



**RIIGIHANGETE
VAIDLUSTUSKOMISJON**

OTSUS

| | |
|----------------------------------|---|
| Vaidlustusasja number | 91-25/291815 |
| Otsuse kuupäev | 06.05.2025 |
| Vaidlustuskomisjoni liige | Angelika Timusk |
| Vaidlustus | AS-i GoBus vaidlustus Mittetulundusühingu Põhja-Eesti Ühistranspordikeskus riigihankes „Avaliku bussiliiniveo korraldamine Läänemaa avalikel bussiliinidel“ (viitenumber 291815) riigihanke alusdokumentidele |
| Menetlusosalised | Vaidlustaja, AS GoBus, esindajad vandeadvokaadid Erki Fels ja Mari Kelve-Liivsoo Hankija, Mittetulundusühing Põhja-Eesti Ühistranspordikeskus, esindaja vandeadvokaat Kristina Laarmaa |
| Vaidlustuse läbivaatamine | Kirjalik menetlus |

RESOLUTSIOON

RHS § 197 lg 1 p 4 ja RHS § 198 lg 3 alusel

- 1. Jätta AS-i GoBus vaidlustus rahuldamata.**
- 2. Mõista AS-ilt GoBus Mittetulundusühingu Põhja-Eesti Ühistranspordikeskus kasuks välja lepingulise esindaja kulud summas 3330 eurot käibemaksuta.**
- 3. Jätta AS-i GoBus vaidlustusmenetluse kulud tema enda kanda.**

EDASIKAEBAMISE KORD

Halduskohtumenetluse seadustiku § 270 lg 1 alusel on vaidlustuskomisjoni otsuse peale halduskohtule kaebuse esitamise tähtaeg kümme (10) päeva arvates vaidlustuskomisjoni otsuse avalikult teatavaks tegemisest.

JÕUSTUMINE

Otsus jõustub pärast kohtusse pöördumise tähtaja möödumist, kui ükski menetlusosaline ei esitanud kaebust halduskohtusse. Otsuse osalisel vaidlustamisel jõustub otsus osas, mis ei ole seotud edasikaevatud osaga (riigihangete seaduse § 200 lg 4).

ASJAOLUD JA MENETLUSE KÄIK

1. 07.03.2025 avaldas Mittetulundusühing Põhja-Eesti Ühistranspordikeskus (edaspidi ka Hankija) riigihangete registris avatud hankemenetlusena läbiviidava riigihanke „Avaliku

bussiliiniveo korraldamine Läänemaa avalikel bussiliinidel“ (viitenumber 291815) (edaspidi Riigihange) hanketeate ja tegi kättesaadavaks muud riigihanke alusdokumendid (edaspidi RHAD).

2. 04.04.2025 laekus Riigihangete vaidlustuskomisjonile (edaspidi vaidlustuskomisjon) AS-i GoBus (edaspidi ka Vaidlustaja) vaidlustus RHAD Lisa 2 „Hankelepung“ (edaspidi ATL) p-ile 4.3. Vaidlustaja täiendas vaidlustust vaidlustusega RHAD üldosa p-idele 8.6 ja 8.8.

3. Vaidlustuskomisjon teatas 10.04.2025 kirjaga nr 12.2-10/91 menetlusosalistele, et vaatab vaidlustuse läbi esitatud dokumentide alusel kirjalikus menetluses, tegi teatavaks otsuse avalikult teatavaks tegemise aja ning andis täiendavate seisukohtade ja dokumentide esitamiseks aega kuni 15.04.2025 ja neile vastamiseks 21.04.2025. Vaidlustuskomisjoni määratud esimeseks tähtpäevaks esitas täiendavad seisukohad Vaidlustaja ja menetluskulude taotluse Hankija ja Vaidlustaja. Teiseks tähtpäevaks esitas täiendavad seisukohad Hankija.

MENETLUSOSALISTE PÕHJENDUSED

4. Vaidlustaja **AS GoBus** põhjendab vaidlustust järgmiselt.

4.1. ATL p 4.3 sätestab: *Vedaja poolt pakkumuses esitatud liinikilomeetri hind on Vedaja toetuse arvestamise aluseks kogu ATL kehtivusaja vältel. Vedajal ei ole õigust nõuda liinikilomeetri hinna suurendamist Vedaja kulude muutumise tõttu ega mistahes muul alusel, samuti pole Vedajal õigust nõuda mistahes täiendavaid hüvitisi, tasusid ega mistahes muid rahalist väärtust omavaid hüvesid ATL täitmisega seotud kulude katmiseks (sh tarkvaralitsentside, turvasertifikaatide, riistvara rendi, andmeside jne kulude katmiseks). Vedaja kannab ATL täitmisega seotud toetuse- ja kuluriski, samuti ATL täitmist mõjutavate asjaolude muutumise riski* (edaspidi Tingimus). Hankija on koostanud Tingimuse viisil, mis ei võimalda Vaidlustajal pakkumust koostada, sest võimatu on liinikilomeetri hinda sisse arvutada erinevate kulukomponentide – eeskätt kütusehind ja bussijuhtide palgad, aga ka varuosad, koristusteenus, remonditeenus – muutumist ajavahemikul 01.01.2027 kuni 13.12.2031. Nii kaugemale etteulatuv hinnastamine on võimatu.

Sama probleem on ka RHAD Üldosa Läänemaa p-ides 8.6 ja 8.8 vastavas osas:

8.6. [---] *Vedaja kannab ATL täitmisega seotud toetuse- ja kuluriski, samuti ATL täitmist mõjutavate asjaolude muutumise riski.*

8.8. *Vedaja poolt pakkumises esitatud liinikilomeetri hind on Vedaja toetuse arvestamise aluseks kogu ATL kehtivusaja vältel ning Vedajal ei ole õigust nõuda liinikilomeetri hinna suurendamist Vedaja kulude muutumise tõttu ega mistahes muul alusel. ATL-st või ATL-ga seotud kohustuste täitmisel on Vedajal õigus üksnes liinikilomeetri hinna alusel makstavale toetusele ATL-s sätestatud korras, muid tasusid ning kulusid Vedajale ei hüvitata.*

4.2. Ühistranspordiseadus (edaspidi ÜTS) ja EL-i otsekohaldav õigus ei võimalda avaliku liiniveo kuludega seotud äririski jätta täielikult vedajale .

ÜTS § 23 lg 2 sätestab, et avaliku liiniveo kulud kaetakse lepingust saadava tuluga. Et avaliku liiniveo lepingu täitmisega seotud kulud peavad olema kaetud lepingust saadava tuluga, on avaliku liiniveo eripärane regulatsioon, mille allikaks on Euroopa Liidu määrus 1370/2007 (edaspidi PSO määrus). Hankija rikub PSO määruse art 3 lg-st 2 ning art 4 lg 1 p-st b) tulenevat kohustust tagada vedajale ATL-i täitmisel tekkivate kulude hüvitamine ja mõistlik kasum. PSO määrus on otsekohaldav.

4.3. Toetuse maksmise tingimused ei võimalda prognoosida, kui suur on õiglane hüvitis ATL-i

täitmise eest. Hankija on sätestanud, et vedaja kannab ATL täitmisega seotud toetuse- ja kuluriski, samuti täitmist mõjutavate asjaolude muutumise riski. Pakkumuste esitamise tähtpäeva seisuga ei ole võimalik prognoosida isegi seda, kuidas võivad täitmist mõjutavad asjaolud muutuda 01.01.2027 seisuga, mil algab lepingu täitmine. Veelgi vähem on võimalik ette näha seda, milline on kulurisk või kuidas muutuvad ATL-i täitmise tingimused järgmise viie aasta jooksul.

4.4. Hankijal ei ole võimalik saada võrreldavaid pakkumusi, sest pakkujad lähtuksid ennustusi tehes isiklikust subjektiivsest äranägemisest. Tavapärane on, et kütusehind indekseeritakse pikalt kehtivas ATL-s, et pakkuja ei peaks võtma ebaproportsionaalset äririski.

4.5. Proportsionaalsuse põhimõtte rikkumine toimub siis, kui hankija huvide eelistamine ületab mõistliku piiri. Hankelepingu tingimuse ebaproportsionaalsus tuleb kõne alla juhul, kui lepingupoolte õiguste-kohustuste tasakaal on äärmuslikult ja ilma mõistliku põhjendusega paigast ära. ATL-i p 4.3 ületab selle piiri, sest paneb pakkujale kohustuse prognoosida erinevate kulukomponentide muutumist kuni 31.12.2031, ei sisalda mingit indekseerimismehhanismi ning võtab pakkujalt samaaegselt õiguse läbirääkimisteks kulukomponentide olulise muutumise korral. Tegemist ei ole tavapärase teenusega, mille puhul võiks olla õigustatud ulatusliku äririski asetamine ettevõtjale.

4.6. ATL p 4.3 on ebaproportsionaalne ja vastuolus läbipaistvuse põhimõttega. Vedajale on pandud kogu toetuse- ja kulurisk. See tähendab:

- ühistranspordis olulised kuluartiklid on täielikult indekseerimata, mida pikaajaliste ATL-de puhul tavaliselt indekseeritakse;
- välistatud on RHS §-i 123 aluste rakendamine, sh § 123 lg 1 p-i 1 alusel *de minimis* muudatus;
- välistatud on vedaja õigus taotleda täiendavat tasu ka mistahes alusel, sh isegi juhuks, mil kulukomponentide suurenemist mõjutab vääramatu jõu asjaolu;
- välistatud on võimalus lepingutasu läbirääkimiseks VÕS §-i 97 juhtumil.

