

Kuidas tuvastada, kas ühispakkujatevaheline koostöö on seaduslik?¹

Gerli Helene Gritsenko

Advokaadibüroo Sorainen advokaat

Sissejuhatus

Nii konkurentsioigus kui ka riigihankeoigus on Euroopa Liidu õiguses tähtsal kohal. Sellele vaatamata on nii konkurentsioigus kui ka riigihankeoigus arenenud teineteisest sõltumata ning eraldi.² Seejuures pörkuvad kaks Euroopa Liidu olulist õigusharu ühispakkumuste puhul, kuna ühest küljest soodustatakse ühispakkumuste esitamist konkurentsi tõhusaks ärasutamiseks ning teisest küljest piiratakse konkurentidevahelist koostööd, vältimaks tarbijate heaolu ning konkurentsi kahjustumist.³ Teadlikkus kahe õigusharu puutepunktidest on aga tõusnud, seetõttu on Euroopa Liidu liikmesriikide konkurensiametid hakanud tuvastama keelatud kokkuleppeid riigihangetes ühispakkumustel.⁴ Erilise tähelepanu all on see olnud Skandinaavia maades.⁵ Kuna Euroopa Kohus ei ole küsimusega tegelema, puudub ühtne arusaam, kuidas konkurentsioiguse reegleid ühispakkujate suhtes rakendada.⁶

Riigihangete seadus (RHS)⁷ ei reguleeri, millistel juhtudel on ühispakkumuse esitamine keelatud. RHS-i § 95 lg 4 p 5 alusel võib aga hankija kõrvaldada hankemenetlusest pakkujat või taotleja konkurentsi kahjustava kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse või kooskõlastatud tegevuse tõttu. Kuna konkurentsiseaduse (KonkS)⁸ teises peatükis on sätestatud konkurentsi kahjustava kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse ja ettevõtjate ühenduse otsuse keeld, tulenevad piirangud ühispakkumuse kaudu koostöö tegemise seaduslikkusele konkurentsioigusest, mitte riigihankeoigusest.

Selguse loomine, millistel juhtudel on ühispakkumuse kaudu koostöö tegemine seaduslik, on oluline seetõttu, et keelatud koostöö võib kaasa tuua riigihankemenetlusest kõrvaldamise RHS-i § 95 lg 4 p 5 alusel. Samuti võib kaasneda kriminaalvastutus karistusseadustiku (KarS)⁹ § 400 lg 2 kohaselt. KarS-i kohaselt võib rikkumise tagajärjel kaasneda rahaline karistus või ühe- kuni

¹ Vt **G. H. Gritsenko**. [Konkurentsioigusest tulenevad piirangud ühispakkumuse ja ühistaotluse kaudu koostöö tegemise seaduslikkusele](#). Tartu: Tartu Ülikool, õigusteaduskond, 2020.

² **A. Sànches Graells**. Public Procurement and the EU Competition Rules. Second Edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2015, lk 3.

³ **A. Sànches Graells** (viide 2), lk 3–4.

⁴ **L. Gomez jt**. A warning shot across the bows of global competition law compliance programmes: antitrust scrutiny of joint bidding arrangements around the world. – European Competition Law Review 2018, 39(10), lk 430–435; **E. Kjær-Hansen, J. Alsing**. Danish Court: Consortium Agreement and Joint Bidding Permissible under Competition Law. – Journal of European Competition Law & Practice 2019, Vol. 10, No. 4, lk 241; **R. Moldén**. Public Procurement and Competition Law from a Swedish Perspective. – Some Proposals for Better Interaction. – Europarättslig tidskrift 2012, nr 4, lk 557.

⁵ **A. Sànches Graells**. A. Competition and Public Procurement. – Journal of European Competition Law & Practice 2018, Volume 9, Issue 8, lk 551–552; **L. Gomez jt** (viide 4), lk 430–435.

⁶ **C. Ritter**. [Joint Tendering Under EU Competition Law](#). – SSRN 01.02.2017, lk 3. (26.03.2021).

⁷ [RT I, 08.07.2020, 8](#).

⁸ [RT I, 13.03.2019, 92](#).

⁹ [RT I, 03.03.2021, 3](#).

kolmeaastane vangistus.¹⁰ Skandinaavia maades määratud karistused on olnud 1,2 miljonit Rootsi krooni kummalegi ühispakkujale¹¹, 250 000, 400 000 ja 2,2 miljonit Norra krooni ühispakkuja kohta¹².

Autor on koostanud nii Norra kui ka Taani konkurentsiameti skemaatilistest lahendustest inspiratsiooni saades juhise, mille põhjal ühispakkujatevahelise koostöö seaduslikkust hinnata (vt joonis artikli lõpus).

