Lisa 1 Valla seisukoht

Kose Vallavalitsus

Hariduse tn 1, Kose alevik

75101, Harju maakond registrikood: 75011547

OTSUS (EELNÕU)

finantskorrektsiooni tegemise ning taotluse vastavaks tunnistamise ja rahuldamise otsuse muutmise kohta

Riigi Tugiteenuste Keskus (registrikood: 70007340; edaspidi ka rakendusüksus) teeb meetme 1.„Energiatõhususe ja taastuvenergia kasutuse edendamine avaliku sektori hoonetes“ raames otsuse Kose Vallavalitsuse (edaspidi toetuse saaja või hankija) projekti "Oru Põhikooli energiatõhususe suurendamine“ (nr Kliima.2.01.21-0239; edaspidi projekt) osas.

Rakendusüksus tuvastas projekti kulude kontrollimise käigus, et toetuse saaja ei ole riigihanke „Oru Põhikooli rekonstrueerimine“ viitenumbriga 253909 (edaspidi riigihange nr 253909) läbiviimisel järginud riigihangete seaduses (edaspidi ka RHS) sätestatud nõudeid, mistõttu kohaldab rakendusüksus antud hanke kulude osas finantskorrektsiooni ning loeb mitteabikõlblikuks kuluks 96 200 eurot.

Otsuse tegemise aluseks on riigihalduse ministri 26.02.2020 määruse nr 7 „Kohaliku omavalitsuse hoonete energiatõhusaks muutmiseks antava toetuse kasutamise tingimused ja kord“ (edaspidi meetme määrus) § 19 lg 1 punkt 3 ja § 19 lõige 2, samuti projekti raames esitatud kuludokumendid tunnustega 2-9 ning toetuse saajaga peetud kirjavahetus.

**1.** Riigihankes nr 253909 tuvastatud rikkumised

Toetuse saaja on viinud läbi avatud hankemenetlusena riigihanke nr 253909 (hanketeade avaldati riigihangete registris 31.08.2022) pakkumuste esitamise tähtajaga 28.09.2022. Hankemenetluse raames esitati neli pakkumust. Menetluse tulemusena sõlmis hankija edukaks tunnistatud pakkujaga Honex OÜ 02.11.2022 hankelepingu nr 2-7.8/49 (edaspidi hankeleping) maksumusega 1 207 714,35 eurot (ilma käibemaksuta, tasu sisse on arvestatud reserv 79 009,35 eurot käibemaksuta).

Toetuse saajaks on Kose Vallavalitsus, kes on hankija RHS § 5 lg 2 punkti 2 mõistes ning sellest tulenevalt peab toetuse saaja järgima riigihangete seaduses sätestatud korda.

Rakendusüksus kontrollis riigihanke nr 253909 läbiviimise õiguspärasust ning tuvastas järgmised puudused:

1) hankija on kehtestanud ebaproportsionaalse ja piirava kvalifitseerimise tingimuse, mis ei ole kooskõlas RHS § 98 lõikega 1 ja RHS §-ga 3 punktidega 1-3 ja 5;

2) hankija on kehtestanud pakkujaid piirava iseloomuga hankelepingu täitmise tingimused, mis ei ole kooskõlas RHS §-ga 3 (eelkõige § 3 punktiga 2).

1.1 Rikkumise asjaolud

**1.1.1 Hankija on kehtestanud ebaproportsionaalse ja piirava kvalifitseerimise tingimuse**

Hankija on riigihankes nr 253909 seadnud pakkuja tehnilise ja kutsealase pädevuse kontrollimiseks mh järgmise kvalifitseerimise tingimuse: „Pakkuja peab viimase 60 kuu jooksul olema teostanud ja nõuetekohaselt lõpetanud käesoleva hanke väljakuulutamise ajaks vähemalt kolm avalikult kasutatava hoone või selle osa, suletud netopind vähemalt 2000 m2, ehitus – või rekonstrueerimistööd. Pakkuja peab olema märgitud kolmes riigihankes peatöövõtja.“

Tehnilise ja kutsealase pädevuse nõuded peavad olema põhjendatud, vastavad ja proportsionaalsed hankelepingu esemega ning ei tohi piirata konkurentsi.

Rakendusüksuse hinnangul ei ole hanke kvalifitseerimistingimuses seatud nõue, mille kohaselt peab pakkuja olema märgitud peatöövõtjana kolmes riigihankes, kooskõlas RHS § 98 lõikega 1 ning RHS § 3 punktides 1-3 ja 5 sätestatud üldpõhimõtetega. Eelkirjeldatud nõude kehtestamine on hanke eset arvestades ebaproportsionaalne ning põhjendamatult piirav pakkujate suhtes, kes on teostanud avalikult kasutatavate hoonete või nende osa ehitus – või rekonstrueerimistöid peatöövõtjana väljaspool riigihanke tulemusel sõlmituid lepinguid.

**1.1.2 Hankija on kehtestanud pakkujaid piirava iseloomuga hankelepingu täitmise tingimused**

Riigihanke nr 253909 alusdokumentide (edaspidi ka HD) koosseisu kuuluva lepingu projekti ja sõlmitud hankelepingu punktides 15.7 ja 15.9 on sätestatud järgmised tingimused täitmistagatisele ja garantiiaegsele tagatisele:

1) „15.7. Täitmistagatis esitatakse Lepingu allkirjastamisest 5 tööpäeva jooksul. Selleks on Tellijale esitatud krediidiasutuse garantiikiri, mis tagab Töövõtja poolselt kohustuste täitmist, vastab Lepingudokumentidele, on kehtiv kogu ehitusperioodi vältel ning veel kolm (3) kuud peale kõigi tööde üleandmist-vastuvõtmist (edaspidi: Garantiikirja Kehtivusaeg) ning selle summa vastab 10 % (kümnele protsendile) Lepingu Hinnast (koos käibemaksuga). Garantiikirja võib pöörata täitmisele Töövõtja kohustuse rikkumisel ning garantiikiri ei tohi sisaldada eeltingimusi. Garantiisumma maksmise tähtaeg ei tohi ületada 10 pangapäeva.“;

2) „15.9. Pangagarantii esitatakse pärast kõigi tööde üleandmise-vastuvõtmise lõppakti allakirjutamist, käesolevas peatükis nimetatud garantiikohustuse tagamiseks, krediidiasutuse garantiina summas 2 % (kaks protsenti) Lepingu Hinnast koos käibemaksuga. Garantii kehtivus peab lõppema mitte varem kui kolm (3) kuud pärast Garantiiaja lõppu. Tellija aktsepteerib lisatingimusteta garantiikirja väljamaksmise tähtajaga 10 pangapäeva. Käesolevas punktis sätestatud pangagarantii mitteesitamisel on Tellijal õigus keelduda oma maksekohustuste täitmisest kuni pangagarantii esitamiseni.“.

Hankelepingus seatud tingimused peavad olema kooskõlas riigihangete seadusega, sh asjakohased, põhjendatud, proportsionaalsed ja ettevõtjaid võrdselt kohtlevad.

Rakendusüksuse hinnanul ei ole eelpool nimetatud täitmisaegse ja garantiiaegse tagatiste tingimused, mille kohaselt on nõutud nende väljastamist üksnes krediidiasutustelt, kooskõlas RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetega, eelkõige kohustusega jälgida hanke läbiviimisel, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid hanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud ning kõiki isikuid võrdselt kohtlevad. Eelistades kitsalt tagatiste väljastajana krediidiasutusi on hankija kehtestanud potentsiaalsetele pakkujatele hankele juurdepääsu piirava iseloomuga tingimuse.

**1.2** **Toetuse saaja seisukoht**

**1.2.1 Hankija on kehtestanud ebaproportsionaalse ja piirava kvalifitseerimise tingimuse**

Toetuse saaja on riigihanke nr 253909 kontrolli käigus 25.05.2023 ja 30.05.2023 rakendusüksusele esitatud selgitustes põhjendanud otsuse punktis 1.1.1 kirjeldatud vaidlusaluse kvalifitseerimise tingimuse kehtestamist järgmiselt:

„RHS § 101 lg 1 p 1 kohaselt määrab hankija kindlaks tunnused vastavate ehituslepingute kohta. Seega teeb hankija kaalutlusotsustuse, mille kohta seadusandja tingimusi esitanud ei ole. Kvalifitseerivate tingimuste (ehitustöö riigihanke raamides ja objektiks avalik hoone) täitmine on võimalik ka juhul, kui erasektoris ehitatakse avaliku kasutusega hoone. Hankija on pidanud väga oluliseks, et referentstööd toimuksid riigihangete raamides.“;

„Oma kogemustele tuginedes ning silmas pidades eelkõige hankija huve tegin vastava kaalutlusotsustuse. Antud juhul oli kaalutlusotsustuse tegemine tunnetuslik mõttetöö, milles resultaadini jõudmist on raske kirjeldada. Hankija ei teinud kirjalikku kaalutlusotsustust, milles kajastuksid vastavad seisukohad ja kaalutlused.“.

16.11.2023 vastuskirjas nr 7-5.2/1028-3 tõi toetuse saaja kvalifitseerimistingimuse kehtestamise peamise asjaoluna välja oma pikaajalise praktika ning märkis järgmist: “Väljaspool riigihanget tehtavate tööde andmete kontrollimine ja tõsikindla informatsiooni saamine on raskem kui riigihangete puhul. Üldkasutatavate hoonete rekonstrueerimine toimub enamuses riigihangete raamides ning pakkujate ringi põhjendamatu laiendamine ei vastaks enamiku pakkujate huvidele.“. Toetuse saaja lisas, et kaalutlus oli tunnetuslik ja kogemustel baseeruv mõttetöö, milles resultaadini jõudmist on tagantjärgi raske kirjeldada vastava dokumendi puudumise tõttu.