4.7. Äririski asetamine üksnes vedaja õlgadele ei ole EL-i õiguse alusel lubatud ja Hankija on kohustatud PSO määruse nõudeid arvestama.

4.7.1. PSO määruse hüvitamiseskirjade eesmärk on tagada, et teenusepakkujatele ei makstaks ülemäärast hüvitist, võttes arvesse mõistlikku kasumit, et hüvitis tagaks avaliku reisijateveoteenuse osutamise rahalise jätkusuutlikkuse pikema aja jooksul. PSO määruse art 3 lg 2 ls 2 näeb ette hankija kohustuse hüvitada vedajale ATL-i täitmisest tulenevate kulude ja tulude positiivse või negatiivse finantsmõju sellisel viisil, mis väldib ülekompanseerimist. Hankija on seda kohustust ATL p 4.3 sätestamisel rikkunud.

4.7.2. Hankijal on kohustus näha ATL-i tingimustega ette tasumehhanism, mis võimaldaks Vaidlustajal kindlaks määrata hüvitise suuruse, mida tal on õigus ATL-i täitmise eest saada. ATL p 4.3 seda ei võimalda, sest Vaidlustajal on pakkumushinna kujundamisel võimalik arvestada ainult pakkumuse tegemise ajal kehtivaid hindu (nt kütusehinnad ja bussijuhtide palgad), kuid mitte prognoosida, kuidas need muutuvad perioodil 01.01.2027–31.12.2031. Sisuliselt on kogu risk kulude muutumise osas jäetud ATL-ga vedaja (pakkuja) õlgadele. Niisugune äririski jaotus on õigustvastane.

4.8. Seda, et PSO määrus paneb ATL-i tellijaks olevale poolele kohustuse hüvitada vedajale kulud, mida viimane ATL-i täitmisel kannab, kinnitab ka Euroopa Kohtu praktika:

- kohtuasjas C-614/20 selgitas Euroopa Kohus, et PSO määruse art 3 lg 2 teise lause kohaselt hüvitab pädev asutus avaliku teenuse osutajatele üldeeskirjadega kehtestatud tariifikohustuste täitmisest tulenevate kulude ja tulude positiivse või negatiivse finantsmõju viisil, mis väldib ülekompenseerimist. Hüvitist tuleb maksta vastavalt määruse art-s 4 ja 6 ning lisas sätestatud põhimõtetele. Kohus järeldas, et pädevatele asutustele pole ette nähtud mitte õigus, vaid kohustus vältida ATL-i alarahastamist;

- kohtuasjades C-390/22 ja C-421/22 on kohus rõhutanud, et läbipaistvuse puudumine hanketingimustes toob kaasa ebakindluse hüvitise summa osas. See aga võib kahjustada PSO määruse eesmärki, milleks on määrata kindlaks hüvitise maksmise tingimused, et tagada ausa konkurentsi tingimustes avaliku reisijateveoteenuse osutamine tulemuslikult ja ühtlasi rahaliselt tulutoovalt, saavutamaks selle teenuse kõrge kvaliteet.

Järelikult on ATL p 4.3 vastuolus PSO määruse art 4 lg 1 p b) nõuetega, sest see tingimus ei taga läbipaistvust ega võimalda pakkumuse esitamisel õiglast hüvitist välja arvutada.

4.9. Kokkuvõtlikult: nii PSO määruse art-test 4 ja 6, PSO määrust tõlgendavast juhiseist kui ka Euroopa Kohtu praktikast järeldub, et Hankijal on kohustus hüvitada teenuse osutamisega reaalselt tekkinud kulud. Järelikult peab Hankija ATL p-i 4.3 muutma selliselt, et Vaidlustajal oleks võimalik esitada pakkumuse maksumus, mis tagaks teenuse osutamisega reaalselt tekkinud kulude ja mõistliku kasumi hüvitamise.

4.10. Hankija mõistab valesti Euroopa Kohtu praktikat.

24.03.2025 esitati Hankijale teabevahetuses sõnum, milles ettevõtja palus ATL p-i 4.3 selgitada ning viitas, et indekseerimise puudumine ATL-is on vastuolus riigihanke üldpõhimõtetega. 27.03.2025 vastas Hankija, et Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt ei ole hanketingimused, milles puudub indekseerimismudel, õigusvastased. Pakkumuse hinnastamisel peab Hankija arvates kõikide kulukomponentide osas tegema prognoosi pakkuja ise, millesse on arvestatud mh äritegevuse risk. Hankija eksib.

4.10.1 On tõsi, et Euroopa Kohus on lahendis C-152/17 hankelepingu tasu indekseerimise kohustust eitanud, kuid see lahend ei ole asjassepuutuv, kuna on tehtud valdkonnas, kus tasude reguleerimiseks EL õigusakte vastu võtnud ei ole. Sõitjateveo korraldamisel lähtutakse EL-i poolt vastuvõetud PSO määrusest. Tegemist on eriregulatsiooniga, mis piirab vedajale äririski asetamist avalikes huvides. Samadel põhjustel ei kohaldu vaidlustuskomisjoni praktika, mis indekseerimise kohustust üldjuhul eitab.

4.10.2. Lahendi C-421/22 p-is 52 leiab Euroopa Kohus, et liikmesriikide pädevad asutused ei ole kohustatud hankelepingus ette nägema automaatset ja perioodilist indekseerimist. Euroopa Kohus ei järelda lahendis, et hankijal on õigus loobuda lepinguhinna mistahes viisil indekseerimisest või muul viisil riskide proportsionaalsest jaotamisest. Lahendis analüüsitud põhikohtuasjas ei olnud hanketingimused ülemääraseks või ebamõistlikuks ja hankija oli ette näinud lepingulise hinna indekseerimise teatud lepinguperioodiks ja samuti juhaks, kus kütuse- ja tööjõukulude ning sotsiaalkindlustusmaksete suurenemine ületab teatud taseme. Erinevalt C-421/22 vaidlusest ei ole Hankija ATL p-is 4.3 ette näinud mingit indekseerimismehhanismi.

4.11. Vaidlustaja täiendas 15.04.2025 oma seisukohti järgnevalt.

4.11.1. Vaidlustuse lahendamine on vaidlustuskomisjoni pädevuses ja RHS § 3 p-i 1 rikkumise hindamisel tuleb otsustada, kas Hankija on rikkunud PSO määrusest tulenevaid kohustusi. Vaidluse all on ATL ja RHAD, millele kohaldub PSO määruse erikord.

4.11.2. Hankija selgitused tingimuste sisu kohta on vastuolus tingimuste sõnastusega. Hankija ei ole selgitanud, miks on ka täiesti prognoosimatute riskide panemine ainult vedajale Hankija eesmärkide suhtes vajalik, sobiv või mõõdukas. Hankija ei ole õigesti mõistnud ATL-i sõlmimise eesmärki, mille suhtes tuleks tingimuste proportsionaalsust hinnata. Hankija ei ole ka selgitanud, mil viisil saab ta teostada põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse kontrolli või vältida eduka pakkuja lubamatut ülekompenseerimist, kui hinna aluseks olevate kulukomponentide muutused on ka Hankija enda jaoks täiesti prognoosimatud ning ATL-is puudub indekseerimine selliste muutustega arvestamiseks.

4.11.3. Hankija on läbipaistvuse põhimõtte segi ajanud võrdse kohtlemise põhimõtte ja majandusliku otstarbekuse põhimõtetega. Läbipaistmatu tingimus ei muutu õiguspäraseks seeläbi, et see rakendub kõigile pakkujatele ühetaoliselt või on väidetavalt majanduslikult otstarbekas.

4.11.4. Hankija mõistab ebaõigesti PSO määruse art 4 lg 1 p b) kohustust.

4.11.4.1. Vale on Hankija arusaam, nagu peaks vaid väljaspool riigihankemenetlust sõlmitud ATL-ides vedaja tasu katma reaalsed kulud ja võimaldama mõistlikku kasumit.

4.11.4.2. PSO määruse art 6 lg 1 sätestab: *Sõltumata lepingu sõlmimise viisist peavad kõik üldeeskirjaga või avaliku teenindamise lepinguga seotud hüvitised olema kooskõlas artikli 4 sätetega. Kõik hüvitised, mis on seotud vastavalt artikli 5 lõigetele 2, 4, 5 või 6 sõlmitud avaliku teenindamise otselepinguga, või üldeeskirjaga, peavad sõltumata oma laadist vastama ka lisa esitatud sätetele.* Seega ei vasta tõele arvamus, nagu ei oleks Hankijal avatud hankemenetluses kohustust kehtestada selliseid kriteeriumeid, mis võimaldavad ATL-i täitjal mõistlikku äririski võttes katta lepingu täitmisega seotud kulud ja teenida mõistlikku kasumit. Vastupidi – art 4 lg 1 p b) paneb Hankijale sõnaselge kohustuse läbipaistvate kriteeriumide kehtestamiseks, mille alusel on pakkujal võimalik prognoosida, millise pakkumushinnaga ta suudab katta nii lepingu teenindamise kulud kui teenida kasumit. Väljaspool hankemenetlust ei toimu läbipaistvate hanketingimuste alusel pakkumushindade esitamist. Avatud hankemenetluses peab hankija omaenda kehtestatud kriteeriumite alusel suutma kontrollida, kas pakkujate pakutavate hindade alusel kujuneks hüvitis asjakohaseks art 4 lg 1 p b) tähenduses või mitte.

