ Võistlevas dialoogis, innovatsioonpartnerluses või konkurentsipõhises läbirääkimistega hankemenetluses peab taotlejate arv, kellele tehakse pakkumuse esitamise ettepanek, olema vähemalt kolm konkurentsi tagamiseks. Avalikust sektorist hankijale on rahaliselt ja ajaliselt kõige vähem kulukam kontsessioonlepingu menetlus ühe erasektorist partneriga. Erasektorist partnerile annab menetluses varajases faasis ainsaks pakkujaks jäämine kindlustunde, et läbirääkimised ei lõppe tulemusteta, mis tooks erasektorist partnerile kaasa rahalise kahju. Samas võistlevas dialoogis, innovatsioonpartnerluses või konkurentsipõhises läbirääkimistega hankemenetluses on võimalik menetlusega edasi minna hankija soovil, kui kvalifitseeritud taotlejate arv on väiksem hanketeates nimetatud taotlejate alammäärast.

Võrreldes võistlevat dialoogi, innovatsioonpartnerlust, konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust ja kontsessioonlepingu sõlmimise menetlust on autori hinnangul IPPP lepingu sõlmimiseks kõige otstarbekam kasutada võistlevat dialoogi, kuna antud menetluslik on kõige piirangute vabam arvestades menetluslikku korda ja võimaldab pooltelt läbi rääkida kõiges.

⁷⁰ *Ibid.*, 87

⁷¹ RT I, 13.03.2019, 145

2.3 IPPP projekti lepingu muutmine

IPPP lepingu muutmise vajadus võib olla tingitud asjaoludest nagu hankija ehk avalikust sektorist partneri soov muuta projekti, õigeaegselt vajaliku informatsiooni erasektorist partnerile andmata jätmise jms. Sellised faktorid, mis päädivad IPPP lepingu muutmise, kompenseeritakse hankija poolt, kui muudatuse tingisid hankijast tulenevad asjaolud. Kummastki lepingu osapoolest mittetulenevast asjaolust, vaid vääramatust jõust põhjustatud (looduskatastroof jms) lepingu muudatused, millega võib kaasneda ka lepingu pikendamine, ei kompenseerita erasektorist partnerile, isegi kui erasektorist partner on saanud kahju. Erasektori partnerist tulenevad asjaolud nagu tarnete hilinemine või juhtimisvead, võivad tuua lepingu muudatuse, kuid kuna on PPP kohaselt ettevõtja kantav risk siis neidki ei kompenseerita ettevõtjale.⁷²

IPPP suhted on seotud lepingu kehtivuse ajal pakutava teenusega, seetõttu peavad IPPP projektid suutma areneda kooskõlas makromajandusliku või tehnoloogilise keskkonna muutustega ja olema kooskõlas üldsuse huviga.⁷³ Mõnel muudatusel võib olla avaliku sektori kulude kokkuhoiu efekt. Näiteks juhul, kui teatavad teenused võetakse lepingust välja või kui muudatusel on positiivne mõju käitamise kuludele.⁷⁴ Lähtudes veel IPPP projektide eripäradest nagu lepingu mitmekümne aastane kestvus, avaliku ja erasektori vahel jagatavad funktsioonid ja riskid ning ühise osalusega ettevõtte loomine, siis on IPPP projekti kestvuse jooksul lepingu muutmise vajaduse tekkimise tõenäosus suur. Samas hankelepingute muutmise regulatsioon RHS-is on olnud läbi aja äärmiselt jäik. Lepingu olulist muutmist käsitletakse keelatud tegevusena, mis eeldab uue menetluse korraldamist. Hankelepingu muutmisel tuleb lähtuda alati RHS §-s 123 sätestatud hankelepingu muutmise lubatavuse alustest. Tulenevalt sellest, et peamiseks IPPP lepingu muutmise võimaluseks on RHS § 123 lg 1 p 2 tulenev alus, mis tuleb sätestada juba hankelepingu koostamise faasis ehk enne menetluse lõppu, on aktuaalne antud töös käsitleda ka hankelepingu muutmist, hoolimata sellest, et lepingu muutmise ise on hankemenetluse järgne tegevus ja IPPP projekti hankemenetluse järgseid toiminguid antud töös käsitleta.

Lepingu muudatus on lubatav tulenevalt RHS § 123 lg 1: (1) kui muudatus on rahaliselt väikesemahuline (p 1) ; (2) kui muudatuse alused on lepingus selgesõnaliselt ettenähtud (p 2); (3)

⁷² Hampton, G., Baldwin, A. N., Holt, G. (2012). Project delays and cost: stakeholder perceptions of traditional v. PPP procurement. *Journal of Financial Management of Property and Construction*, 17(1), 74

⁷³ Commission of the European Communities, *supra nota* 20, 13-16

⁷⁴ Van Garsse, S., Van den Broek, E., Buyck, J. (2016). PPP Contracts: Amendments to PPP Projects Based on Experience in Flanders. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 116

kui on lisatööde või teenuste tellimise vajadus samalt lepingu poolelt (p 3); (4) kui muudatuse vajadus tuleneb ettenägematutest asjaoludest (p 4); (5) kui pakkuja on vaja asendada täielikult või osaliselt (p 5 ja 6) või; (6) kui muudatus pole oluline (p 7).⁷⁵

IPPP lepingu puhul on autori hinnangul hetkel kehtivast RHS-ist tulenevalt võimalik lepingu muudatuse alusena kasutada eelduslikult vaid § 123 lg 1 p 2 sätestatud nõuet järgides, et muudatuse alused on lepingus selgesõnaliselt ette nähtud ning mõningatel juhtudel punkti 3 alusel, kui on lisatööde või teenuste tellimise vajadus samalt lepingu poolelt. RHS § 123 lg 1 p 2 on kõige laiaulatuslikul alus muudatuste tegemiseks, kuid nõuab lepingu osapooltelt detailset ettenägelikust tulevikus vajaminevate muudatuste kohta. Hinnates IPPP projektide lepingute esialgset kogumaksumust ja võimalike lisainvesteeringute tegemise vajadust, on maksumust puudutavate muudatuste tegemine nii, et ei ületataks 10% teenuste või 15% ehitustööde lepingu algsest maksumusest § 123 lg 1 p 1 alusel tõenäoliselt keeruline.

RHS § 123 lg 1 p 3 rakendamise alus, et majanduslikel või tehnilistel põhjustel tulenevalt teenuste või rajatiste koostoitimise vajadusest pole võimalik tellida teenuseid või ehitustöid teiselt pakkujalt, on IPPP projektide puhul autori arvates tõenäoline, kuna niivõrd insenertehniliselt keeruliste ja kulukate lepingute puhul on raskesti ettekujutatav täiendava teenuse või ehitustöö tellimine teiselt erasektori partnerilt uue hankemenetluse käigus. Lisaks tähendaks see uue PPP projekti läbiviimist, millega IPPP puhul kaasneks ka uue eraettevõtjast partneriga ühise ettevõtte loomine.

RHS § 123 lg 1 p 4 alusel IPPP lepingu muutmise on võimalik kui näiteks IPPP projektidele kohaldatavad õigusaktid (käesoleval hetkel vaid riigihangete seadus) muutuvad märkimisväärselt või avalikust ja erapartnerist olenemata on oluliselt muutunud IPPP projekti elluviimise majandustingimused või toimub looduskatastroof, sõda vms.⁷⁶ Sellistest asjaoludest tingitud lepingu muudatused on riigihangete seaduse poolt lubatud, kuid pannakse tavapäraselt ka lepingutesse kirja. Tegemist on niivõrd äärmuslike muudatuste alustega, et nende tagajärjeks võib olla lepingu lõpetamine. Tegu on harva kasutava alusega lepingu muutmiseks ning kuna see pole tingitud hankija ega pakkuja vajadusest, ei ole ka tihti kohaldatav muudatuse alusena, olukorras, kus on vajadus projektiga jätkata.

⁷⁵ RT I, 01.07.2017, 1

⁷⁶ Lind, M. *supra nota* 35, 366

RHS § 123 lg 1 p 2 rakendamiseks peavad olema muutmise alused olemas juba algselt selgesõnaliselt lepingus sätestatud. Isegi, kui IPPP lepingusse sätestada, et lepingu hinda võib suurendada teatu asjaoludel kindla aja möödudes või lepingu tähtaega pikendada, peavad sätestatud muudatuse alused olema RHS-i põhimõtetega kooskõlas.

Lepingu pikendamine § 123 lg 1 p 2 alusel lepingus sätestatud selgesõnaliste muudatuse alusel võib muutuda raskendatuks, kuna isegi kui sätestada lepingusse, et lepingu pikendamise lubatavuse alused tulenevalt täiendavat investeeringute tasa teenimise vajadusest siis esineb risk, mille RHS-i kommenteeritud väljaande autorid on välja toonud, et korduvate investeerimisvõimaluste tasa teenimiseks lepingu pikendamine võtab erasektori partnerilt ära äririski, mis on peamiseks kontsessioon kriteeriumiks. Sellest tulenevalt võivad ka lepingu muutmise alused, mis on sätestatud lepingus endas muutuda ebapiisavaks. Siiski antud sätte alusel lepingu muutmise IPPP-st traditsiooniliseks hankelepinguks pole kuigi tõenäoline, sest tähtaja saabumise risk on vaid üks paljudest ning selle erasektorilt kadumine ei tähenda automaatselt teise erasektorist partneri kantavate riskide kadumist.

Oluline on järgida võimalike muudatuste kirjelduste täpsuse astet. Võimalikud muudatused peavad esialgsetes alusdokumentides ehk lepingus olema ette nähtud selgete, täpsete ja ühemõtteliste läbivaatamisklauslitega. Sellistes klauslites märgitakse võimalike muudatuste või alternatiivsete lahenduste ulatus ja olemus ning ka tingimused, mille korral neid võib kasutada. Nendega ei nähta ette muudatusi või alternatiivseid lahendusi, millega muudetakse projekti üldist olemust.⁷⁷ Lisaks peavad muutmissätted olema piisavalt selged, et võimaldada pakkujatel/taotlejatel neid samal viisil tõlgendada. Kui IPPP käigus tehtud muudatused ei sisaldu riigihanke alusdokumentides, seavad need kahtluse alla pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte.⁷⁸ Seega tuleks IPPP lepingusse sätestada näiteks, mis tingimustel on lubatud lepingu pikendada, lepingu raames pakutavaid teenuseid lisada või ära jätta, kasutajatasusid muuta jne.