11.01.2024 edastatud seisukohtades nr 7-5.2/1028-5 märkis toetuse saaja mh, et on eelnevas menetluses toonitanud, et riigihangete seadus ning seaduse seletuskiri ei anna „proportsionaalsuse“ mõistet. Seega tuleb lähtuda Eesti õigusruumi tunnustatud põhimõttest sõna tavapärasest tähendusest. ÕS 2018 kohaselt tähendab sõna proportsionaalne

1 Allkirjastatud 10.01.2024.

mõõdukooskõlalisust või võrdelisust. Toetuse saaja selgitas, et RHS-i seletuskirja ja RHS § 98 lõike 1 sõnastus ei anna mingeid juhiseid kaalutlusotsuse piiridest proportsionaalsuse tagamiseks. Hankija laialdane otsustusruum järeldub seletuskirjast (lk 91) RHS § 98 kohta, kaalutluse tegemisel saab lähtuda vajadustest ja lepingu keerukusest. Toetuse saaja viitas riigikohtu lahendi nr 3-20-1150 punktile 21, millest järelduvalt võib RHS üldpõhimõttest mõõdukal määral kõrvale kalduda.

Toetuse saaja selgitas täiendavalt, et lähtudes lepingu esemest (rekonstrueeritav koolihoone – netopind 1740 m²) on hanke raamides referentsobjektide ehitamise nõue hankija praktika kohaselt elementaarne ning leidis, et rakendusüksuse seisukoht ei ole mõistlik ning vaieldamatult rikub toetuse saaja suveräänset kaalutlusõigust.

Kokkuvõtteks märkis toetuse saaja järgmist: „Eelnevat arvestades oleme veendunud käsitletud etteheite otsitud tähenduses, mis aitab kaasa RHS § 98 lg 1 sätete ignoreerimisele“.

**1.2.2** **Hankija on kehtestanud pakkujaid piirava iseloomuga hankelepingu täitmise tingimused**

Toetuse saaja on hanke kontrolli käigus 25.05.2023 ja 30.05.2023 rakendusüksusele esitatud vastustes selgitanud otsuse punktis 1.1.2 kirjeldatud rikkumiste osas järgmist:

„Hankijale teadaolevalt ei reguleeri RHS sätted otseselt täitmisaegse ja garantiiaegse tagatise küsimust. Hankija tegi antud juhul kaalutlusotsustuse.“;

„Oma kogemustele tuginedes ning silmas pidades eelkõige hankija huve tegin vastava kaalutlusotsustuse. Antud juhul oli kaalutlusotsustuse tegemine tunnetuslik mõttetöö, milles resultaadini jõudmist on raske kirjeldada. Hankija ei teinud kirjalikku kaalutlusotsustust, milles kajastuksid vastavad seisukohad ja kaalutlused.“.

Toetuse saaja selgitas 13.07.2023 vastuskirjas nr 7-5.2/1028, et nõue esitada krediidiasutuse tagatis ei ole kvalifitseerimistingimus, mis ei saa juba põhimõtteliselt pakkujate ringi piirata. Antud juhul ei esitata tagatist pakkumusega ning see ei seondu mingil määra hankemenetluse korraldamise ja RHS sätete rikkumisega. Tagatis esitatakse hankelepingu täitmisel (lepingu punktid 15.7 ja 15.9) ning seda teeb ainult hankelepingu täitja. Seega oli toetuse saaja seisukohal, et tegemist on ainuüksi lepingutingimusega, mille otsustamisõigus kuulub ainuüksi hankijale.

Toetuse saaja oli seisukohal, et hankelepingu tingimuse esitamisel ei olnud piiratud pakkujate ringvõi konkurents hankemenetluse korraldamisel ning järelevalvemenetluse algatamisel viidatud RHS § 3 võimaliku rikkumise oletamisel jäeti tähelepanuta sätte koosmõju RHS §-dega 1 ja 2. RHS reguleerimisalaks ei ole hankelepingu täitmise küsimused. RHS § 3 punktid 2 ja 3 sätestavad võrdse kohtlemise ja konkurentsi efektiivse ärakasutamise üldpõhimõtted hankemenetluse korraldamisel. Toetuse saaja leidis, et vaieldamatult saab märgitud põhimõtteid rakendada pakkujate suhtes, mitte aga lepingut täitva parima pakkuja suhtes ning kahtlus, et hankija on garantiikirjade väljastate ringi piiranud, ei seondu mingilgi määral pakkujatega. Toetuse saaja oli seisukohal, et tegemist on kolmanda isiku ja hanke võitja vahelise võlaõigusliku suhtega, millel eelnevalt märgitud RHS sätete järgi ei ole puutumust hanke korraldamisega.

11.01.2024 edastatud seisukohtades nr 7-5.2/1028-5 leidis toetuse saaja mh, et kõiki isikuid, kellele anti võimalus (läbi RHS sätetega lubatud tingimuste) hankes osaleda, koheldi võrdselt. Vastupidise seisukoha korral tuleks toetuse saaja hinnangul tehtavas haldusakti eelnõus nimeliselt esile tuua ebavõrdselt koheldud isik, et väidet oleks võimalik kontrollida. Paljasõnalise oletuse suhtes puudub toetuse saajal vastamis- ja enda kaitsmisvõimalus.

Toetuse saaja märkis, et sõltumata parima pakkuja isikust oleks eranditult nõutud hiljem krediidiasutuse tagatise esitamist ning leidis, et pakkujale ei tohiks olla raskusi oma „kodupangast“ vastav tagatis hankida.

Toetuse saaja selgitas, et krediidiasutuse tagatise sätestamisel juhindus muu hulgas üldteada asjaolust, et krediidiasutuste (milleks on eelkõige pangad) kontrollitavus ja usaldusväärsus on finantsasutustest kõrgem. Toetuse saaja oli seisukohal, et on kõiki ettevõtjaid kohelnud võrdselt. Tagatise nõue kehtestati kõikide pakkumuse esitajate suhtes ning täitma pidi seda ainult parim pakkuja. Seega laienes nõue ainult ühele ettevõtjale ehk võitjale. Seega tegelikku olukorda mõistlikkuse aspektist hinnates ei olnud võimalik võitja kõrval teiste pakkujate või tagatise andjate õigusi rikkuda läbi ebavõrdse kohtlemise. Toetuse saaja palus eelnõus näidata analoogilistes järelevalve asjades seisukoha esitamist.

Toetuse saaja nõustus, et ettevõtja peab suutma lepingut täita sisuliselt, mil viisil ta seda teeb, on ettevõtja enda otsustada. Seega oli toetuse saaja seisukohal, et kui ettevõtja ei suuda tagatise nõuet täita (või see talle ei sobi), siis ta lihtsalt ei osale hankes. Toetuse saaja märkis järgmist: „Teie loogikast võib järeldada pakkumuse esitamise õiguse kuulumist kõikidele ettevõtjatele, mis muudaksid tingimused juba põhimõtteliselt valeks. Tingimused piiravad arusaadavalt pakkujate hulka ning seda saaks Teie käsitluses käsitleda ebavõrdse kohtlemisena teiste ettevõtjate suhtes. Meie ei nõustu Teie etteheitega, mille kohaselt tagatis lepingutingimusena ei tohi välistada konkurentsi. Käsitletavas hankes esitas pakkumuse neli ettevõtjat. Järelikult oli neli ettevõtjat võimelised ehitama ning ka pangatagatise esitama. Juhul kui jääte oma seisukoha juurde, siis palume õigusakti eelnõus vastata küsimusele, mitme ettevõtja osalemine hankes oleks välistanud etteheite konkurentsi puudumisest. Etteheide potentsiaalsete pakkujate välistamisest on varjamatult paljasõnaline, oletuslik ning seetõttu isegi ülekohtune meie suhtes. Meil puudub võimalus vastata ja ennest kaitsta märgitud etteheite suhtes. Oma seisukoha juurde jäämisel palume eelnõus vastata küsimusele, mis ettevõtja (nimeliselt) osalemine hankes välistati.“

Toetuse saaja viitas täiendavalt RHS § 98 lõikele 2, mille kohaselt kontrollib hankija muu hulgas pakkujate vastavust riigihanke alusdokumentides esitatud tingimustele. Seega tagatise (ei ole tingimuseks!) küsimust ei kontrollita, see on tähenduseta parima pakkuja väljaselgitamisel.

15.01.2024 esitas toetuse saaja 10.01.2024 kirjale täienduse nr 7-5.2/1028-6, milles leidis, et rakendusüksuse poolt tehtud ebakonkreetne etteheide (ebavõrdne kohtlemine seoses tagatise nõude ebaproportsionaalsusega) ei vasta seaduse eelnõu seletuskirja § 3 selgitusele (lk 14) ja esitas järgneva lõigu: „Vastavalt võrdse kohtlemise põhimõttele ei tohi samalaadseid olukordi käsitleda erineval moel juhul, kui erinevat kohtlemist ei ole võimalik objektiivselt põhjendada. Isikute erapooletu ja võrdse kohtlemise põhimõte eeldab, et riigihanke igal etapil koheldakse kõiki riigihankes osalevaid isikuid ühesugusel moel sõltumata teguritest, mis ei ole seotud hanke läbiviimisega.“.

Toetuse saaja rõhutas, et riigihankes saavad isikud osaleda alates pakkumuse esitamisest. Pakkumuse esitamisel ja parima pakkumuse väljaselgitamisel ei olnud tagatist veel esitatud. Seega puudus juba põhimõtteliselt osalevate isikute ebavõrdse kohtlemise võimalus tagatise pinnalt. Toetuse saaja märkis, et rakendusüksuse loogikast lähtudes võiks ka märkida, et kõikide osalevate isikute suhtes oli kehtestatud ühesugune tagatise nõue.

