

ET

ET

ET



EUROOPA ÜHENDUSTE KOMISJON

Brüssel, 05.02.2008
C(2007)6661

KOMISJONI TÕLGENDAV TEATIS,

**mis käsitleb riigihankeid ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamist
avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluste suhtes**

(EMPs kohaldatav tekst)

KOMISJONI TÕLGENDAV TEATIS,

mis käsitleb riigihankeid ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamist avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluste suhtes

1. SISSEJUHATUS

Viimaste aastate jooksul on avaliku ja erasektori partnerlus arenenud paljudes valdkondades. Sellist enamasti pikaajalist koostööd iseloomustab asjaolu, et eraõiguslik partner, kes osaleb asjaomase projekti eri etappides (väljatöötamine, eluviimine ja kasutamine), võtab endale riske, mis tavaliselt on omased avalikule sektorile, ning aitab sageli projekti rahastamisel.

Ühenduse õiguse kohaselt võivad ametiasutused teostada majandustegevust ise või delegeerida selle kolmandatele isikutele, näiteks avaliku ja erasektori partnerluse raames loodud segaosalusega äriühingutele. Kui avalik-õiguslik asutus otsustab kaasata majandustegevusse kolmandaid isikuid tingimustel, mida võib liigitada riigihankeks või kontsessiooniks, tuleb siiski järgida selles valdkonnas kohaldatavaid ühenduse õiguse sätteid. Nende sätete eesmärk on võimaldada kõigil huvitatud ettevõtjatel esitada riigihanke või kontsessiooni pakkumisi võrdsetel ja läbipaistvatel alustel ning vastavalt Euroopa siseturu põhimõtetele, tõstes tänu suurenenud konkurentsile selliste projektide kvaliteeti ja vähendades kulusid¹.

Avaliku ja erasektori partnerlust ning ühenduse õigust riigihangete ja kontsessioonide alal käsitleva roheline raamatu² üle peetud avalik arutelu näitas³ tõelist vajadust selgitada kõnealuste eeskirjade kohaldamist nn avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluste suhtes. Komisjon käsitleb avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlusena koostööd selliste avalik-õiguslike ja eraõiguslike partnerite vahel, kes moodustavad segaosalusega äriühingu, mis täidab riigihankelepinguid või kontsessioone⁴. Erasektori panus avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlusesse, lisaks kapitalile ja muudele varadele, on aktiivne osalemine segaosalusega äriühingule antud ülesannete täitmisel ja/või segaosalusega äriühingu haldamises. Seevastu lihtsalt eraettevõtja rahalist toetust avalik-õiguslikule äriühingule ei käsitleta avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlusena. Järelikult ei hõlma käesolev teatis viimati nimetatud olukordi.

Eraõiguslike partnerite osalust avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluses ümbritsev õiguskindluse puudumine võib kahjustada sellise

¹ Euroopa Parlament on seoses sellega märkinud, et kõnealuste eeskirjade järgimine „võib olla tõhus vahend soovimatute konkurentsitakistuste ennetamiseks, võimaldades avalik-õiguslikel asutustel samal ajal ise kinnitada kvaliteedi, kättesaadavuse, sotsiaalsete normide ja keskkonnakaitse alased tingimused ja kontrollida nende täitmist” (Euroopa Parlamendi resolutsioon üldhuviteenuste roheline raamatu kohta [P5_TA(2004)0018], punkt 32.)

² KOM(2004) 327, 30.4.2004.

³ „Avaliku ja erasektori partnerlused ja ühenduse õigus riigihangete ja kontsessioonide alal” – KOM (2005) 569 (lõplik), 15.11.2005, lk 9.

⁴ Liikmesriikides kasutatakse selle kohta erinevaid termineid ja skeeme (nt Kooperationsmodell, Joint ventures, Sociétés d'Economie Mixte).

koostöövormi edu. Oht luua struktuure, mis põhinevad lepingutel, mis hiljem osutuvad olevat ühenduse õigusega vastuolus, võib isegi mõjutada avalik-õiguslikke asutusi ja eraettevõtjaid loobuma avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlusest.