RHS § 123 lg 1 p 5 ja 6 rakendamine IPPP puhul on äärmiselt raskesti teostatav kui mitte võimatu ning tuleks läbi viia uus hankemenetlus. IPPP puhul luuakse ühise osalusega äriühing, kuhu kuulub nii avalikust kui erasektorist partner. Tingimused, sh aktsionäride/osanike omavahelised lepingud, sellise ühise ettevõtte loomiseks räägitaks läbi hankemenetluse käigus. Vahetades etapis, kus juba projekt töös on, erasektorist partner välja, on IPPP puhul võimatu ja tuleb korraldada uus hange, juhul kui tegemist on täiesti uue erasektorist partneriga. Hankelepingu pooleks oleva ettevõtja

⁷⁷ Commission of the European Communities, *supra nota* 20, 13-16

⁷⁸ *Ibid.*

restruktureerimine, sealhulgas üle võtmine, ühinemine või võõrandamine on IPPP projekti puhul võimalikum. IPPP lepingus on riskide ja vastutuse jaotus läbi räägitud menetluse käigus vastavalt edukaks osunud pakkuja soovidele, seetõttu on kaheldav, et vana pakkuja asemele tulev uus pakkuja on nõus täpselt samadel tingimustel projekti teostama. Eduka pakkuja asendamine täielikult teise ettevõtjaga tähendaks, et uueks lepingu pooleks olev ettevõtja on nõus võtma üle samad riskid, mis arvestades võimalike ettevõtete erinevusi, pole usutav.

Arvestades ülaltooduga leiab autor, et IPPP lepingute muutmiseks sobivad kõige enam töö koostamise ajal kehtiva riigihangete seaduse § 123 lõike 1 punktides 2 ja 3 toodud lepingu muutmise alused.

2.4. Eesti PPP projektide statistika Riigihangete Registri kasutamismõimaluste raames

Eestis hakati PPP projektidega tegelema alles 2000. aastate alguses. Tallinnas hakati PPP projekte kavandama 2001. aastal, peamiselt teedehituse. Väiksemate projektidena realiseeriti 2003. aastal Haapsalu Linnavalitsus veepark, 2004. aastal rajas Rakvere Linnavalitsus spordikeskuse ja 2006. aastal rajas Pärnu Linnavalitsus spordihalli. 2002. aasta kinnitas Tallinna linn eelarvestrateegia aastateks 2003-2005, pärast mida kiitis Tallinna Linnavalikogu heaks linna suuremate teede arendamise kava, kus nähti konkreetset kahe suure objekti puhul, Haabersti mitmetasandiline ristmik ning Reidi tee, rakendamiseks avaliku ja erasektori partnerlust. Rahandusministeerium aga teatas, et PPP projektid tuleb arvestada linna laenukoormuse sisse ja seega ei ehitanud linn need PPP projektidena.⁷⁹ Üks esimesi avalikkuse ette jõudnud ja enim tähelepanu pälvinud PPP projekt sõlmiti 2006. aastal Tallinna Linnavalitsuse ja kahe erafirma vahel pealinna üldhariduskoolide remondiks ja järgnevas tehniliseks hooldamiseks. 2011. aastal viidi läbi Lasnamäe trammiprojekti finantseerimisvõimaluste analüüs, mille tellijaks oli Tallinna Transpordiamet ning koostajaks AS PricewaterhouseCoopers Advisors ja LAWIN Lepik & Luhaäär Advokaadibüroo AS.⁸⁰ Projekt veel PPP-na töösse ei ole läinud. Lähiajal läbiviidud suurematest PPP projektide menetlustest saab tuua välja "Suur-Ameerika 1 ehitustööde kontsessioon" ehk justiitsministeeriumi, rahandusministeeriumi, sotsiaalministeeriumi, haridus- ja teadusministeerium ning majandus- ja kommunikatsiooniministeeriumi hoone ehitamise. Siiski

⁷⁹ Mäeltsemees, S. (2010). PPP projektid regionaalses sotsiaalmajanduslikus arengus. *Tallinna Tehnikaülikool*, 18, 576

⁸⁰ PricewaterhouseCoopers AS, *supra nota* 10, 7-8

ükski eelnimetatud projektidest pole olnud IPPP, vaid kontsessioonid. Avaliku arutluse objektiks PPP projektidest, mis tõenäoliselt tulevikus teostatakse, on Muhu-Saaremaa sild/tunnel ja Helsinki-Tallinna tunnel. Eelnimetatute puhul on võimalik, et projektid üritatakse läbi viia IPPP-dena.

PwC on ühes oma analüüsis välja toonud, et põhjus, miks Eestis puudub IPPP projektide läbiviimise praktika, võib olla selles, et teedehituse IPPP projektide finantseerimise tähelepanu on keskendunud pigem EL-i Ühtekuuluvusfondile, kui vajadusele otsida alternatiivseid rahastamisstruktuure. EL-i Ühtekuuluvusfondi vahendeid ei ole siiani erarahastamisega kombineeritud, kuid nende potentsiaalset kasutamist kaalutakse tulevaste projektide jaoks.⁸¹ Kuna Eestis pole veel võimalik institutsionaalsete PPP projektide kohta statistikat teha, sest puudub praktika, tehakse alljärgnevalt ülevaade lepinguliste PPP-de ehk kontsessioonide põhjal, tulenevalt IPPP ja kontsessiooni menetlusliikide kasutamise võimaluste sarnasustest (tegemist PPP-dega, mille jaoks on RHS-is loodud paindlikum hankemenetluse regulatsioon). Tuleb arvestada, et RHS-is sätestatud alused, mil on lubatud menetlus viia läbi mitte elektrooniliselt, mistõttu RHR ei anna täit ülevaadet kõikide läbiviidud kontsessioonide kohta. Lisaks, lähtuvalt kontsessioonlepingute statistikast ja RHR tehnilistest võimalustest analüüsitakse kontsessioonlepingute tehnilist menetlust RHR-is, et välja selgitada, kas RHR-is on võimalik läbi viia ka IPPP projekti menetlust. 17. aprillist 2014 jõustunud uued Euroopa Liidu riigihangete direktiivid nägid ette täielikku üleminekut elektroonilistele riigihangetele (sh dokumentatsioon, teabevahetus, pakkumused) 18. oktoobrist 2018. Seega tuleks ka IPPP lepingu sõlmimise menetlus läbi viia RHR-is ja kuna riigihangete korraldamine elektrooniliselt on nüüd kohustuslik, peab RHR vastama täpsemalt RHS-i menetluslikele nõutele.

Selleks, et analüüsida RHR-ist saadavat kontsessioonide statistikat, tuleb selgitada mõningaid RHR-i tehnilisi võimalusi. Alustades hanke läbiviimist RHR-is, tuleb hanketeate koostamise üldandmete jaos täita kohustuslik lahter „hankega kaasneb“, kus on valikud: dünaamilise hankesüsteemi loomine, hankelepingu sõlmimine, ideekonkursi korraldamine, kontsessioonlepingu sõlmimine, kvalifitseerimissüsteemi loomine, raamlepingu sõlmimine. Valides kontsessioonlepingu sõlmimine saab hankemenetluse liigiks valida vaid kontsessiooni erimenetlus või erandi alusel. Valiku "erandi alusel" on autori arvates RHR arendaja mõelnud RHS kolmandas peatükis olevat lihthankemenetlust, sotsiaal- ja eriteenuseid ning ideekonkursi. Valiku "kontsessiooni erimenetlus" all on arendama mõelnud RHS-i neljandas peatükis, täpsemalt § 141

⁸¹ PricewaterhouseCoopers. *supra nota* 9, 43

lõikest 1 tulenevat hankija diskretsiooni õigust kontsessioonlepingu sõlmimisel, mis on eeldatavalt maksumuselt võrdne või üle riigihanke piirmäära, määrata ise menetluskord. Hankega kaasnevaks asjaoluks kontsessioonlepingu sõlmimine, millega võimaldatakse vaid kahe hankemenetluse liig vahel valikut, on RHS § 141 lõikega 1 vastuolus.

Hankija saab kontsessiooni andmisel ka mõne teise RHS teises peatükis nimetatud menetluskorra, rakendades neljandast peatükist tulenevaid erisusi.⁸² Tehniline piiratus, mille tõttu hankija saab valida raamlepingu, hankelepingu või kontsessioonlepingu sõlmimise vahel, jääb samuti arusamatuks, kuna vastavalt RHS § 8 lõikele 1 on hankeleping hankija ja ettevõtja vahel sõlmitud rahaliste huvidega seotud leping, sealhulgas kontsessioonileping, mille esemeks on asjad, teenused või ehitustööd.⁸³ Hankeleping on üldnimetus, nii kontsessioonleping kui ka raamleping on hankelepingud. Selleks, et saaks kasutada IPPP läbiviimiseks kontsessioonlepingu sõlmimise menetlust peaks valima hankega kaasnevaks asjaoluks kontsessioonlepingu sõlmimine, kuigi reaalsuses ei ole tulemuseks kontsessioonlepingu sõlmimine vaid IPPP lepingu sõlmimine. Siinkohal tekib küsimus, kas sõlmitava lepingu sisu määratleb RHR-i looja kohaselt see, mis menetlusliiki kasutatakse. See tähendaks, et kontsessioonleping teeb kontsessioonlepinguks mitte RHS § 131 lg 2 ja 3 nimetatud tunnused, vaid see, et kontsessioonlepingu sõlmimiseks on kasutatud kontsessioonlepingu sõlmimise menetlust. Selline käsitus on vastuolus Riigikohtu lahendites nr 3-3-1-66-10 ja 3-3-1-39-12 väljendatud seisukohtadega ning Riigihangete Vaidlustuskomisjoni (VAKO) lahendiga 199-17/192855, mis ütlevad, et hankelepingu sisu määratleb selle, mis liiki lepinguga on tegemist ning lepingu sõlmimiseks võib valida erinevaid menetlusliike. Seega sisult on tegemist siiski IPPP lepinguga, hoolimata sellest, et RHR-is läbiviidava menetluse tulemuseks on määratud kontsessioonlepingu sõlmimine, kuna lepingu sisu määratleb selle, kas tegemist on kontsessiooni või IPPP-ga. RHR-is tuleks teha tehniline muudatus IPPP menetluse puhuks, et kontsessiooni erimenetlust ei oleks valikuvõimalus vaid siis kui hankega kaasnev asjaolu on kontsessioonlepingu sõlmimine. Kuni pole tehtud RHR-is tehnilist muudatust ei saa ka pädevat statistikat lepingute kohta. Valides menetlusliigiks võistleva dialoogi, konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse või innovatsioonpartnerluse saab hankega kaasnevaks asjaoluks panna hankelepingu sõlmimine, kuna IPPP leping on samuti hankeleping lähtudes RHS § 8 lõikest 1, on RHR-i tehniline lahendus korrektne.

