

Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium

Riigi Tugiteenuste Keskuse kaudu

info@rtk.ee

kersti.metsalo@rtk.ee

31.07.2024

VAIE FINANTSKORREKTSIOONI OTSUSE "EST-SIDE-28_3" OSAS (01.07.2024 OTSUS NR 11.4-18/24/701)

ja

TAOTLUS FINANTSKORREKTSIOONI OTSUSE EST-SIDE-28_3 TÄITMISE PEATAMISEKS (01.07.2024 OTSUS NR 11.4-18/24/701)

Advokaadibüroo LINDEBERG kliendiks on MTÜ Eesti Andmesidevõrk (registrikood 80361841; edaspidi ASV/klient), kelle eest ja nimel esitame käesoleva vaide

RTK on asunud oma 01.07.2024 otsuses seisukohale, et hanke "EST-SIDE_05.18" projekti (osa) "EST-SIDE-28_3" läbiviimisel esinesid puudused ja rikkumine riigihangete seaduse (RHS) § 3 tähenduses:

toetuse saaja on kehtestanud ebaproportsionaalselt piirava tingimuse pakkumistagatise osas

Vastavalt tuvastatud puudusele tegi RTK otsuse, millega vähendas abikõlblikke kulusid „EST-SIDE-28_3“ osas 5% summas 8 914,06 eurot, millest Euroopa Regionaalarengu Fondi toetus kokku moodustab 7 576,95 eurot ja omafinantseering 1 337,11eurot. RTK otsustas nõuda ASV-ilt tagasi 7 576,95 eurot.

ASV RTK otsusega ei nõustu ja on seisukohal, et vastav RTK otsus ja järeldused rikkumiste osas ei ole õiged ja on seisukohal, et tegelikult ei esine projekti osa elluviimisel otsuses viidatud rikkumist. ASV on seisukohal, et projekti osa „EST-SIDE-28_3“ on läbi viidud vastavalt kohalduvates õigusaktides sätestatule ja puudub alus tagasinõudeks ning finantskorrektsiooniks. Seejuures on ASV seisukohal, et hea haldustavaga kooskõlas olevaks ei saa pidada ka RTK tõlgendust, et eesmärk on auditeeritavas hankes vigu leida ja iga hinna eest tagasinõue esitada. ASV on seisukohal, et **RTK-l on kohustus kasutada oma kaalutlusõigust proportsionaalselt ja eesmärk peaks olema soodustada riigihange korraldamist ning tõlgendusi, mis ei too kaasa tagasinõudeid**. Seejuures isegi, kui hangetes oleks puudusi (ASV sellega ei nõustu), siis jääb RTK-l ikkagi alles kaalutlusõigus ja ASV on seisukohal, et RTK oleks pidanud ka sellisel juhul jõudma tulemini, et tagasinõudeid RTK ei esita.

Advokaadibüroo LINDEBERG OÜ

Reg nr: 14354670

KMKR: EE102016536

625 2000

info@lindeberg.legal

Tallinna kontor

Kentmanni 6, 10116 Tallinn

tallinn@lindeberg.legal

Tartu kontor

Ülikooli 2a, 51003 Tartu

tartu@lindeberg.legal

Pärnu kontor

Akadeemia 1, 80011 Pärnu

Forwardspace HUB

parnu@lindeberg.legal

www.lindeberg.legal

ASV meelest on oluline arvestada ka sellega, et **kõik hankedokumendid kooskõlastati toetuse andjaga Riigi Infosüsteemi Ametiga (RIA) ja sellel hetkel üheski tingimuses probleeme ei nähtud**. ASV on seisukohal, et eelnev tähendab seda, et ASV on tegutsenud eesmärgiga koostada hankedokumendid selliselt, et need oleksid kooskõlas kõikide asjakohaste õigusaktidega ja et hankedokumentide sisu mõistaks ühtmoodi korrektselt nii ASV kui toetuse andja. Antud juhul on need tingimused ka täidetud. **Enne hankedokumentide kasutamist on need saanud RIA heakskiidu**, mis esiteks näitab, et arvestades konkreetse hanke sisu on võimalik ja mõistlik hanketingimusi tõlgendada selliselt, et rikkumised puuduvad ja teiseks oleks ebaloogiline ning ASVi põhjendamatult kahjustav kui nüüd siiski asuda seisukohale, et mõned hanketingimused ei ole korrektsed.