Üldised eeldused hindamaks ühispakkumuse seaduslikkust

Euroopa Liidu toimimise lepingu (ELTL)¹³ art 101 lg 1 ning KonkS-i § 4 lg 1 sätestavad, millised ettevõtjatevahelised kokkulepped, ettevõtjate ühenduste otsused ja missugune kooskõlastatud tegevus on keelatud. ELTL-i art 101 lg 1 ja KonkS-i § 4 lg 1 kohaselt on ühispakkujatevaheline koostöö ebaseaduslik, kui: 1) ühispakkujad on ettevõtjad; 2) ühispakkujatevaheline koostöö kvalifitseerub kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse või ettevõtjate ühenduse otsusena; 3) ühispakkujatevahelise koostöö eesmärgiks või tagajärjeks on konkurentsikahjustus. Samuti peavad ühispakkujad olema konkurendid.¹⁴ Kui kõik eespool nimetatud tingimused on täidetud, on ühispakkujatevaheline koostöö ebaseaduslik. Koostöö on seaduslik vaid sellisel juhul, kui kohaldub mõni erand. ELTL-i art 101 lg 2 ja KonkS-i § 8 kohaselt on keelatud kokkulepped, tegevused või otsused algusest peale tühised.

Ühispakkujate puhul tuleb seega esmalt tuvastada, kas tegemist on ettevõtjatega konkurentsioõiguse tähenduses.¹⁵ Kuna ettevõtja mõiste on lai, on tõenäoliselt ühispakkujad ettevõtjad. Kui ühispakkujad on kvalifitseeritavad ettevõtjatena ja ei kuulu samasse kontserni, tuleb tuvastada, kas ühispakkujatevaheline koostöö kvalifitseerub kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse või ettevõtjate ühenduse otsusena ELTL-i art 101 lg 1 ja KonkS-i § 4 lg 1 mõttes. Kuna ühispakkujad peavad ühispakkumuse esitamiseks tegema koostööd ja omavahel suhtlema, on nende koostöö vähemalt kooskõlastatud tegevus. Tegemist võib olla ka kokkuleppe või ettevõtjate ühenduse otsusega.

Kuna ühispakkujad on tõenäoliselt ettevõtjad ja nende tegevus vähemalt kooskõlastatud, on ühispakkujatevahelise koostöö tuvastamisel raskuskese sellel, kas ühispakkujaid saab käsitada

¹⁰ KarS-i § 400 lg 2: „Konkurentidevahelise kokkuleppe, otsuse või kooskõlastatud tegevuse eest, sealhulgas riigihankes osalemisel, kui sellega: 1) määratakse otseselt või kaudselt kolmandate isikute suhtes kindlaks hind või muud kauplemistingimused; 2) piiratakse tootmist, teenindamist, kaubaturgu, tehnilist arengut või investeerimist või; 3) jagatakse kaubaturgu või varustusallikat, piiratakse kolmanda isiku pääsu kaubaturule või püütakse teda sealt välja tõrjuda – karistatakse rahalise karistuse või ühe- kuni kolmeaastase vangistusega.“

¹¹ Kokku 2 479 000 Rootsi krooni, mis on umbes 228 000 eurot. Vt Stockholms Tingsrätti 21. jaanuari 2014. a otsus nr [T 18896-10](#), lk 149. (26.03.2021).

¹² 250 000 Norra krooni on umbes 22 200 eurot, 400 000 Norra krooni umbes 35 500 eurot ja 2,2 miljonit Norra krooni umbes 195 000 eurot. Vt The Supreme Court of Norway 22. juuni 2017. a otsus nr [HR-2017-1229-A](#) juhtumis nr 2015/203, p 2. (26.03.2021).

¹³ Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid (2016/C 202/01). – ELT C 202, 07.06.2016, lk 1–388.

¹⁴ Keelatud on kokkulepped konkurentide vahel. Vt selle kohta järgmine alapeatükk.

¹⁵ RHS-is ei ole ettevõtja mõistet määratletud. RHS-i § 4 p 4 kohaselt sisustatakse RHS-is ettevõtja mõiste KonkS-i kaudu.

konkurentidena, kas nendevahelise koostöö eesmärgiks või tagajärjeks on konkurentsikahjustus ning kas võib kohalduda mõni erand, mis muudaks ebaseadusliku koostöö seaduslikuks.

Millal saab ühispakkujaid käsitada konkurentidena?¹⁶

Keelatud on konkurentidevahelised kokkulepped, kooskõlastatud tegevus ja otsus, seetõttu on ühispakkujate puhul vaja tuvastada, kas ühispakkujad on konkurendid. Ühispakkumuste kaudu koostöö tegemine tegelike või võimalike konkurentide vahel võib tähendada ELTL-i art 101 lg 1 rikkumist.¹⁷ Ühispakkumuste kaudu koostöö tegemine ettevõtjate vahel, kes ei ole konkurendid, on seaduslik koostöö.¹⁸

Konkurentsioiguses on oluline asjaomase turu määratlemine, et tuvastada, kas ettevõtjad on konkurendid.¹⁹ Seetõttu tuleb ka riigihangetes ühispakkujate puhul tuvastada, kas nad tegutsevad samal asjaomasel turul, st samal tooteturul ja samal geograafilisel turul. Selleks tuleb tooteturu puhul analüüsida vastava riigihanke teenuse või toote sektorit turul ning tuvastada, kas ühispakkujad tegutsevad samal tooteturul. Seejärel tuleb tuvastada, kas ühispakkujad tegutsevad samal geograafilisel turul.