26. oktoobri 2006. aasta resolutsioonis⁵ avaliku ja erasektori partnerluse kohta võttis Euroopa Parlament teadmiseks tõsiasi, et ettevõtjad soovivad selgust seoses riigihankeid käsitleva ühenduse õiguse kohaldamisega riigi- ja erasektori osalusega ettevõtjate loomise suhtes riigihanke- või kontsessioonilepingute sõlmimisel, ning kutsus komisjoni üles esitama võimalikult kiiresti vajalikud selgitused.

Käesolevas teatises tuuakse esile, millised peaksid komisjoni hinnangul olema riigihankeid ja kontsessioone käsitleva ühenduse õiguse⁶ kohaldamise tingimused avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse loomise ja toimimise puhul⁷. Teatise eesmärk on tugevdada õiguskindlust ja eelkõige lahendada korduvalt tõstatatud probleeme seoses ühenduse õiguse kohaldamisega eraõiguslike partnerite osalemise suhtes avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluses, kuna on avaldatud arvamust, et see muudab kõnealuse koostöövormi ebaatraktiivseks või isegi võimatuks. Käesoleva teatise vastuvõtmine on osa komisjoni 20. novembri 2007. aasta teatises üldhuviteenuste pakkumise kohta (sh sotsiaalvaldkonnas)⁸ võetud kohustusest anda suuniseid üldhuviteenuste valdkonnas.

Käesoleva teatisega ei looda ühtegi uut õigusnormi. Teatis kajastab komisjoni arusaama EÜ asutamislepingust, riigihankeid käsitlevatest direktiividest ja Euroopa Ühenduste Kohtu praktikast. Tuleb märkida, et igal juhul lasub ühenduse õiguse tõlgendamise kohustus Euroopa Kohtul.

2. AVALIKU JA ERASEKTORI INSTITUTSIONALISEERITUD PARTNERLUSE LOOMINE

2.1. Põhimõtted

Ühenduse tasandil puuduvad avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse loomist reguleerivad erisätted. Siiski kohaldatakse riigihangete ja kontsessioonide valdkonnas võrdse kohtlemise põhimõtet ja selle erinevaid väljendusvorme, nagu kodakondsuse alusel diskrimineerimise keeld, ning EÜ asutamislepingu artikleid 43 (asutamisvabaduse kohta) ja 49 (teenuste osutamise vabaduse kohta) niisugusel

⁵ P6_TA(2006)0462, lõige 35.

⁶ „Riiklike ehitustööde kontsessioon” on samasugune leping kui ehitustööde riigihange, välja arvatud asjaolu, et vastutasu tehtavate ehitustööde eest seisneb kas ainult õiguses kasutada seda tööd või sellises õiguses koos tasuga; „teenuste kontsessiooni” mõiste määratletakse sama liiki lepinguna kui riiklikud teenuselepingud, välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teenuste osutamise eest antakse üksnes õigus teenust kasutada või see õigus koos tasuga (vt direktiivi 2004/18/EÜ artikli 1 lõiked 3 ja 4, ELT L 134, 30.4.2004, lk 114).

⁷ Käesolev teatis ei hõlma teenuste riigihankeid ega kontsessioone, mille suhtes kohaldatakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu 23. oktoobri 2007. aasta määruse (EÜ) 1370/2007 (mis käsitleb avaliku reisijateveoteenuse osutamist raudteel ja maanteel ning millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu määrused (EMÜ) nr 1191/69 ja (EMÜ) nr 1107/70; ELT L 315, 3.12.2007, lk 1) artikli 5 lõikeid 2–7.