Üldine toetuse saaja seisukoht 16.11.2023 vastuskirjas nr 7-5.2/1028-3 märkis toetuse saaja mh, et rakendusüksus teostas hankedokumentide eelnõustamist, mille käigus anti selgelt mõista, et vastavate ettepanekutega mittenõustumisel esineb reaalne võimalus toetusraha vähendamiseks. Teiste juhiste kõrval andis rakendusüksus juhise lepingu punktides 15.7 ja 15.9 jätta krediidiasutuse puhul välja tingimus „Eestis tegutseva“, mis toetuse saaja poolt ka täideti, kuid 06.07.2023 järelevalvemenetluse algatamise teatega loeti võimalikuks veaks juba krediidiasutuse sätestamine.

11.01.2024 edastatud seisukohtades nr 7-5.2/1028-5 leidis toetuse saaja, et kohtupraktikas teostatakse kontrolli kaalutlusotsustuse tegemise reeglitest kinnipidamise üle, otsuse sisulist kontrolli ei teostata. Vastasel juhul muutuks kontrollija kohtupraktika järgi haldusorgani asemel kaalutlusotsuse tegijaks. Jääb mulje, et antud juhul on rakendusüksus asunud kaalutlusotsustuse tegija rolli. Asjakohane on viidata analoogia korras RHS § 203 lõikele 3, mis sätestab ainult hankija tegevuse õiguspärasuse kontrolli. Ei tehta tegevuse otstarbekuse kontrollimist ega otsuste ja toimingute tulemuslikkuse hindamist.

Toetuse saaja rõhutas, et hanke korraldamise õiguspärasus ei saa muutuda väärtuseks omaette. Järelevalve saab tuvastada RHS-i (materiaalõiguslike sätete) konkreetse rikkumise, mis põhjustas konkreetse (mitte paljasõnalise või oletusliku) rahalise mõju. Võimalikud (antud asjas oletuslikud) menetlusvead ei saa olla analoogiliselt HMS §-ga 58 mõjutusvahendi rakendamise aluseks.

Toetuse saaja märkis, et tõlgendavad rakendusüksuse oletust isikute õiguste piiramisest otsitud põhjendusena, kuivõrd asjas ei ole pakkujad väitnud oma õiguste rikkumist. Eesti õigusruumis peab kõik kahtlused ja oletused tõlgendama tähelepanu all oleva isiku kasuks. Rikkumiseks saab olla RHS-s sätestatud materiaalõigusliku normi mittetäitmine lähtudes sätte koosseisulistest asjaoludest. Toetuse saaja palus oma vastuses rakendusüksusel tuua seisukohaga mittenõustumisel otsuse eelnõus nimeliselt välja isiku, kes on antud asjas kannatanuks läbi nende tegevuse.

15.01.2024 saadetud täiendavates seisukohtades märkis toetuse saaja, et rakendusüksuse 27.12.2023 kirjast nähtub soov saada teada asjaolud, ajendid või kaalutlused, mille alusel vastavad kaalutlusotsused hankija tegi. Toetuse saaja avaldas arvamust, et rakendusüksuse sihiks on kontrollida kaalutlusotsuse sisulist õigsust ning selgitas, et haldusmenetluse seaduse § 4 lõike 2 sätteid silmas pidades ei ole rakendusüksusel sisulise kontrolli pädevust. Toetuse saaja märkis, et nende seisukoht põhineb Riigikohtu arvukatel lahenditel. Vastupidise seisukoha korral palus toetuse saaja rakendusüksusel vastata küsimusele – mis õigusakti alusel tehakse kontrolli kaalutlusotsustuse sisuliste aspektide üle?

Toetuse saaja tõi välja, et rakendusüksuse etteheitest tulenevalt ei olnud hankeobjekti (koolihoone netopinnaga 1740 m², lepingu tegelik maksumus (koos käibemaksuga) 1 399 955,39 eurot, lepingu täitmise tähtajaks oli sätestatud 8 kuud) suhtes tehtud kaalutlusotsustused (tagatis ja referentobjektid) proportsionaalsed ning leidis, et seega peab rakendusüksusel olema teada proportsionaalsuse määr analoogiliste objektidega seoses. Eelnevast tulenevalt palus toetuse saaja vastata eelnõus küsimusele, millise netopinna, lepingu maksumuse ja tähtaja korral on lubatav ainult krediidiasutuse tagatise ja riigihankes tehtud referentsobjektide nõue. Samuti palus toetuse saaja vastata eelnõus küsimusele, kas analoogilistes hangetes on põhimõtteliselt keelatud hankija seatud „piiravad“ nõuded tagatise ja referentsobjektide kohta.

Toetuse saaja lisas kirjale 30.08.2022/02.09.2022 hanke eelnõustamisega seotud kirjad ja selgitas järgmist: „Kirjast nähtuvalt loeti ebaõigeks või RHS tingimusega vastuolulises meie poolt koostatud hanke alusdokumendi projektis Teie poolt kollasega märgitud lõigud. Kirja sissejuhatuse alapunktis „b“ on jäetud lõik „Pakkuja peab olema märgitud riigihanke töödes peatöövõtja“ kollaseks märkimata. Järelduvalt olete sõnaselgelt aktsepteerinud vastavat tingimust, mida kinnitab ka sama lõigu kohta tehtud märkus „Kollasega viidatud tingimus on vastuolus RHS. Ehitustööde hangetes ei ole lubatud küsida maksumust.“.

Vastavas lõigus esitatud Teie hoiatus „Tingimuse muutmata jätmine toob kaasa finantskorrektsiooni.“ kinnitab kirja p 1.15 väidet samasisulise hoiatuse andmisest ka suuliselt. Kirja lõigus „Leping“ alapunktis „e“ olete vastavas lauses kollaseks teinud ainult fraasi „ Eestis tegutseva“. Järelduvalt krediidiasutuse tagatise nõue on Teie poolt aktsepteeritav.

Eelnevast tulenevalt oleme sunnitud järeldama Teie eelnõustamisest alljärgnevat: 1) Teie ei tea täpselt, mis on antud asjas RHS rikkumiseks; või 2) teadsite, et viidatud lõigud sisaldavad rikkumise kirjeldust, kuid teadlikult ei juhtinud sellele meie tähelepanu sooviga luua järelevalvemenetluses etteheidete tegemiseks vastav alus. Antud juhul on liigne juhtida Teie tähelepanu kohtupraktikale, et haldusorgani kahepalgeline või sõnamurdlik tegevus ei ole lubatav.

Eelnevast järelduvalt peame p-s 1.15 esitatud küsimusele lisama eelnõus vastamiseks küsimuse: „Kas eelnõustamisel juhiste andmisel ei teadnud Teie rikkumise kvalifikatsiooni või oli eesmärgiks osalise nõustamisega tekitada soodne võimalus etteheidete esitamiseks?“ Arusaadavalt ei vaja meie vastamisel veelkordset selgitust eelnõustamise tähenduse või sisu kohta.“.

**1.3 Rakendusüksuse seisukoht ja õiguslik põhjendus**

Riigi Tugiteenuste Keskuse 19.07.2021 taotluse vastavaks tunnistamise ja rahuldamise otsuse nr 11.2-8/0898 punkti 8 kohaselt on toetuse saaja kohustatud toetust kasutama ja projekti ellu viima kooskõlas toetuse taotlusega ning vastavalt meetme määruses sätestatud nõuetele. Eelkõige täidab toetuse saaja meetme määruse §-s 17 sätestatud kohustusi.

Meetme määruse § 17 sissejuhatava osa kohaselt on toetuse saaja kohustatud projekti ellu viima vastavalt esitatud taotlusele, taotluse rahuldamise otsusele ja õigusaktidele. Toetuse saaja on Kose Vallavalitsus, kes on riigihangete seaduse § 5 lg 2 punkti 2 mõistes hankija ja sellest tulenevalt peab järgima RHS-is sätestatud korda.

***Hankija.*** Määruses on sõnaselge nõue õigusaktide täitmisest. Antud asjas on õigusaktideks peale määruse riigihangete seadus (RHS) ja haldusmenetluse seadus (HMS). Järelduvalt rikkumise kvalifitseerimisel tohib aluseks võtta ainult RHS või HMS sätted. Hankija peab märgitud seisukohta kõige olulisemaks ning **taotleb võimaliku otsuse (edaspidi otsus) tegemisel kõrvalekaldumatult juhinduda RHS sõnastusest.** Hankija toetub oma taotluse esitamisel muu hulgas eelnõu p-le 1.3, mis sätestab üksuse seisukohad ja õigusliku põhjenduse. RHS sätete ignoreerimine muudab hankijal oma vastamis- ja kaitseõiguse realiseerimise võimatuks.

Eelnõu sisust ja sõnastusest lähtuvalt on tugevasti riivatud hankija suveräänsust Eesti Vabariigi põhiseaduse (PS) § 154 järgi. Märgitud sätte kohaselt kõiki kohaliku elu küsimusi otsustavad ja korraldavad kohalikud omavalitsused, kes tegutsevad **seaduste alusel iseseisvalt**. **Vaieldamatult on eelnõus kasutatud hankijale etteheidete tegemisel RHS asemel oletusi ning hankija iseseisvust rikutud läbi kaalutlusõiguse piiramise.** Hankija ei ole kaotanud siiski lootust, et otsuse tegemisel jääb ignoreerimata hankija kahjuks RHS, HMS ja PS sätted.

**1.3.1 Hankija on kehtestanud ebaproportsionaalse ja piirava kvalifitseerimise tingimuse**

**1.** Vastavalt RHS §-le 3 on hankija kohustatud järgima riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid, sh tegutsema hanke korraldamisel proportsionaalselt (punkt 1), kohtlema kõiki RHS § 3 punktis 2 nimetatud isikuid võrdselt ja jälgima, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud (punkt 2). Samuti peab hankija tagama konkurentsi efektiivse ärakasutamise (punkt 3), kasutama rahalisi vahendid säästlikult ja otstarbekalt, sõlmima hankelepingu parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhte alusel (punkt 5).