Teatud juhtudel ei piisa aga asjaomase turu tuvastamisest. Kui hinnata, kas ettevõtjad on ühe konkreetse projekti suhtes konkurendid, tuleb tuvastada, kas ettevõtjad oleksid suutnud seda projekti või tegevust iseseisvalt läbi viia.²⁰ Seetõttu tuleb ühispakkujate kontekstis lisaks asjaomasele turule tuvastada, kas ühispakkujad oleksid suutnud riigihanke raames sõlmitava hankelepingu iseseisvalt ellu viia, st kas ühispakkujad oleksid suutnud konkreetsetes riigihankes iseseisvat pakkumust esitada.

Seega taandub ühispakkujate puhul analüüs sellele, kas ühispakkujad on konkurendid selle konkreetse riigihanke suhtes, mitte kas ühispakkujad tegutsevad samal asjaomasel turul ja on seetõttu konkurendid.²¹ Seaduslik on vaid selliste ühispakkujate koostöö, kes on turul konkurendid, kuid kes ei oleks suutnud riigihankes iseseisvat pakkumust esitada.

Ühispakkujad ei ole konkurendid konkreetsetes riigihankes, kui ükski ühispakkujatest ei oleks võimeline iseseisvat pakkumust esitama. Selline koostöö on seaduslik, kuna koostööd ei tee konkurendid. Kui kõik ühispakkujad oleksid iseseisvalt võimelised riigihankes individuaalse

¹⁶ Alapeatüki teema kohta põhjalikumalt käsitlust vt **G. H. Gritsenko**. Konkurentsi kahjustavate kokkulepete keeld: millal on ühispakkujad konkurendid? – *Juridica* 2020/10, lk 783–792.

¹⁷ **R. Moldén**. Public Procurement and Competition Law from a Swedish Perspective – Some Proposals for Better Interaction. – *Europarättslig tidskrift* 2012, nr 4, lk 567; **P. Trepte**. Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide. Second Edition. New York: Oxford University Press 2007, lk 50.

¹⁸ **L. Gomez jt** (viide 4), lk 430–435; **P. Trepte** (viide 17), lk 50.

¹⁹ **Euroopa Komisjon**. Teatis. Suunised Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes 2011/C 11/0, p 10.

²⁰ Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty. – *ELT C* 101, 27.04.2004, lk 97–118; *ELTL-i* art 101 suunised, p 30; Commission Decision 2000/182/EC of 14 September 1999 relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty (Case IV/36.213/F2 – GEAE/P & W). – *EÜT L* 58, 03.03.2000, lk 16–29, p 75; Commission Decision 90/446/EEC of 27 July 1990 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/32.688 – Konsortium ECR 900). – *EÜT L* 228, 22.08.1990, lk 31–34, p II(2)(a).

²¹ **C. Ritter** (viide 6), lk 4; **L. Gomez jt** (viide 4), lk 430–435; **P. Trepte** (viide 17), lk 51.

pakkumuse esitama, oleks tegu konkurentidega. Mitme ühispakkuja puhul on seaduslik selline koostöö, kus mitmest ühispakkujast vaid üks oleks võimeline individuaalse pakkumuse esitama, kuid teised mitte. Iga lisanduv ühispakkuja, kes suudaks individuaalse pakkumuse esitada, on konkurent ning seega vähendaks ühispakkumus riigihankes konkurentsi.

Osadeks jaotatud riigihanke puhul tuleb hinnata ettevõtja võimekust esitada individuaalne pakkumus iga riigihanke osa suhtes eraldi. Kui ettevõtja suudaks individuaalse pakkumuse esitada kas või ühele osale osadeks jaotatud riigihanke suhtes, on tegemist konkurendiga selles konkreetsetes riigihankes. Seejuures ei pea osad, mille suhtes ühispakkujad suudaksid individuaalse pakkumuse esitada, kattuma. Konkurentsiõigusest tulenev kriteerium on, et objektiivselt oleks võimalik individuaalselt projekti või tegevust täide viia. Seega tuleb hinnata, kas ettevõtja vastaks riigihankes minimaalselt nõutule. Seetõttu ei ole oluline, kui atraktiivse pakkumuse ettevõtjad esitada saaksid või kui suur oleks pakkumuse edulootus.

Kui esmapilgul ei ole selge, kas ühispakkujad suudaksid individuaalse pakkumuse esitada, st tegemist ei ole konkurentsiõiguse mõttes tegelike konkurentidega, on vaja hinnata, kas tegemist võiks olla võimalike konkurentidega.²² Selleks tuleb hinnata, kas ühispakkujad oleksid suutnud oma võimekust piisavalt tõsta, et esitada riigihankes individuaalne pakkumus. Ühispakkujaid käsitatakse potentsiaalsete konkurentidena, kui ühispakkujad suudaksid teatud muudatusi tehes oma võimekust suurendada ja riigihankes iseseisva pakkumuse esitada. Võimekuse suurendamist tuleb hinnata Euroopa Kohtu praktika põhjal.