RTK oma täiendatud otsuste eelnõudes on asunud seisukohale, et RIA kooskõlastus ei võta ASV-ilt ära kohustust jälgida RHS reegleid ega ka vastutust võimalike rikkumiste eest. ASV antud käsitlusega ei nõustu, kuid isegi kui jaatada sellist käsitlust, siis on ASV seisukohal, et sellises olukorras oleks pidanud RTK oma kaalutlusõigust kasutama teistmoodi ja jõudma järeldusele, et tagasinõuete esitamine ei ole põhjendatud, sest **ASV on käitunud vajaliku hoolsusega ja saanud ka RIA heakskiidu**. ASV soovib rõhutada, et tagasinõude esitamine ei ole kohustus vaid õigus ja põhjendatuks ei saa lugeda tõlgendust, et iga hinna eest tuleb leida võimalus tagasinõude esitamiseks.

Otsuses toodud puudused ja ASVi seisukohad nende osas:

1. toetuse saaja on kehtestanud ebaproportsionaalselt piirava tingimuse pakkumistagatise osas

Hankedokumendi p 7.1. sätestas, et pakkuja peab kandma pakkumistagatisena 4% pakkumuse ilma käibemaksuta kogumaksumusest hankija arvelduskontole. Hankedokumendi p 7.2. lubas pakkujatel, kes on osutunud edukaks pakkujaks Eesti Andmesidevõrk MTÜ hangetes EST-SIDE_09.17 ja EST-SIDE_01.18, tasaarveldada käesolevas hankes nõutud tagatiste summasid nende summade osas, mis on juba hankijale üle kantud: EST-SIDE-11, EST-SIDE-12, EST-SIDE-12_1; EST-SIDE-12_2; EST-SIDE-12_3; EST-SIDE-13; EST-SIDE-13_1; EST-SIDE-13_2; EST-SIDE-13_3; EST-SIDE-15; EST-SIDE-15_1; EST-SIDE-16_1; EST-SIDE-20_2; EST-SIDE-24; EST-SIDE-24_2; EST-SIDE-28_1; EST-SIDE-28_3; EST-SIDE-29; EST-SIDE-30. Hankedokumendi p 7.3 lubas projektide EST-SIDE-12_2, EST-SIDE-12_3, EST-SIDE-13_2, EST-SIDE-13_3 pakkumise- ja teostustagatise asendada panga või kindlustusseltsi allkirjastatud esimese nõudmiseni garantiikirjaga (first demand guarantee). Hankedokumendi p 7.4. sätestas mh, et tagatis realiseeritakse 50% ulatuses, see tähendab, et mainitud ulatuses tasutud rahasummat ei tagastata, kui pakkuja kõrvaldatakse hankelt teadlikult valeandmete edastamise eest, pakkuja põhjustab hanke nurjumise, pakkuja võtab pakkumuse tagasi või pakkumise edukaks tunnistatuna keeldub hankelepingu sõlmimisest 30 päeva jooksul arvestades pakkuja tunnistamisest parimaks pakkujaks. Hankedokumendi p 17.4. sätestas, et edukaks tunnistatud pakkuja pakkumistagatis arvestatakse ümber hankelepingu jõustumise hetkest teostustagatiseks.

Teostustagatis tagastataks edukaks tunnistatud pakkujale pärast tööde üleandmist vastavalt hankelepingule.

RTK on seisukohal, et toetuse saaja ei ole esitanud kaalukaid põhjendusi, millest lähtuvalt ei võimaldatud hanke „EST-SIDE_05.18“ osas „EST-SIDE-28_3“ pakkumistagatisena hankija arvelduskontole rahasumma kandmise asemel esitada pakkujatel panga või kindlustusseltsi garantiikirja. ASV on selgitanud, et projektide tagatised kujundatakse vastavalt projektide mahule ja eripäradele. RTK siiski jõudis seisukohale, et tegemist on piirava tingimusega RHS § 3 p 1 tähenduses, sest on olemas hüpoteetiline võimalus, et raha hankija kontole kandmine võib olla teise poole jaoks liiga koormav olukorras, kus ettevõtte on võitnud mitu hanke osa ja summeerituna peab märkimisväärse osa oma likviidsust varast kandma hankija kontole. Lisaks ei ole rakendusüksuse hinnangul põhjendatud 4%-ne pakkumuse tagatis, kuivõrd piirab oluliselt potentsiaalsete hankest osalevate isikute ringi, kes leebematel tingimustel võiksid olla suutelised edukalt konkureerima.