4.11.4.3. Hankija viidatud kohtupraktika on asjassepuutumatu ja Hankija mõistab Euroopa Kohtu praktikat valesti.

4.11.4.4. Asjakohatud on Hankija väited kulude automaatse hüvitamise ja perioodilise indekseerimise kohustuse puudumise osas. Vaidlustaja ei nõua oma äririski täielikku ega automaatset maandamist.

Asjakohane on Riigikohtu asjas nr 3-21-958 tehtud otsuse p 20 osas, milles Riigikohus rõhutab: *[---] Euroopa Kohus on Dobeles Autobusu Parks jt selgitanud, et liikmesriikide pädevatel asutustel on avaliku teenindamise lepingu puhul kaalutlusruum hüvitise mehhanismi kujundamisel ning riskide jaotus ei tohi olla ebaproportsionaalne (otsuse p-d 42, 44 ja 54; määruse 1370/2007, art 2a lg 1 teine lõik. [---].*

Hankija järeldused Euroopa Kohtu C-421/22 Dobeles Autobusu jt lahendi kohta on samuti ebaõiged. Kohtuasjas C-421/22 analüüsiti ATL-i, milles oli nähtud ette teatud kulukomponentide indekseerimine lepingu 5.-7. aastal. Euroopa Kohus ei välistanud, et selline osaline indekseerimine tagab lepingu täitjale tema riskide osalise maandamise. Praegu ei ole

5-aastase perioodi sees ajavahemikku, mil kulud indekseeritaks või maandataks pakkuja prognoosimatud riskid mõne muu meetodiga.

4.11.5 Vaidlustatud hanketingimused ei ole läbipaistvad RHS § 3 p-i 1 ega PSO määruse art 4 lg 1 p-i b) tähenduses.

ATL p-ide 4.3, 8.6 ja 8. alusel ei ole võimalik kujundada sellist pakkumushinda, mis võimaldaks välistada nii alapakkumused (RHS § 115) kui vältida vedaja ülemäärast kompenseerimist.

21.03.2025 esitati Hankijale küsimus bussijuhtide keskmise palga kohta, sest selle tagamine ATL-i täitmise ajal on vedajale kohustuslik. Hankija vastas, et ei tea, milliseks kujuneb sektoriülene keskmine brutopalk ATL-i täitmise ajal.

Kuna Hankija ei tea, milliseks kujunevad ATL-i täitmise perioodil kütuse- ja palgakulud, aga ka nt erinevate varuosade või muude kulukomponentide maksumus, siis ei suuda Hankija ka hinnata, millise kuluga suudab pakkuja reaalsuses lepingut teenindada.

4.11.6. Hankija on vaidlustatud hanketingimuste kehtestamisel eiranud majanduslikku reaalsust.

Hankija arvamus, nagu ei oleks Eesti praegune majanduskeskkond sedavõrd „volatiilne“, et Vaidlustaja ei saa pakkumuse esitamise seisuga 2025. aasta mais prognoosida ATL-i täitmise tegelikku kulu selle kogukestuse ajal, on põhjendamatu.

4.11.7. RHAD on ebaproportsionaalne nii RHS § 3 p-i 1 kui PSO määruse art 4 lg 1 p-i b) tähenduses.

4.11.7.1. Vaidlustaja ei pea ebaproportsionaalseks ATL-i kogukestust või pakkumuste esitamise ja lepingu täitmise alguse vahele jäävat perioodi. Hankija väidab ekslikult, et vaidlustatud hanketingimused on tema eesmärges silmas pidades sobivad, vajalikud ja mõõdukad. Sellist hinnangut ei ole Hankija millegagi põhjendanud. Lisaks ei ole Hankija õigesti aru saanud sellest, mis on tema eesmärk ATL-i sõlmimisel.

4.11.7.2. Hankija peab arvestama PSO määruse eesmärkidega ja ATL-i tingimused peavad olema proportsionaalsed ka PSO määruse eesmärkide suhtes. PSO määruse põhjenduspunkti 27 kohaselt tuleks otselepingute või üldeeskirjade puhul hüvitise näitajad kehtestada selliselt, et hüvitissummad oleksid asjakohased ning tagatud oleks *teenuste tõhusus ja kvaliteet*. Lisa p-is 7 on täpsustatud, et hüvitamise meetod peaks aitama *säilitada või arendada avaliku teenuse osutaja tõhusat haldustegevust, mida oleks võimalik objektiivselt hinnata*.

Komisjoni 2023. aasta teatises määruse kohta selgitatakse, et määruse lisa p-i 7 kohaselt peab hüvitamise meetod *olema suunatud sellele, et säilitada või arendada [---] piisavalt kõrge kvaliteeditasemega reisijateveoteenuse osutamist*. See põhimõte on sätestatud ka art 2a lg 2 p-is b, kus on märgitud, et avaliku teenindamise kohustuste netofinantsmõju hüvitamine peab tagama avaliku reisijateveoteenuse osutamise rahalise jätkusuutlikkuse pikema aja jooksul. See tähendab, et pädevate asutuste makstav hüvitis peaks võimaldama teenusepakkujatel osutada kvaliteetseid teenuseid rahaliselt jätkusuutlikul alusel.

4.11.7.3. PSO määruse eesmärki tagada avaliku reisijateveoteenuse osutamise rahaline jätkusuutlikkus pikema aja jooksul kinnitab ka Euroopa Kohtu praktika: *Seega, kui liikmesriigi pädev asutus peaks hankemenetluses nägema ette ebamõistlikke või ülemääraseid tingimusi, arvestades riske, mida asjaomane avaliku teenuse osutaja peaks võtma, on vähetõenäoline, et talle esitatakse pakkumusi, mistõttu peaks see asutus neid tingimusi muutma, et viia need proportsionaalsuse põhimõttega kooskõlla*. Ka Riigikohus on kinnitanud, et riigihanke võitnud

vedaja peab küll kandma mõistlikku riski, kuid kogu riski asetamine vedajale ei ole põhjendatud. Hankija on välistanud lepinguhinna läbirääkimise mistahes tingimustel.

4.11.8. Vastuses vaidlustusele on Hankija püüdnud tingimustele anda teistsugust tähendust.

Hankija kinnitab oma vastuses kõigepealt, et fikseeritud hinnaga pakkumused võimaldavad Hankijal *juba ATL-i sõlmimisel veenvalt hinnata, kas ATL täitmisega seonduvad kulud on riigi jaoks vastuvõetavad*. Veelgi enam – Hankija selgitab, et *ei ole mõeldav ega mõistlik vaidlustaja soov, et avalikke vahendeid peaks eiteakust juurde tekkima, kui vedaja kulud ATL täitmisel peaksid suurenema, sest nii ei ole ATL täitmise reaalne kulukus riigi jaoks enam ette planeeritav*. Seega on Hankija seisukohal, et 5-aastase kestusega ATL-i täitmine peab toimuma 5 aastat ning seda hinnaga, mida prognoosimatus majanduskeskkonnas tuleb pakkuda 1,5 aastat enne lepingu täitmise alustamist.

Kohe seejärel leiab Hankija aga üllatuslikult, et kui ATL-i kui terviku majanduslik tasakaal peaks olema vedaja kahjuks ettenägematul ja olulisel moel muutunud, siis on vedajal õigus pöörduda ATL lõpetamiseks kohtusse. Seega möönab Hankija, et ATL-i täitmise ajal võivad majanduskeskkonna näitajad muutuda nii oluliselt, et vedajal ei ole võimalik seda pakkumuse esitamise ajal ette näha. Vastasel korral ei saaks vedajal olla Hankija hinnangul õigust nõuda asjaolude olulisel muutumisel lepingu ennetähtaegset lõpetamist. See on vastuolus Hankija poolt ATL p-is 4.3 ja RHAD p-is 8.6 väljendatud veendumusega, et kõigi asjaolude muutumise risk lasub vedajal. Samuti on see vastuolus Hankija arvamusega, et majanduskeskkonna näitajate muutumist ca 7 aasta ulatuses on võimalik mõistlikult prognoosida.

4.11.9. Hankija väidab, et vedajal puudub subjektiivne õigus nõuda lepingu muutmist, kuid asjaolude olulisel muutumisel saab ta seda RHS §-i 123 või HMS §-i 102 alusel siiski nõuda. Kui vedajal pole subjektiivset nõudeõigust lepingu muutmiseks, siis ei saa tal olla ka õigust vaidlustada kohtus Hankija keeldumist lepingu muutmiseks.

4.11.10. Kulude indekseerimise mehhanism on tõenäoliselt ainus läbipaistev ja võrdse kohtlemise põhimõtet järgiv võimalus riskide proportsionaalseks jaotamiseks.

Vaidlustaja nõuab RHAD-i kooskõlla viimist RHS § 3 p-i 1 nõuetega, s.o läbipaistvuse ja proportsionaalsuse tagamist. Vaidlustaja ei pea tõenäoliseks, et selleks on muid võimalusi peale indekseerimismehhanismi. Vedajale asjakohase hüvitise maksmise (s.o alarahastuse ja ülekompenseerimise vältimist tagavad) objektiivsed ja läbipaistvad kriteeriumid tuleb sätestada juba ATL-s.