Võimekuse suurendamine võib tähendada nii lisatööjõu palkamist kui ka võimekuse suurendamist tehnoloogia, masinate, oskusteabe ja raha, st lisainvesteeringute abil. Seega ei saaks ettevõtja tugineda teise ettevõtja oskusteabele, kui oskusteave on turul kättesaadav ja ettevõtjal oleks endal võimalik see oskusteave omandada. Sama kehtib ka uute masinate soetamise või tehnoloogia uuendamise puhul. Seejuures ei tohi uuendused olla ettevõtjale liialt koormavad, st võimekuse laiendamine peab põhinema elujõulisel majandusstrateegial.

Kuna võimekuse suurendamine peab olema teostatav, peaks riigihangete puhul arvestama, et ettevõtjad peavad võimekuse suurendamise võimalust analüüsima lühikese aja jooksul. RHS-i § 93 lg 1 p-des 1–6 on esitatud indikatiivne tähtaeg pakkumuste esitamiseks avatud hankemenetluses, kus on märgitud, et pakkumuste esitamise tähtaeg ei tohi olla lühem kui 15–45 päeva.²³ Pakkumuse esitamiseks tuleb ettevõtjatel töötada lühikese aja jooksul läbi hanketingimused, koostada pakkumuse esitamise strateegia, rääkida läbi koostööpartneritega, saada vajalikud eelkõkkulepped ning lisaks teha ettevõtja majandust pikaajaliselt mõjutavaid strateegilisi otsuseid, nagu lisainvesteeringute tegemine või lisatööjõu palkamine. Kõike seda ei ole piiratud aja jooksul võimalik teha. Seetõttu tuleks arvestada riigihangetest tulenevat

²² Kui kaks äriühingut tegutsevad samal asjaomasel turul, käsitatakse neid tegelike konkurentidena. Äriühingut käsitatakse mõne teise äriühingu võimaliku konkurendina, kui kokkuleppe puudumisel on tõenäoline, et suhteliste hindade väikese, kuid püsiva tõstmise korral teeb esimene äriühing lühikese aja jooksul vajalikud lisainvesteeringud või muud üleminekukulutused, et siseneda asjaomasele turule, kus tegutseb teine äriühing. – ELTL-i art 101 suunised, p 10.

²³ Vt ka RHS-i § 92 lg 1, mille kohaselt määrab hankija pakkumuste või taotluste esitamise tähtaja. Indikatiivsed tähtajad on sätestatud ka RHS-i §-s 94.

ajaraami ning hinnata, kas ettevõtjad oleksid oma võimekust suutnud laiendada ettenähtud ajaraamistikku arvesse võttes. Ainult sellisel juhul, kui arvestada riigihangetes pakkumuste esitamiseks ettenähtud lühikest aega, saab järeldada, et võimekuse suurendamine oleks olnud ettevõtjatele teostatav. Kui ajaga mitte arvestada, võib tulemuseks olla konkurentsi vähenemine riigihankes, kuna ettevõtjad ei ole suutelised lühikese aja jooksul kõiki riske hindama ning jätavad seetõttu riigihangetes pakkumused esitamata.

Võimekuse suurendamisel peab kokkuvõtlikult lähenema mõistlikult ning arvestama konkreetsete asjaoludega, st arvestama turusituatsiooni ja ettevõtja varasemat käitumist, samuti pakkumuste esitamise ajaraamistikku. Ühispakkujate võimekuse hindamisel tuleb arvestada ka asjaoluga, et osa ettevõtja võimekusest võib olla kaetud teiste lepingutega, seetõttu võib olla vajalik koostöö tegemine. Võimekuse hindamisel tuleb lähtuda riigihanke alusdokumentides sätestatust, see seab paika piirid, mida hankija on konkreetsetes riigihankes soovinud hankida ning mida nõutakse pakkujatelt.

Kuidas hinnata, kas ühispakkujatevahelise koostöö eesmärgiks või tagajärjeks on konkurentsikahjustus?