⁸ KOM (2007)725, 20.11.2007; vt ka komisjoni talituste töödokument „Küsimused ja vastused riigihangete eeskirjade kohaldamise kohta sotsiaalvaldkonna üldhuviteenuste suhtes” SEK(2007) 1514, mis on lisatud 20. novembri 2007. aasta teatisele.

juhul, kui avalik-õiguslik asutus delegerib majandustegevuse kolmandale isikule⁹. Täpsemalt on EÜ asutamislepingu artiklitest 43 ja 49 tulenevad põhimõtted mitte ainult diskrimineerimise keeld ja võrdne kohtlemine, vaid ka läbipaistvuse, vastastikuse tunnustamise ja proportsionaalsuse põhimõte¹⁰. Riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamist käsitlevate direktiivide¹¹ (edaspidi „riigihankedirektiivid“) kohaldamisalasse kuuluvatel juhtudel kohaldatakse üksikasjalikke sätteid.

Asjaoluga, et eraettevõtja ja tellija¹² teevad segaosalusega äriühingu raames koostööd, ei saa põhjendada riigihankelepinguid ja kontsessioone käsitlevate sätete eiramist riigihanke- või kontsessioonilepingu sõlmimisel kõnealuse eraettevõtja või segaosalusega äriühinguga. Euroopa Kohus on märkinud,¹³ et eraettevõtja kas või vähemusosalus selle äriühingu kapitalis, milles osaleb ka asjaomane tellija, välistab igal juhul võimaluse, et tellija ja kõnealuse äriühingu vahel saaksid tekkida nn ettevõttesisesed suhted, mille puhul ei tule põhimõtteliselt kohaldada riigihankeid käsitlevaid sätteid¹⁴.

2.2. Loomisprotsess

Praktikas on avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse loomiseks järgmised võimalused:

- sellise uue äriühingu loomine, mille kapital kuulub ühiselt tellijale ja eraõiguslikule partnerile – mõningatel juhtudel mitmele tellijale ja/või eraõiguslikule partnerile – ja riigihanke- või kontsessioonilepingu sõlmimine kõnealuse uue loodud segaosalusega äriühinguga; või
- eraõigusliku partneri osalus juba loodud riigiosalusega äriühingus, mis täidab varem ettevõttesisese suhte raames sõlmitud riigihanke- või kontsessioonilepingut.

Sõltumata sellest, kuidas avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlus loodi, kohustavad riigihankeid ja kontsessioone käsitlevad ühenduse õiguse sätteid tellijat järgima õiglast ja läbipaistvat menetlust, kui ta valib eraõiguslikku partnerit, kes segaosalusega äriühingus osalemise raames tarnib kaupu, teostab töid või osutab teenuseid,¹⁵ või kui ta sõlmib riigihanke- või kontsessioonilepingu segaosalusega

⁹ Otsus kohtuasjas C-458/03, Parking Brixen, EKL 2005, I-8612, punkt 61.

¹⁰ Vt komisjoni tõlgendav teatis kontsessioonide kohta ühenduse õiguses, EÜT C 121, 29.4.2000, lk 6.

¹¹ Direktiiv 2004/18/EÜ, vt joonealune märkus 6, ja direktiiv 2004/17/EÜ, ELT L 134, 30.4.2004, lk 1.

¹² Käesolevas teatises tähistab termin „tellija” nii ostjaid (direktiivi 2004/18/EÜ artikli 1 lõike 9 tähenduses) kui ka tellivaid asutusi (direktiivi 2004/17/EÜ artikli 2 tähenduses).

¹³ Otsus kohtuasjas C-26/03, Stadt Halle, EKL 2005, I-1, punkt 49.

¹⁴ Euroopa Kohtu hinnangul (otsus kohtuasjas C-410/04, ANAV, EKL 2006, lk I-3303, punkt 30 jj) ei ole riigihankeid käsitleva õiguse seisukohast oluline mitte ainult kolmanda isiku tegelik osalus riigi osalusega äriühingu kapitalis, vaid isegi tellija kavatsus tulevikus tütaretevõtja kapital erasektorile avada. Seega on riigihanke- või kontsessioonilepingu ettevõttesisene sõlmimine riigi osalusega äriühinguga välistatud juhul, kui on kavatsus selle kapital kõnealuste lepingute täitmise ajal eraettevõtjatele avada. Seevastu on komisjon seisukohal, et pelgalt teoreetiline võimalus, et eraettevõtja võib olla kaasatud tellija tütaretevõtja kapitali, ei sea kahtluse alla tellija ja tema tütaretevõtja vahelist ettevõttesisest suhet.

