

Austatud peadirektor Evelin Pärn-Lee
Konkurentsiamet
Tatari 39, 10134 Tallinn
info@konkurentsiamet.ee

16. veebruaril 2024. a

Esitaja: vandeadvokaat Kari-Paavo Koch
Advokaadibüroo Koch & Partnerid
Tartu mnt 25, 10117 Tallinn
tel: 650 1221
e-post: paavo.koch@kochpartners.ee

SELGITUSTAOTLUS

KonkS § 4 lg 1 tõlgendamise osas

I. Taotlused:

1.1 Seoses sooviga saada Konkurentsiametilt selgitust õiguskirjanduses väljendatud seisukohtade osas seonduvalt ettevõtjate vahelise koostöö lubatavusega riigihankemenetluses palume kujundada seisukoht alljärgnevate KonkS § 4 lg 1 tõlgendamist puudutavate küsimuste osas:

1.1.1 Kas ettevõtjad on konkurentsioiguse tähenduses konkurendid olukorras, kus kõiki osadeks jaotatud riigihanke puhul kontsessioonilepinguga hõlmatud korraldatud jäätmeveo teenuse eraldiseisvaid osi (tegevusi) suudaksid kahe samal Eesti asjaomasel turul tegutseva ettevõtja poolt tehtud pakkumuse korral (ühispakkumus või alltöövõtt) iseseisvalt osutada mõlemad ettevõtjad (näiteks olukorras, kus mõlemad koostööd tegevad ettevõtjad suudavad iseseisvalt pakkuda nii segaolmejäätmete kui biojäätmete käitlemise teenust JäätS tähenduses)?;

1.1.2 Kas ettevõtjad on konkurentsioiguse tähenduses konkurendid olukorras, kus kõiki osadeks jaotatud riigihanke puhul kontsessioonilepinguga hõlmatud korraldatud jäätmeveo teenuse eraldiseisvaid osi (tegevusi) suudaks kahe samal Eesti asjaomasel turul tegutseva ettevõtja poolt tehtud pakkumuse korral (ühispakkumus või alltöövõtt) iseseisvalt osutada vaid üks ettevõtja, samas teine ettevõtja suudaks iseseisvalt osutada mõnda kõnealuse teenuse eraldiseisvat osa (näiteks olukorras, kus üks koostööd tegevatest ettevõtjatest suudab iseseisvalt pakkuda nii segaolmejäätmete kui biojäätmete käitlemise teenust JäätS tähenduses, samas teine ettevõtja ei suudaks iseseisvalt pakkuda segaolmejäätmete käitlemist, aga biojäätmete käitlust suudaks)?;

1.1.3 Kas ettevõtjad on konkurentsioiguse tähenduses konkurendid olukorras, kus kõiki osadeks jaotatud riigihanke puhul kontsessioonilepinguga hõlmatud korraldatud jäätmeveo teenuse eraldiseisvaid osi (tegevusi) suudaks kahe samal Eesti asjaomasel turul tegutseva ettevõtja poolt tehtud pakkumuse korral (ühispakkumus või alltöövõtt) iseseisvalt osutada vaid üks ettevõtja (näiteks olukorras, kus üks koostööd tegevatest ettevõtjatest suudab iseseisvalt pakkuda nii segaolmejäätmete kui biojäätmete käitlemise teenust JäätS tähenduses, samas teine ettevõtja ei suudaks iseseisvalt pakkuda ei segaolmejäätmete ega ka biojäätmete käitlust)?;

1.1.4 Kas ettevõtjad on konkurentsioiguse tähenduses konkurendid olukorras, kus ühte osadeks jaotatud riigihanke puhul kontsessioonilepinguga hõlmatud korraldatud jäätmeveo teenuse eraldiseisvat osa (tegevust) suudaks kahe samal Eesti asjaomasel turul tegutseva ettevõtja poolt tehtud pakkumuse korral (ühispakkumus või alltöövõtt) iseseisvalt osutada üks ettevõtja (näiteks olukorras, kus üks koostööd tegevatest ettevõtjatest suudaks iseseisvalt pakkuda segaolmejäätmete käitlust, aga see sama ettevõtja ei suudaks iseseisvalt pakkuda biojäätmete käitlemise teenust JäätS tähenduses, küll aga suudaks biojäätmete käitlust pakkuda temaga koostööd tegev ettevõtja, kes iseseisvalt ei suudaks segaolmejäätmete teenust pakkuda)?;