5. Mittetulundusühing Põhja-Eesti Ühistranspordikeskus vaidleb vaidlustusele vastu.

5.1. Vaidlustuskomisjonil puudub pädevus kontrollida RHAD-i vastavust ühistranspordiseadusele ja PSO määrusele.

Vaidlustusmenetluses piirdub vaidlustuskomisjoni pädevus sellega, et tuvastada hankija poolt RHS-ist tulenevate kohustuste rikkumine (RHS § 185 lg 1).

Vaidlustatud hanketingimused ei riku läbipaistvuspõhimõtet, sest kohalduvad kõikidele pakkujatele ühtemoodi. Vaidlustatud hanketingimused ei riku proportsionaalsuse põhimõtet.

5.2. Vaidlustuskomisjon ei kontrolli hanketingimuste majanduslikku otstarbekust.

5.3. Hankija ei pea kujundama hankelepingu tingimusi selliselt, et need oleksid pakkujatele võimalikult soodsad ja meelepärased. Vaidlustatud hanketingimused on Hankija eesmärges silmas pidades sobivad, vajalikud ja mõõdukad. Hankijal on hanketingimuste määratlemisel avar kaalutlusruum ning üksnes hankija enda otsustada on, mida ja millistel tingimustel (sh

millise hinna eest) ta hankida soovib. Hankijal ei ole kohustust kehtestada potentsiaalsetele pakkujatele meelepäraseid hanketingimusi.

5.4. Hanketingimuste kontekstis ei peeta RHS § 3 p-ide 1 ja 2 tähenduses proportsionaalsuse all silmas mitte seda, et hankes kehtestatud tingimused oleksid igal juhul vastuvõetavad pakkujale või et hankes kehtestatud tingimustel sõlmitavas lepingus oleksid hankija ning (ausa konkurentsi tingimustes edukaks osutunud) pakkuja õigused ja kohustused mistahes hinna juures omavahel tasakaalus. Vaidlustusmenetlus ei ole ettevõtja jaoks vahend saavutamaks endale lihtsalt meelepärasemaid lepingutingimusi.

5.5. Õigusaktidest ega kohtupraktikast ei tulene kohustust tagada vedaja tasu perioodiline indekseerimine

ÜTS § 23 lg-st 2 ega PSO määrusest ei tulene kohustust tagada riigihankes sõlmitud avaliku teenindamise lepingu täitmise reaalsete kulude hüvitamist.

5.5.1. ÜTS § 23 lg 2 sätestab järgmist: *Avaliku teenindamise lepingu alusel teostatava liiniveo kulud kaetakse avaliku teenindamise lepingu alusel teostatava ühistranspordi eest saadava tuluga, sealhulgas piletituluga, riigieelarvest või omavalitsusüksuse eelarvest avalikule liiniveole eraldatava toetusega ning muu tuluga, mis laekub avaliku teenindamise kohustuse täitmise tõttu. Tulude ülekandmine vedaja teistesse ettevõtluse valdkondadesse on keelatud. Selle kohustuse järgimine peab kajastuma vedaja tulude, kulude ja vara arvestuses.* Viidatud sätte mõte on reguleerida, millistest allikatest katab ATL täitmise kulud teenuse tellija ja teisalt reguleerida seda, et vedaja ei tohi ATL alusel saadud tulu ümber suunata teistesse ettevõtlusvaldkondadesse. ÜTS § 23 lg 2 ei näe ette, et avaliku liiniveo tellija riskivastutus on tagada vedaja reaalsete kulude hüvitamine, samuti ei keela ÜTS § 23 lg 2 ka seda, et vedaja ristsubsideerib oma kulusid ATL-i täitmisel ka muude valdkondade tuluallikatest, sh nt kommertsliiniveost nagu mh on kinnitanud Riigikohus lahendis 3-18-1946.

5.5.2. PSO määruse art 4 lg 1 sätestab järgmist:

Public service contracts and general rules shall:

(a), clearly define the public service obligations with which the public service operator is to comply, and the geographical areas concerned;

(b), establish in advance, in an objective and transparent manner,

(i), the parameters on the basis of which the compensation payment, if any, is to be calculated, and

(ii), the nature and extent of any exclusive rights granted, in a way that prevents overcompensation. In the case of public service contracts awarded in accordance with Article 5(2), (4), (5) and (6), these parameters shall be determined in such a way that no compensation payment may exceed the amount required to cover the net financial effect on costs incurred and revenues generated in discharging the public service obligations, taking account of revenue relating thereto kept by the public service operator and a reasonable profit;

(c), determine the arrangements for the allocation of costs connected with the provision of services. These costs may include in particular the costs of staff, energy, infrastructure charges, maintenance and repair of public transport vehicles, rolling stock and installations necessary for operating the passenger transport services, fixed costs and a suitable return on capital.

Seega üksnes avaliku teenindamise lepingute puhul, mis on sõlmitud art 5 lg-te 2, 4, 5 ja 6 alusel ehk väljaspool riigihankemenetlust, peab vedaja tasu katma reaalsed kulud ja võimaldama mõistlikku kasumit. Seevastu riigihanke tulemusena sõlmitud avaliku teenindamise lepingute puhul on vedaja enda kohustus hinnata ATL-i täitmise kulusid ning teha selle pinnalt riigihankes hinnapakkumine, arvestades PSO määruse art 4 lg 1 p-is b) (i) sätestatud vedaja tasustamise skeemi ja p-is c) nimetatud ATL regulatsiooni teenuse osutamisega seotud kulude katmise küsimuses – seejuures rõhutab art 4 sõnastus, et ATL-i sõlmimise menetluses peavad nii vedaja tasustamise skeem kui kulude jaotamise põhimõtted

olema ette teada (*in advance*). PSO määruse art 6 lg 1 kohaselt peavad nii otselepingud kui ka õigusaktid, mis määravad vedajale makstava tasu, vastama nii määruse art 4 kui määruse lisa 1 nõuetele, ent avaliku teenindamise lepingud, mis on sõlmitud riigihanke tulemusena, peavad vastama vedaja tasu regulatsiooni osas vaid määruse art 4 nõuetele. See on ka loogiline, sest riigihanke tulemusena hinnastab vedaja ise lähtudes oma ärimudelist oma pakkumuse nii, et teenuse osutamise kulud oleks kaetud, seevastu otselepingu sõlmimisel ja õigusaktiga vedaja tasu määramisel on oht, et hankija määratud tasu ei kata vedaja kulusid või vastupidi viib ülekompensatsioonini.

5.6. Riigikohus on kinnitanud kohtuasjas 3-21-958, p-is 20: *ÜTS § 23 lg-st 2 ei tulene, et ATL alusel makstavad tasud peavad eranditult ja automaatselt katma kõik liiniveo kulud. Euroopa Kohus on asjas Dobeles Autobusu Parks jt selgitanud, et liikmesriikide pädevatel asutustel on avaliku teenindamise lepingu puhul kaalutlusruum hüvitise mehhanismi kujundamisel ning riskide jaotus ei tohi olla ebaproportsionaalne (otsuse p-d 42, 44 ja 54; määruse 1370/2007, art 2a lg 1 teine lõik). Hankemenetlus tagab üldjuhul hanketingimuste proportsionaalsuse (Dobeles Autobusu Parks jt p-d 56-58).*

Seega on ekslik Vaidlustaja viide PSO määruse art 3 lg 2 p-ile 2, millest Vaidlustaja väidab olevat Hankijal õigusaktist tuleneva kohustuse hüvitada vedajale ATL-i täitmisest tulenevate kulude positiivse ja negatiivse finantsmõju sellisel viisil, mis väldib ülekompenseerimist.

5.7. PSO määruse art 3 lg 2 (millel p 2 puudub) reguleerib hoopis teist olukorda – seda, kui haldusorgan on määranud maksimaalsed piletihinnad osutatava veoteenuse eest ehk olukorda, kus vedaja kulude katmine sõltub reisijate piletitulust. Seepärast ei ole asjakohane Euroopa Kohtu kohtulahend asjas C-614/20, sest see käsitles riigi poolt kehtestatud sõidusoodustustest tulenevate kulude kandmist vedaja poolt. Riigihankes sõlmitava ATL-i puhul ei sõltu vedaja tulu mitte mingil moel reisijate piletitulust vaid üksnes pakkuja enda poolt pakutavast liinikilomeetrihinnast. Asjakohane pole ka lahend C-390/22, sest selles oli vaidluse all otselepinguga avaliku teenindamise kohustuse panemine vedajale, mitte hankelepingu sõlmimine avatud riigihankes.

5.8. Kohtupraktikas on korduvalt kinnitatud, et puudub kohustus tasu indekseerimiseks.

5.9. Euroopa Kohus on asjas C-421/22 kinnitanud, et avatud hankemenetluses ei pea hanketingimustes sätestama mitte mingisugust vedaja tasu indekseerimise korda. Vaidlustaja püüab väita, et kohtuasja C-421/22 järeldused ei ole käesoleval juhul ülekantavad, sest selles kohtuasjas oli ette nähtud teatud kulude indekseerimine, kui nende muutus ületas teatava protsendimäära. Vaidlustaja jätab tähelepanuta, et asjas oli vaidluse all 10-aastase ATL-i sõlmimine, mille esimese 4 kehtivusaasta jooksul polnud indekseerimist ette nähtud ja välistatud oli ka viimase 3 aasta kulude indekseerimine. Käesolevas Riigihankes sõlmitakse 5-aastane ATL. Seega on mitte-indekseeritavad teenuse osutamise perioodid võrreldavad.