Kui jõuda järelduseni, et ühispakkujad on konkurendid, tuleb järgmisena tuvastada, kas nende koostööl on konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg. Euroopa Kohus on kinnitanud, et tegemist on alternatiivsete tingimustega, seetõttu ei ole vaja uurida konkurentsi kahjustavat tagajärge, kui on tuvastatud konkurentsivastane eesmärk.²⁴

Hindade kindlaksmääramise kokkulepe on ELTL-i art 101 lg 1 p a kohaselt konkurentsi kahjustav kokkulepe. Kuna hinna kindlaksmääramine on üks osa ühispakkujate koostööst, oleks justkui tegemist konkurentsi kahjustava kokkuleppega. Seejuures on tegemist aga ühispakkumuse vältimatu osaga, seetõttu ei saa samastada ühispakkujatevahelist koostööd sellise koostööga, mida teevad turul tegutsevad kaks ettevõtjat ning kes näiteks kooskõlastavad klientidele tehtava allahindluse summa. Ühispakkumuse eesmärk on ühendada kahe ettevõtja ressursid selleks, et täita hankeleping. ELTL-i art 101 lg 1 p a kohane hindade kindlaksmääramine on aga olukord, kus kahe turul tegutseva äriühingu eesmärk on hinnad kooskõlastada, sellele võib lisanduda ka turgude jagamine. Selline hinnaalane koostöö ei ole paratamatu, seetõttu ei tohiks ühispakkumuse käigus hindade kindlaksmääramine olla kvalifitseeritav ELTL-i art 101 lg 1 p a mõttes hindade kindlaksmääramisena. Kui kõik ühispakkumused kvalifitseerida konkurentsi kahjustavate kokkulepetena vaid seetõttu, et ühispakkujad on pakkumuse hinna kooskõlastanud, on ühispakkumuste kaudu koostöö tegemine riigihangetes peaaegu võimatu.

²⁴ EKo C-56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) versus Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, ECLI:EU:C:1966:38, lk 249; EKo C-8/08, *T-Mobile Netherlands jt*, p 28, 30; EKo C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:2009:610, p 28, 30; EKo C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:2009:610, p 55; EKo C-209/07, *Competition Authority versus Beef Industry Development Society Ltd ja Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, ECLI:EU:C:2008:643, p 16; EKo C-56/64, *Établissements Consten S.à.R.L. ja Grundig-Verkaufs-GmbH versus Euroopa Majandusühenduse Komisjon*, ECLI:EU:C:1966:41, lk 342.

Ühispakkujatevahelisel koostööl on konkurentsi kahjustav eesmärk, kui nende koostöö rikub konkurentsi piisavas ulatuses.²⁵ See omakorda sõltub aga konkreetsetest asjaoludest. Euroopa Kohtu praktika kohaselt tuleb uurida koostööga taotletavaid objektiivseid eesmärke ning selle majanduslikku ja õiguslikku konteksti.²⁶ Ühispakkumuste puhul tuleks kaaluda ka ühispakkujate tahet,²⁷ kuna enamikul juhtudel ei ole eesmärk piirata konkurentsi, vaid esitada ühispakkumus. Seejuures ei tuleks aga arvestada asjaoluga, et ühispakkujad teevad enamasti avalikult koostööd, kuna selline lähenemine tähendaks eri liiki ühispakkumuste erinevat hindamist.

Kui ühispakkumuse kaudu koostöö tegemine konkurentsi piisavas ulatuses ei kahjusta, tuleb analüüsida ühispakkujatevahelise koostöö tagajärgi konkurentstile. Kuna konkurentsi kahjustavat tagajärge hinnatakse konkurentsioiguses turu kui sellise suhtes²⁸, tuleb ka ühispakkujatevahelise koostöö tagajärgede hindamisel arvestada asjaomast turgu, kus ühispakkujad tegutsevad, mitte piirduda tagajärgedega konkreetsetes riigihankes. Seega tuleb tagajärgi konkurentstile hinnata nii riigihanke kui ka asjaomase turu mõttes.

Näiteks tuleb Norra kohtuasjale *Ski Taxi/Follo Taxi*²⁹ toetudes arvestada asjaoluga, kas ühispakkujad on ühispakkumuse esitanud ühise ettevõtja kaudu, mistõttu võib koostöö olla laiahaardelisem kui vajalik. Kui koostöö poolte vahel on laiahaardeline, tähendab see, et tõenäoliselt on pooltevahelisel koostööl kahjulik mõju ka konkurentstile turul, kuna elimineerib pooltevahelist konkurentsi ja teadmatust turul.

Kui täidetud on kõik ELTL-i art 101 lg 1 ja KonkS-i § 4 lg 1 tingimused, on tegemist ebaseadusliku koostööga. Sellisel juhul tuleb analüüsida, kas esineb ELTL-i art 101 lg 3 või KonkS-i § 6 lg 1 nn tõhususe suurenemise erand, mis muudaks ühispakkujatevahelise koostöö seaduslikuks.

Millal kohaldub nn tõhususe suurenemise erand?

Kui tegemist on konkurentsi kahjustava koostööga, võib see olla ELTL-i art 101 lg 3 ja KonkS-i § 6 lg 1 alusel siiski lubatud.³⁰ Koostöö võib seaduslik olla ka juhul, kui kohaldub nn *de minimis*

²⁵ Eesmärgil põhineva konkurentsipiirangut saab kohaldada vaid teatud tüüpi ettevõtjatevaheliste kooskõlastamiste suhtes, millel on konkurentsi piisavalt kahjustav ulatus selleks, et saaks järeldada, et nende mõju kontrollimine ei ole vajalik. – EKo C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2014:2204, p-d 49, 52, 58.