¹⁵ Avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse eraõigusliku partneri valimise õiglane ja läbipaistev menetlus tagab rikkumata vaba konkurentsi ja võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise,

äriühinguga¹⁶. Mingil juhul ei või tellija „kasutada menetlusi, mille eesmärk on varjata riigihankelepingute sõlmimist segaosalusega ettevõtjatega”¹⁷.

Seoses sellega on komisjon seisukohal, et kahe erineva menetluse (üks avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse eraõigusliku partneri valimiseks, teine riigihanke- või kontsessioonilepingu sõlmimiseks segaosalusega äriühinguga) kasutamine on praktikas keeruline.

Üks võimalus luua avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlus kooskõlas ühenduse õiguse põhimõtetega, vältides kahekordse menetlusega seotud probleeme, on tegutseda järgmiselt: eraõiguslik partner valitakse läbipaistva ja avatud konkurentsiga menetluse kaudu, mille objektiks on nii riigihanke- või kontsessioonileping,¹⁸ mis sõlmitakse segaosalusega äriühinguga, kui ka eraõigusliku partneri roll nende ülesannete täitmisel ja/või tema panus segaosalusega äriühingu haldamisel. Eraõigusliku partneri valikuga kaasneb avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse loomine ja riigihanke- või kontsessioonilepingu sõlmimine segaosalusega äriühinguga.

2.3. Avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse eraõigusliku partneri valimine

2.3.1. Õiguslik alus

Kui segaosalusega äriühingule määratud ülesanne on täielikult riigihankedirektiivide kohaldamisalasse kuuluv riigihange, sõltub eraõigusliku partneri valikumenetlus kõnealustest direktiividest. Kui tegemist on osaliselt direktiivide kohaldamisalasse kuuluva ehitustööde kontsessiooni või riigihankega, kohaldatakse samaaegselt EÜ asutamislepingust tulenevaid aluspõhimõtteid ja direktiivide asjakohaseid sätteid. Direktiivi 2004/18/EÜ II B lisas loetletud teenuste puhul kohaldatakse EÜ asutamislepingu artiklites 43 ja 49 sätestatud aluspõhimõtteid, kui võib öelda, et kõnealused lepingud pakuvad kindlat huvi ettevõtjale, kelle asukoht on mõnes muus liikmesriigis kui asjaomase tellija asukohaliikmesriik¹⁹. Ehitustööde kontsessiooni või riigihanke puhul, mille suhtes ei kohaldata riigihankedirektiive, peab eraõigusliku partneri valikul järgima EÜ asutamislepingu põhimõtteid.

Käesolevas dokumendis tsiteeritud kohtupraktika käsitleb osaliselt riigihankeid, mida reguleeritakse täielikult riigihankedirektiivide üksikasjalike eeskirjadega. Kuna kõnealune kohtupraktika tugineb sageli EÜ asutamislepingu põhimõtetele, võib see

välistades eelkõige selle, et eraettevõtja, kellele kuulub osa avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse kapitalist, saaks põhjendamatu eeliseid oma konkurentide ees. Seega vastab avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse loomine selle segaosalusega äriühingu eraõigusliku partneri valiku õiglase ja läbipaistva menetluse kaudu Euroopa Kohtu poolt kohtuasjas Stadt Halle (vt joonealune märkus 13, punkt 51) esitatud nõudmistele.

¹⁶ Tellijad võivad vastastikusel kokkuleppel sõlmida direktiivi 2004/17/EÜ kohaldamisalasse kuuluvaid riigihankelepinguid oma sidusettevõtjaga direktiivi artikli 23 tähenduses.

¹⁷ Kohtuasi C-29/04, komisjon vs. Austria, EKL 2005, lk I-9705, punkt 42.