5.10. ATL-is on reguleeritud, et vedaja kannab ATL-i alusel teenuse osutamisega seotud kõik kulud ja vedajal lasub kohustus ATL täitmisega seotud kulusid prognoosida ATL-i 5-aastase kehtivuse kohta. PSO määrus ega ÜTS § 23 lg 2 ei keela sellist vedaja tasustamise viisi RHAD-is sätestada.

5.11. Hanketingimused ei pane vedajale ebaproportsionaalselt riske.

5.11.1. ATL kehtivus 5 aastat ei ole ebatavaliselt pikk ega ole ebatavaliselt pikk ka ATL-i alusel osutatava teenuse ettevalmistusaeg. PSO määruse kohaselt on avaliku liiniveo lepingute sõlmimine lubatud ka 10-aastaseks perioodiks. Pikem kehtivusperiood on mh vajalik arvestades ATL täitmisega seonduvaid investeeringuid.

5.11.2. Hankija on alustanud Riigihankega aegsasti. Vaidlustaja väide, et ta on objektiivselt võimeline pakkuma hindu vaid pakkumuste esitamise tähtpäeva seisuga ega ole võimeline kulusid prognoosima ka mitte 01.01.2027 seisuga, ei ole eluliselt usutav. Eesti praegune majanduskeskkond ei ole sedavõrd volatiilne. Kulude ennustamine ja äririskide maandamine kuulub paratamatult ettevõtluse juurde ning avaliku liiniveo sektor ei ole kulude volatiilsuse osas mingil moel eriline. Ei ole mõeldav ega mõistlik Vaidlustaja soov, et avalikke vahendeid peaks jooksvalt juurde tekkima, kui vedaja kulud ATL-i täitmisel peaksid suurenema, sest nii ei ole ATL-i täitmise reaalne kulukus riigi jaoks enam ette planeeritav. Vedajate esitatavad fikseeritud hinnaga pakkumused võimaldavad riiklikke rahalisi vahendeid ettenähtavalt planeerida ning juba ATL-i sõlmimisel veenvalt hinnata, kas ATL-i täitmisega kaasnevad kulud on riigi jaoks vastuvõetavad. Kui vedaja reaalsed kulud ATL-i täitmisel peaksid jääma allapoole tema pakutud fikseeritud hinda, siis on vedajal võimalik ATL-i täitmisest ka oodatust suuremat kasumit teenida. Keegi ei kohusta pakkujat Riigihankes oma pakkumust riskantselt hinnastama, et tekib ATL-i alarahastamise oht.

5.11.3. Vaidlustaja väidab ebaõigesti, et hanketingimustega on välistatud mistahes moel ATL-i muutmine RHS § 123 alusel ja isegi HMS § 102 ning VÕS § 97 (mis küll ei kohaldu, sest tegemist on halduslepinguga) alusel, kui ATL-i kui terviku majanduslik tasakaal peaks olema vedaja kahjuks ettenägematult ja olulisel moel muutunud. Midagi sellist ei ole võimalik RHAD-ist välja lugeda. Kui on täidetud HMS § 102 lg 4 eeldused, st kui ATL kui terviku majanduslik tasakaal on vedaja kahjuks oluliselt ja ettenägematult muutunud, on vedajal õigus pöörduda ATL-i lõpetamiseks kohtusse. Vedajal on alati võimalik taotleda ATL-i muutmist olgu siis RHS §-i 123 või HMS §-i 102 alusel ja Hankija keeldumise korral on vedajal võimalik vaidlustada Hankija keelduv otsus halduskohtus kaalutlusõiguse rikkumise tõttu.

5.12. Hankija täiendas 21.04.2025 oma seisukohti järgnevalt.

5.12.1. Vaidlustuskomisjoni pädevus hinnata hanketingimuste kooskõla PSO määrusega.

5.12.1.1. Vaidlustaja väidab et kuivõrd PSO määruse sisaldab erinevaid avaliku liiniveo sektoris riigihangete kohta, siis peab vaidlustuskomisjon mh hindama hanketingimuste kooskõla PSO määruse regulatsiooniga. Vaidlustaja eksib. Vaidlustuskomisjoni pädevus piirdub konkreetselt RHS-iga vastuolude tuvastamisega.

5.12.1.2. Vaidlustaja on vaidlustuse üles ehitanud positsioonile, et RHAD on vastuolus PSO määruse art 4 lg 1 alapunktiga b ja seetõttu rikuvad RHS-i läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtteid.

Vaidlustaja viidatud osa ei kohaldu avatud hankemenetluses sõlmitud ATL-idele, vaid üksnes siseteingu alusel pandud avaliku teenindamise kohustusele (art 5 lg 2), väikse veomahuga otselepingule (art 5 lg 4), liiniveo katkemise vältimiseks sõlmitud erakorralisele otselepingule (art 5 lg 5) või raudteeveoks sõlmitud lepingule (art 5 lg 6). Seega on valed kõik Vaidlustaja viited sellele, kuidas vedaja tasustamise tingimused peavad katma vedaja reaalseid kulusid ja tagama mõistliku kasumi ning arvestama netofinantsmõju vedajale.

5.12.1.3. Kuivõrd PSO määruse art 4 lg 1 alapunkti b kohaselt piirdub avatud hankemenetluses ATL-is vedaja tasustamise tingimuste regulatsioon kohustusega tagada objektiivsus ning läbipaistvus, siis on vaidlustuskomisjoni kontrolli ulatus samasugune sõltumata sellest, kas jaatada tema pädevust hinnata hanketingimusi PSO määruse alusel või mitte.

5.12.2. RHAD on läbipaistev, Vaidlustaja soovib vaidlustada hoopis tingimuste majanduslikku otstarbekust.

5.12.2.1. Vaidlustaja leiab, et RHAD on vastuolus PSO määruse art 4 lg 1 b) nõuetega

lâbipaistvuse kohustuse rikkumise tõttu. Vaidlustaja sisustab ebaõigesti lâbipaistvuse põhimõtet. Hanketingimus on lâbipaistvuse põhimõttega kooskõlas, kui see on sõnastatud ühemõtteliselt, ilma vastuoludeta ja kõikidele potentsiaalsetele pakkujatele arusaadavalt. Vaidlustaja ei ole väitnud, et vaidlustatud hanketingimused oleks talle arusaamatud, mitmeti mõistetavad või vastuolulised. Vaidlustajale ei meeldi vaidlustatud hanketingimuste sisu, sest Vaidlustaja ei soovi sellistel majanduslikel tingimustel ATL-i sõlmida.

5.12.2.2. Vaidlustatud hanketingimustes on vedaja tasustamine reguleeritud selgelt ja lâbipaistvalt – vedajale makstakse ATL-i kehtivuse kestel tasu vastavalt vedaja enda poolt pakutud liinikilomeetri hinnale. ATL ja tehnilise kirjelduse tingimused määravad vedaja kohustuste sisu ja mahu, millest lâhtudes pakkuja kalkuleerib ATL-i täitmiseks vajalikud kulud lâhtudes tema enda ärimudelist. Hankija ei pea pakkujale ette kirjutama, kuidas täpselt pakkuja kalkuleerib ATL-i täitmiseks vajalikke kulusid ja kujundab oma äritegevust kõige optimaalsemal viisil. Avaliku liiniveo sektoris pakkumuse hinnastamine ei erine mitte mingil moel muudes sektorites kestuslepingute hinnastamisest – pakkuja teab ise kõige paremini oma äri struktuuri ja optimeerimise viisi.

5.12.2.3. Vaidlustaja seisukohtades on ilmne vastuolu – Vaidlustaja heidab ette, et indekseerimisvalemi puudumise tõttu ei ole hanketingimused lâbipaistvad, ent teisalt rõhutab, et majanduskeskkonna muutumine ATL-i 5-aastase kehtivusperioodi kestel on Vaidlustaja jaoks absoluutselt ettenägematu ja seetõttu ei saa Vaidlustaja majanduskeskkonna muutumise mõjusid arvestada pakkumuse hinnastamisel. Kui vedaja tasu indekseerimine oleks seotud statistiliste valemite kaudu sellise ettenägematu majanduskeskkonna muutustega, siis muutuks ju vedaja tasustamine indekseerimise tulemusena pakkuja jaoks täiesti lâbipaistmatuks ja ettenägematuks, sest pakkujal puuduks pakkumust hinnastades igasugune kindlus selles, kuidas statistilise valemi alusel indekseerimise tulemusena vedaja tasu muutub ning kas ja kuidas indekseeritud tasu vedaja reaalsed kulud katab.

5.12.2.4. Kui hanketingimus on majanduslikult ebaotstarbekas, siis kannab Hankija riski, et pakkumusi ei esitata üldse või on esitatud pakkumused sedavõrd kõrge maksumusega, et ületavad Riigihankeks planeeritud rahalisi vahendeid.

5.12.3. PSO määruse regulatsioon avatud hankemenetluses sõlmitud avaliku teenindamise lepingus vedaja tasustamiseks ja vaidlustatud hanketingimuste proportsionaalsus.