⁸² VAKO 199-17/192855

⁸³ RT I, 01.07.2017, 1

Kui kontsessioonilepingute statistika tegemiseks otsingu parameetrina panna hanke nimetusse sõna „kontsessioon“ tuleb RHR-is vasteks 323⁸⁴ hanget. Tuleb meeles pidada, et hanke nimetus on hankija otsustada ning nimetuse määramisele pole kehtestatud kriteeriume ning hanke nimetus ei määra seda, mis liiki hankeleping on sõlmitud, vaid lepingu sisu. Vaadates, mis menetlusliike on nende hangete puhul kasutatud, nähtub, et avatud hankemenetlust 173 korral, ehitustööde kontsessiooni 13 korral, konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlust 8 korral, kontsessiooni erimenetlus 80 korral, lihthanke menetlust 31 korral, lihtsustatud korras teenuste tellimist 1 korral ja väljakuulutamisetega läbirääkimistega hankemenetlust 4 korral (lisaks 13 eelteadet). Sellest statistikast järeldub, et kõige populaarsem menetlusliik võimalikest olemasolevatest valikutest on avatud hankemenetlus, seejärel kontsessiooni erimenetlus ning siis ehitustööde kontsessioon. Valides nendest hangetest, kus nimetuses on "kontsessioon" välja need, kus hankija on hanke eesmärgiks määratlenud kontsessioonilepingu sõlmimine, saab tulemuseks 66 hanget. Hankeid, mille menetlusliigiks on RHR-is valitud ehitustööde kontsessioon (enam sellist menetlusliiki RHR-is hanget alustades valida ei saa) on aastatel 2008-2017 kokku 18⁸⁵. Hankeid, mille menetlusliigiks on kontsessiooni erimenetlus on 124. Nii kontsessiooni erimenetluse kui ehitustööde kontsessiooni puhul ei pruugi hanke nimetuses olla sõna „kontsessioon“. Ehitustööde kontsessioonide 18-st on täitmisel 9 ja lõpetatud lepinguta 9. Erimenetluse kontsessioonide 124-st on alustatud 6, hindamisel 14, täitmisel 81 ja lõpetatud lepinguta 21. Kontsessiooni nimeliste hangete hulgas on sõlmitud lepingute kogumaksumusega üle 10 mln euro olevaid hankeid 4. 10 kuni 1 mln eurot maksumusega hankeid 47 ja alla 1 mln euro 152. Ülejäänute maksumust ei ole avaldatud. Neli kõige kallimat hanget on Riigi Kinnisvara Aktiaseltsi ehitustööde kontsessioonina läbi viidud „Suur-Ameerika 1 ehitustööde kontsessioon“, mille seisund on täitmisel. Kadrina Vallavalitsuse avatud hankemenetlusena läbi viidud „Korraldatud jäätmeveo kontsessiooni andmine Kadrina vallas“, mille seisund on täitmisel. AS-i Eesti Raudtee lihthanke menetlusena läbi viidud „Piiriteenuste kontsessiooni andmine“, mille seisund on teostatud ning SA Tartu Ülikooli Kliinikumi kontsessiooni erimenetlusena läbi viidud „N. Lunini tn 16 kinnistule parkimismaja ehitamine ja parkimisteenuse korraldamine kontsessiooni andmise korras“, mille seisund on täitmisel.

RHS neljanda peatüki §-des 131-143 mingit täpsemat menetluskorda ehk kontsessioonilepingute sõlmimise erikorda sätestatud pole. RHS § 141 lg 1 annab hankijale õiguse lähtuda kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse korraldamisel/läbiviimisel kas konkreetsest, üksnes

⁸⁴ 2019. aasta augusti seisuga.

⁸⁵ 2019. aasta augusti seisuga.

selle menetluse jaoks ettenähtud korrast, sel juhul peab hankija peab selle ise välja töötama, või mõnest RHS-i teise peatüki menetluskorrast. Viimasel juhul on hankijal õigus valida kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse läbiviimiseks ka avatud hankemenetlus, s.t lähtuda RHS teises peatükis avatud hankemenetlusele sätestatud nõuetest, võttes arvesse RHS neljandast peatükist tulenevaid erisusi.⁸⁶ Kuid teise peatüki hankemenetluse reeglite täiemahuline rakendamine oleks kontsessioonilepingu sõlmimiseks liialt koormav ning ebaefektiivne, mistõttu võimaldavad riigihankedirektiivid nende lepingute sõlmimisel kasutada lihtsustatud menetluskorda. RHS teises peatükis hankemenetluse kohta sätestatud menetlusreeglid ei ole kontsessioonilepingu sõlmimisel automaatselt ja otse kohaldatavad, v.a. üksikud erandid ning RHS teise peatüki sätetest juhindudes muudab hankija nende sätete sisu ja neid tõlgendava vaidlustus- ja kohtupraktika endale siduvaks.⁸⁷ Vaadates statistikas hangete, kus hankija on nimetusse pannud sõna "kontsessioon", menetlusliike, on autori seisukoht, et hankija eesmärk on olnud RHS-i peatükis neli sätestatud kontsessioonilepingu sõlmimine, kuid tundub, et enamus hankijad on vältinud kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse valmimise võimalust ning valinud menetlusliigid, mis seavad nii hankijale kui pakkujale märksa rohkem menetluslike piiranguid. Tõenäoliselt on valitud piiravam menetlusliik, kuna hankija ei tunne ennast kindlalt kasutades RHS neljandast peatükist tulenevat kontsessioon. Seda, kas menetluse tulemusena on sõlmitud ka sisult kontsessioonileping, tuleks iga hanke puhul eraldi analüüsida. Seega käesoleva RHR-i statistika valguses IPPP-d läbi viies hankijad valiksid tõenäoliselt kontsessiooni erimenetluse asemel mõne piiravama menetlusliigi. Autori arvates võib see olla tingitud asjaolust, et kontsessiooni erimenetlus ei ole RHS-is hankijatele piisavalt arusaadavalt sätestatud. Kontsessiooni erimenetlusest sobilikum oleks IPPP puhul konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus või võistlev dialoog, kuid vaadates nende kasutuste vähesust kontsessioonilepingute puhul, oleks samuti vaja välja selgitada, millest tulenevalt hankijad neid ei kasuta.

Menetlusliikide lai valik hangete puhul, mille nimetuses on "kontsessioon" võib tulla ka asjaolust, et RHR-i on korduvalt muudetud. 2007. aastal RHS eristas kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses ehitustööde ja teenuste kontsessioonilepingut, nähes neile ette erinevad menetlusreeglid. Ehitustööde kontsessioonilepingute sõlmimine ei kohustanud hankijat valima konkreetset menetlusliiki, kuid teenuste kontsessiooni puhul, mille maksumus oli üle riigihanke

⁸⁶ VAKO 199-17/192855, p 8

⁸⁷ Parind, M., Simovart, M. A. *supra nota* 28, 850-851 ja 913-914

piirmäära pidi hankija valima kas avatud või väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse.⁸⁸ Hankeid, millega kaasnevaks asjaoluks valiti kontsessioonlepingu sõlmimine on alates 2017. aastast 101 ja nende kõigi nende menetlusliigiks on valitud kontsessiooni erimenetlus. Seega, kontsessioonlepingu sõlmimine hankega kaasnevaks asjaoluks valmine, millega kaasnes menetluseliigina ainult kontsessiooni erimenetlus või erandi aluse ja ehitustööde kontsessiooni menetlusliigiks valimise võimaluse kadumine toimusid samal ajal 2017. aastal, kuna päring ei anna ühtegi kontsessiooni, mille eesmärgiks oleks kontsessioonlepingu sõlmimine ja menetlusliigiks ehitustööde kontsessioon. Seega nähtub, et Eestis läbiviidud PPP projektide (ainsas võimaliku vormina kontsessioon) statistilist ülevaadet RHR põhjal on raske anda, kuna RHR muudatuste tõttu, erinevaid otsinguparameetreid (menetlusliik, hankega kaasnevad asjaolud, hanke nimetus) kasutades, on tulemused erinevad ja raskesti võrreldava.

Rahandusministeeriumi jaoks 2016. aastal läbi viidud PricewaterhouseCoopersi PPP raamistiku kaardistamise uuringus tõid erasektori turuosalised välja, et tänasel hetkel takistab PPP projektide teostamist ühtse ja standardiseeritud õigusraamistiku puudumine. Riigikontroll leidis oma aruandes, et kohalikud omavalitsused ei ole tihti avaliku ja erasektori partnerlusele esitatavatest nõuetest teadlikud ega analüüsi, kas projekti elluviimine koos erapartneriga on kõige otstarbekam. Erapartneri valimine koostöökseks ei toimu läbipaistvalt. Rohkem kui poolte auditeeritud projektide (kokku auditeeriti 15 PPP projekti) puhul ei saanud kohalikud omavalitsused aru, et tegu on PPP-dega, millede elluviimisel tuleb arvestada mitme seadusega. Teadmatuse põhjus on paljuski selles, et PPP-d reguleerivad õigusaktid ei ole üheselt mõistetavad, PPP teoreetiline käsitlus ei ole selge ning seesuguseks koostöökseks puuduvad vajalikud juhtnöörid.⁸⁹ Selguse puudumine õigusaktides või sõlmitud lepingu ja sellest tulenevate tagajärgedega hea õnne peale mängimine võib viia avalike ja erahuvide olulise riiveni.⁹⁰ Vaadates statistika põhjal menetlusliike, mis hankijad on kasutanud kontsessioonlepingute sõlmimiseks ja üsna märkimisväärset arvu kontsessioonlepingu sõlmimiseks läbiviidud menetlusi, mis on lõppenud lepinguta, saab järeldada, et lepingulise PPP ehk kontsessiooni puhul ei ole hankijad teadlikud nõuetest/võimalustest, mida pakub RHR kontsessioonlepingute sõlmimisel või hankijad ei saa kontsessioonlepingu mõiste sisust aru ega julge sellest tulenevalt kasutada kontsessiooni erimenetlust, kuna see pole RHS-ist tulenevalt neile piisavalt juriidiliselt selgelt lahti kirjutatud. Juhul, kui hankija on nimetanud hanke kontsessiooniks, kuid pole valinud menetlusliigiks kontsessiooni erimenetlust ega hankega

⁸⁸ *Ibid.*, 915-916

⁸⁹ PricewaterhouseCoopers AS, *supra nota* 10, 7-8

⁹⁰ Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M. A. (2012). Kontsessiooni vastuoluline regulatsioon Eesti õiguses. *Juridica*, 4, 285

kaasnevaks asjaoluks kontsessioonlepingu sõlmimist, vaid hankelepingu sõlmimine, nagu RHR andmetel 202 juhul on tehtud, tekib kahtlus, et reaalselt on läbi viidud hankemenetlus, mille tulemusena sõlmitud leping vastab traditsioonilise hankelepingu tunnustele, mitte kontsessiooni. Piiravama menetlusreeglitega menetlusliigi valikul võib hankija kaotada potentsiaalsed pakkujad, lisaks aega ja raha menetluses. Eelnimetatud statistika puhul on olnud tegemist väikesemahuliste kontsessioonidega, mille korral piiravamate menetlusreeglite kasutamine ei pruugi tuua nii suuri negatiivseid tagajärgi kui IPPP projektide korral, arvestades eelmistes alapeatükkides käsitletud IPPP projektide keerukust.