Seisukoht. ASV endiselt RTK käsitlesega ei nõustu ja leiab, et kogu järeldus on pigem hüpoteetiline ja võimatu on teha ühesest järeldust, et tegemist on ebaproportsionaalselt piirava tingimusega. Asjaolud, et teatud juhtudel tuleb raha kanda hankija arvele ja teatud juhtudel esitada garantiikiri, on midagi sellist, mis oli pakkujatele teada ja sealt edasi oli pakkujal kohustus hinnata enda likviidsust ja võimekust vastavad tingimused täita. Projektide tagatised kujundatakse vastavalt projektide mahule ja eripäradele, mis toobki kaasa pakkujate erineva kohtlemise vastavalt tööde erinevustele. ASV on seisukohal, et sätestatud erinevad lahendused erinevate hanke osade osal ei ole keelatud ega vastuolus üldpõhimõtetega.

ASV soovib veelkord välja tuua selle, et vaidlusalune hange viidi läbi aastal 2018 ja tänaseks on ASV läbi viinud ka vähemalt ühe väga sarnase hanke projektile EST-SIDE-28_1_1, kus hanketingimused valdkonna spetsiifikaga mitte arvestades olid klassikalises mõttes leebed ja kantud ainult mõttest, et tagatud oleks võimalikult paljude huviliste huvi hanke ja pakkumuse tegemise vastu. **See hange lõppes aga sellega, et edukaks osutunud pakkuja otsustas lepingusse mitte tulla, kui oli lepingu sõlmimise aeg.** Samas hange ise oli täpselt sama tehnoloogilise lahendusega projekt täpselt samas rakenduskavas ning selles hankes olid tingimused paljuski seatud selliselt nagu RTK arvates on korrektne, **kuid selline hange kukkus läbi ja ASV jäi toetusrahastusest ilma ning sideoperaatoritele ja KOV-idele olulised punktid jäid baasvõrguga ühendamata.**

Antud vaidluse puhul on pakkumistagatis ja selle suurus eelkõige mõeldud **pakkuja motiveerimiseks, et taganedes jääks tagatis vaide esitajale, kuid see ei kata tegelikku kahju, mis projekti tegemata jätmisel tekiks.** Tegemist on 85% ulatuses Euroopa Liidu toetuse toel rahastatud projektiga, mistõttu ei saa vaide esitaja võtta ülemäära suuri riske ehitajatega, kes ei ole tegelikult võimelised sellises mahus projekte ellu viima, kuna see võib kaasa tuua toetusest ilmajäämise. RTK tõi küll välja, et riigihangete seaduse § 90 kohaselt

võib pakkujalt nõuda pakkumuse tagatist pakkuja poolt riigihanke käigus kohustuste täitmata jätmisega tekitatud kulude täieliku või osalise hüvitamise, sealhulgas hankelepingu sõlmimise tagamiseks, kuid mitte suuremas summas kui üks protsent hankelepingu eeldatavast maksumusest. Pakkumuse tagatist tuleb nõuda kõikidelt pakkujatelt ühesuguses summas. MKM kinnitas seevastu, et otsuses toodud põhjendused seoses RHS §-ga 90 ei ole asjakohased ning ei kohaldu antud vaidluse puhul.