1.1.5 Kas ettevõtjad on konkurentsioiguse tähenduses konkurendid olukorras, kus ühte osadeks jaotatud riigihanke puhul kontsessioonilepinguga hõlmatud korraldatud jäätmeveo teenuse eraldiseisvat osa (tegevust) suudaks kahe samal Eesti asjaomasel turul tegutseva ettevõtja poolt tehtud pakkumuse korral (ühispakkumus või alltöövõtt) iseseisvalt osutada üks ettevõtja, kuid teine ei suudaks iseseisvalt osutada mitte ühtegi (näiteks olukorras, kus üks koostööd tegevatest ettevõtjatest suudaks iseseisvalt pakkuda segaolmejäätmete käitlust, aga see sama ettevõtja ei suudaks iseseisvalt pakkuda biojäätmete käitlemise teenust JäätS tähenduses, samas teine ettevõtja ei suudaks iseseisvalt pakkuda ei segaolmejäätmete ega ka biojäätmete käitlust)?;

1.1.6 Kas ettevõtjad on konkurentsioiguse tähenduses konkurendid olukorras, kus ühtegi osadeks jaotatud riigihanke puhul kontsessioonilepinguga hõlmatud korraldatud jäätmeveo teenuse eraldiseisvat osa (tegevust) ei suudaks kahe samal Eesti asjaomasel turul tegutseva ettevõtja poolt tehtud pakkumuse korral (ühispakkumus või alltöövõtt) iseseisvalt osutada ükski ettevõtja (näiteks olukorras, kus nii segaolmejäätmete kui biojäätmete käitlust JäätS tähenduses suudaksid koostööd tegevad ettevõtjad osutada vaid ühiselt ja üheskoos).

II. Õiguslik käsitlus

2.1 Pöördume Konkurentsiameti poole MSVS § 3 alusel seoses õigusteenuse osutamisega kliendile alljärgnevas.

2.2 Riigihangete seadus (RHS) lubab ühispakkumiste tegemist, kui RHS`s ei ole sätestatud teisiti (RHS § 7 lg 4). Samas on RHS`s sätestatud õigusvastase koostöö keeld. Nii sätestab RHS § 95 lg 4 p 5, et hankija võib kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja või taotleja konkurentsi kahjustava kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse või kooskõlastatud tegevuse tõttu. Erialakirjanduses on RHS § 95 lg 4 p 5 osas leitud järgmist: „Riigihangete kontekstis saavad konkurentsi kahjustavad tegevused puudutada eeskätt pakkumuste kooskõlastamist (ingl *bid-rigging*). Seoses pakkumusmahhinatsioonide vältimisega riigihangetes on hankijatel soovituslik tutvuda OECD vastavate juhenditega“¹. Eelnevalt viidatud OECD juhend on vastavas kontrollnimekirjas pakkumismahhinatsioonide tuvastamiseks eraldi välja toonud olukorra, kus kaks või enam ettevõtjat esitavad ühise pakkumuse, ehkki vähemalt üks neist oleks võinud pakkumuse ka üksinda esitada².

2.3 Õiguskirjanduses on seoses ühispakkumustega leitud järgmist: „Mõiste „konkurendid“ hõlmab nii tegelikke kui ka võimalikke konkurente. Ühispakkumuse kaudu koostöö tegemine ettevõtjate vahel, kes ei ole konkurendid, on seaduslik koostöö. Ühispakkumuse kaudu koostöö tegemine tegelike või potentsiaalsete konkurentide vahel võib aga tähendada ELTL artikli 101 lõike 1 ja/või KonkS § 4 lõike 1 rikkumist. Järelikult, kui ühispakkujad on konkurendid, on tõenäoline, et nendevaheline koostöö on ebaseaduslik. Seega on vajalik tuvastada, kas koostööd tegevad ettevõtjad, sealhulgas koostööd tegevad ühispakkujad, on konkurendid või mitte“³.