***Hankija.*** Vastuses on eelnõu iga lõik hankija poolt nummerdatud, et tagada vastuse ülevaatlikus ning kergendada üksusel orienteerumist hankija seisukohtades. Hankija taotleb otsuses kõikide erinevate lõikude korrektset nummerdamist, et tagada otsuse ülevaatlikus ja sellele vastamise ja kontrollimise võimalus.

Otsuse eelnõu (edaspidi eelnõu) viide (RHS § 3 p 5) tähendab hankija kohustust kasutada rahalisi vahendeid säästlikult ja otstarbekalt. Antud asjas ei ole toetuse kasutamine toimunud toetusest suuremas ulatuses, väljaspool hankelepingut või toetuse kasutamist mitteotstarbekohaselt. Hankija peab vajalikuks oma kaitseõiguse ja vastamisvõimaluse reaalseks kasutamiseks teada saada rakendusüksuse (edaspidi üksus) **konkreetse ja õiguslikult põhjendatud** seisukoha otsuses vastuse esitamisega hankija küsimusele. Samuti esitatakse küsimus juhul kui hankija eeldab, et üksus ei nõustu hankijaga. Hankija täpsustab, et järgnevates lõikudes küsimuse esitamisel selgitust reeglina enam ei esitata. Hankija palub vastamise asemel küsimuse kommenteerimist või asjakohatute ja üleliigsete arutluste esitamist mitte teha.

Hankija nõustub põhimõtteliselt üksuse viitega RHS § 3 p-le 2, mille kohaselt isikuid peab võrdselt kohtlema. Erinevalt üksusest lähtub hankija tavaloogikast, et kohelda saab konkreetseid isikuid reaales olukorras. Ebavõrdse kohtlemise tuvastamiseks on möödapääsmatu erinevate isikute võrdlemine ühesuguses olukorras. Eelnõust nähtub üheselt **üksuse soov taandada konkreetne võrdlus teoreetiliseks (oletuslikuks) võimaluseks ebavõrdse kohtlemise kohta.**

***Küsimus.*** Kas hankelepingu täitmise käigus kasutas hankija raha mittesäästlikult ja ebaotstarbekalt?

**2.** RHS § 98 lõike 1 kohaselt võib hankija kontrollida pakkuja või taotleja sobivust tegeleda hankelepingu täitmiseks vajaliku kutsetööga ja kehtestada kvalifitseerimise tingimused tema majanduslikule ja finantsseisundile ning tehnilisele ja kutsealasele pädevusele. Kvalifitseerimise tingimused peavad vastama hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemusele, kogusele ja otstarbele ning olema nendega proportsionaalsed.

Vastavalt tõlgenduspraktikale2 loetakse hanketeates kehtestatud kvalifitseerimise tingimus vastavaks ja proportsionaalseks, kui see on kohane ja vajalik. Tingimus on kohane, kui sellele

2 Vt Tallinna Halduskohus 19.03.2010 haldusasjas nr 3-09-2756 ja 03.10.2014 haldusasjas nr 3-14-52158 ning TlnRKo 22.12.2008, nr 3-08-1994.

Nt Tallinna Halduskohus on 03.10.2014 kohtuotsuse haldusasjas nr 3-14-52158 punktis 19 selgitanud, et kvalifitseerimise tingimust saab pidada proportsionaalseks, kui see on kohane ja vajalik. Tingimus on kohane, kui selle alusel saab hinnata pakkuja võimet hankelepingut nõuetekohaselt täita. Vajalikkus tähendab mingi meetme proportsionaalsuse hindamisel seda, et sama tulemust ei ole võimalik saavutada mõne samuti sobiva, ent vähemkoormava meetmega. Kuivõrd hankijale peab jääma mõistlik kaalutlusruum kvalifitseerimise tingimuste seadmise üle otsustamisel, siis tuleks tingimuse vajalikkuse kriteerium sisustada selliselt, et tingimus on vajalik, kui pakkuja suutlikkust leping nõuetekohaselt ja tõrgeteta täita, ei ole võimalik mõistlikult käituva hankija jaoks samaväärselt tõendada kergema tingimuse täitmisega. Siiski ei saa juhinduda vaid kaalutlusest, et pakkuja pädevus peab olema tõendatud võimalikult suurel määral, sest see viib ebamõistlikult rangete tingimusteni. Tingimust ei saa pidada vajalikuks juhul, kui see tingimus ka leebemal kujul annaks hankijale piisava kindluse.

vastavus väljendab pakkuja võimet lepingut nõuetekohaselt täita. Tingimus on vajalik, kui pakkuja võimet hankelepingut täita ei ole võimalik sama veenvalt tõendada kergema tingimuse abil. Rakendusüksuse hinnangul ei ole otsuse punktis 1.1.1 nimetatud tingimuse seadmine vastav ja proportsionaalne hankelepingu esemega, kuivõrd pakkuja võimet hankelepingut täita oleks saanud tõendada ka kergema/vähem piiravama tingimuse abil ehk aktsepteerides samaväärseid avalikult kasutatavate hoonete või nende osa ehitus- või rekonstrueerimistööde lepinguid, mis olid täidetud väljaspool riigihanget (nt erasektorile).

***Hankija.*** Antud lõigus esitati esimese astme kohtu seisukohad, mis ei ole läbinud Riigikohtu kontrolli. Seetõttu ei saa anda nendele otsustavat tähendust rikkumise kvalifitseerimisel selles asjas. Hankija (ning tegelikult ka üksuse) põhiseisukohast (eelnõu p 1.3 sissejuhatus) järelduvalt saab rikkumise kvalifikatsioon tuleneda ainult RHS sätetest, mis tähendab RHS-s antud koosseisuliste asjaolude baasil.

**3.** Rakendusüksus on seisukohal, et hankelepingu kohaste tööde (1740,1 m2 suletud netopinnaga koolihoone rekonstrueerimine) teostamiseks ei ole vajalik, et pakkuja on märgitud peatöövõtjana (omaks kogemust) spetsiifiliselt (kolmes) riigihankes. Rakendusüksuse hinnangul ei mõjuta asjaolu, kas varasemad lepingud on täidetud riigihanke tulemusel sõlmitud lepingute raames või mitte (nt avaliku sektori või erasektori tellijale) pakkuja võimekust täita hankelepingut nõuetekohaselt. Avalikult kasutatavate hoonete või nende osade (suletud netopinnaga vähemalt 2000 m²) ehitus- või rekonstrueerimistööde teostamine riigihanke raames ei erine mingil viisil samalaadsest tööst tellijale, kes ei ole riigihankekohustuslane/ei telli töid riigihanke raames (nt erasektor), seda nii ehitus- või rekonstrueerimistöö kvaliteedi kui lepinguõiguse sätete osas.

***Hankija.*** Antud punktis esitas üksus paljasõnalisi väited, mille kinnituseks ei toodud esile mingeid tõendeid. Ilmselgelt asus üksus hindama kaalutlusotsuse sisu, mida saab otsustada ainult hankija.

**4.** Eeltoodust tulenevalt on rakendusüksus seisukohal, et vaidlusalune kvalifitseerimise tingimus on vastuolus RHS § 98 lõikega 1, kuivõrd toetuse saaja on nõudnud kitsalt riigihankelepingute (kolme) kogemust, kehtestades sellega ebaproportsionaalse ja põhjendamatult piirava kvalifitseerimistingimuse.

**5.** RHS § 98 lõikega 1 vastuolus oleva kvalifitseerimise tingimuse seadmisega on toetuse saaja ühtlasi rikkunud ka RHS § 3 punktides 1-3 ja 5 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid.

***Hankija.*** Eelnõus ei ole vastatud hankija eelnevates kirjades esitatud seisukohtadele seoses RHS §-dega 3 ja 98. Hankija eeldab üksuse tähelepanematust ning seetõttu esitab veelkordselt oma seisukohad. RHS § 3 p 1 annab hankija tegevuse põhimõtted (s.h proportsionaalsus) sätestamata selle sisu. RHS § 3 p 2 (koostoimes RHS § 2 lg-ga 1) sisustab proportsionaalsuse põhimõtte – hankija jälgib, et isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi (isikute võrdne kohtlemine) suhtes proportsionaalsed.

Eelnevast tulenevad RHS § 3 p 2 kohta hankija alljärgnevad väited:

1) proportsionaalsus peab tagama isikute võrdse kohtlemise;

2) isikutena ei saa mingil juhul käsitleda finants- või kindlustusorganisatsiooni, kes ei osale mingil moel hankemenetluses (pakkujana) ning hankijal puudub organisatsiooniga suhtlus;

3) oluline on tingimuse või piirangu raamides pakkujate võrdse kohtlemise tagamine;

4) piirangute ja kriteeriumite seadmine tähendab § 98 lg 1 järgi (sõnaselgelt!) ainult pakkuja või taotleja suhtes kvalifitseerimistingimuste sätestamist.

Kõiki isikuid, kellele anti võimalus (läbi RHS sätetega lubatud tingimuste) hankes osaleda, koheldi võrdselt. Vastupidise seisukoha korral peab otsuses nimeliselt esile tooma ebavõrdselt koheldud isiku, et väidet oleks võimalik kontrollida. Eelnõus tehtud paljasõnalise oletuse suhtes puudub hankijal vastamis- ja enda kaitsmisvõimalus.

RHS § 98 lg 1 sõnastusest tulenevalt esitab hankija alljärgnevad väited:

1) kontrollida saab ainult pakkuja sobivust. Seega muude isikutega seotud küsimused ei kuulu sätte reguleerimisalasse;

2) sobivus tähendab lepingu täitmiseks vajaliku kutsetööga tegelemist. Ehituslepingu täitmisel ei saa krediidi(finantseerimis)asutus olla sobiv, see ei ole tema kutsetöö;

3) tingimused kehtestatakse tema (s.t pakkuja) tehnilise ja kutsealase pädevuse suhtes. Arusaadavalt krediidi(finants)asutusel ei ole mingit ehitusalast pädevust;

4) tingimused peavad vastama muu hulgas ehitustöö olemusele ja otstarbele ning olema nendega proportsionaalsed.