Tegu oli avaliku hankemenetlusega ning ükski pakkuja ega ka potentsiaalne pakkuja ei toonud sel ajal välja, et rahas makstav tagatis on ebamõistlik võrreldes pangagarantiiga. See on ainult RTK hüpoteetiline oletus, millel puudub igasugune tõendatus. Praktikast tähendab pangagarantii ja rahas tagamine pakkujale üldjuhul ühte ja sama asja. Pangagarantii saamiseks peab pakkuja võtma pangast positiivse krediidiotsuse täpselt samuti nagu laenu puhul, seega pakkuja, kes oleks saanud pangast pangagarantii, oleks saanud ka pangast rahalise laenu, et tagatis rahas tasuda. Seega praktikast lähtuvalt ei saanud olla kellegi osalemine piiratud tagatist raha maksmise tõttu. Pakkuja, kes oleks saanud esitada pangagarantii, oleks sarnase protsessi alusel saanud pangast ka laenu ning seeläbi tasuda tagatise rahaliselt.

Vaide esitaja soovib välja tuua, et samuti korraldavad riigiasutused mitmeid enampakkumisi (riigi kinnisvara müük jne), kus tagatisena aktsepteeritakse üksnes rahalist tagatist, mitte garantiikirja. Turul on väga levinud praktika, et vastavalt hanke iseloomule kujundatakse ka hanke tagamise tingimused. Need tingimused saavad ja peavad olema kujundatud ka lähtuvalt hankijast ja tema võimalustest hanke läbiviimise ajal. Hankijal on õigus hinnata riske konkreetsetes hankes olevate projektide raames ning seeläbi kujundada hanke tagamise tingimused. Seetõttu suuremad projektid, kus hankija ei saa võtta ülemäärast riski, kujundatakse vastavate tingimustega. Need tingimused ei ole ega saa olla universaalsed kõikide hangete puhul, sest suurt rolli mängib ka hankija hetkeolukord. Kuna ASV MTÜ näol on tegemist väga väikese organisatsiooniga, siis sõltub hankija olukord suuresti käimas olevate projektide arvust.

Kogu hanke läbiviimisel ja täitmisel on ASV enda tegevuses lähtunud **туру parimatest praktikatest, mh võtnud eeskujuks Eesti Lairiba Arenduse Sihtasutuse poolt kasutatavad dokumendid**. Samuti on ASV aktiivselt suhelnud RIA-ga ning lähtunud RIA halduspraktikast ja soovitustest. Seega on ASV seisukohal, et aruande projektis kajastuvad etteheited ei ole kooskõlas turupraktika ja ka halduspraktikaga. ASV on hankedokumendid koostanud lähtudes eesmärgist, et ehitustegevust oleks võimalik teostada kvaliteetselt ning tähtaegselt, sh arvestades turu- ja halduspraktikat selliste projektide elluviimisel.

RTK peamine argument kahju hindamisel on hüpotees, et teised hankest huvitatud isikud jätsid vastavale osale pakkumuse esitamata just ebamõistliku pakkumistagatise tasumise tingimuse tõttu. Kahju tõenäosuse hindamisel ei tule arvesse võtta üksnes seda, kas mõni pakkuja võis jätta pakkumuse esitamata, vaid hinnata tuleks ka selle võimalikku mõju

riigihanke tulemusele. Kui on tõenäoline, et riigihankel oleks osalenud rohkem pakkujaid, kuid tõenäoliselt ei oleks see mõjutanud hankemenetluse tulemust, ei saa ka liidu eelarvele negatiivset mõju pidada tõenäoliseks.

Vaide esitaja on seisukohal, et kuna andmesidevõrkude paigaldamise näol on tegemist on niivõrd spetsiifilise valdkonnaga, siis ei saagi hankel osalejate arvu võrrelda näiteks üldehituse hankel osalevate ettevõtete arvuga. **Lisaks möönis MKM, et hankedokumendi tingimus, mis nõuab töövõtjalt trassi ehitamise kogemust Põhja-Euroopa territooriumil, on asjakohane, arvestades tööde spetsiifikat sõltuvalt maastikuoludest ja kliimast.** Sellest lähtuvalt ei saagi eeldada, et hankest oleksid huvitatud paljud ettevõtted ka mujalt Euroopast ning hankel osalevate ettevõtete ring ongi loogiliselt väike valdkonna spetsiifika tõttu.