Samuti on erialakirjanduses leitud, et osadeks jaotatud riigihanke puhul tuleb hinnata ettevõtja võimekust esitada individuaalne pakkumus iga riigihanke osa suhtes eraldi. Kui ettevõtja suudaks individuaalse pakkumuse esitada kas või osadeks jaotatud riigihanke ühele osale, on tegemist konkurendiga selles konkreetses riigihankes. Järelikult, kui ühispakkujad suudaksid iseseisvalt esitada pakkumuse kas või riigihanke ühele osale mitmest, oleks tegemist konkurentidega⁴.

Õiguskirjanduses avaldatud seisukohtade järgi on ühispakkujad seega konkurendid, kui nad tegutsevad samal asjaomasel turul ja kui nad oleksid suutnud esitada individuaalse pakkumuse samas riigihankes.⁵

2.4 RHS § 27 lg 1 kohaselt võib hankija ühe menetluse raames riigihanke osadeks jaotada, võttes riigihanke eeldatava maksumuse määramisel arvesse kõigi osade eeldatava kogumaksumuse ja sätestades hanketeates või muudes riigihanke alusdokumentides, kas ta lubab pakkujal esitada pakkumuse ühele, mitmele või kõigile osadele.

2.5 RHS § 131 lg 1 kohaselt kontsessioonileping võib olla teenuste või ehitustööde kontsessioonileping. Teenuste kontsessioonileping on hankeleping, mille puhul

¹ M. A. Simovart jt. Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn 2019, § 95, p 59, lk 573

² https://www.konkurentsiamet.ee/sites/default/files/recommendationonfightingbidrigging2012_et.pdf

³ G. Gritsenko. Konkurentsi kahjustavate kokkulepete keeld: millal on ühispakkujad konkurendid? Juridica 10/2020, lk 784

⁴ Samas, lk 787

⁵ Samas, lk 792.

RHS § 131 lg 2 kohaselt tasu teenuste osutamise või korraldamise eest seisneb kas ainult õiguses teenuseid osutada või korraldada või selles õiguses koos rahalise maksega ja nõudluse või pakkumisega seotud äririsk läheb üle kontsessioonäärile. Õiguskirjanduses on selgitatud, et „kontsessioonileping on hõlmatud hankelingu mõistega, olles hankelingu üks eriliik“⁶.

2.6 Riigikohus on asjas nr 3-1-1-12-11 tehtud lahendi punktis 18 seenduvalt mõistetega „konkurendid“ ja „asjaomane turg“ selgitanud alljärgnevat:

- (i) Kartelliõiguslikus mõttes jagunevad ettevõtjad konkurentideks ja mittekonkurentideks (vt nt Suunised ELTL art 101 kohta horisontaalkoostöö suhtes, p 1).;
- (ii) Mõiste "konkurendid" hõlmab nii tegelikke kui ka võimalikke konkurente. Kahte äriühingut käsitatakse tegelike konkurentidena, kui nad tegutsevad samal asjaomasel turul (Suunised ELTL art 101 kohta horisontaalkoostöö suhtes, p 10).;
- (iii) Asjaomase turu kindlakstegemisel lähtutakse vastava tooteturu ja geograafilise turu mõistetest, millest moodustubki asjaomane turg konkurentsioiguse tähenduses (Euroopa Komisjoni teatis "Asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses" (edaspidi: Teatis asjaomase turu mõiste kohta) (97/C 372/03), p 9).;
- (iv) Hankemenetluse puhul ei ole asjaomaseks turuks mitte konkreetne riigihange, vaid näiteks riigi korraldatud hankemenetluses on asjaomaseks tooteturuks see teenuste sektor, kus riigihange korraldatakse ja asjaomaseks geograafiliseks turuks Eesti Vabariik.