5.12.3.1. Vaidlustaja mõistab ebaõigesti PSO määrusest tulenevaid reegleid avatud hankemenetlusega riigihanke tulemusena sõlmitud ATL-is vedaja tasustamise regulatsioonile. Vaidlustaja ei erista avaliku teenindamise kohustuse tekkimise erinevaid õiguslikke aluseid. PSO määruse reeglistik vedaja tasustamise osas on erinev sõltuvalt avaliku teenindamise kohustuse tekkimise viisist. PSO määrusest ei tulene Hankijale avatud hankemenetluses kohustust pakkujatele ette kirjutada ega kontrollida, kas pakkuja pakutud hind katab kõik pakkuja reaalsed kulud ja võimaldab kasumit teenida. Hankija kohustused selles osas piirduvad tavapärase alapakkumuse kontrolliga. Seda kinnitab üheselt Euroopa Komisjoni tõlgendussuuniste teatis PSO määruse kohta, milles on avatud hankemenetluses sõlmitud ATL-i puhul vedaja tasustamise kohta märgitud p-is 2.4.1 järgmist:

An open, transparent and non-discriminatory competitive tendering procedure within the meaning of Article 5(3) will minimise the public compensation that the competent authorities will need to pay to the service provider to obtain the level of public service imposed in the tender, thus preventing overcompensation. In such a case, there is no need to apply the detailed rules on compensation set out in the annex.

Seega avatud hankemenetluse lâbiviimine ise on piisav instrument välistamaks ülekompanseerimist (sest eelduslikult välistab selle avatud hankemenetlusega kaasnev konkurents) ning see on piisav ka selleks, et tagada vedaja reaalsete kulude katmine (sest iga

vedaja, hinnastades oma pakkumust ise, seisab hea oma äri jätkusuutlikkuse eest ja selle eest, et ATL-i täitmisega seotud reaalsed kulud saaks kaetud).

5.12.3.2. Vaidlustaja on ebaõigesti viidanud Euroopa Komisjoni tõlgendussuunistele – nagu Vaidlustaja enda tekstist nähtub *määruse lisa punkti 7 kohaselt peab hüvitamise meetod olema suunatud sellele, et säilitada või arendada [---] piisavalt kõrge kvaliteeditasemega reisijateveoteenuste osutamist*. Kuid PSO määruse lisa 1 ei kohaldu avatud hankemenetluses sõlmitud ATL-dele nagu PSO määruse lisa 1 p 1 selgesõnaliselt ütleb. Seetõttu on Vaidlustaja viited Euroopa Komisjoni tõlgendussuunistele läbivalt valed, sest need puudutavad avatud riigihanke väliselt tekkinud avaliku teenindamise kohustuse tasu.

5.12.3.3. Vaidlustaja põhjendab, et RHAD on vastuolus proportsionaalsuse põhimõttega, kuna see ei ole kooskõlas PSO määruse normi eesmärgiga, ent kuna Vaidlustaja viited PSO määruse regulatsioonile on valed, siis pole Vaidlustaja ka põhjendanud RHAD-i ebaproportsionaalsust.

5.12.3.4. Arusaamatuks jääb kuidas konkreetse vedaja reaalsetel kuludel põhineva pakkumuse maksumuse seostamine üldiste majanduskeskkonna statistiliste näitajatega (millel puudub seos konkreetse vedaja kuludega) saab pakkumuse hinnastamist ja ATL-i järgi reaalselt makstavat tasu muuta pakkuja jaoks läbipaistvamaks või kuidagi hõlbustada alapakkumuse kontrolli teostamist.

5.12.4. Nii Eesti kui Euroopa Kohtu kohtupraktika kinnitab, et vedajal puudub subjektiivne õigus nõuda vedaja tasu perioodilist indekseerimist.

Vaidlustaja leiab, et kohtupraktika hanketingimuste vaidlustamise kohta avaliku liiniveo hangetes vedaja tasu indekseerimise küsimuses pole asjakohane, sest eelnevates hangetes olid vaidluse all hanketingimustes kehtestatud indekseerimismudelid kui hanketingimused (ehk teisisõnu neis kohtuasjades polnud vaidluse all vedaja tasu indekseerimise puudumine, vaid vaieldi kehtestatud indekseerimismudeli õiguspärasuse üle). Hankija pole sellega nõus. Kõikides viidatud kohtuasjades, kus vedajad soovisid indekseerimismudelite vaidlustamise kaudu saavutada endale soodsama indekseerimismudeli kehtestamist, leidsid kohtud, et kuivõrd vedajatel pole üldse subjektiivset õigust nõuda, et vedaja tasu peaks indekseerima, siis seetõttu ei saanud indekseerimismudeli sätestamine hanketingimustes põhimõtteliselt vedajate subjektiivseid õigusi rikkuda.

Vaidlustaja viitab Vaidlustaja Euroopa Kohtu lahenditele C-614/20 ja C-390/22 ning demonstreerib taas, et pole PSO määruse sisu üldse mõistnud ega suuda eristada reegleid avaliku teenindamise kohustuse kohta otselepingute ja üldeeskirjade alusel võrreldes avaliku teenindamise lepingu sõlmimisega avatud hankemenetluses. Kohtuasjas C-614/20 oli vaidluse all nn üldeeskirja ehk nn *general rule* alusel vedajale pandud kohustus kanda sõidusoodustusega isikute teenindamisel kulusid ning kohtuasjas C-390/22 oli vaidluse all otselepingu alusel vedaja tasustamise tingimused. PSO määruse eristab otselepingute ja üldeeskirjade alusel avalikku liinivedu osutava vedaja tasustamist. Seega on kohtuasjades C-614/20 ja C-390/22 tehtud lahendid asjassepuutumatud, sest kumbki neist ei puuduta avaliku hankemenetluse tulemusena sõlmitud avaliku teenindamise lepingus vedaja tasustamise tingimusi.

5.12.5. Hankija jääb selle juurde, et Euroopa Kohus on juba lahendis C-421/22 andnud hinnangu, et hanketingimustes ei pea ette nägema avaliku liiniveo vedaja tasu indekseerimist. Vaidlustaja väidab ebaõigesti, et kohtuasjas C-421/22 vaidluse all olnud hanketingimused pole võrreldavad käesoleva Riigihanke tingimustega. Kohtuasjas C-421/22 oli vaidluse all 10-aastase ATL sõlmimine, millest vaid osaline indekseerimine oli ette nähtud perioodil 5-7 kehtivusaasta. Käesolevas Riigihankes sõlmitav ATL on 5-aastase kehtivusega. Euroopa Kohtu järeldused ja kohtujuristi argumendid kinnitavad, et vedajal puudub õigus nõuda indekseerimist hanketingimustes ja indekseerimismudeli puudumine ei põhjusta hanketingimuste õigusvastasust.

5.12.6. Vaidlustatud hanketingimused ei piira ega välista võimalusi hankelepingu muutmiseks RHS § 123 alusel või HMS § 102 alusel.

VAIDLUSTUSKOMISJONI PÕHJENDUSED

6. Vaidlustuskomisjoni pädevusest

Vaidlustuskomisjon ei nõustu Hankija seisukohaga, et vaidlustuskomisjonil puudub pädevus kontrollida RHAD-i vastavust ÜTS-ile ja PSO määrusele.

PSO määruse kohaldamine oli mh vaidluse esemeks kohtuasjas 3-3-1-2-14 (sisuliselt vaieldi selle üle, kas arvestades mh PSO määrust oli tellija kohustatud lepingu sõlmimiseks korraldama riigihanke ning kas lepingut sõlmides on rikutud RHS-i), mille p-is 35 on Riigikohus jaatanud vaidlustuskomisjoni pädevust: [---] *Avaliku konkursi või riigihanke korraldamisega seondult näeb vaidlustuse esitamise VAKO-le ette ÜTS § 10 lg 2¹. Seega nõustub kolleegium kohtute seisukoha ja põhjendustega selles, et VAKO oli pädev esitatud vaidlustust lahendama.*

Kehtiva ÜTS § 21 lg 1 kohaselt valib pädev asutus vedaja, lähtudes riigihangete seadusest ning arvestades käesolevas paragrahvis ja sõitjateveo puhul raudtee- ja teeliikluses Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruses (EÜ) nr 1370/2007 sätestatud erisusi, samuti sätestab lg 3, kui pädeva asutuse tegevus on riigihangete seaduses sätestatud korras vaidlustatud [---] ning ei saa olla vaidlust, et RHS-ist lähtuv pädeva asutuse tegevus on RHS-is sätestatud korras vaidlustatav vaidlustuskomisjonis.

7. ATL p-ist 4.3 ning RHAD üldosa p-idest 8.6 ja 8.8 nähtuvalt ei ole Hankija liinikilomeetri hinda RHAD-is indekseerinud ja avaliku teenindamise hüvitisena (Hankija eraldatav raha avaliku teenindamise kohustuse täitmise eest ATL-i perioodi jooksul) maksab Hankija Vedaja poolt pakkumuses esitatud liinikilomeetri hinda.