Vaide esitaja leiab, et analoogia korras on võimalik tugineda ka Rõuge valla ja rakendusüksuse vahelisele vaidlusele, kus vallale heideti ette RHS § 3 põhimõtte rikkumist ja esitati tagasinõue, mis I astme kohtu hinnangul ei olnud põhjendatud. Seejuures selles kaasuses oli olukord, kus sooviti tingimusi muuta ja sooviti saada ka rakendusüksuse kooskõlastus sellele, kuid vaide esitajale teadaolevalt rakendusüksus pöördumisele kuidagi ei vastanud. Eelnev kooskõlastus dokumentidele oli aga olemas. **Ringkonnakohus on otsuses 3-22-833 toonitanud, et alusetult saadud soodustuse tagastamise eesmärk ei ole sanktsioon, vaid alusetult saadud soodustuse tagastamine (Euroopa Kohtu 01.10.2020 otsus asjas C-743/18, p 64).**

Proportsionaalseks saab ringkonnakohtu hinnangul pidada finantskorrektsiooni vaid juhul, kui selle ulatus ei kaldu ilmselgelt kõrvale sellest summast, mida saab pidada **EL eelarvele tekitatud kahjuks**. Nagu eelnevalt selgitatud, on tõenäosus, et riigihankes oleks osalenud väiksema pakkumistagatise korral rohkem pakkujaid, küll teoreetiliselt olemas, kuid faktiliselt on see tõenäosus väga väike, sisuliselt olematu.

Menetluslikud küsimused

Tähtaegsus. Vaide esitaja sai vaide kätte 01.07.2024. a. Vaide esitamise tähtaeg on vastavalt HMS § 75 30 päeva. Vaie esitati 31.07.2024. Järelikult on vaie esitatud tähtaegselt.

Taotlus finantskorrektsiooni otsuse täitmise peatamiseks. ASV taotleb oma vaidega ka finantskorrektsiooni 01.07.2024. a otsuse nr 11.4-18/24/701 täitmise peatamist kuni vaidlustuse lahendamiseni. Tuginedes HMS § 81 taotleb ASV iseenda huvide ja õiguste kaitseks haldusakti täitmise peatamist. ASV on seisukohal, et kuna tegemist on adressaati oluliselt koormava haldusaktiga, siis on põhjendatud ASV õiguste kaitseks peatada haldusakti täitmine. Finantskorrektsiooniga ettenähtud rahaline kohustus on adressaadi jaoks koormav ja võib oluliselt kahjustada adressaadi majanduslikku seisu.

RTK otsuste jõustamine ilma lõpliku õigusselguseta (ilma jõustunud kohtuotsuseta) kahjustavad avalikku huvi. Finantskorrektsiooni otsused sellistes summates võivad viia MTÜ olukorda, kus tal ei ole võimalik jätkata avalikes huvides olevate sidevõrkude valdamise ülesannet. See kahjustab tugevasti avalikku huvi, kuna kümned tuhanded inimesed, ettevõtted ja asutused sõltuvad ASV sidevõrgu toimimisest (sh piirkonna mobiilside). Sellise olukorra tekitamine RTK poolt ilma lõpliku õigusselguseta on täielikult ebaproportsionaalne ja lausa pahatahtlik.

HMS § 76 lg 2 p 6 kinnitus. Vaide esitaja kinnitab, et vaidluses asjas ei ole käimas kohtumenetlust, vaide esitaja pole kohtu poole pöördunud ega pole ka jõustunud kohtuotsust.

Esindusõigus. Vastavalt HMS § 76 lg 3 on vaide esitaja kohustatud esitama volikirja, kui esitab vaide lepingulise esindaja kaudu. Vaide juurde on lisatud volikiri (**lisa**).

Eelnevast tulenevalt MTÜ Eesti Andmesidevõrk oma vaidega taotleb:

- 1. Rahuldada peatamise taotlus ja peatada finantskorrektsiooni 01.07.2024. a otsuse nr 11.4-18/24/701 täitmine kuni vaidlustuse lahendamiseni.**
- 2. Rahuldada vaie ja tunnistada täies ulatuses kehtetuks (HMS § 72 lg 1 p 1) Riigi Tugiteenuste Keskuse finantskorrektsiooni 01.07.2024. a otsus nr 11.4-18/24/701.**

Lugupidamisega

/allkirjastatud digitaalselt/

Keijo Lindeberg

MTÜ Eesti Andmesidevõrk lepinguline esindaja
Vandeadvokaat

Lisa:

Volikiri.