Arvestades olemasolevaid RHR tehnilisi lahendusi oleks käesoleval hetkel IPPP läbiviimine registris võimalik, kuid statistilist ülevaadet IPPP projektide kohta ei saaks. IPPP läbi viies võiks hankemenetlusega kaasnevaks valida hankelepingu sõlmimine, millega peaks kaasnema võimalus valida ükskõik milline hankemenetlus, k.a. kontsessiooni erimenetlus. Sama hankemenetluste valiku muudatuse peaks tegema ka siis, kui hankega kaasnevaks asjaoluks valitakse kontsessioonlepingu sõlmimine. Pärast 2017. aastal toimunud RHR-i muudatusi on valides hankega kaasnevaks asjaoluks kontsessioonlepingu sõlmimine võimalik valida vaid kontsessiooni erimenetluse või erandi alusel, mis on vastuolus RHS-iga. Kuna lepingu sisu määratleb, mis lepinguga on tegu, mitte hankenimetus, menetlusliik või hankelepingu nimetus, oleks autori arvates kõige otstarbekam IPPP puhul teha RHR-i hanketeatesse, kuhu hankija saab panna märkida, et eduka pakkuja ja hankija vahel luuakse segaosalusega äriühing ehk tegemist on IPPP-ga.

3. IPPP PROJEKTIDE MENETLUSLIK REGULATSIOON UK ÕIGUSES

IPPP projektid saavutasid üle Euroopa populaarsuse 1980. aastatel tänu UK neoliberalistlikule liikumisele, mille eesotsas oli Margaret Thatcher.⁹¹ UK on PPP kasutamise poolest juhtiv Euroopa riik. Viimasel sajandil on UK kapitalikulust umbes 12% moodustunud PPP-d.⁹²

Nagu Eestiski, kui riigiasutus UK-s otsustab anda teenuse osutamise erasektorile, on ta kohustatud järgima riigihankeid käsitlevaid seadusi, isegi kui seda teenust peetakse üldist huvi pakkuvateks.⁹³ Traditsiooniline hankemenetlus lähtub UK-s EL-i riigihangete direktiivist, kuna UK kuulub nagu Eestigi Euroopa Liitu⁹⁴ ning on riigihangete direktiivist tuleneva regulatsiooni üle võtnud õigusaktidega *The Public Contracts Regulations 2015*, *The Public Contracts (Scotland) Regulations 2015* ja *Public Procurement (Amendments, Repeals and Revocations) Regulations 2016*. Kontsessiooni, kui lepingulise PPP, hankemenetlust viiakse läbi õigusaktide *The Concession Contracts Regulations 2016* ja *The Concession Contracts (Scotland) Regulations 2016* alusel, milledega on UK üle võtnud EL kontsessiooni direktiivist tulenevad nõuded. *The Concession Contracts Regulations 2016* kolmanda paragrahvi kohaselt on ehitustööde kontsessioon leping: (a) rahaliste huvide puhul, mis on kirjalikult sõlmitud ja mille alusel üks või mitu tellijat või kommunaalteenuste osutajat usaldavad ehitustööde teostamise ühele või mitmele ettevõtjale, mille eest tasu maksmine seisneb üksnes õiguses kasutada objekte lepingu alusel või selles õiguses koos rahalise maksega ning; (b) mis vastab lõike neli nõuetele. Teenuste kontsessioon on leping: (a) rahaliste huvide puhul, mis on kirjalikult sõlmitud ja mille abil üks või mitu tellijat või kommunaalteenuste osutajat usaldavad teenuste osutamise ja haldamise (va ehitustööde teostamine) ühele või mitmele ettevõtjale, kellel on õigus osutada lepingu esemeks olevaid teenuseid või selles õiguses koos tasu saamisega ning; (b) mis vastab lõike neli nõuetele. Lõike neli nõuded on järgmised: (a) lepingu sõlmimine hõlmab tegevusriski üleandmist kontsessiooni saajale ehitustööde või teenuste osutamisel, risk hõlmab nõudluse ja/või pakkumise riski ning; (b) kontsessioonäärile üle kantud risk hõlmab tegelikku kokkupuudet turu ebamugavustega nii, et kontsessionääri võimalik eeldatav kahju ei peaks olema nominaalne või tühine. Neljanda lõike

⁹¹ Agyenim-Boateng, C., Stafford, A., Stapleton, P. (2017). The role of structure in manipulating PPP accountability. *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 30 (1), 119

⁹² Burger, P., Hawkesworth, I., *supra nota* 5, 2-5

⁹³ Commission of the European Communities, *supra nota* 20, 4

⁹⁴ Töö kirjutamise ajal käivad veel Brexiti läbirääkimised. UK EL-ist väljaastumise tähtaeg on edasi lükatud 2020. aasta jaanuarisse.

punkti a kohaldamisel loetakse kontsessioonääri riski kandjaks, kui normaalsetes tingimustes ei ole tagatud, et kontsessioonlepingu esemeks oleva ehitustööde teostamise või teenuste osutamise investeeringud või kulutused kaetakse.⁹⁵ Seega on kontsessiooni ehk lepingulise PPP definitsioon ja selle läbiviimise menetluslik regulatsioon UK õiguses sama, mis Eestis, tulenevalt kontsessiooni direktiivist.

UK-s on PPP-d defineeritud kui väga erinevat tüüpi avaliku ja erasektori koostöövormid, millest kõige levinum on PFI - *private finance initiative*.⁹⁶ Täpsema definitsiooni kohaselt on PPP pikaajaline leping avaliku ja erasektori vahel avalike teenuste osutamiseks, milles erasektoril on oluline roll avaliku sektori infrastruktuuri rahastamisel, projekteerimisel, ehitamisel ja käitmisel, samas kui avaliku sektori ülesanne on seirata ja maksta tasu erasektorist partnerile kogu lepinguperioodi jooksul.⁹⁷ PFI ja PPP ei ole sünonüümid. PPP viitab "hankemenetluste perekonnale". Seevastu PFI on PPP konkreetne liik, mis seob projekteerimise, ehituse, rahastamise ja käitmise ühte lepingusse läbi avaliku- ja erasektori ühiselt loodud äriühingu.⁹⁸ Seega PFI puhul on tegemist UK institutsionaalse PPP-ga. UK-s puudub IPPP regulatsiooni kõige kõrgema õigusakti tasandil, kuid on piisavalt paindlikkust ja kindlust kirjalikus õigusloomes ja tavaõigusest, et ära tunda ja lubada IPPP läbiviimist.⁹⁹

UK rahandusministeeriumi, mis vastutab riigi rahandus- ja majanduspoliitika väljatöötamise ja elluviimise eest, mida nimetatakse Riigikassaks (*HM Treasury*), juurde loodi esimene PPP töörühm.¹⁰⁰ Riigikassa PPP töörühm lõi ka esimesed juhised PPP koordineerimiseks ja edendamiseks, millede eesmärk oli muuhulgas PPP hea tava levitamine riiklikul tasandil, tegi kättesaadavaks PPP asjatundjad ja nõustas avalikku sektorit PPP eri vormide ja nende etappide kohta, nagu näiteks esialgne kontseptsioon, kuidas valida erasektorist partner, kuidas riske paremini jaotada, kuidas lepingutingimusi sätestada ja isegi kuidas EL-i rahastust integreerida.¹⁰¹

⁹⁵ Statutory Instruments 2016 No. 273, Public Procurement, England and Wales, Public Procurement, Northern Ireland, The Concession Contracts Regulations 2016, p 3

⁹⁶ Agyenim-Boateng, C., Stafford, A., Stapleton, P. *supra nota* 91, 119

⁹⁷ Ismail, S. (2014). Driving forces for implementation of public private partnerships (PPP) in Malaysia and a comparison with the United Kingdom. *Journal of Economic and Administrative Sciences*. 30 (2), 82-83

⁹⁸ Burger, P., Hawkesworth, I., *supra nota* 5, 4

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Council of Europe, *supra nota* 7, 55

¹⁰¹ Commission of the European Communities, *supra nota* 20, 4

UK IPPP-de esmarahastus tuleb investorite, erasektori omakapitali ja riigi võetud võla kaudu.¹⁰² IPPP kestab tavaliselt 20 kuni 30 aastat.¹⁰³

Enne hankega alustamist teeb UK avalikust sektorist partner analüüsi, selleks, et otsustada, kas projekt teostatakse PPP-na või traditsioonilise hankena. Analüüs tehakse kõigile suuremahulisematele avaliku sektori hangetele. Analüüsi käigus tehakse kindlaks, kas üldse või milline PPP vorm annab parima hinna ja kvaliteedi suhte ehk kuidas saaks kõige optimaalsemalt kasutada ära avalikke ressursse. Selleks on Riigikassa koostanud finantsjuhised riiklike investeeringute hindamiseks, mida nimetatakse Roheliseks Raamatuks (*Green Book*), mille alusel Riigikassa viib läbi ka PPP projektide tasuvuse analüüsi enne projektiga alustamist, selle ajal ja pärast projekti elluviimist. Roheline Raamat sisaldab ka küsimustikku, millele vastates saab analüüsida, kas projekt viia läbi PPP-na või traditsioonilise hankemenetlusena. Küsimused puudutavad aspekte nagu avaliku sektori võime oma vajadusi ja tulemusi defineerida ja mõõta, riski paiknemine ja juhtimine erasektori poolt, projekti käitamise paindlikkus, projekti rahastamise võimalused, efektiivsuse saavutamine, omand, erasektori pakutav innovatsioon, lepingu pikkus ja lõppväärtus, osapoolte stiimulid ja projekti üle kontrolli teostamine, turg, ajagraafik ning oskused ja ressursid, mida on vaja projekti läbiviimiseks.¹⁰⁴ Paljudes riikides on traditsioonilised hanked lihtsalt vaikimisi esmane valik ning see, kas projekt valitakse hoopis PPP projektiks, sõltub valitsuse kaalutusõigusest.¹⁰⁵

Rohelise Raamatu test hinna ja kvaliteedi suhte määramiseks, et valida sobivaim PPP vorm, sisaldab hinna ja kvaliteedi suhte nii kvalitatiiivseid, kui ka kvantitatiivseid aspekte. Parim hinna ja kvaliteedi suhe on optimaalne kombinatsioon kogusest ehk kvantiteedist, kvaliteedist ehk omadustest ning hinnast, mida oodatakse kogu projekti kestel. Lisaks võetakse otsuse tegemisel arvesse valitsuse hinnang.¹⁰⁶ Kui projekt otsustatakse teostada IPPP-na viiakse läbi täiendav analüüs, mis võrdleb IPPP projekti hankemenetlusega seotud hinna ja kvaliteedi suhet avaliku sektori võrreldava väärtusega (PSC - *public sector comparator*).¹⁰⁷ Avaliku sektori võrreldav väärtus esitleb juhtumit, mil projekt oleks viidud läbi traditsioonilise hankemenetlusena.