²⁶ EKo C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. jt versus Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160, p 36; C-8/08, *T-Mobile Netherlands jt*, p 27; C-209/07, *Beef Industry Development ja Barry Brothers*, p-d 16, 21.

²⁷ Euroopa Kohus on märkinud, et kuigi poolte tahe ei ole oluline asjaolu hindamiseks, kas kooskõlastatud tegevus piirab konkurentsi, ei ole poolte tahtega arvestamine keelatud. – C-8/08, *T-Mobile Netherlands jt*, p 27; C-67/13 P, *CB versus komisjon*, p 54; C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító jt*, p 37; C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services jt versus komisjon jt*, p 58.

²⁸ ELTL-i art 101 suunised, p 27.

²⁹ The Supreme Court of Norway 22. juuni 2017. a otsus nr [HR-2017-1229-A](#) asjas nr 2015/203. (26.03.2021).

³⁰ **R. Schütze**. *An Introduction to European Law* Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, lk 317; **A. Jones, B. Sufrin**. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. New York: Oxford University Press, 2016, lk 182–183; **K. H. Eichhorn, C. Ginter**. *Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsioigus*. Tallinn, Brüssel: Juura 2007, lk 56.

erand.³¹ Kõige tõenäolisemalt saab ühispakkujatevahelise ebaseadusliku koostöö seaduslikuks muuta ELTL-i art 101 lg 3 erand.³² ELTL-i art 101 lg 3 kohaldamiseks on vaja analüüsida nelja kumulatiivset tingimust. Kui ettevõtjad soovivad tugineda ELTL-i art 101 lg 3 erandile, lasub neil tõendamiskoormus näitamaks, et kõik neli kumulatiivset tingimust on täidetud ning erand kohaldub.³³

Hinnates esimest ELTL-i art 101 lg 3 tingimust, s.o kas ettevõtjatevaheline kokkulepe, kooskõlastatud tegevus või ettevõtjate ühenduse otsus aitab parandada kaupade tootmist või turustamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi, tuleb hinnata kasu kogu Euroopa Liidule, mitte kasu ettevõtjatele endile.³⁴

Ühispakkujatevaheline koostöö peab kaasa tooma ühe eespool nimetatud positiivse tagajärje. Kuna positiivne tagajärg tähendab tuntavat objektiivset kasu, siis võib riigihangete kontekstis lugeda tingimuse täidetuks ka juhul, kui positiivne tagajärg mõjutab vaid konkreetset hankijat konkreetsetes riigihankes. Ühispakkumuste kontekstis võib kõne alla tulla kaks alternatiivi: hankijale suudetakse pakkuda midagi, mida individuaalset pakkumust esitades ei oleks võimalik pakkuda, st midagi uut, või esineb kulude kokkuvõid.

Esimese alternatiivi puhul peavad ühispakkujad suutma koostöö tulemusel pakkuda hankijale midagi uut, mis aitaks parandada kaupade tootmist või turustamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi. Selline ühispakkumus ei pea ainuüksi liitma ühispakkujate ressursse, vaid ühispakkujate ressursside ühendamisel peab tekkima midagi, mida kumbki ühispakkuja individuaalselt pakkuda ei suudaks. KonkS-i § 6 lg 1 puhul võib koostöö aidata kaasa ka keskkonna kaitsmisele.

Teise alternatiivi puhul peab ühispakkujatevaheline koostöö viima hankija kulude kokkuvõiduni. Kulude kokkuvõid peab tähendama kulude kokkuvõidu hankijale, mitte ainult ühispakkujatele endale, kuna Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei tohi positiivne tagajärg mõjutada vaid ettevõtjaid endid.³⁵ Kuna ettevõtjad peavad suutma kulude kokkuvõidu tõendada kontrollitaval viisil, peavad ühispakkujad juba ühispakkumuse koostamise käigus koguma tõendeid, tegema arvutusi ning dokumenteerima kõike, mis aitab tõendada, et koostööl on positiivsed tagajärjed konkurentsioiguse mõttes. Nagu ka ühispakkujate võimekuse suurendamise puhul, tuleks siingi arvestada ajapiire, millal peavad ühispakkujad pakkumuse koostama. Seetõttu tuleks arvestada,

³¹ Erand kohaldub vähetähtsatele koostöödele, st kui poolte turuosa ei ole suurem kui 10% horisontaalse ja suurem kui 15% vertikaalse kokkuleppe, tegevuse või otsuse korral. Eesmärgipärastele rikkumistele *de minimis* erand aga ei kohaldu. – **R. Whish, D. Bailey**. Competition Law Seventh Edition. New York: Oxford University Press, 2012, lk 140–143; **R. Schütze** (viide 30), lk 316–317; Komisjoni teatis – Teatis vähetähtsate kokkulepete kohta, mis ei piira märgatavalt konkurentsi Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 lõike 1 kohaselt (*de minimis*). – ELT C 291, 30.08.2014, lk 1–4, p-d 1, 2, 8.