5) RHS § 98 lg 1 erisättena annab kvalifitseerimistingimuse mõiste ja nõuded ning ainult seda saab asjas kasutada. RHS § 3 p 2 on sisuliselt üldsäte ning jääb tahaplaanile;

Hankija taotleb üksusel sõnaselgelt otsuses vastata, kas üksus nõustub hankija väidetega, mittenõustumisel peab üksus esitama iga väite kohta vastuargumendid RHS baasil.

***Küsimused.***

1. Kas üksuse etteheide on tehtud isikute võrdse kohtlemise tagamise (RHS § 3 p 2) või RHS § 98 lg 1 järgi tingimuste proportsionaalsuse (töö olemuse ja otstarbe suhtes) pinnalt? 2. Kas töö olemuse või otstarbega peaks tagatis antud asjas proportsionaalne olema?

**6.** Kuivõrd rakendusüksus jõudis järeldusele, et otsuse punktis 1.1.1 kirjeldatud kvalifitseerimise tingimus ei ole hankelepingu esemega proportsionaalne, ei ole toetuse saaja tegutsenud proportsionaalselt ja on sellega rikkunud RHS § 3 punktis 1 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtet. Isikute võrdse kohtlemise põhimõte tähendab seda, et toetuse saaja ei tohi luua ühelegi riigihankest huvitatud ettevõtjale teiste isikutega võrreldes soodsamat olukorda. Võrdse kohtlemise põhimõte eeldab, et samadel asjaoludel koheldakse kõiki isikuid ühtemoodi. Toetuse saaja on antud juhul ebavõrdselt kohelnud isikuid, kes on täitnud toetuse saaja kindlaksmääratud tunnustele vastavad ehitus- või rekonstrueerimistööde lepingud , kuid ei ole seda teinud spetsiifiliselt riigihanke raames. Rakendusüksuse hinnangul on toetuse saaja piiranud objektiivsete põhjendusteta pakkujate ringi, mistõttu on rikkunud RHS § 3 punktis 2 sätestatud võrdse kohtlemise põhimõtet. Toetuse saaja käitumine võis välistada potentsiaalsete pakkujate riigihankel osalemise, sest nad ei pruukinud vastata õigusvastaselt kehtestatud kvalifitseerimise tingimusele. Kui riigihankel ei saa õigusvastase kvalifitseerimise tingimuse tõttu osaleda kõik riigihankest huvitatud ettevõtjad, ei saa toetuse saaja järgida RHS § 3 punktis 3 sätestatud üldpõhimõtet ja tagada konkurentsi efektiivset ärakasutamist riigihankel. Kuivõrd toetuse saaja rikkus RHS § 3 punktides 1-3 sätestatud üldpõhimõtteid, rikkus toetuse saaja ka RHS § 3 punktis 5 sätestatud üldpõhimõtet, sest hankemenetluses esineva rikkumise tõttu ei ole teada, milline oleks võinud olla pakkujate ring, sh edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkuja ning tema pakkumuse maksumus ja hankelepingu hind. Soodsamatel tingimustel sõlmitud hankeleping toonuks kaasa avalike vahendite otstarbekama ja säästlikuma kasutamise, vastavat võimalust ei saa ilmselgelt välistada. Rakendusüksus selgitab, et kohtupraktika3 kohaselt ei tule tuvastada, kas mõni konkreetne huvitatud isik jättis oma pakkumuse õigusvastase kvalifitseerimistingimuse tõttu esitamata. Konkurentsi kahjustamist saab tingimuse õigusvastasuse korral eeldada, sest tõsikindlalt ei saa välistada vastupidist. Seetõttu on rakendusüksus seisukohal, et esineb põhjendatud oht, et RHS § 98 lõike 1 rikkumine tõi kaasa rahalise mõju. Ka põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium on 28.06.2023 kohtuasja nr 5-23-2 punktis 87 asunud seisukohale, et ebaseadusliku kvalifitseerimistingimuse kehtestamine on selline rikkumine, mille puhul tuleb eeldada kahju ning rakendusüksus ei pea finantskorrektsiooni otsust tehes tõendama, et võimalik kahju on reaalne.

***Hankija***. Üksuse esitatud kohtupraktika ei ole kohaldatav alljärgnevatel kaalutlustel: 1.Tallinna Halduskohtu lahendi nr 3-18-2408 seisukohti ei ole kontrollitud Riigikohtu poolt; 2. Riigikohtu lahend nr 5-23-2 tehti 28.06.2023, seega hiljem kui avaldati (31.08.2022) hange registris, arusaadavalt ei saa hankijalt nõuda kohtupraktika etteaimamist. Hankija arvates on viisakas, kui üksus kontrollorganina tuvastab otsuses iseseisvalt rikkumist kvalifitseerivad tunnused. Kohtupraktikale toetumisel on hankija rikkumise kvalifitseerinud hoopiski kohtud; 3. lahendites järelduvalt peab esinema õigusvastane kvalifikatsioonitingimus, ainult siis võiks ennustada parema pakkumuse võimalust.

Antud asjas ei ole tõendatud õigusvastane kvalifikatsioonitingimus, järelikult puudub oluline asjaolu vastutuse rakendamiseks. Eelnõust lähtuvalt üksus ainult eeldab õigusvastase kvalifikatsioonitingimuse olemasolu ning seetõttu ei ole ennast vaevanud vastava juriidilise tõendamisega. Õigusvastane saab olla kvalifitseerimistingimus, mis otseselt on vastuolus RHS materiaalõigusliku (antud asjas keelava või kohustava) sättega. Kaalutlusõiguse pinnalt tulenevad erimeelsused ei ole lahendatavad põhimõttel „vale kaalutlus ja üksuse kaalutlus“.

***Küsimus.*** Milline keelava või kohustava materiaalõigusnormi rikkumine oli aluseks tingimuse õigusvastaseks tunnistamisel?

Käsitletavas punktis anti määratlus „riigihankest huvitatud ettevõtja“. RHS ning seaduse eelnõu seletuskiri (edaspidi seletuskiri) ei kasuta vastavat fraasi. RHS raamides „riigihankest huvitatud isikut“ ei eksisteeri ning sellega ei saa siduda mingeid õiguslikke tagajärgi. Jääb ka arusaamatuks, kas peeti eelnõus silmas riigihankest huvitatud isikute teiste isikutega võrreldes soodsamat olukorda või pidas üksus silmas ebavõrdset olukorda huvitatud isikute siseselt.

***Küsimus.*** Mis õigusnorm annab fraasi „riigihankest huvitatud ettevõtja“ mõiste või selgituse?

Põhimõtteliselt on vale ja ei vasta RHS § 7 lg-le 1 üksuse seisukoht pakkujate ringi piiramisest hankija nõude tõttu referentobjektide tegemisest riigihanke korras (edaspidi objektinõue). Pakkujaid ei ole kvalifitseerimistingimuste kehtestamisel veel olemas.

 ***Küsimus.*** Mis hetkest tekkivad pakkujad RHS mõistes, kas nende õigusi on võimalus rikkuda juba kvalifitseerimistingimuste kehtestamisel?

Punktist nähtuvalt põhines rikkumise kvalifikatsioon kahekordsel oletusel (oletuse, et ei saa välistada). Oletuse tasandil rikkumise kvalifitseerimine ei ole omane Eesti õiguskultuurile ning see meenutab üksuse poolt eraldiseisva õigusruumi moodustamist. Hankijale teadaolevalt saab materiaalses maalilmas välistada ainult igiliikuri leiutamise või tavalise metalli muutmise kullaks.

### Üksuse hinnang objektinõude õigusvastasusest on meelevaldne ning ülekohtune. Eelnõust nähtuvalt ületas hankija kaalutlusotsuse tegemisel üksuse poolt määratud (mitte RHS-s sätestatud) piire. HMS § 4 lg 2 kohaselt võib kaalutlusotsus olla ebaseaduslik juhul, kui ületatakse volituse piiride, ei tehta kaalutlusõiguse eesmärgi ning õiguse üldpõhimõtetega kooskõlas, ei arvestata olulisi asjaolusid ning jättes kaalumata põhjendatud huvid. Üksuse 27.12.2023 kirjast nähtub soov saada teada asjaolud, ajendid või kaalutlused, millele hankija tugines. HMS § 4 lg 2 sätteid silmas pidades ei ole üksusel kaalutlusotsuse motiivide kontrollimise pädevust, üksus ei saa asuda hankija asemel kaalutlusotsustust tegema.

###  *Küsimus.* Millisele HMS § 4 lg-s 2 märgitud asjaolule tugines üksus hinnates objektinõude õigusvastaseks?

### Hankija eelnev seisukoht põhineb Riigikohtu arvukatel lahenditel. Näiteks lahendist nr 3-3-1-54-03 järeldub, et kaalutlusotsuse kontroll on piiratud. Kontrollitakse üksnes seda, ega kaalutlusotsuse tegemisel ei esinenud menetlus- ja vormivigu, mis võisid mõjutada sisulist otsustamist, kas diskretsiooniotsus on kooskõlas õigusnormide ja õiguse üldpõhimõtetega, kas otsus tugineb seaduslikule alusele, ega ei ole väljutud diskretsiooni piiridest ning ega ei ole tehtud muud sisulist diskretsiooniviga.

### **Antud asjas ei saa ignoreerida HMS § 4 lg-s 1 antud k**aalutlusõiguse piire. Hankijal on õigus kaaluda otsustuse tegemist või valida erinevate otsustuste vahel. Objektinõudes ja tagatise nõudes tegi hankija talle lubatud valiku erinevate otsustuste vahel.