¹⁰² Shi, L., Zhang, L., Onishi, M., Kobayashi, K., Dashuang Dai, D. (2018) Contractual Efficiency of PPP Infrastructure Projects: An Incomplete Contract Model. *Mathematical Problems in Engineering*, 1

¹⁰³ Burger, P., Hawkesworth, I., *supra nota* 5, 4

¹⁰⁴ HM Treasury. The Green Book: Central Government Guidance on Appraisal and Evaluation. 2018, 1-3, 84-85

¹⁰⁵ Burger, P., Hawkesworth, I., *supra nota* 5, 13

¹⁰⁶ *Ibid.*, 51

¹⁰⁷ Villalba-Romero, F., Liyanage, C. (2016). Implications of the use of different payment models: The context of PPP Road Projects in the UK. *International Journal of Managing Projects in Business*, 9 (1), 12

Riigikontroll viib igal aastal läbi ka umbes 60 hinna ja kvaliteedi järelanalüüsi, kui projekti on lõppenud. Need analüüsid tehakse nii traditsioonilistele hangete kui ka PPP projektidele.¹⁰⁸

2012. aasta detsembris asendati IPPP ehk PFI sarnase, kuid ajakohastatud lähenemisviisiga PF2 - *Private Finance 2*, mille kasutamist ja uuendusi võrreldes PFI-ga käsitletakse dokumendis *A New Approach to Public Private Partnerships* (edaspidi „*PF2 Policy*“). *PF2 Policy*'s käsitletakse PF2 läbiviimiseks omakapitali finantseerimist, tõhusamat projekti elluviimist, paindlikumat teenuse osutamist kasutajatele, suuremat läbipaistvust, asjakohasemat riskijaotust poolte vahel, hinna ja kvaliteedi suhte paremat saavutamist ning laenude kaudu projekti rahastamist. PF2 sisaldab järgmisi uuendusi võrreldes PFI-ga: (1) tsentraliseeritud ehk kesksete hankijate kasutamine; (2) maksimaalse hankemenetluse kestvuse vähendamine 18 kuuni; (3) nõuete kehtestamine, kui valitsus tegutseb vähemusosalusega investorina; (4) hankemenetluse standardimine; (5) riskijaotuse muutmine avaliku sektori suunas; (6) lepingudokumentide veelgi suurem standardimine; (7) „pehmete“ teenuste (nt koristustööd ja toitlustamine) osutamise eemaldamine lepingutest ja; (8) erasektori kohustus iga aasta projektiteavet (sh finantsteavet) avaldada.¹⁰⁹ UK-s oli enne PF2 väljatöötamist IPPP projekti elluviimine ja sellega seotud riskid rohkem erasektori kanda nagu see on tavapärase IPPP-de puhul, kuid praktika tingis vajaduse anda avalikust sektorist partnerile juhtivam roll segaosalusega äriühingus ehk ka rohkem riske kanda.¹¹⁰

UK kohalikud omavalitsused sõltuvad väga palju tsentraliseeritud välja antud määrustest, millel on piirkonniti mõningad erinevused.¹¹¹ Riigikassa mõjutab tugevalt IPPP lepingusätteid kõikjal Inglismaal ja Walesis ning mõnevõrra vähem Põhja-Iirimaa ja Šotimaa. Kui projekt otsustatakse pärast Rohelise Raamatu kohast analüüsi teostada IPPP-na, peavad nii avalikust kui ka erasektorist partner lähtuma IPPP lepingute koostamisel lähtuma IPPP juhistest. Riigiasutused Inglismaal ja Walesis, sh kohalikud omavalitsused, peavad kasutama standardseid lepingusätteid, mis tulevad IPPP juhistest. Sätted on kas imperatiivsed ehk tuleb IPPP lepingusse lisada muutmata kujul, või dispositiivsed ehk võib kohandada lepingus vastavalt vajadusele.

Esimest IPPP ehk PFI projektide lepingute koostamise juhust nimetati SoPC - *Standardisation of PFI Contracts*. SoPC-i töötas 1999. aastal välja PUK - *Partnerships UK*, mis oli avaliku sektori ja

¹⁰⁸ Burger, P., Hawkesworth, I. *supra nota* 5, 34

¹⁰⁹ HM Treasury. *A New Approach to Public Private Partnerships*. 2012, 1-13

¹¹⁰ Henjewe, C., Fewings, P., Rwelamila, P. D. (2013). De-marginalising the public in PPP projects through multi-stakeholders management. *Journal of Financial Management of Property and Construction*, 18 (3), 214

¹¹¹ OECD. *Subnational Public-Private Partnerships: Meeting infrastructure challenges*. 2018, 86

erasektori ühise organisatsioon, mis nõustas ja vastutas PFI-de läbiviimise eest. IPPP tuge pakkus UK-s kuni 2010. aastani kolm riikliku tasandi üksust: PUK, eelpool nimetatud Riigikassa PPP töörühm ja Riigikassa infrastruktuuri rahastamise üksus. 2010. aastal need kolm asutust konsolideeriti ja loodi IUK - *Infrastructure UK*.¹¹² 2016. aastal liideti IUK MPA-ga - *Major Projects Authority* ning nüüd vastutab IPPP projektide riikliku toe eest IPA - *Infrastructure and Projects Authority*, kelle üle teeb järeelvalvet Riigikassa.¹¹³

2012. aastal anti välja seoses PF2 kasutusele võtuga, uus lepingute koostamise juhise mustand *Standardisation of PF2 Contracts* (edaspidi „*PF2 Guidance*“), mis asendab nüüd SoPC-i.¹¹⁴ *PF2 Guidance* eesmärk on edendada ühist arusaamist peamistest riskidest, mis võivad PF2 projekti puhul tekkida, võimaldada hinnakujunduse järjepidevust sarnastes projektides ja vähendada lepinguläbirääkimiste aega ja kulusid, võimaldades kõigil asjaomastel osapooltel kokku leppida mitmetes lepingute punktides. *PF2 Guidance* annab juhised, kuidas PF2 lepinguid koostada ja näidis lepingu sätete sõnastused.¹¹⁵ *PF2 Guidance* sektorispetsiifilised lepingud, nt tervishoiu ja haridus sektoris, on Inglismaal ja Walesis kohustuslikud. Šotimaal ja Iirimaal kehtivad lepingud on kooskõlas *PF2 Guidance*’ga. Hankijatel on mõningane võimalus individuaalsete lepingute kohandamiseks vastavalt projekti vajadustele, kuid kõik muudatused tuleb heaks kiita Riigikassa poolt.¹¹⁶ *PF2 Guidance* käsitleb järgnevaid teemasid: hankemenetluse ettevalmistamine, pakkujate valimine, ühise ettevõtte loomine, alltöövõtu lepingu sõlmimine, lepingumuudatuste tegemine, lepingu lõpetamine, vara üleandmine, dividendide maksmine jne. Käsitletavate teemade hulka mahuvad veel vääramatut jõu reguleerimine lepingus, vastutus, kindlustused, riskide jagamine, maksete tegemine, järeelvalve, vaidluste lahendamine, aktsionäride vahelised lepingud, turu-uuringute läbiviimine jms.¹¹⁷ UK-s on enam levinud PPP lepingute vormid, mis sisaldavad järgmiste lepinguliste funktsioonid üleminekut erasektorile: ehita-käita-anna üle ehk kontsessioon (*BOT – build operate transfer*), ehita-omanda-käita (*BOO - build own operate*), ehita-omanda-käita-anna üle (*BOOT - build own operate transfer*) ja projekteeri-ehita-rahasta-käita-anna üle (*DBFOT - design build finance operate transfer*).¹¹⁸

¹¹² *Ibid.*, 86-93

¹¹³ United Kingdom Government (2016). *Infrastructure and Projects Authority: About Us*, Kättesaadav: <https://www.gov.uk/government/organisations/infrastructure-and-projects-authority/about>, 10. detsember 2019

¹¹⁴ Infrastructure UK. *PF2: A User Guide*. 2012, 2

¹¹⁵ HM Treasury. *Standardisation of PF2 Contracts*. Draft. 2012, 2

¹¹⁶ OECD, *supra nota* 112, 93

¹¹⁷ HM Treasury (2012), *supra nota* 116

¹¹⁸ Almarri, K., Abuhijleh, B. (2017). A qualitative study for developing a framework for implementing public-private partnerships in developing countries. *Journal of Facilities Management*, 15 (2), 170-171