2.7 MSVS § 3 kohaselt riigi- ja kohaliku omavalitsuse üksuse asutus annab tasuta selgitusi tema poolt väljatöötatud õigusaktide, nende eelnõude ja asutuse tegevuse aluseks olevate õigusaktide ning asutuse pädevuse ja õigusloome tegevuse kohta. Seoses sooviga saada Konkurentsiametilt selgitust õiguskirjanduses väljendatud seisukohtade osas seenduvalt ettevõtjate vahelise koostöö lubatavusega riigihankemenetluses palume kujundada seisukoht alljärgnevate KonkS § 4 lg 1 tõlgendamist puudutavate küsimuste osas:

2.7.1 Kas ettevõtjad on konkurentsioiguse tähenduses konkurendid olukorras, kus kõiki osadeks jaotatud riigihanke puhul kontsessioonilepinguga hõlmatud korraldatud jäätmeveo teenuse eraldiseisvaid osi (tegevusi) suudaksid kahe samal Eesti asjaomasel turul tegutseva ettevõtja poolt tehtud pakkumuse korral (ühispakkumus või alltöövõtt) iseseisvalt osutada mõlemad ettevõtjad (näiteks olukorras, kus mõlemad koostööd tegevad ettevõtjad

⁶ M.A Simovart jt Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn 2019, § 131, p 4, lk 882

suudavad iseseisvalt pakkuda nii segaolmejäätmete kui biojäätmete käitlemise teenust JäätS tähenduses)?;

2.7.2 Kas ettevõtjad on konkurentsioiguse tähenduses konkurendid olukorras, kus kõiki osadeks jaotatud riigihanke puhul kontsessioonilepinguga hõlmatud korraldatud jäätmeveo teenuse eraldiseisvaid osi (tegevusi) suudaks kahe samal Eesti asjaomasel turul tegutseva ettevõtja poolt tehtud pakkumuse korral (ühispakkumus või alltöövõtt) iseseisvalt osutada vaid üks ettevõtja, samas teine ettevõtja suudaks iseseisvalt osutada mõnda kõnealuse teenuse eraldiseisvat osa (näiteks olukorras, kus üks koostööd tegevatest ettevõtjatest suudab iseseisvalt pakkuda nii segaolmejäätmete kui biojäätmete käitlemise teenust JäätS tähenduses, samas teine ettevõtja ei suudaks iseseisvalt pakkuda segaolmejäätmete käitlemist, aga biojäätmete käitlust suudaks)?;

2.7.3 Kas ettevõtjad on konkurentsioiguse tähenduses konkurendid olukorras, kus kõiki osadeks jaotatud riigihanke puhul kontsessioonilepinguga hõlmatud korraldatud jäätmeveo teenuse eraldiseisvaid osi (tegevusi) suudaks kahe samal Eesti asjaomasel turul tegutseva ettevõtja poolt tehtud pakkumuse korral (ühispakkumus või alltöövõtt) iseseisvalt osutada vaid üks ettevõtja (näiteks olukorras, kus üks koostööd tegevatest ettevõtjatest suudab iseseisvalt pakkuda nii segaolmejäätmete kui biojäätmete käitlemise teenust JäätS tähenduses, samas teine ettevõtja ei suudaks iseseisvalt pakkuda ei segaolmejäätmete ega ka biojäätmete käitlust)?;

2.7.4 Kas ettevõtjad on konkurentsioiguse tähenduses konkurendid olukorras, kus ühte osadeks jaotatud riigihanke puhul kontsessioonilepinguga hõlmatud korraldatud jäätmeveo teenuse eraldiseisvat osa (tegevust) suudaks kahe samal Eesti asjaomasel turul tegutseva ettevõtja poolt tehtud pakkumuse korral (ühispakkumus või alltöövõtt) iseseisvalt osutada üks ettevõtja (näiteks olukorras, kus üks koostööd tegevatest ettevõtjatest suudaks iseseisvalt pakkuda segaolmejäätmete käitlust, aga see sama ettevõtja ei suudaks iseseisvalt pakkuda biojäätmete käitlemise teenust JäätS tähenduses, küll aga suudaks biojäätmete käitlust pakkuda temaga koostööd tegev ettevõtja, kes iseseisvalt ei suudaks segaolmejäätmete teenust pakkuda)?;