¹⁸ Kui asjaomane avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlus loodi eraõigusliku partneri kaasamisega olemasolevasse riigi osalusega äriühingusse, võib eraõigusliku partneri valikumenetluse objekt olla varem riigiosalusega äriühingu siseselt täidetud riigihanke- või kontsessioonilepingu täitmise delegerimine eraõiguslikule partnerile.

¹⁹ Otsus kohtuasjas C-507/03, komisjon vs. Iirimaa, [2007], punkt 32, kohtulahendite kogumikus veel avaldamata.

olla asjakohane ka ühenduse õiguse kohaldamisel muudes olukordades, nagu riigihankedirektiivide üksikasjalike eeskirjadega reguleerimata kontsessioonid või riigihanked²⁰.

2.3.2. Hankemenetlus

Kui avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse loomine eeldab täielikult direktiivi 2004/18/EÜ kohaldamisalasse kuuluva riigihankelepingu sõlmimist segaosalusega äriühinguga, võib juhtuda, et arvestades selliste lepingute rahandusalast või õiguslikku keerukust, ei paku kõnealuses direktiivis määratletud avatud ja piiratud menetlused piisavat paindlikkust. Selliste olukordade jaoks on direktiivi 2004/18/EÜ lisatud uuenduslik menetlus – konkurentidega peetav dialoog²¹ – mille eesmärk on ühtaegu nii säilitada ettevõtjatevaheline konkurents kui ka võtta arvesse tellijate vajadust arutada kõiki lepingu tahke iga kandidaadiga²².

Selliste riigihankelepingute sõlmimisel, mida reguleeritakse täielikult direktiiviga 2004/18/EÜ, saab väljakuulutamise läbirääkimistega menetlust kasutada vaid erandjuhtudel²³. Seevastu võivad tellijad alati kasutada väljakuulutamise läbirääkimistega menetlust, kui nad sõlmivad kontsessiooni- või riigihankelepinguid, mida ei reguleerita täielikult direktiiviga 2004/18/EÜ.

2.3.3. Teave projekti kohta

Kui avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse loomisega seotud ülesanne kuulub riigihankedirektiivide või riigihankelepinguid käsitlevate valdkonnapõhiste ühenduse õigusaktide kohaldamisalasse,²⁴ tuleb järgida avalikustamist käsitlevaid erisätteid²⁵. Muude riigihankelepingute ja teenuste kontsessioonilepingute puhul peab EÜ asutamislepingust tulenevate läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtete kohaselt²⁶ olema võimalikel pakkujatel juurdepääs asjakohasele teabele tellija kavade kohta luua segaosalusega äriühing ja delegerida sellele riigihanke- või kontsessioonilepingu täitmine. Juurdepääsu asjakohasele teabele saab tagada vaid võimalikele huvitatud isikutele kättesaadava hanketeate avaldamise kaudu enne eraõigusliku partneri valikut.

2.3.4. Vastuvõetavad valiku- ja lepingu sõlmimise kriteeriumid ning nende kriteeriumide suhtes kehtiv läbipaistvusnõue

Komisjoni hinnangul kohustab ühenduse õigus tellijat avaldama avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse eraõigusliku partneri valiku ja lepingu sõlmimise kriteeriumid. Kohaldatavad kriteeriumid peavad järgima mittediskrimineerimise

²⁰ Selliste lepingute sõlmimise suuniste kohta vt komisjoni tõlgendav teatis, milles käsitletakse ühenduse õigust lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega, ELTC 179, 1.8.2006, lk 2. Mõned liikmesriigid ja Euroopa Parlament on esitanud Esimese Astme Kohtule hagi nimetatud teatise tühistamiseks. Käesoleva teatise vastuvõtmise ajal on menetlus alles pooleli.

²¹ Vt direktiivi 2004/18/EÜ artikkel 29.

²² Vt direktiivi 2004/18/EÜ põhjendus 31.