***Küsimus.*** Mis õigussätte alusel soovib üksus kontrollida kaalutlusotsustuse sisulisi aspekte?

Lõikes esineb meelevaldne ja tavaloogikale vastuolus olev seisukoht, milles tunnistatakse esineva rikkumise tõttu teadmatust, milline oleks võinud olla pakkujate ring, sh edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkuja ning tema pakkumuse maksumus ja hankelepingu hind. Üksuse tõsikindlaks järelduseks teadmatusest on see, et soodsamatel tingimustel sõlmitud hankeleping toonuks kaasa avalike vahendite otstarbekama ja säästlikuma kasutamise. Eelneva lause järeldus ongi aluseks hankija rikkumise kvalifitseerimisel. **Teadmatusel põhineva oletuse alusel rikkumise tuvastamine on põhiseadusvastane ja Eesti õigusruumile mitteomane.**

***Küsimus.*** Mis õigussättele (eelkõige menetlusnormile) tuginedes kasutas üksus teadmatusel põhinevat oletust rikkumise kvalifitseerimisel?

Antud punktis on esitatud rikkumise alustena korraga RHS § 3 p-d 1-3, 5 ning § 98 lg 1. Kahjuks on üksus ignoreerinud (rääkimata kummutamisest) hankija poolt esitatud argumente märgitud sätete käsitlemisest eraldi (mittekoosolevatena või koostoimes). Tegemist on üld- ja erisättega, millest ainult **RHS § 98 lg 1 annab rikkumise kvalifitseerimiseks koosseisulised asjaolud.**

Eelkõige käsitletavast punktist lähtuvalt tegi üksus alljärgnevad seadusvälised ja tavaloogika vastased **oletused:**

1. **kvalifikatsioonitingimus on õigusvastane;**
2. **võimalike pakkujate hulka on piiratud;**
3. **kõrvalejäänud isikud oleks kindlasti teinud olemasolevast parema pakkumuse;**
4. **parem pakkumus oleks kindlasti kvalifitseerunud;**
5. **parem pakkumine oleks toonud kaasa parema hankemaksumuse;**
6. **tingimused omasid eelduslikku mõju konkurentsile**;
7. **hankest huvitatud ettevõtjad ei tee ühispakkumust (RHS § 103).**

Seega tegi üksus **seitsme oletuse põhjal hankija omandiõigsust (põhiseaduse § 32) riivava eelnõu** nõudes tagasi eesmärgi- ja lepingukohaselt kasutatud toetuse.

 ***Küsimus.*** Kas üksus nõustub eelnevalt märgitud seitsme oletuse kasutamisega rikkumise kvalifitseerimisel, mittenõustumisel palutakse vastav oletus kummutada õiguslike ja kontrollitavate väidetega.

Arvestades eelnevat ning ka eelnõud läbivaid RHS-väliseid määratusi on asjakohane teha viide Riigikohtu lahendile nr 3-3-1-66-03, mille kohaselt peaasjalikult määratlemata mõistetel põhinev üldsõnaline motivatsioon ei ole piisav ega saa asendada haldusorgani seadusest tulenevat haldusakti motiveerimise kohustust. Riigikohtu lahendis nr 3-19-569 märgitakse, et **haldusakti andes ei tohi haldusorgan lähtuda üksnes oletustest**.

**7.** Silmas pidades RHS § 3 üldpõhimõtteid, peab tingimuse sisustamine olema selge, läbipaistev, kontrollitav, asjakohane, põhjendatud ja kooskõlas hanke eesmärgiga. Tingimused ei saa olla meelevaldsed, vaid peavad tulenema sõlmitava hankelepingu esemest ja hankija sisulistest vajadustest. Pakkujate kvalifitseerimise tingimuste kehtestamise eesmärk on valida välja hankelepingu täitmiseks võimelised ettevõtjad läbi objektiivsete ja proportsionaalsete nõuete4. Hankijal tuleb kehtestada sellised kvalifitseerimistingimused, millele vastavad isikud on eelduslikult kõik võimelised hankelepingut täitma ja mis samas ei välista ühegi hankelepingu täitmiseks võimelise isiku osalemist5. Hankija ei pea seadma sellist kvalifitseerimistingimust, mida suudaksid täita võimalikult paljud potentsiaalsed pakkujad, kuid peab nende kehtestamisel lähtuma sisulistest asjaoludest ja olema valmis iga kvalifitseerimistingimuse vastavust ja proportsionaalsust põhjendama.6

***Hankija.*** Hankija tähelepanekul on viidatud lahendid üldist laadi ning hankija konkreetse rikkumise kvalifitseerimisel RHS järgi otsustavat tähendust ei oma.

**8.** Hankija selgitus selle kohta, nagu oleks väljaspool riigihanget tehtavate tööde puhul andmete kontrollimine ja tõsikindla informatsiooni saamine raskem kui riigihanke puhul, ei ole asjakohane. Puudub alus eeldamaks, et nt erasektorile täidetud referentslepingud on hankemenetluse käigus raskemini kontrollitavad või nende kohta informatsiooni saamine keerukam kui riigihanke raames täidetud lepingute korral. Isegi juhul, kui pakkuja poolt hankepassis esitatud referentslepingu sisuline kontrollimine osutubki võimatuks, saab hankija

3 Nt TlnHKo 1.11.2019, 3-18-2408; p 31

4 Rakendusüksus märgib, et RHS kommenteeritud väljaande § 98 punkti 23 kohaselt on kvalifitseerimise tingimuse proportsionaalsuse hindamisel oluline silmas pidada, et kvalifitseerimise tingimuste näol on õiguskorra kui terviku kontekstis tegemist põhiseadusega tagatud ettevõtlusvabaduse riivega – hankija seatud tingimustele mittevastavad ettevõtjad ei saa hankelepingule konkureerida. PS §-st 11 tuleneb nõue, et õiguste ja vabaduste piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud ega tohi moonutada piiravate õiguste ja vabaduste olemust. Kvalifitseerimise tingimuste kehtestamine on õiguspärane erand pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttest, mille eesmärk on valida välja hankelepingu täitmiseks võimelised ettevõtjad läbi objektiivsete ja proportsionaalsete nõuete.

***Hankija.*** Märgitud kommentaar on üldist laadi ning ei seondu otseselt antud asja lahendamisega. Otsest seost ei ole märgitud ka eelnõus.

**5** VAKO 05.07.2011, nr 123-11/125509.

**6** See tähendab, et vaidluse korral kvalifitseerimistingimuse vastavuse ja proportsionaalsuse osas lasub kvalifitseerimistingimuse põhjendamise kohustus hankijal (VAKO 01.04.2011, nr 50-11/123879).

RHS § 98 lõikele 4 tuginedes pakkuja jätta kvalifitseerimata. Samas ei õigusta selline hüpoteetiline võimalus välistada referentslepingute hulgast tervikuna kõiki väljaspool riigihanget täidetud ehitus- või rekonstrueerimistööde lepinguid.

***Hankija.*** Punkt näitab varjamatult üksuse soovi asuda kaalutlusotsuse tegijaks ning kummutada paljasõnaliselt hankija kaalutlused ja praktika. Üksusel võib olla praktika, et referentsobjektide kontrollimisel on sama usaldusväärsus ja ajakulu riigihanke ning mitteriigihanke puhul, hankijal on teistlaadi praktika. Üksus ei saa hankijale peale suruda oma praktikat või asuda hankija praktikat paljasõnaliselt kummutama.

Kahepalgeliseks loeb hankija tema kaalutluse kummutamise üksuse poolt hinnanguga „hüpoteetiline võimalus“. P-s 1.3.1.6 antud kokkuvõtte taustal on üksusel sanktsiooni rakendamiseks esitada arvukalt „hüpoteetilisi oletusi“. Otsuse sisust lähtuvalt on tegemist üksuse poolt ebavõrdse ja ebaproportsionaalse kohtlemisega hankija suhtes hüpoteetiliste oletuste esitamise lubatavuse pinnalt.

Asjakohane on teha üksuse suhtumist arvestades hankija praktilistesse kogemustesse viide Riigikohtu lahendile nr 3-3-1-54-03, milles öeldakse et kaalutlusõiguse teostamisel ei pea mõjutusi hindama igal juhul rahalises vääringus ja täpselt. Eeldatavat positiivset mõju võivad kinnitada eksperdi hinnang, muud tõendid, haldusorgani teostatud majanduslik analüüs või senine praktiline kogemus.

***Küsimus.*** Mis õigussätte alusel on oletuste tegemine antud asjas lubatud ainult üksusele.

**9.** Rakendusüksus ei nõustu ka toetuse saaja poolt lauses: „Üldkasutatavate hoonete rekonstrueerimine toimub enamuses riigihangete raamides ning pakkujate ringi põhjendamatu laiendamine ei vastaks enamiku pakkujate huvidele“, toodud väidetega. Avalikult kasutatavateks hooneteks saavad olla kaubanduskeskused, ärikeskused, kinod, muuseumid ja galeriid, spordihooned, erahaiglad, erakoolid ja lasteaiad jne, mistõttu on toetuse saaja tehtud järeldused, et avalikult kasutatavate hoonete ehitus- ja rekonstrueerimistööd toimuvad enamuses riigihangete raames ja tegemist oleks põhjendamatu pakkujate ringi laiendamisega, rakendusüksuse hinnangul meelevaldsed. Lisaks jääb rakendusüksusele arusaamatuks, millisel viisil ei oleks RHS-ga kohane tingimus vastanud enamiku pakkujate huvidele. Siinkohal peab rakendusüksus vajalikuks märkida, et riigihangete registri teabevahetuse põhjal küsisid kaks hankest huvitatud isikut, kes hanke raames lõpuks pakkumust ei esitanud, mh vaidlusaluse tingimuse osas hankijalt järgmised täpsustavad küsimused: „Kahjuks ei ole meil selles kategoorias nii palju *kogemusi riigihangetega.* Kuid me oleme teinud palju sellist tööd erasektoris. Kas me võime konkursil osaleda või on see range tingimus?“ ning „Miks on antud hankes sedavõrd konkurentsi piirav nõue? Suur osa ehituse peatöövõtjaid ehitab nii era kui ka riigi objekte. Teeme ettepaneku muuta kvalifitseerimise tingimusi järgnevalt: Viimase 60 kuu jooksul peab olema teostanud ja nõuetekohaselt lõpetatud käesoleva hanke väljakuulutamise ajaks vähemalt kolm avalikult kasutatava hoone või selle osa, suletud netopind vähemalt 2000 m², ehitus- või rekonstrueerimistööd. Millest Pakkuja peab olema märgitud vähemalt ühes riigihankes peatöövõtja.“. Võib eeldada, et vastavad huvitatud isikud jätsid oma pakkumuse esitamata õigusvastase kvalifitseerimistingimuse tõttu. Rakendusüksuse hinnangul toetab eelnevalt kirjeldatu, et vaidlusalune tingimus on asjakohatu ja piirab potentsiaalseid pakkujaid ning seab teatavaid ettevõtjaid sobimatul viisil ebasoodsasse olukorda, kellel on vajalik võimekus hankelepingu täitmiseks olemas.