Riigikassa on PF2 hankemenetluses näinud ette konkreetset etapid, mis maksimaalselt 18 kuu jooksul tuleb läbida, et kiirendada hankemenetlust. Need hõlmavad näiteks eelteate avaldamist ja pakkujate kvalifitseerimist enne pakkumise esitamiseks sobiva dokumentatsiooni saatmist. Läbirääkimised on jagatud mitmeks etapiks ning hankija võib edututele pakkujatele maksta hüvitist pakkumiskulude katteks. Riigikassa on välja töötanud ka juhise *PF2 Lean Sourcing procurement guidance* tõhusama hankemenetluse läbiviimiseks.¹¹⁹ Lisaks, juhise *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector* segaosalusega äriühingu loomiseks õige menetlusliigi valimiseks, avaliku sektori huvide kaitsmiseks segaosalusega äriühingus, äriühingu kapitali struktureerimiseks, osaluse jagamiseks jms.¹²⁰ Riigikassa soovib IPPP-de projekti menetlusliigiks, mille raames valitakse erasektorist partner kellega moodustada segaosalusega äriühing ning sõlmida teenuse osutamise hankeleping, valida konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse või võistleva dialoogi.¹²¹ Nimetatud hankemenetlused on reguleeritud riigihangete direktiivist üle võetud sätetega õigusaktides *The Public Contracts Regulations 2015*, *The Public Contracts (Scotland) Regulations 2015* ja *Public Procurement (Amendments, Repeals and Revocations) Regulations 2016*, mis sätestavad menetluste regulatsiooni sama moodi kui Eesti riigihangete seaduses. Riigikassa loodud juhendis *Competitive Dialogue in 2008: OGC/HMT Joint Guidance on Using the Procedure* tuuakse välja aspektid, mida tuleb jälgida valides IPPP projekti menetlusliigiks võistleva dialoogi. Näiteks, et kolmandast osapoolst rahastajad tuleks IPPP projekti puhul kaasata juba hankemenetluse läbirääkimiste faasi.¹²²

Uuringud erinevates riikides on näidanud, et erasektor peab PPP projektide õnnestumiseks vajalikuks riigipoolset toetust. Riigipoolne toetus peaks hõlmama järgmist: (a) jaatav poliitika ja poliitiline pühendumus PPP projektide suhtes; (b) hästi välja töötatud PPP regulatsioonid ja õigusaktid ning; (c) PPP tugi (nt PPP üksused).¹²³ UK Riigikassa on lisaks EL-ist üle võetud regulatsioonile kehtestanud hulgaliselt juhiseid IPPP-de projektide läbiviimiseks ja loonud PPP tugiüksuse, mis näitavad, et on olnud olemas läbi erinevate valitsuste võimulekuaja poliitiline

¹¹⁹ HM Treasury (2012), *supra nota* 110, 41-42

¹²⁰ HM Treasury. Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector. 2010, 1

¹²¹ *Ibid.*, 64

¹²² HM Treasury, Office of Government Commerce. Competitive Dialogue in 2008: OGC/HMT Joint Guidance on Using the Procedure, 25

¹²³ Soeipto, R. M., Verhoest, K. (2018). Contract stability in European road infrastructure PPPs: how does governmental PPP support contribute to preventing contract renegotiation? *Public Management Review*, 20 (8), 1146

tugi PPP-de suhtes. Tänu UK valitsuse poliitilisele toele, PPP tugiüksuse olemasolule ning IPPP juhistele on UK saanud kõige pikaajalisemaks ja edukamaks IPPP projektide teostajaks Euroopas.

Eestis on Rahandusministeerium pidanud vajalikuks PPP standardprotsessi juurutamist ja juhendi¹²⁴ koostamist ning standardlepingute/-vormide¹²⁵ loomist.¹²⁶ Seega esineb soov minna pehmema regulatsiooni kehtestamise teed nagu UK. Autor on seisukohal, et kui tulevikus tekib plaan luua IPPP-d regulatsioon ka seaduse tasandil, siis tõenäoliselt juhtuks see varem kui vastava EL-i direktiivi loomine, kuna suuremad riigid EL-is, kellel on olemas kehtiv PPP regulatsioon, ei oleks nõus kergekäeliselt siseriikliku toimivat regulatsiooni muutma. Sel juhul tuleks arvestada võimalusega, et PPP direktiivi kehtestamisel peame enda loodud siseriiklikku PPP õigusakti muutma, mis võib kaasa tuua probleeme arvestades, et selleks hetkeks on töös siseriikliku regulatsiooni alusel loodud IPPP projektid, mis kestavad veel paarkümmend aastat. Selle probleemi vältimiseks peaks autori hinnangul PPP direktiiv sisaldama kindlasti ka detailseid rakendussätteid. Kuni võimaliku PPP direktiivi loomiseni, oleksid Rahandusministeeriumi välja töötatud juhendid, nagu UK Riigikassa on loonud, paindlikum lahendus kui seaduste tasandil regulatsiooni loomine. Juhendi peaks looma esialgu IPPP projektide jaoks, mille raames teostatakse ehitustöid, kuna IPPP kasutamise vajadus tõstatub enim infrastruktuuri rajamisel.

Näiteks UK-s on IPPP rakendamiseks loodud juhend lähtudes peamiselt ehitustööde IPPP projektidest. Sõltuvalt PPP vormist on kasutusvaldkonnad riigiti erinevad, seetõttu diferentseeruvad ka regulatsioonid riigi olulisel määral.¹²⁷

Autori arvates võiksid Eestis loodavad juhendid sarnaselt PF2 juhistele sätestada, milliseid lepinguvorme on vaja ning mis sätted on IPPP lepingutes dispositiivsed ja mis imperatiivsed. Samuti võiks olla juhistes, milliseid menetlusliike on IPPP puhul kõige otstarbekam kasutada, nagu UK juhises, kus on sätestatud, et peamine soovitatav menetlusliik on võistlev dialoog. Nagu eelmise peatüki analüüsist selgus saaks soovitada ka konkurentsipõhise võistleva dialoogi ja innovatsioonpartnerluse kasutamist. Juhistes peaks sätestama, mis toimingud tuleb teha enne

¹²⁴ Esialgne tähtaeg on 2020. aastal.

¹²⁵ Esialgne soov oli tellida põhjad 2019. aastal.

¹²⁶ Karniol, K. (2018, 30. november). *Avaliku ja erasektori koostööprojektide (PPP) raamistikust*. Linnade arendusspetsialistide nõukoda, Tallinn, 9

¹²⁷ Osei-Kyei, R. Chan, A. P. C. (2015). Review of studies on the Critical Success Factors for Public–Private Partnership (PPP) projects from 1990 to 2013. *International Journal of Project Management*, 33 (6), 1336

hankemenetluse läbiviimist, mis läbirääkimistega hankemenetluses ning millele tähelepanu pöörata pärast IPPP lepingu sõlmimist ja selle kestvusajal.

Täpsemate juhiste puudumine läbirääkimistega menetluse kasutamisel võib põhjustada pakkujate ebavõrdset kohtlemist ja diskrimineerimist, kuna hankijal on suur kaalutusõigus.¹²⁸ IPPP projektide puhul peab hankija RHS-ist tulenevalt teadma, mis on läbirääkimistel lubatud ja mis mitte. Järelikult peaks juhendites olema läbirääkimistega menetlusliigi kasutamisel sätestatud, milles ja kuidas on soovitatav läbirääkida ning vastupidiselt, mis tingimused peaksid olema avalikust sektorist hankija poolt rangelt piiritletud, selleks, et kõik pakkujad oleks võrdselt koheldud, menetlus oleks läbipaistev ja konkurentsi tagav.

Eestis on PwC Rahandusministeeriumi jaoks tehtud analüüsis jõudnud järeldusele, et PPP projektide mahukuse ja keerukus tõttu oleks mõistlik nende korraldamine samuti ühe kompetentsikeskuse kaudu. Vabariigi Valitsus on 30.06.2016 korralduse “Keskse hankija määramine valitsusasutustele ja valitsusasutuste hallatavatele Riigiasutustele riigihangete korraldamiseks” eelnõu seletuskirjas märkinud, et Rahandusministeeriumi hinnangul võimaldas nii varasemalt kehtiv RHS kui ka riigihangete direktiivi põhjal väljatöötatud RHS-i vabatahtlikku ja kohustuslikku kesket hankimist. Lisaks on riigihangete korraldamise teenuse osutamine kompetentsikeskuse kaudu olnud pikaajaliseks eesmärgiks.¹²⁹ Kompetentsikeskuse näol koondub spetsiifiline teadmine ühte asutusse ning seetõttu on tehtavaid vigu tulevikus lihtsam vältida. UK-s on loodud kesksed hankijad omavalitsusüksustesse, kes viivad läbi PPP projektide hankemenetlusi paljude hankijate eest. Lisaks on loodud valitsuse poolt PPP tugikeskus, kes nõustab avalikku ja erasektorit suuremahuliste PPP projektide läbiviimisel.¹³⁰ Eestis on mitmeid keskseid hankijaid nagu Registrate ja Infosüsteemide Keskus, Riigi Kaitseinvesteeringute Keskus, Riigi Kinnisvara AS ja Riigi Tugiteenuste keskus jt, mis on määratud hankeid läbi viima kindlatest valdkondades kindlatele riigiasutustele eest. Näiteks, infrastruktuuri ehitamise IPPP projektide hankemenetlust saaks keskse hankija läbi viia Riigi Kinnisvara AS. Lisaks kesksete hankijatele oleks autori hinnangul mõeldav IPPP projektide elluviimine hankijate poolt nagu ministeeriumid ja suuremad riigiasutused, kuna IPPP projektide lepingute koostamine nõuab kavandatava infrastruktuuri-spetsiifilisi juriidilisi ning insenertehnilisi teadmisi. Autori hinnangul on mõeldamatu, et igal kohalikus omavalitsusest hankijal oleks vastavad spetsialistid olemas. Keskseid hankijad võiks koolitada PPP tugikeskus, kes nõustaks avalikku ja erasektorit PPP

¹²⁸ Burnett, M., *supra nota* 47, 64

¹²⁹ PricewaterhouseCoopers AS, *supra nota* 10, 9

¹³⁰ *Ibid.*, 14

projektide elluviimises. Tugikeskuse saaks luua Rahandusministeeriumi juurde, mis oleks ka kõige otstarbekam lähtudes sellest, et Rahandusministeerium tegeleb riigihangete valdkonnaga. Ilmselgelt huvi PPP vastu on erasektori poolt olemas algatatud suuremate projektide näol nagu Muhu-Saaremaa sild/tunnel ja Helsingi-Tallinna tunnel. PPP kompetentsikeskuse loomine on aga vaid üks samm PPP rakendamise suunas. Selleks, et kompetentsikeskus saaks tulemuslikult projekte läbi viia, peab esmalt olema regulatsioon, millele PPP projektide läbiviimisel tugineda. PPP kasutamise pika praktika ja läbitöötatud ning sissejuurdunud regulatsiooni tõttu tasub just UK-d võtta IPPP projektide läbiviimise eeskujuna ning kaaluda nende IPPP õiguslikust regulatsioonist juhendumist Eesti siseriikliku PPP regulatsiooni koostamisel.