²³ Vt direktiivi 2004/18/EÜ artiklid 30 ja 31.

²⁴ Vt näiteks 23. juuli 1992. aasta määruse (EMÜ) nr 2408/92 (ühenduse lennuettevõtjate juurdepääsu kohta ühendusesisestele lennuliinidele) artikkel 4 (EÜT L 15, 23.1.1993, lk 33).

²⁵ Vt direktiivi 2004/17/EÜ artikkel 41 jj ning direktiivi 2004/18/EÜ artiklid 35, 36 ja 58.

²⁶ Otsus kohtuasjas C-324/98, Telaustria, EKL 2000, lk I-10745, punktid 60 ja 61.

põhimõtet. See kohustus kehtib täielikult riigihankedirektiividega reguleeritud riigihangete suhtes²⁷ ning komisjoni hinnangul ka muude riigihangete ja kontsessioonide suhtes. Menetluses osalevate kandidaatide valik ning pakkumiste valik peab toimuma nende kriteeriumide alusel ning tellija peab järgima algselt kehtestatud menetluseeskirju ja põhinõudmisi²⁸.

Riigihankedirektiivides on sätestatud eraõigusliku partneri isiklike võimalustega seotud erikohustused, nt kandidaadi isiklik olukord, tema majanduslik- ja finantsseisund, asjaomasel kutsealal tegutsemise õigus ja tehniline või kutsealane pädevus²⁹. Neid kriteeriume võib kasutada ka selliste kontsessioonide ja riigihangete puhul, mida ei reguleerita täielikult riigihankedirektiividega.

Sotsiaalvaldkonna üldhuviteenuste puhul on selgitusi võimalike valiku- ja lepingu sõlmimise kriteeriumide kohta esitatud komisjoni talituste töödokumendis „Küsimused ja vastused riigihangete eeskirjade kohaldamise kohta sotsiaalvaldkonna üldhuviteenuste suhtes”³⁰.

2.3.5. Põhikirja, asutamislepingu ning riigihanke- või kontsessioonilepinguga seotud konkreetsed asjaolud

Võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtted eeldavad läbipaistvuse kohustust, mille sisuks on tagada kõigile potentsiaalsetele pakkujatele piisav teave, mis võimaldab konkurentsile avatud teenuste turgu³¹. Avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse loomisel eeldab see kohustus komisjoni hinnangul seda, et tellija lisaks hanketeatesse või pakkumistingimustesse olulise teabe järgmiste dokumentide kohta: riigihanke- ja/või kontsessioonileping, mis loodava segaosalusega äriühinguga sõlmitakse, samuti äriühingu põhikiri, asutamisleping ja muud dokumendid, millega reguleeritakse lepingulist suhet tellija ja eraõigusliku partneri vahel, aga ka suhet tellija ja loodava segaosalusega äriühingu vahel. Kui tellija rakendab konkurentidega peetavat dialoogi või läbirääkimistega menetlust, võib juhtuda, et osa kõnealusest teabest ei ole vaja eelnevalt kindlaks määrata. Need asjaolud võivad selguda konkureerivate ettevõtjatega peetava dialoogi või läbirääkimiste käigus. Pakkumiskutse peaks sisaldama teavet segaosalusega äriühinguga sõlmitava riigihanke või kontsessioonilepingu eeldatava kestuse kohta.

Komisjoni hinnangul nõuab läbipaistvuse põhimõte, et pakkumismenetluse dokumentides oleks selgelt märgitud võimalus pikendada või muuta segaosalusega äriühinguga sõlmitud riigihanke- või kontsessioonilepingut ning võimalus määrata uusi ülesandeid. Pakkumismenetluse dokumentides peaks olema märgitud vähemalt nende võimaluste hulk ja rakendamise tingimused. Edastatud teave peab olema piisavalt üksikasjalik, et tagada võrdne ja tõhus konkurents.

²⁷ Otsus kohtuasjas C-19/00, SIAC Constructions, EKL 2001, I-7725, punktid 41–45; otsus kohtuasjas C-31/87, Bentjees, EKL 1988, lk 4635, punkt 29 jj.