***Hankija.*** Üksuse paljasõnalise vastamise praktika tuleb ilmekalt esile hankija väitele (avalikud hooned ehitatakse valdavalt riigihangete raamides) ühesõnalise hinnangu „meelevaldne“ andmisel. Hankija teadmine põhineb praktikal ja suhtlusest teiste omavalitsusüksutega. Kui üksusel on teine teadmine, siis hankija palub selle kinnituseks esitada omapoolsed väited.

***Küsimus.*** Mis osakaal on riigihangetel ja mitteriigihangetel avalike hoonete ehitamisel?

Ei ole nähtavasti vastamisväärt üksuse viide riigihanke raamides esitatud küsimusele ja arvamusele. Igal isikul on õigus oma arvamusele, kuid üksus ei tohi ega saa hankija rikkumise kvalifitseerimisel tugineda kolmanda isiku arvamusele. Järelduvalt oli üksusel puudu enda põhjendatud seisukohtadest, mis oleksid lähtunud RHS-st. Ja kõik tugineb oletusele, et keegi jättis pakkumuse tegemata. Üksuse loogikat arvestades **ei saa välistada, et pakkumuse esitamata jätnud isik oleksid teinud hoopiski kõige kallima pakkumuse või oleks kvalifitseerimata jäetud.**

***Küsimus.*** Kas üksus nõustub hankija oletusega või kummutab selle kontrollitavate asjaolude või juriidiliste argumentide esitamisega?

**10.** Rakendusüksuse hinnangul ei ole eelnevalt toodud toetuse saaja põhjendused veenvad, asumaks seisukohale, et hankelepingut (1740,1 m2 suletud netopinnaga koolihoone rekonstrueerimine) ei suuda täita teised potentsiaalsed pakkujad, kellel oli olemas kolme avalikult kasutatava hoone või selle osa ehitus- või rekonstrueerimistööde kogemus, kuid seda väljaspool riigihanget.

***Hankija.*** Eelnõus omistati hankijale seisukoht potentsiaalsete pakkujate suutmatusest täita lepingut, tegelikult ei ole hankija nii väljendunud. RHS § 98 lg 1 kohaselt kehtestas hankija kvalifitseerimistingimused kontrollimaks pakkuja sobivust tegeleda hankelepingu täitmiseks vajaliku kutsetööga ja kehtestas kvalifitseerimise tingimused tema majanduslikule ja finantsseisundile ning tehnilisele ja kutsealasele pädevusele.

Käsitletavast punktist nähtub hankija tähelepanekul jällegi üksuse soov kontrollida põhjenduste veenvust kaalutlusruumi kasutamisel. See ei ole HMS järgi kaalutlusotsuse kontrolliobjektiks iseendast. Eelnõus deklareerib üksus korduvalt RHS sätete kontrollimist, kahjuks eelnõu sisu seda ei kinnita. Arusaadavalt võivad hankija põhjendused kaalutlusruumi kasutamisest olla üksusele ebaveenvad, kuid see ei tähenda automaatselt RHS rikkumise tuvastamist.

**11.** Toetuse saaja selgitas, et lähtudes hankelepingu esemest – rekonstrueeritav koolihoone – on hanke raamides referentsobjektide ehitamise nõue hankija praktika kohaselt elementaarne ning leidis, et rakendusüksuse seisukoht ei ole mõistlik ning vaieldamatult rikub toetuse saaja suveräänset kaalutlusõigust.

**12.** Rakendusüksus eeltooduga ei nõustu ning selgitab täiendavalt, et RHS § 98 lõike 3 kohaselt ei või hankija jätta pakkujat kvalifitseerimata põhjusel, et tal puuduvad varasemad hankelepingud RHS § 8 tähenduses. Seega jääb rakendusüksus oma seisukoha juurde, et pakkuja eelneva kogemuse kontekstis on oluline, mis töid/teenuseid ja millal pakkuja varem teostanud on, mitte see, kellele ta neid osutanud on.

***Hankija.*** Hankija saab järjekordselt täheldada, et hankija laialdane otsustamisõigus taandub üksuse otsustamisõiguse kõrval deklaratiivseks. Kummaline on üksuse poolt märkida hankija suurt kaalutlusõigust ning samas ei tohi hankija isegi otsustada, et talle sobivad ainult riigihankes tehtud objektid. Oletus ettevõtjatest, kes ei saa teha pakkumust seetõttu, et neil puuduvad riigihankes tehtud objektid, jääbki ainult oletuseks. Tubli ja usaldusväärne ehitaja võtab kindlasti osa ka riigihangetest ja teeb kindlasti ka parimaid pakkumusi. Seega objektinõude täitmise võimatus on ilmselgelt üksuse poolt otsitud oletus, mis reaalsele elule ei vasta. Üksus jätab arvestamata, et väljaspool riigihanget avalike hoonete ehitamisel võib konkurents olematuks jääda. Keegi ei keela tööd tellida ühelt ehitajalt või leping sõlmida muudel asjaoludel ehitajaga, kes ei pruukinud kõige paremat hinda pakkuda. Üksuse viide RHS § 98 lg-le 3 on üleliigne, antud asjas ei ole hankija jätnud ühtki neljast pakkujast kvalifitseerimata.

***Küsimus.*** Millisele teabele või õigussättele tugineb oletus, et ettevõtlikul ja tublil ehitajal on referentsobjektid ainult väljaspool riigihanget?

**13.** Toetuse saaja poolt viidatud RHS § 101 lg 1 punkti 1 osas selgitab rakendusüksus, et kvalifitseerimise tingimus ja selle tõendamiseks esitatavad nõuded peavad olema omavahel seotud/harmoneeruma (ehk moodustama n-ö tervikliku ja kontrollitava nõude). RHS § 101 lõige 1 sätestab nende andmete ja tõendite tunnused, mille alusel on hankijal õigus pakkuja või taotleja kvalifikatsiooni kontrollimise raames kontrollida tehnilist ja kutsealast pädevust. Nimetatud paragrahvi (§ 101) eesmärk on anda hankijale meetmed kontrollimaks, kas pakkuja või taotleja vastab tehnilisele ja kutsealasele pädevusele kehtestatud kvalifitseerimise tingimustele (direktiivi 2014/24/EL art 58 lõike 4 kohaselt on tingimuste eesmärk tagada, et ettevõtjal on vajalikud inim- ja tehnilised ressursid ning kogemused lepingu täimiseks nõutaval kvaliteeditasemel). Seega peab toetuse saaja tehnilise ja kutsealase pädevuse kvalifikatsiooni kontrolli soovi korral järgima nii kvalifikatsiooni üldregulatsiooni (§ 98) kui ka vastava pädevuse/kategooria täpsemaid nõudeid sätestavat §-i 101.

***Hankija.*** Hankijale jääb mulje, mille kohaselt püüab üksus anda selgituse varjus seaduse tõlgendust, arusaadavalt ei saa hankija seda aktsepteerida. Rikkumise tõendamise seisukohast ei saa hankija pidada käsitletavat lõiku oluliseks.

**14.** Lisaks märgib rakendusüksus, et RHS-i kommenteeritud väljaande § 101 punktis 14 on rõhutatud, et § 101 lg 1 punkti 1 alusel kontrollitava kvalifikatsiooni puhul on seaduseandja pidanud silmas sisulist ehitustööde, mitte formaalsete lepingute vastavust hankelepingu esemele. See tuleneb nii § 101 lõike 1 sissejuhatavas osas sätestatust kui ka otseselt punkti sõnastusest „nimekiri hankija kindlaksmääratud tunnustele vastavate ehitustööde lepingutest“, mis rõhutab, et hankija määrab kindlaks just nõutavate ehitustööde tunnused ja mitte nt pelgalt töövõtulepingu õiguslikke tunnuseid. Seega ei ole rakendusüksuse hinnangul normi eesmärgiga kooskõlas spetsiifiliselt riigihanke tulemusel sõlmitud lepingute täimise kogemuse nõue, kuna lepingu sõlmimise aluseks olnud menetluse viis ei määra selle alusel tehtud ehitustööde sisu. Nimetatud väljaande § 98 punktide 21 ja 22 kohaselt peab hankija konkurentsi efektiivse ärakasutamise põhimõttest lähtuvalt kujundama kvalifitseerimise tingimuse selliselt, et ettevõtja, kellel on vajalik võimekus lepingu täitmiseks olemas, ei jääks põhjendamatult hankest kõrvale. Iga üksik kvalifitseerimistingimus peab sealjuures olema sõnastatud asjaolusid arvestades võimalikult laial.

***Hankija.*** Hankijal on üsna raske aru saada üksuse seisukoha tuumast. Kas peab antud asja kontekstis mõistma, et objektinõudel väljaspool riigihanget on ehitustööde sisulised tunnused täidetud ning vastupidisel juhul mitte? Seega palub hankija asjast arusaamiseks otsuses välja tuua riigihangete väliste ehitustööde sisulised tunnused. Hankija arvates töö tegemine riigihanke raamides või väljaspool seda ei oma mingit tähendust ehitustööde sisulisele (s.t nõuetekohasele ehitamisele) poolele.