2.7.5 Kas ettevõtjad on konkurentsioiguse tähenduses konkurendid olukorras, kus ühte osadeks jaotatud riigihanke puhul kontsessioonilepinguga hõlmatud korraldatud jäätmeveo teenuse eraldiseisvat osa (tegevust) suudaks kahe samal Eesti asjaomasel turul tegutseva ettevõtja poolt tehtud pakkumuse korral (ühispakkumus või alltöövõtt) iseseisvalt osutada üks ettevõtja, kuid teine ei suudaks iseseisvalt osutada mitte ühtegi (näiteks olukorras, kus üks koostööd tegevatest ettevõtjatest suudaks iseseisvalt pakkuda segaolmejäätmete käitlust, aga see sama ettevõtja ei suudaks iseseisvalt pakkuda biojäätmete käitlemise teenust JäätS tähenduses, samas teine ettevõtja ei suudaks iseseisvalt pakkuda ei segaolmejäätmete ega ka biojäätmete käitlust)?;

2.7.6 Kas ettevõtjad on konkurentsioiguse tähenduses konkurendid olukorras, kus ühtegi osadeks jaotatud riigihanke puhul kontsessioonilepinguga hõlmatud korraldatud jäätmeveo teenuse eraldiseisvat osa (tegevust) ei suudaks kahe samal Eesti asjaomasel turul

tegutseva ettevõtja poolt tehtud pakkumuse korral (ühispakkumus või alltöövõtt) iseseisvalt osutada ükski ettevõtja (näiteks olukorras, kus nii segaolmejäätmete kui biojäätmete käitlust JäätS tähenduses suudaksid koostööd tegevad ettevõtjad osutada vaid ühiselt ja üheskoos).

2.8 Selgitame, et ülaltoodud küsimused on asjakohased, kuivõrd ettevõtjate ebaseaduslik koostöö võib kaasa tuua seaduses sätestatud vastutuse. Nii näeb KarS § 400 lg 1 ette vastutuse konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärjega ettevõtjatevahelise kokkuleppe, otsuse või kooskõlastatud tegevuse eest. KarS § 400 lg 2 järgi konkurentidevahelise kokkuleppe, otsuse või kooskõlastatud tegevuse eest, sealhulgas riigihankes osalemisel, kui sellega määratakse otseselt või kaudselt kolmandate isikute suhtes kindlaks hind või muud kauplemistingimused (p 1), piiratakse tootmist, teenindamist, kaubaturgu, tehnilist arengut või investeerimist (p 2) või jagatakse kaubaturgu või varustusallikat, piiratakse kolmanda isiku pääsu kaubaturule või püütakse teda sealt välja tõrjuda (p3), karistatakse rahalise karistuse või ühe- kuni kolmeaastase vangistusega. Kordame, et õigusvastase koostöö keeld tuleneb ka RHS § 95 lg 4 p-st 5, mille kohaselt hankija võib kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja või taotleja konkurentsi kahjustava kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse või kooskõlastatud tegevuse tõttu.

2.9 Riigikohus on asjas nr 3-1-1-12-11 tehtud lahendi punktis 13 vastanud jaatavalt küsimusele, kas konkurentsiõigus reguleerib riigihankemenetluses toimuvat ettevõtjatevahelist koostööd. Riigikohus selgitas, et ka riigihangete raames koostööd tegevad pakkujad võivad moonutada konkurentsituatsiooni riigihankemenetluses ja seega keelab konkurentsiõigus konkurentsi piirava ettevõtjatevahelise koostöö ka riigihankemenetluses.