²⁸ Isegi kui tehniline kirjeldus näeb kandidaatide jaoks ette võimaluse teha tehnilisi parandusi tellija pakutud lahendustes (nagu avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse puhul sageli on), ei tohi muudatused olla seotud projekti põhinõudmistega ja peavad olema piiratud.

²⁹ Vt direktiivi 2004/18/EÜ artiklid 45–48 ja direktiivi 2004/17/EMÜ artikkel 54.

³⁰ Vt joonealune märkus 8.

³¹ Vt joonealuses märkuses 26 tsiteeritud otsus kohtuasjas C-324/98 Telaustria, punkt 62; joonealuses märkuses 9 tsiteeritud otsus kohtuasjas C-458/98 Parking Brixen, punkt 49.

On soovitav, et tellija ja eraõigusliku partneri vahel sõlmitud lepingus oleks juba algselt kindlaks määratud, mis juhtub siis, kui segaosalusega äriühingule ei määrata täiendavaid ülesandeid ja/või kui talle määratud ülesandeid ei pikendata. Komisjoni hinnangul tuleks põhikiri koostada nii, et hiljem oleks võimalik eraõiguslikku partnerit vahetada. Kuna eraõigusliku partneri osalemist uues pakkumismenetluses ei saa automaatselt välistada, peab tellija sellisel juhul pöörama erilist tähelepanu läbipaistvuse kohustusele ja kõigi pakkujate võrdsele kohtlemisele.

3. AVALIKU JA ERASEKTORI INSTITUTSIONALISEERITUD PARTNERLUSE LOOMISELE JÄRGNEV ETAPP

Euroopa Kohus on märkinud, et isegi osaliselt erakapitalile avatud äriühinguid ei ole võimalik käsitada neis osalust omavate kohalike omavalitsuste jaoks avaliku teenuse korraldamise sisemiste struktuuriüksustena³². Sellest tuleneb, et nii EÜ asutamislepingust kui ka riigihankedirektiividest tulenevaid riigihangete ja kontsessioonide suhtes kohaldatavaid eeskirju tuleb järgida riigihanke- või kontsessioonilepingute sõlmimisel segaosalusega äriühinguga, välja arvatud juhul, kui lepingu pakkumismenetlus toimus enne kõnealuse avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse loomist. Teisisõnu säilitavad avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlused oma algse tegevusvälja ega saa üldreeglina omandada uusi riigihanke- või kontsessioonilepinguid ilma pakkumismenetlusetä, mis järgib ühenduse õigust riigihangete ja kontsessioonide alal.

Kuna avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlus on enamasti loodud teatava teenuse osutamiseks küllaltki pika aja jooksul, peab see ometigi suutma kohaneda teatavate majandus-, õigus- või tehnilises keskkonnas toimuvate muutustega. Riigihangete ja kontsessioonide alased ühenduse õigusnormid ei takista kõnealust arengut arvesse võtmast, tingimusel et järgitakse võrdse kohtlemise³³ ja läbipaistvuse³⁴ põhimõtet. Kui tellija soovib konkreetsel põhjusel, et teatavaid pakkumismenetluse tingimusi oleks võimalik pärast pakkujate valimist muuta, peab ta seda kohandamise võimalust (ning selle rakendamistingimusi) selgelt väljendama hanketeates või pakkumistingimustes ning määratlema menetluse toimumise raamistikku, nii et kõik pakkumises osalemisest huvitatud ettevõtjad oleksid sellest algusest peale teadlikud ja oleksid seega pakkumise esitamise ajal võrdsel positsioonil³⁵.

Igasugune oluliste lepingutingimuste muutmine, mida pakkumistingimustes ette ei nähta, nõuab uue pakkumismenetluse korraldamist³⁶. Euroopa Kohus on seisukohal, et lepingutingimus on oluline eelkõige siis, kui juhul, kui see oleks olnud esitatud hanketeates või pakkumistingimustes, oleksid pakkujad saanud esitada oluliselt

³² Vt otsus kohtuasjas C-231/03, Coname, EKL 2005, I-7287, punkt 26; joonealuses märkuses 14 tsiteeritud otsus kohtuasjas C-410/04, ANAV, punkt 32.