Viidatud RHAD-i punktid on vaidlustatud põhjusel, et liinikilomeetri hinna indekseerimata jätmine on vastuolus proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõtetega (RHS § 3 p 1) ja Vaidlustaja väitel on äririski asetamine üksnes vedajale PSO määruse alusel keelatud. Seega Vaidlustaja väitel seisneb RHAD-i õigusvastasus milleski, mida RHAD-is ei ole, kuid mis Vaidlustaja arvates seal peaks olema.

Hankija väitel Vaidlustaja soovitud sisuga kohustust Hankijale PSO määrusest ei tulene.

Seega on antud juhul vaidlus vaid selles, kas proportsionaalsuse ja läbipaistvuse nõude täitmiseks RHS-is on Hankijal PSO määrusest tulenev kohustus liinikilomeetri hinna indekseerimiseks või mitte. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et ei ole.

8. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et Riigihanke tingimuste kindlaksmääramisel on Hankijal avar kaalutlusruum (nt Riigikohtu otsus 3-3-1-65-11, p 26: *Seda, millist liiki ja millistele tunnustele vastavat kaupa või teenust soetada, otsustab hankija põhimõtteliselt omal vabal äranägemisel, eeldusel, et hankija poolt kehtestatavad kriteeriumid on asjakohased ning kooskõlas läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttega*), millesse vaidlustuskomisjon sekkub vaid juhul, kui Hankija sätestatud tingimused on ilmselgelt asjakohatud või meelevaldsed. Antud juhul nõuab Vaidlustaja viitega PSO määrusest tulenevale väidetavale kohustusele RHAD-is sisuliselt riskide teistsugust jaotust ja vaidlustuskomisjon kohustab Hankijat selleks üksnes juhul, kui Vaidlustaja väide, et ATL-is liinikilomeetri hinna indekseerimise kohustus tuleneb Hankijale PSO määrusest, on õige.

Asjaolu, et Eesti ühistranspordis võib olla käibel praktika, kus pikaajaliste avaliku teenindamise lepingute sõlmimise korral on liinikilomeetri hind indekseeritud, ei tähenda iseenesest RHAD-i õigusvastasust ega anna Vaidlustajale õigust nõuda endale sobivamaid tingimusi ka selles Riigihankes. Ei saa olla vaidlust, et samalaadne äririsk kohalduks kõikidele Riigihankes

osalemisest huvitatud isikutele ühetaoliselt ja sellega ei ole pandud Vaidlustajat kuidagi erinevasse olukorda, st vaidlusalused RHAD-i tingimused on võrdselt ebamugavad kõikidele Riigihankes osalemisest huvitatud isikutele ega riku sellisena iseenesest RHS § 3 p-is 1 sätestatud läbipaistvuse ega p-is 3 sätestatud võrdse kohtlemise põhimõtet.

9. Hankija väitel on Vaidlustaja vaidlustuse valdavas osas rajanud ebaõigele arusaamale PSO määruse sisust, sest Vaidlustaja on tsiteerinud nii PSO määruse sätteid kui ka Euroopa Komisjoni tõlgendussuuniseid teise õigusliku olukorra kohta – need reguleerivad vedaja tasustamist otselepingu või üldregulatsiooni alusel ühepoolset pandud avaliku teenindamise kohustuse korral - ning need sätted ja juhised ei kohaldu avatud hankemenetluses sõlmitud ATL-i sisule.

9.1. Vaidlustuskomisjon märgib, et Hankija tugineb vaidlustuses PSO määruse muudetud versioonile ja asjasse puutuv osas on PSO määruse art 4 p b) (i ja ii) sõnastatud järgmiselt:

4. Avaliku teenindamise lepingud ja üldeeskirjad: [---]

b) kehtestavad enne viisil, mis on objektiivne ja läbipaistev:

i) näitajad, mille põhjal hüvitis (kui seda makstakse) tuleb arvutada, ja

ii) ainuõiguste korral nende laadi ja ulatuse selliselt, et välditakse ülekompenseerimist.

Kui avaliku teenindamise lepingud ei ole sõlmitud vastavalt artikli 5 lõikele 1, 3 või 3b, määratakse kõnealused näitajad kindlaks nii, et ükski hüvitis ei tohi olla suurem, kui on vajalik avaliku teenindamise kohustuste täitmisega kaasnevate kulude ja saadud tulu netofinantsmõju katmiseks, võttes arvesse avaliku teenuse osutaja saadud tulu ja mõistlikku kasumit.

Hankija viga aga ei muuda fakti, et PSO määruse art 4 p b) (i) kohustab Hankijat kehtestama ATL-is/RHAD-is eelnevalt objektiivsel ja läbipaistval viisil *näitajad, mille põhjal hüvitis (kui seda makstakse) tuleb arvutada*. Ülekompenseerimise vältimise kohustus ja reeglid, kuidas määratakse kõnealused näitajad kindlaks, on sõnaselgelt seotud ainuõigustega/otselepingutega, kui avaliku teenindamise lepingud ei ole sõlmitud vastavalt artikli 5 lõikele 1, 3 või 3b.

Antud Riigihankes soovib Hankija sõlmida ATL-i art 5 lg 1 alusel, seega PSO määruse art 4 lg 4 p-st b) (i) ei tulene Hankijale kohustust sätestada ülekompenseerimise vältimiseks RHAD-is liinakilomeetri hinna indekseerimise mehhanism. Veelgi enam – Vaidlustaja etteheited indekseerimise mehhanismi puudumisega seonduvalt ei ole seotud Vaidlustaja murega sellest, et Hankija asuks Riigihanke tulemusel sõlmitava ATL-iga teenust ülekompenseerima vaid vastupidise olukorraga – Vaidlustaja soovib RHAD-i mehhanismi vältimaks alakompenseerimist.

9.2. Euroopa Kohus on kohtuasja C-421/22 otsuses p-is 42 märkinud, et PSO määruse art 4 lg 1 sõnastusest nähtub selgelt, et kuna liikmesriikide pädevatel asutustel on kohustus määrata kindlaks avaliku reisijateveoteenuse osutajale makstava hüvitise arvutamise parameetrid ja kehtestada selle teenuse osutamisega seotud kulude jaotamise kord, on neil avaliku teenindamise lepingu puhul kaalutlusruum sellise hüvitamise mehhanismi kujundamisel.

Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et RHAD-is sätestatud kord (*Vedaja poolt pakkumises esitatud liinakilomeetri hind on Vedaja toetuse arvestamise aluseks kogu ATL kehtivusaja vältel ning Vedajal ei ole õigust nõuda liinakilomeetri hinna suurendamist Vedaja kulude muutumise tõttu ega mistahes muul alusel. ATL-st või ATL-ga seotud kohustuste täitmisel on Vedajal õigus üksnes liinakilomeetri hinna alusel makstavale toetusele ATL-s sätestatud korras, muid tasusid ning kulusid Vedajale ei hüvitata*) on iseenesest objektiivne ja läbipaistev ega tekita vastavas valdkonnas tegutsevatele isikutele mingeid kahtlusi ega arusaamatust selles, kuidas hüvitist vedajale arvestatakse ja millist tasu on vedajal ATL-i kehtivuse ajal õigus saada. Asjaolu, et Vaidlustajale selline (jäik) toetuse (hüvitise) maksmise/arvutamise meetod RHAD-is ei meeldi või ta ei taha sellega kaasnevaid riske ATL-iga võtta ei tähenda, et *näitajad, mille põhjal hüvitis tuleb arvutada*, ei oleks RHAD-is sätestatud objektiivselt või läbipaistvalt.

9.3. Euroopa Kohus on kohtuasja C-421/22 otsuses p-is 48 märkinud art lg 1 kontekstis, et PSO

määrus ei sisalda erinorme, mida kohaldataks hüvitise arvutamise meetodi suhtes juhul, kui avaliku teenindamise leping sõlmitakse hankemenetluse tulemusel. Sellisel juhul ei pea hüvitis erinevalt sellisest hüvitisest, mis on seotud avaliku teenindamise lepinguga, mis on sõlmitud otselepinguna või üldreegli alusel ja seega ilma hankemenetlust korraldamata, olema selle määruse artikli 6 lõike 1 teise lause kohaselt kooskõlas määruse lisas sisalduvate üksikasjalikumate eeskirjadega, mille eesmärk on tagada – nagu nähtub määruse põhjendusest 27 – hüvitise suuruse asjakohasus. Kohus on p-is 51 järeldanud, et avatud, läbipaistva ja mittediskrimineeriva hankemenetluse tulemusel sõlmitud avaliku teenindamise lepinguga seotud hüvitamise kord tagab iseenesest selle avaliku teenuse osutajale tema kulude katmise, mis tagab talle ka asjakohase hüvitise, mille suurus varieerub sõltuvalt võetava riski tasemest.

Seega avatud hankemenetlusena läbiviidava Riigihanke korral ei tulene PSO määrusest reegleid hüvitise arvutamise meetodile, mille eesmärk oleks tagada hüvitise suuruse asjakohasus ATL-i kehtivuse jooksul ja pakkujad, sh Vaidlustaja, peavad oma riskide suurust maandama antud juhul liinikilomeetri hinnas.

10. Vaidlustaja väitel näeb ka PSO määruse art 3 lg 2 ls 2 Hankijale ette kohustuse hüvitada vedajale ATL-i täitmisest tulenevate kulude ja tulude positiivne või negatiivne finantsmõju sellisel viisil, mis väldib ülekompenseerimist.

Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et PSO määruse art 3 lg 2 ei reguleeri ATL-i sõlmimist avaliku hankemenetluse tulemusel läbiviidava riigihankega.

10.1. Nimetatud säte reguleerib avaliku teenindamise kohustuste, mille eesmärgiks on maksimumtariifide kehtestamine mõningatele reisijakategooriatele, määratlemist üldeeskirjadega ja nende tariifikohustuste täitmisest tulenevate tulude/kuludega seonduvat.

Seda, et tegemist on erandiga, kinnitab ka Euroopa Kohus kohtuasja C-421/22 p-is 37: *Erandina artikli 3 lõikest 1 lubab artikli 3 lõige 2 kehtestada üldeeskirjadega avaliku teenindamise kohustusi, mille eesmärk on maksimumtariifide kehtestamine kõikidele reisijatele või teatavatele reisijate kategooriatele, mis juhul on pädev asutus kohustatud maksma asjaomasele avaliku teenuse osutajale hüvitist.*

PSO määruse art 3 lg 2 sätestatud erandit lg-st 1, millele oleks vaja kohaldada PSO määruse art 3 lg 2 ls 2 sätestatud, Riigihankes ei esine ja pakkujal (Vedajal) on õigus liinikilomeetri hinna alusel makstavale toetusele mh ÜTS-is sätestatud maksimumtariifidega teostatud vedude korral ja Hankija on määranud hüvitise (toetuse) kooskõlas PSO määruse art 3 p-iga 1 ATL-i raames.

10.2. Antud juhul on maksimumtariifide kehtestamisega seotud kulude hüvitamise problemaatika kommertsliiniveol leidnud käsitlemist ka Euroopa Kohtu otsuses C-614/20 (olukord, kus ÜTS § 34 sätestab teatud reisijate kategooriatele maksimumtariifid (tasuta veo)). Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et nimetatud otsuses avaldatud kohtu seisukohad ei ole üle kantavad Riigihankesse, kuna seal käsitleti olukorda, kus avaliku teenindamise kohustus PSO määruse mõttes oli pandud ÜTS-iga kommertsliiniveo teostajale ilma õigusega riigilt mingit hüvitist saada. Vaidlus liinikilomeetri hinna indekseerimisest ei ole analoogne ega võrreldav vaidlusega hüvitise saamise õigusest tariifikohustuste täitmisest tulenevate kulude katteks.

11. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et PSO määrusest ei tulene Hankijale kohustust avatud hankemenetlusega läbiviidavas Riigihankes kulude indekseerimiseks ja Hankija ei ole sellekohast Euroopa Kohtu praktikast, eelkõige otsuseid C-614/20 (mille sobimatust käesoleva asjaga on vaidlustuskomisjon juba möönnud eespool) ja C-421/22 (millele vaidlustuskomisjon on viidanud ka eespool) mõistnud valesti. Vaidlustuskomisjon ei pea asja lahendamiseks vajalikuks analüüsida ja hinnata kogu Hankija ja Vaidlustaja viidatud kohtupraktikat ning on seisukohal, et Euroopa Kohus on kohtuasjas C-421/22 käsitlenud kõiki käesolevas asjas tähtsust omavaid PSO määruse sisustamise/tõlgendamise aspekte.

11.1. Euroopa Kohus analüüsis kohtuasjas C-421/22 olukorda, *kas määrust nr 1370/2007 tuleb tõlgendada nii, et sellega on vastuolus hüvitamise kord, mis teenuste riigihanke raames ning avatud, läbipaistva ja mittediskrimineeriva hankemenetluse tulemusel ei pane liikmesriigi pädevatele asutustele kohustust maksta avaliku teenindamise kohustusega reisijateveoteenuste osutajale täielikku hüvitist, mis perioodilise indekseerimise teel katab kogu selle teenuse haldamise ja osutamisega seotud kulude suurenemise, mis ei ole tema kontrolli all* (p 32).

Isegi kui Vaidlustaja väidab, et ei nõua äririski täielikku maandamist ja kulude automaatset hüvitamist, st vaidlustatud on üksnes indekseerimise puudumine RHAD-is ja mingisugunegi (osaline) indekseerimine ühistranspordis oluliste kuluartiklite osas võiks õigusrikkumise kõrvaldada, ei ole see mõistetav olukorras, kus Vaidlustaja on korduvalt rõhutanud, et indekseerimine peab PSO määrusest tulenevalt olema selline, et ta saaks kogu ATL-i kehtivusaja jooksul katta lepingu teenindamisega seotud kulud ja teenida kasumit. Veelgi enam – isegi kui Vaidlustaja eesmärk on saavutada kulude indekseerimine üksnes ühistranspordis oluliste kuluartiklite osas, siis just sellist olukorda, kus on nõutud perioodilist indekseerimist teenuse haldamise ja osutamisega seotud kulude suurenemise osas, *mis ei ole tema kontrolli all*, viidatud Euroopa Kohtu otsus käsitlebki ja mille kohta kohus on jõudnud järgmisele järeldusele: PSO määrust tuleb tõlgendada nii, et sellega ei ole vastuolus hüvitamise kord, mis teenuste riigihanke raames ning avatud, läbipaistva ja mittediskrimineeriva hankemenetluse tulemusel ei pane liikmesriigi pädevatele asutustele kohustust maksta avaliku teenindamise kohustusega reisijateveoteenuste osutajale täielikku hüvitist, mis perioodilise indekseerimise teel katab kogu selle teenuse haldamise ja osutamisega seotud kulude suurenemise, mis ei ole tema kontrolli all.

Seda, et kulude perioodilise indekseerimise mehhanismi puudumist ei saa iseenesest pidada proportsionaalsuse põhimõtte rikkumiseks on kohus selgelt öelnud p-is 56 viidates ka p-ile 50, mille kohaselt: [---] *iga teenuseosutaja, kes otsustab avaliku teenindamise lepingu täitmiseks hankemenetluses osaleda, [määrab] ise kindlaks oma pakkumuse tingimused, lähtudes kõigist asjakohastest parameetritest ja muu hulgas kulude tõenäolisest muutumisest – olenemata sellest, kas need kulud on tema kontrolli all või mitte –, mis võivad mõjutada teenuse osutamist, määratledes nii riski taseme, mida ta on valmis selle arenguga seoses võtma. Ilma et see piiraks selliste liidu õigusnormide kohaldamist, mis lubavad liikmesriikide ametiasutustel põhjendamatult madala maksumusega pakkumused tagasi lükata, võib seega eeldada, et teenuseosutaja pakkumus tagab hankelepingu sõlmimise korral talle kasutatud kapitalilt tasumäära, mis vastab riski tasemele.*

11.2. Otsuse C-421/22 p-is 36 märkis kohus ka seda, et PSO määruse art 3 lg-s 1 on ette nähtud, et kui liikmesriigi pädev asutus otsustab valitud teenusepakkujale [---] määrata ükskõik millise hüvitise, peab ta seda tegema avaliku teenindamise lepingu raames, ehk selle sätte põhimõte on, et avaliku teenindamise kohustused ja nendega seotud hüvitised tuleb kindlaks määrata avaliku teenindamise lepingus. Seda ongi Hankija ATL p-is 4.3 (aga ka RHAD üldosa p-ides 8.6 ja 8.8) teinud. Hankijal ei ole kohustust kehtestada potentsiaalsetele pakkujatele meelepäraseid hanketingimusi ning samuti ei saa võimalikud pakkujad hankedokumentide vaidlustamisega kaubelda endale sobilikke või soodsamaid hankelepingu tingimusi. Kui Vaidlustaja leiab, et Riigihanke tingimused (sh ATL-i tingimused) ei ole talle vastuvõetavad või lepinguga kaasnev äririsk on põhjendamatult suur, on tal õigus jätta pakkumus esitamata.

12. Tulenevalt eespooltoodust on vaidlustuskomisjon seisukohal, et vaidlustatud ATL-i p 4.3 ning RHAD üldosa p-id 8.6 ja 8.8, mis ei sätesta avaliku teenindamise hüvitist viisil, et indekseerimise teel on kaetud selle teenuse osutamisega seotud kulude suurenemine (mis ei ole Vaidlustaja kontrolli all), ei ole vastuolus PSO määrusega ega oma seetõttu Vaidlustaja väidetud RHS-i rikkuvat mõju Riigihanke proportsionaalsusele ja läbipaistvusele.

13. Vaidlustusmenetluse kulud

Lähtudes sellest, et vaidlustus jääb RHS § 197 lg 1 p-i 4 alusel rahuldamata, kuulub

vaidlustusmenetluse kulude osas kohaldamisele RHS § 198 lg 3.

Hankija on esitanud tähtaegselt taotluse lepingulise esindaja kulude väljamõistmiseks kokku summas 4144 eurot (käibemaksuta) 22,4 tunni õigusabi osutamise eest tunnihinnaga 185 eurot. Arvestades asjaolu, et sisuliselt käis vaidlus ühe õigusliku probleemi üle, peab vaidlustuskomisjon asja keerukust ja mahtu arvestades kulusid mõnevõrra ülepaisutatuteks. Vaidlustuskomisjoni arvates on vajalikud ja põhjendatud kulud 18 tunni ulatuses summas 3330 eurot (käibemaksuta) ja need tuleb Vaidlustajalt välja mõista.

Vaidlustaja kulud jäävad tema enda kanda.

(allkirjastatud digitaalselt)

Angelika Timusk