³² **C. Ritter** (viide 6), lk 16; **C. Thomas**. Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law. – Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, No. 9, lk 634; **L. Gomez jt** (viide 4), lk 430–435.

³³ **A. Jones, B. Suftrin** (viide 30), lk 123; C-501/06 P, GlaxoSmithKline Services jt *versus* komisjon jt, p-d 82, 83; EKo C-43/82, Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, ja Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, *versus* Euroopa Ühenduste Komisjon; ECLI:EU:C:1984:9, lk 68, p 52.

³⁴ **R. Whish, D. Bailey** (viide 31), lk 155.

³⁵ **R. Whish, D. Bailey** (viide 31), lk 155.

kas ettenähtud ajaraamidest lähtuvalt on ühispakkujad esitanud piisavalt tõendeid tõhususe suurenemise tõendamiseks. Vastasel juhul oleks ühispakkujate puhul tõenäoliselt välistatud erandile tuginemise võimalus, kuna lühikese ajaga ei suudeta koguda piisavalt tõendeid. Lisaks saab hankija tunnistada edukaks sellise pakkuja, kelle pakkumus on soodsaim, seega kui ühispakkujad osutuvad selliseks pakkujaks, on kulude kokkuvõid ka hankija jaoks saavutatud. Seetõttu peaks teatud juhtudel olema ühispakkujate tõendamiskoormus mõnevõrra väiksem, kui on ette nähtud konkurentsioiguses.

Hinnates teist ELTL-i art 101 lg 3 tingimust, s.o tarbijad peavad saama tulenevast kasust õiglase osa, tuleb sisuliselt hinnata seda, kas kokkuleppes saadav kasum jõuab tarbijateni õiglasel määral.³⁶ Kuna konkurentsioiguses on tarbija mõiste lai, saab riigihangete kontekstis lugeda tarbijaks ka ainult hankijat. Hankija on keegi, kes otseselt kasutab ühispakkujate pakutavaid tooteid või teenuseid ning seetõttu on hankija tarbijaks. Ühispakkujate toodete või teenuste kaudsed kasutajad on teatud riigihangete puhul lõpptarbijad ehk maksumaksjad.

Hankija peab saama ka õiglase osa ühispakkujatevahelise koostöö tulemusel tekkivast kasust. Kui ühispakkujad suudavad ühispakkumuse kaudu pakkuda hankijale midagi uut, saab hankija sellest õiglase osa, kuna ühispakkumus tehakse hankijale ja hankija saab kasutada loodavat uut toodet või teenust. Kui ühispakkumuse tõttu hoiavad ühispakkujad kokku aga kulusid, peab sellest tulenema ka kulude kokkuvõid hankijale. Seega koostöö tulemusena saadav kasu hankijale ehk tarbijale on kulude kokkuvõid: hankija saab tooteid või teenuseid soodsamalt. See omakorda tähendab, et maksumaksja raha ei kulu teenusele või tootele nii palju, kui eeldati. Seega saab sellisest kulude kokkuvõidest kasu ka lõpptarbija ehk maksumaksja.

Hinnates kolmandat ELTL-i art 101 lg 3 tingimust, s.o ettevõtjatele kehtestatud piirangud peavad olema hädavajalikud, tuleb hinnata iga konkreetset piirangut saavutatava eesmärgi suhtes ning hinnata, kas piirang on eesmärgi suhtes hädavajalik ja proportsionaalne.³⁷

Riigihangete puhul tuleb hinnata, kas ühispakkujatevaheline koostöö on tõhususe saavutamiseks mõistlikult vajalik. Seejuures tuleb analüüsida konkreetseid asjaolusid ja arvestada konkreetse turuga. Arvestama ei pea aga asjaoluga, kas ühispakkujad oleksid võinud omavahelise koostöö asemel teha koostööd mõne teise ettevõtjaga. Hinnang tuleb anda ka iga ühispakkujatevahelisest kokkuleppes või tegevusest tuleneva individuaalse konkurentsipiirangu kohta ning hinnata, kas need on tõhususe saavutamiseks mõistlikult vajalikud. Kui leida, et ühispakkumuste puhul ühine hindade kindlaksmääramine on ELTL-i art 101 lg 1 p a mõttes hindade kindlaksmääramine, võiks konkurentsioiguse mõttes pidada hindade kindlaksmääramist ühispakkumuste puhul hädavajalikuks piiranguks. Seda seetõttu, et ühist hinda kindlaks määramata ei saaks ettevõtjad ühispakkumust esitada ning seega ei saaks realiseeruda ka ühispakkumuse tulemusena saadav kasu.

³⁶ **K. H. Eichhorn, C. Ginter** (viide 30), lk 64; **R. Schütze** (viide 30), lk 318; **C. Thomas** (viide 32), lk 635.