³³ Vt muuhulgas otsus liidetud kohtuasjades C-285/99 ja C-286/99, Lombardini ja Mantovani, EKL 2001, I-9233, punkt 37, ning otsus kohtuasjas C-315/01, GAT, EKL 2003, I-6351, punkt 73.

³⁴ Vt muuhulgas otsus kohtuasjas C-92/00, HI, EKL 2002, I-5553, punkt 45, ja otsus kohtuasjas C-470/99, Universale-Bau jt, EKL 2002, I-11617, punkt 91.

³⁵ Vt otsus kohtuasjas C-496/99 P, komisjon vs. CAS Succhi di Frutta SpA, EKL 2004, I-3801, punkt 118.

³⁶ Vt otsus kohtuasjas C-337/98, komisjon vs. Prantsusmaa, EKL 2000, I-8377, punkt 50.

teistsuguse pakkumise³⁷. Oluliste lepingutingimuste näiteks võib tuua teostatavate tööde või osutatavate teenuste eseme või osutatava teenuse kasutajatele kehtestatud tasud.

Tuleb meelde tuletada, et direktiividega täielikult reguleeritud riigihangete puhul ning ehitustööde kontsessioonide puhul on teistes õigusaktides täpsustatud erandolukorrad, mille puhul on lubatud sõlmida esialgses projektis kavandamata ehitustööde või teenuste otselepinguid ilma pakkumismenetluseta³⁸.

Ühenduse õiguse kohaselt on segaosalusega äriühingul, nagu igal ettevõtjal, vabadus osaleda riigihankelepingu sõlmimise menetlustes³⁹. See kehtib ka selliste pakkumismenetluste puhul, mille tingis tellija poolt loodud segaosalusega äriühinguga juba sõlmitud riigihanke- või kontsessioonilepingu oluline muutmine või pikendamine. Sel juhul peab tellija osutama erilist tähelepanu läbipaistvuse kohustusele ja kõigi pakkujate võrdsele kohtlemisele. Tuleb võtta erimeetmeid, et tagada ühelt poolt riigihanget ettevalmistavate ja lepingu sõlmimise üle otsustavate isikute ning teiselt poolt avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse haldamise eest vastutavate isikute range eraldatus, et vältida igasuguse konfidentsiaalse teabe edastamine tellijalt segaosalusega äriühingule.

³⁷ Vt joonealuses märkuses 35 osutatud otsus kohtuasjas C-496/99 P, komisjon vs. CAS Succhi di Frutta SpA, punkt 116 jj.

³⁸ Vt direktiivi 2004/18/EÜ artiklid 31 ja 61 ning direktiivi 2004/17/EÜ artikli 40 lõike 3 punktid f ja g. Komisjoni arvamuse kohaselt võib neid erandeid kohaldada ka riigihankedirektiividega reguleerimata lepingute, sealhulgas teenuste kontsessioonilepingute sõlmimise puhul (vt kohtujurist Jacobsi ettepanek kohtuasjas C-525/03, komisjon vs. Itaalia, punktid 46-48). Põhimõtteliselt on komisjon seisukohal, et teenuste kontsessioonilepingu oluliste tingimuste muutmine, mida ei ole hankedokumentides ette nähtud, on vastuvõetav vaid siis, kui see on tingitud ettenägematust sündmusest või kui see on õigustatud avaliku korra, julgeoleku või rahvatervise seisukohalt (EÜ asutamislepingu artikkel 46).

³⁹ Direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduses 4 on märgitud, et liikmesriigid peavad tagama, et avalik-õigusliku isiku osalemine pakkujana riigihankelepingu sõlmimise menetluses ei moonuta konkurentsi eraõiguslike pakkujate kahjuks.