KOKKUVÕTE

Eestis on lähiaastatel tekkinud avalikul sektoril vajadus viia ellu finantsiliselt, juriidiliselt ja insenertehnilist keerukaid ja ajamahukaid ehitusprojekte, millede ehitamise initsiatiiv on tulnud erasektorilt. Selliste projektide ehitamiseks vajaminev oskusteave ja kapital on olemas erasektoril, kuid vajadus avalikul sektoril. Seetõttu on kaalutud projekte läbi viia avaliku ja erasektori partnerlusena. Avaliku ja erasektori partnerlus ehk PPP on pikaajaline hankemenetluse tulemusena sõlmitud lepingul põhinev koostöö avaliku ja erasektori vahel, mille raames erasektor osutab oma vahenditega avalikku teenust kolmandast isikust kasutajatele, kes võivad teenuse eest tasuda otse erasektorile. Teenuse osutamise kaasnevad riskid on jagatud erasektori ja avaliku sektori vahel vastavalt sellele, kes riske parmini hallata suudab. Institutsionaalse avaliku ja erasektori partnerluse ehk IPPP korral luuakse teenuse osutamise lepingu sõlmimise eel ka avaliku ja erasektori ühise osalusega äriühing, mis tegeleb partnerlusprojekti elluviimisega. Partnerlusprojektis, mille eesmärgiks on näiteks infrastruktuuri rajatise ehitamine, läheb rajatise omand erasektorilt üle avalikule sektorile lepingu lõppedes, mil alles avalik sektor tasub rajatise ehitamise eest.

Maailmas on PPP kasutamine laialt levinud, kuid Eestis PPP projektide praktika puudub, kuna õigusloome ei sätesta üheselt ja arusaadavalt millistest õigusaktidest tulenevat regulatsiooni peaks järgima PPP projektide teostamisel. Riigihangete seadusest ega ühestki teisest kehtivast seadusest ei tulene PPP ega IPPP definitsiooni. Ainus õigusakt, mis kaudselt PPP-d defineerib on raamatupidamiseseaduse alusel antud määruse lisa. Selleks, et avalik sektor saaks teenust osta erasektorilt, tuleb läbi viia hankemenetlus, sest erasektorilt teenuse ostmine peab toimuma läbipaistvalt, konkurentsi tagavalt ja ettevõtjaid võrdselt kohtlevalt. Riigihangete seadusest tulenevad kolm enim sobivat menetlusliiki, kuna IPPP lepingu sõlmimine nõuab lepingupoolte vahelisi läbirääkimisi nii keerulistest insenertehnilistest, juriidilistest kui ka finantsilistest aspektides. Nendeks kolmeks menetlusliigiks on võistlev dialoog, konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus ja innovatsioonpartnerlus. Kõige paindlikum neist on võistlev dialoog, mille kasutamist IPPP lepingu sõlmimiseks soosib ka Euroopa Komisjon. Lisaks on riigihangete seaduses defineeritud kontsessioon, mis vastab lepingulise PPP tunnustele. Kontsessiooni erinevus

IPPP-st seisneb selles, et koostöö elluviimiseks ei looda avaliku ja erasektori vahel segaosalusega äriühingut, vaid avalik sektor sõlmib erasektoriga hankelepingu teenuse ostmiseks nagu traditsioonilise hanke puhul. Riigihangete seaduses sätestatud kontsessioonlepingu sõlmimise menetlus võib olla sobilik ka IPPP menetluse läbiviimiseks, kuid mitte soovitatav, kuna on vähem paindlik kui võistlev dialoog.

Euroopas on kõige pikaajalisem kogemus PPP projektide läbiviimisel UK-l. Alates 90ndatest on UK valitsuse juurde loodud tugiüksus, mis nõustab avalikku ja erasektorit juriidiliselt ja finantsiliselt PPP projektide läbiviimisel. UK-s nimetati institutsionaalset avaliku ja erasektori partnerlust PFI-ks ja nüüd PF2-ks. Läbi aegade eksisteerinud erinevate tugiüksuste poolt on loodud juhised, mis sätestavad kuidas UK-s PPP projekte läbi viia. Juhised soovivad IPPP projektide läbiviimiseks kasutada võistlevat dialoogi, mille on UK sarnaselt Eestiga EL direktiividest oma seadusandlusesse üle võtnud. Lisaks on loodud kohustuslikuks järgimiseks juhised, mis sätestab dispositiivse ja imperatiivse sõnastuse PPP lepingute jaoks ehk n.ö lepingu põhjad.

Autori arvates peaks Eestis Rahandusministeerium looma UK näitel juhendid, mis defineeriks erinevad PPP vormid, milliseid menetlusliike on riigihangete seadusest tulenevalt soovituslik kasutada, milliseid lepinguid peab sõlmima IPPP loomiseks ning mis neis sätestatud peab olema. Lisaks enne hankemenetlust läbiviidavad toimingud ja hankemenetluse läbirääkimiste vorm. Rahandusministeeriumi pädevuses on riigihangete valdkond, seetõttu võiks luua PPP tugiüksuse Rahandusministeeriumi valitsemisalasse. Tugiüksus annaks juriidilist ja raamatupidamislikku ekspertarvamust, nagu UK-s, PPP projektide läbiviimiseks nii avalikule kui erasektorile. Loodav tugiüksus peaks koolitama ka keskseid hankijad, kuna PPP projektide teostamise juriidilisest keerulisusest tulenevalt pole mõeldav, et igal hankijal Eestis oleks PPP spetsialist. Sellest tulenevalt peaks PPP projektide hankemenetlusi läbi viima lisaks suurematele riigiasutustele kesksed hankijad. Tugiüksuse loomine peaks toimuma pärast PPP regulatsiooni väljatöötamist, kuna regulatsiooni loomine on kiireloomulisem ja selle puudumine, projektide elluviimise kohapeal, enam raskendav asjaolu, mis võib lõppeda PPP projekti teostamata jätmisega nagu on ka varasemalt Eesti suuremate infrastruktuuri projektidega juhtunud. Lisaks on PPP spetsialistide värbamine/koolitamine aeganõudev. Tuleks teha ka muudatusi Riigihangete Registris, kuna praegu ei võimalda Riigihangete Register tehnilistest tingimustest tulenevalt saada pädevat statistikat PPP projektide kohta, ent võimaldab siiski IPPP menetlust läbi viia.

Seega, uurimisküsimustele eeltoodud vastused saades saab väita, et autori püstitatud hüpotees ei pea paika. Eestis kehtivas riigihangete seaduses on sätestatud menetlusliigid, mis võimaldavad ellu viia institutsionaalset avaliku ja erasektori partnerlust. Siiski kõrvutades Eesti olemasolevat regulatsiooni UK omaga tuleks luua juhised, mis aitavad avalikul ja erasektoril mõsta, mis täpsemalt on PPP ja IPPP ning milliseid õigusakte tuleks selle läbiviimiseks järgida. Kuna antud töö piirdus IPPP teostamiseks läbiviidava hankemenetlusega siis vääriks edasianalüüsimist hankemenetluse järgne IPPP projekti haldamise õiguslik regulatsioon, mis ei puuduta enam niivõrd riigihangete seadust, ja mille uurimisvaldkonda jääks ka IPPP projekti nurjumine ning sellega kaasnevad tagajärjed avalikule sektorile.

SUMMARY

IMPLEMENTATION OF THE PUBLIC PROCUREMENT LAW IN ESTABLISHING INSTITUTIONAL PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP

Maria Veermäe

The necessity for ever larger transport infrastructure, such as bridges and tunnels, between the mainland and the islands, has become more and more urgent in Estonia, but the legislation needed to carry out large and complex public-private partnership (hereinafter referred to as “PPP”) projects is currently ambiguous to both the public and private sectors and creates uncertainty for the future. Proof of this is the recent launch of institutional public-private partnership (hereinafter referred to as “IPPP”) projects, which have already failed in the project preparation phase. The contracting parties do not understand exactly what IPPP is and what legislation regulates its implementation and to which extent. Consequently, a hypothesis has been formulated in this paper, according to which the existing procedural regulation under the Public Procurement Act does not allow the procurement procedure of the IPPP project to be carried out. The following research questions have been raised to confirm or refute it: (a) What is the definition of PPP and IPPP within Estonia (does it correspond to a public procurement instrument), in the legislation of other countries and in the regulations of international organizations? (b) What are the procedural rules for carrying out IPPP projects in Estonia? (c) What is the legal framework set by the Great Britain for the performance of the IPPP project procedures?

In order to confirm or reject the hypothesis, the regulation of international organizations was analyzed, using a deductive method, then the EU legislation was assessed and lastly the Estonian legislation, most likely to regulate IPPP projects. In Estonia, this is primarily via the Public Procurement Act, which transposes the European Parliament and Council Directives governing public procurement and concessions.

An analysis of legal scholarly articles and EU and Estonian legislation found PPP to be a long-term public-private partnership based on a relevant contract consequent to a procurement process, whereby the private sector, via its own means, provides a public service to consumers who may pay for such service to the private sector companies.

The risks involved in providing the service are divided between the private sector and the public sector institutions, according to their capacity to be better able to manage the risks. In the event of an IPPP, also a joint venture company is being established before the conclusion of a service provision contract, with a public and private sector involved in the implementation of the partnership project. There is no legal definition of PPP or IPPP directly set forth in any European Union or Estonian legislation. The concession regulated at the EU level by the Directive 2014 / 23 / EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts and by the Estonian Public Procurement Act at the in-state level, has the characteristics of a PPP but is a contractual and not an institutional PPP. Thus, the implementation of the IPPP within Estonia is subject to the Public Procurement Act. The analysis concluded that, under Public Procurement Law, three types of procedures are appropriate for conducting an IPPP, because the conclusion of an IPPP contract requires negotiation between the parties, both in complex engineering, legal and financial issues. The three types of procedure are therefore the competitive dialogue, the competitive negotiated procurement procedure and the innovation partnership. The most flexible of these is the competitive dialogue, of which performance is also favoured by the European Commission for the conclusion of the IPPP contract. In addition, the concession contract awarding procedure is applicable, but not desirable, as it is less flexible than the competitive dialogue option.

The results of the analysis of Estonian and European Union or EU legislation were compared with the UK regulation, using a comparative analysis as a research methodology. The UK has been chosen as the analogue country, since the UK has the longest experience in implementing IPPP projects in Europe, and has established a regulatory framework and an IPPP institution to support such projects. In the UK, institutional public-private partnerships are initially referred to as PFI and currently as PF2. Guidelines have been developed by various support units that have existed over time, setting out how to conduct PPP projects. These guidelines also recommend the use of competitive dialogue for PPP projects, which the UK, like Estonia, has transposed from the EU legislation. In addition, guidelines have been created for mandatory compliance, setting out the exact and editable wording for PPP contracts, the so-called contract samples. It was

concluded that in Estonia, too, the Ministry of Finance could create guidelines similarly to the UK, that would define the different forms of PPP, which types of procedures are recommended to implement under the Public Procurement Act, which contracts to conclude in order to establish an IPPP and what should be set out therein. Since the Ministry of Finance is responsible for the field of the public procurement procedure, a PPP institution, similarly to the UK, could be set up within the Ministry of Finance and under its governance. The support unit would provide legal and accounting expertise, similarly to the UK, for any PPP projects in both the public and private sectors.