³⁷ **K. H. Eichhorn, C. Ginter** (viide 30), lk 64; **R. Schütze** (viide 30), lk 318.

Hinnates neljandat ELTL-i art 101 lg 3 tingimust, s.o ettevõtjatele ei tohi anda võimalust kõrvaldada konkurentsi kõnesolevate toodete olulise osa suhtes, tuleb hinnata, ega ettevõtjatevaheline koostöö ei elimineeri olulisel määral konkurentsi. Esmalt on vaja määratleda, milline on konkreetset juhul asjaomane turg ning milline on konkurentsiolukord sellel turul.³⁸

ELTL-i art 101 lg 3 neljanda tingimuse analüüs eeldab põhjalikku olukorra hindamist konkreetset turul. Ühispakkujate tegevus ei tohi olulisel määral mõjutada konkurentsi. Ilmselt omab ühispakkujate tegevus turule mõju, kuid tuvastada tuleb selle mõju olulisus. Kuna kohtud ei saa asjaomase ameti hinnangut majandusliku olukorra kohta ümber hinnata, st kohtud ei saa otsuse tegija majandushinnanguid asendada enda omaga, on tegemist keeruka tingimusega, mida täita. Riigihangete puhul on võimalik ELTL-i art 101 lg 3 neljandat tingimust täita, kuid ühispakkujatel on raske ennustada, mida arvavad näiteks Konkurentsiamet ja kohtud turusituatsioonist ning sellest, kuidas mõjutab koostöö konkurentsi, eriti arvestades lühikest ajaperioodi, mille jooksul peavad ühispakkujad pakkumuse koostama ja vajalikke aspekte analüüsima. Seega ei saa olukorda asjaomasel turul hinnata konkreetse riigihanke perspektiivist, vaid arvestada tuleb asjaomase turuga konkurentsiõiguse mõttes.

Kokkuvõttes on ühispakkumuste puhul võimalik toetuda tõhususe suurenemise erandile, kuid erandi tingimuste täitmine on keeruline tingimuste spetsiifilisuse ning ajaraamistiku tõttu, milles ühispakkujad tegutsevad. Ühispakkujad peavad juba ühispakkumust koostades arvestama, et vaidluse korral on neil endil kohustus tõendada, et kõik neli kumulatiivset erandi kohaldumise tingimust on täidetud. Kui kõik neli kumulatiivset tingimust on täidetud, on ühispakkujatevaheline koostöö seaduslik. Kui tingimused ei ole täidetud, on tegemist ebaseadusliku koostööga.

Kokkuvõte

Hinnates ühispakkujatevahelise koostöö seaduslikkust, tuleb lähtuda ELTL-i art 101 lg-st 1 ning KonkS-i § 4 lg-st 1, mis sätestavad, millised ettevõtjatevahelised kokkulepped, ettevõtjate ühenduste otsused ja kooskõlastatud tegevus on keelatud. Kui täidetud on kõik ELTL-i art 101 lg 1 ja KonkS-i § 4 lg 1 tingimused, on tegemist ebaseadusliku koostööga. Sellisel juhul võib koostöö seaduslik olla vaid juhul, kui kohaldub ELTL-i art 101 lg 3 või KonkS-i § 6 lg 1 erand.

Kokkuvõtlikult saab järeldada, et konkurentsiõiguse range rakendamine ei ole riigihangetes ühispakkujatevahelise koostöö hindamisel sobilik ning arvestada tuleb riigihangetest tulenevate erisustega. Ühispakkujatevaheline koostöö saab seaduslik olla sisuliselt kahel juhul: kui ühispakkujad ei suudaks iseseisvalt riigihankes pakkumust esitada, st tegemist ei ole konkurentidega, või kui ühispakkujatevahelise koostööga suudetakse hankijale pakkuda midagi uut või luua oluline kulude kokkuhoid ning tegemist on tõhususe suurenemise erandiga.

Riigihankeõiguses tuleks välja töötada ka eraldi normistik või juhised, kuidas hinnata ühispakkumuste kaudu koostöö tegemise seaduslikkust. Praeguse regulatsiooni puhul on

³⁸ K. H. Eichhorn, C. Ginter (viide 30), lk 64; C. Ritter (viide 6), lk 16; L. Gomez jt (viide 4), lk 430–435.

ettevõtjatel iseseisvalt äärmiselt keeruline hinnata koostöö vastavust konkurentsireeglitega, eriti arvestades ajaraamistikku, mis on riigihangete puhul pakkumuste esitamiseks ette nähtud. Kuna tõenäosus, et tegemist on keelatud koostööga, on suur ning kaasneda võib ka kriminaalvastutus, peaks olema konkreetne juhend vähemalt Eesti tasandil, et ettevõtjad teaksid ja oskaksid hinnata riske, mis kaasnevad ühispakkumuste kaudu koostöö tegemisega, ning samuti oskaksid hinnata sellise koostöö seaduslikkust.

Joonis järgmisel lehel.

Joonis. Ühispakkujate koostöö seaduslikkuse hindamine