Answering the research questions after conducting the analysis, it was concluded that the hypothesis is not correct. The Estonian Public Procurement Act sets forth the types of procedure that allow for the implementation of institutional public-private partnerships. However, by comparing the existing regulation in Estonia with that in the UK, guidelines should be created to help the public and private sector understand what PPPs are more precisely and what legislation should be followed to implement them. Since this work was limited to the procurement procedure for IPPP, the post-procurement legal framework for IPPP project management would merit further analysis, which no longer concerns public procurement law and which would also fall within the scope of the IPPP project failure and its consequences for the public sector.

KASUTATUD ALLIKATE LOETELU

Teadusartiklid ja raamatud

1. Agyenim-Boateng, C., Stafford, A., Stapleton, P. (2017). The role of structure in manipulating PPP accountability. *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 30 (1), 119-144
2. Almarri, K., Abuhijleh, B. (2017). A qualitative study for developing a framework for implementing public–private partnerships in developing countries. *Journal of Facilities Management*, 15 (2), 170-1189
3. Almarri, K., Boussabaine, H. (2017). Interdependency of the critical success factors and ex-post performance indicators of PPP projects. *Built Environment Project and Asset Management*, 7 (5), 546-556
4. Burger, P., Hawkesworth, I. (2011). How to Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement. *OECD Journal on Budgeting*, 1, 1-56
5. Burnett, M. (2015). The New Rules for Competitive Dialogue and the Competitive Procedure with Negotiation in Directive 2014/24: What Might They Mean for PPP. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2, 62-71
6. Carbonara, N., Costantino, N., Pellegrino, R. (2015). A transaction costs-based model to choose PPP procurement procedures. *Engineering, Construction and Architectural Management*, 23 (4), 491-510
7. Cui, C., Liu, Y., Hope, A., Wang, J. (2018). Review of studies on the public–private partnerships (PPP) for infrastructure projects. *International Journal of Project Management*, 36, 773–794
8. Eadie, R., Millar, P., Grant, R. (2013). PFI/PPP, private sector perspectives of UK transport and healthcare. *Built Environment Project and Asset Management*, 3 (1), 89-104
9. Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M. A. (2012). Kotsessiooni vastuoluline regulatsioon Eesti õiguses. *Juridica*, 4, 284-294
10. Hampton, G., Baldwin, A. N., Holt, G. (2012). Project delays and cost: stakeholder perceptions of traditional v. PPP procurement. *Journal of Financial Management of Property and Construction*, 17(1), 73-91
11. Henjewe, C., Fewings, P., Rwelamila, P. D. (2013). De-marginalising the public in PPP projects through multi-stakeholders management. *Journal of Financial Management of Property and Construction*, 18 (3), 210-231

12. Ismail, S. (2014). Driving forces for implementation of public private partnerships (PPP) in Malaysia and a comparison with the United Kingdom. *Journal of Economic and Administrative Sciences*, 30 (2), 82-95
13. Lattemann, C., Stieglitz, S., Kupke, S., Schneider, A.-M. (2009). Impact of PPPs to broadband diffusion. *Transforming Government: People, Process and Policy*, 3 (4), 355-374
14. Lind, M. (2009). Avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlusprojektid ja hankelepingute üleandmine. *Juridica*, 6, 358-367
15. Minumets, D., Kulm, P. (2014). *Riigihangete õigus*. Tallinn: Juura
16. Opawole, A., Jagboro, G. O., Kajimo-Shakantu, K., Oluwafunso Olojede, A. (2019). Critical performance factors of public sector organizations in concession-based public-private partnership projects. *Property Management*, 37 (1), 17-37
17. Osei-Kyei, R. Chan, A. P. C. (2015). Review of studies on the Critical Success Factors for Public-Private Partnership (PPP) projects from 1990 to 2013. *International Journal of Project Management*, 33 (6), 1335-1346
18. Parrest, N. (2009) Constitutional Boundaries of Transfer of Public Functions to Private Sector in Estonia. *Juridica International*, 16, 44-55
19. Parrest, N., Parind, M., Simovart, M. A. (2019). *Riigihangete seadus: kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura
20. Pilving, P. (2016) Hankijate horisontaalse koostöö kriteeriumid. *Juridica*, 6, 401-415
21. Sharma, C. (2011). Determinants of PPP in infrastructure in developing economies. *Transforming Government: People, Process and Policy*, 6 (2), 149-166
22. Shi, L., Zhang, L., Onishi, M., Kobayashi, K., Dashuang Dai, D. (2018) Contractual Efficiency of PPP Infrastructure Projects: An Incomplete Contract Model. *Mathematical Problems in Engineering*, 1-13
23. Simovart, M. A. (2010). Amendments to Procurement Contracts: Estonian Law in the Light of the Preetext Ruling. *Juridica International*, 17, 151-160
24. Soeipto, R. M., Verhoest, K. (2018). Contract stability in European road infrastructure PPPs: how does governmental PPP support contribute to preventing contract renegotiation? *Public Management Review*, 20 (8), 1145-1164
25. Zhao, N., Ying, F. (2018). Method selection: a conceptual framework for public sector PPP selection. *Built Environment Project and Asset Management*, 9 (2), 214-232
26. Van Garse, S., Van den Broek, E., Buyck, J. (2016). PPP Contracts: Amendments to PPP Projects Based on Experience in Flanders. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 111-118

27. Villalba-Romero, F., Liyanage, C. (2016). Implications of the use of different payment models: The context of PPP Road Projects in the UK. *International Journal of Managing Projects in Business*, 9 (1), 11-32
28. Walker, D. H. T., Jacobsson, M. (2014). A rationale for alliancing within a public-private partnership. *Engineering, Construction and Architectural Management*, 21 (6), 648-673
29. Warsen, R., Nederhand, J., Klijn, E. H., Grotenbreg, S., Koppenjan, J. (2018). What makes public-private partnerships work? Survey research into the outcomes and the quality of cooperation in PPPs. *Public Management Review*, 20 (8), 1165-1185
30. Weber, B., Staub-Bisang, M., Alfem, H. W., (2016). *Infrastructure as an Asset Class: Investment Strategy, Sustainability, Project Finance and PPP*. (2nd ed). United Kingdom: Wiley

Eesti õigusaktid

31. Rahandusministri 17. detsember 2018. määrus nr 55 „Rahandusministri 22. detsembri 2017. a määruse nr 105 „Raamatupidamise Toimkonna juhendite kehtestamine“ muutmine“
32. Riigihangete seadus. RT I, 01.07.2017, 1
33. Riigihangete seadus. RT I 2007, 15, 76

EL-i ja õigusaktid

34. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26. veebruar 2014. aasta direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta, ELT L 94, 28.03.2014

Teiste riikide õigusaktid

35. Statutory Instruments 2016 No. 273, Public Procurement, England and Wales, Public Procurement, Northern Ireland, The Concession Contracts Regulations 2016

Eesti kohtulahendid ja vaidlustuskohtu lahendid

36. RKHKo 3-3-1-66-10
37. RKHKo 3-3-1-29-12
38. RKHKo 3-3-1-39-12
39. VAKO 199-17/192855

Muud allikad

40. Commission of the European Communities. Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions. 2004
41. Council of Europe. Guidelines for Successful Public-Private Partnership. 2003

42. European Commission. Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to institutionalised PPP (IPPP). 2008
43. HM Treasury. A New Approach to Public Private Partnerships. 2012
44. HM Treasury. Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector. 2010
45. HM Treasury. Standardisation of PF2 Contracts. Draft. 2012
46. HM Treasury. The Green Book: Central Government Guidance on Appraisal and Evaluation. 2018
47. HM Treasury, Office of Government Commerce. Competitive Dialogue in 2008: OGC/HMT joint guidance on using the procedure.
48. Infrastructure UK. PF2: A User Guide. 2012
49. Karniol, K. (2018, 30. november). *Avaliku ja erasektori koostööprojektide (PPP) raamistikust*. Linnade arendusspetsialistide nõukoda, Tallinn
50. Kergandber, E., Blankin, P., Lemetti, M., Jankelevitš, R., Muna, E., Frolov, R. (2011). *Averus: avaliku ja erasektori koostöö*. Tallinn: Äripäev
51. Mäeltsemees, S. (2010). PPP projektid regionaalses sotsiaalmajanduslikus arengus. *Tallinna Tehnikaülikool*, 18
52. OECD. Subnational Public-Private Partnerships: Meeting infrastructure challenges. 2018
53. PricewaterhouseCoopers AS. Uuring avaliku ja erasektori koostööprojektide (PPP) raamistiku loomiseks. 2016
54. PricewaterhouseCoopers. Delivering the PPP promise. A review of PPP issues and activity. 2005
55. Rahandusministeerium. (2018). *Eesmärgid ja tegevused: Riigihangete poliitika: Kasulik teave*. Kättesaadav: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave>, 5. detsember 2019
56. United Kingdom Government (2016). *Infrastructure and Projects Authority: About Us*, Kättesaadav: <https://www.gov.uk/government/organisations/infrastructure-and-projects-authority/about>, 10. detsember 2019

Lisa 4. Lihtlitsents

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks¹

Mina Maria Veermäe (sünnikuupäev: 13.08.1990)

1. annan Tallinna Tehnikaülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Riigihangete seaduse rakendamine institutsionaalse avaliku ja erasektori partnerluse loomisel“,

mille juhendaja on Evelin Pärn-Lee,

1.1 reprodutseerimiseks lõputöö säilitamise ja elektroonse avaldamise eesmärgil, sh TalTechi raamatukogu digikogusse lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2 üldsusele kättesaadavaks tegemiseks TalTechi veebikeskkonna kaudu, sealhulgas TalTechi raamatukogu digikogu kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. Olen teadlik, et käesoleva lihtlitsentsi punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. Kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest ning muudest õigusaktidest tulenevaid õigusi.

¹*Lihtlitsents ei kehti juurdepääsupiirangu kehtivuse ajal, välja arvatud ülikooli õigus lõputööd reprodutseerida üksnes säilitamise eesmärgil.*