***Küsimus.*** Kas analoogilistes hangetes on RHS § 101 lg 1 p 1 kohaselt juba põhimõtteliselt keelatud objektinõue ainult riigihangete raamides?

**15.** Toetuse saaja on selgitustes märkinud, et hankija laialdane otsustusruum proportsionaalsuse osas järeldub RHS seletuskirjast § 98 kohta (kaalutluste tegemisel saab lähtuda vajadusest ja lepingu keerukusest) ning ühtlasi viidanud riigikohtu lahendile nr 3-20-1150, millest järelduvalt võib RHS üldpõhimõttest mõõdukal määral kõrvale kalduda.

**16.** Rakendusüksuse hinnangul ei ole toetuse saaja viited asjakohased ning selgitab, et riigihangete seaduse seletuskirjas toodud lõigus: „Oluline muudatus kvalifitseerimise tingimuste seadmisel on, et hankija ei ole kohustatud tingimata seadma kvalifitseerimise tingimusi ega nõudma mingite dokumentide esitamist ja sellist kohustust ei ole ka hangetes üle rahvusvahelise piirmäära. Seega saab hankija iga kord lähtuda üksnes oma vajadustest, hankelepingu keerukusest ja võib juhtuda, et hankeleping on sellise iseloomuga, mis eraldi kvalifitseerimise tingimuste sätestamist ei eeldagi./..“, käsitletakse hankija kaalutlust, kas ja millest lähtuvalt kvalifitseerimistingimus sätestada, mitte ei avata kaalutlust kvalifitseerimise tingimuste proportsionaalsuse osas. Toetuse saaja nimetatud kohtulahendis oli vaidlusaluseks objektiks hankelepingu muudatuse lubatavus (RHS § 123) ja punktis 21: „On selge, et lepingu hilisem muutmine võib riivata läbipaistvust ja võrdset kohtlemist. RHS § 3 p-dest 1 ja 2 ning nendega üle võetud EL normidest ei tulene keeldu neist põhimõtetest vähemalgi määral taganeda. Arvestades lepingu muutmise väikest väärtust, on EL ja Eesti seadusandjad hankedirektiivi art 72 lg-s 2 ja RHS § 123 lg 1 p-s 1 teadlikult lubanud neist üldpõhimõtetest mõõdukal määral kõrvale kalduda.“, on kolleegium sisuliselt märkinud, et RHS § 123 lg 1 punktis 17 on Eesti seadusandja teadlikult lubanud üldpõhimõtetest mõõdukal määral kõrvale kalduda. Seega ei käsitleta toetuse saaja poolt viidatud kohtulahendi punktis 21 küsimust kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsusest.

***Hankija.*** Üksuse soovil formuleerib hankija oma selgituse teisiti ja märgib, et kvalifitseerimistingimuste kehtestamisel oli kaalutlusotsuse sisuliseks aluseks muu hulga hankija vajadused ja lepingu keerukus. Hankija ei nõustu üksuse käsitlusega Riigikohtu lahendi nr 3-20-1150 p 21 kohta. Avarapilgulisemal vaatel ei saa märkamata jääda Riigikohtu seisukoht, et põhimõtteliselt on lubatav üldpõhimõtetest mõõdukal määral kõrvale kalduda. Ei ole loogiline erandi tegemine ainult lepingu muutmisel.

***Küsimus.*** Mille poolest on lepingu muutmine olulisem lepingu sõlmimisest, et ainult esimesel juhul tohib üldpõhimõtetest mõõdukalt kõrvale kalduda?

**17.** Rakendusüksus on kokkuvõttes seisukohal, et toetuse saaja ei ole järginud RHS § 98 lõiget 1 ja RHS § 3 punktidest 1-3 ja 5 tulenevaid üldpõhimõtteid. Sellest tulenevalt ei ole toetuse saaja järginud meetme määruse § 17 sissejuhatavast osast tulenevat kohustust viia projekt ellu (mis see tähendab meetme tähenduses) kooskõlas õigusaktidega, antud juhul RHS-iga.

***Hankija.*** Käsitletava punkti kohaselt on üksuse etteheite sisuks RHS sätete mittejärgimine. Arusaadavalt on mittejärgimine hinnanguline ning näitab üksnes üksuse arusaamist seadusest. **Rikkumise objektiivse külje moodustavad õigusvastane tegu, negatiivne tagajärg ning nende otsene seos.** Hankija veendumusel ei ole antud asjas rikkumise objektiivset külge alljärgnevatel kaalutlustel:

1. üksuse märgitud sätted on kaalutlusõiguslikud, need ei ole keelavad;
2. rikkumise, negatiivse tagajärje ja seose kohta puuduvad objektiivseid tõendeid, mida näitab nende asemel oletuste esitamine eelnõus.

***Küsimus.*** Kas antud asjas on tõestatud rikkumise objektiivne külg?

Hankija saab eelnevat kokku võttes tõdeda alljärgnevat:

1. seaduse omavoliline ja põhjendamatu tõlgendamine ja asjavälistele asjaoludele või seisukohtadele toetumine andiski üksusele võimaluse etteheiteks;
2. tegelikult taandub asi ainult sellele, et üksus võttis kasutusele RHS-välise mõiste „potentsiaalne pakkuja“ ning kasutas seda rikkumise kvalifitseerimisel;
3. eelnõust järelduvalt võib hankija teha ainult otsuse kvalifitseerimistingimuste kehtestamise osas, tingimuste sisu määrab hoopiski üksus.

**1.3.2 Hankija on kehtestanud pakkujaid piirava iseloomuga hankelepingu täitmise tingimused**

**1.** RHS § 3 punkti 2 kohaselt peab hankija kohtlema kõiki isikuid, kelle elu- või asukoht on Eestis, mõnes muus Euroopa Liidu liikmesriigis, muus Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigis või Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga ühinenud riigis, võrdselt ja jälgima, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud. RHS §-s 3 kirjeldatud isikute võrdse kohtlemise põhimõte tähendab seda, et toetuse saaja ei tohi luua ühelegi võimalikule pakkujale soodsamat olukorda.

***Hankija.*** RHS § 3 p 2 sõnastusest järeldub, et isiku all mõeldakse pakkujat. **Ainult pakkuja suhtes saab sätestada piirangud ja kriteeriumid, mis on kvalifitseerimistingimusteks.** Ainult pakkujad on kohustatud arvestama kvalifitseerimistingimustega. Ainult kvalifitseerimistingimuste raamides (ühetaoline olukord) saab pakkujaid ebavõrdselt kohelda. Säte anna mingit võimalust ebavõrdse kohtlemise all mõista oletuslikku olukorda, mis ei ole sisuliselt hoomatav, isiku ring on määratlematu ning mingit kohtlemist (tegevuse mõttes) ei saa juba loogiliselt toimuda. Juhul kui seadusandja oleks tahtnud ebavõrdse kohtlemisega hõlmata ka hüpoteetilist olukorda, siis oleks möödapääsmatult pidanud sättes olema võimaliku kohtlemise määratlus. Teisiti väljendades ja kasutades käsitletava punkti viimast lauset on RHS nõudeks mitte luua ühelegi pakkujatele (isik, kes on pakkumuse esitanud) soodsamat olukorda peale pakkumuste avamist.

Hankija põhiväide tugineb RHS **§ 7 lg-le 1, milles antakse pakkuja selgesõnaline ning tõlgendust välistav definitsioon – „Pakkuja on käesoleva seaduse tähenduses riigihankes hankijale pakkumuse või esialgse pakkumuse esitanud ettevõtja.**“. Eelnevast tulenevalt ei aktsepteeri hankija pakkuja mõistele lisandi „võimalik“, „potentsiaalne“ andmisega pakkujate ringi muutmist määratlematuks. Kas on pakkuja nimeliselt või teda üldse ei ole. Antud asjas võib eelnõu sõnastust kasutades rikkumist kvalifitseerida kui „potentsiaalsete pakkujate suhtes potentsiaalset võimalust ebavõrdeks kohtlemiseks, mis kindlasti realiseerub“

###

***Küsimused.***

1. Mis õigussättest tuleb mõiste „võimalik pakkuja“, mis on selle isiku õigused ja kohustused?

2. Kui üksuse arvates ei ole RHS § 3 p-s 2 sõna „isikud“ all mõeldud „pakkujaid“ (RHS § 7 lg 1), siis keda on üksuse arvates seaduseandja silmas pidanud?

3. Kas ebavõrdne kohtlemise korral peab olema võrdlusmoment erinevalt koheldavate isikute suhtes?

4. Kas ebavõrdse kohtlemise korral peab vastavate isikute ring kindlaks määratud olema või see on selgelt eristuv?

5. Kuidas tuvastada ebavõrdset kohtlemist juhul, kui reaalselt võrreldavad isikud puuduvad?

6. Milline RHS säte annab õiguse ebavõrdse kohtlemisena käsitleda oletuslikku olukorda?

**2.** Rakendusüksus on seisukohal, et riigihankes nr 253909 seatud hankelepingu täitmise tingimused, mille kohaselt peab töövõtja esitama tellijale täitmistagatiseks ja garantiikohustuse tagamiseks spetsiifiliselt krediidiasutuse garantiikirja, kohtlevad ettevõtjaid ebavõrdselt ning on ebaproportsionaalsed ja pakkujaid põhjendamatult piiravad. Toetuse saaja ei ole andnud kõnealuste tingimuste kaudu võimalust riigihankes osalemiseks potentsiaalsetele pakkujatele, kes oleksid soovinud esitada finantseerimisasutuse8 (nt krediidiandja) või kindlustusandja9 tagatisi.

***Hankija.*** Etteheite tegemiseks võimaluse loomiseks kasutatakse RHS-välist ja määratlemata fraasi „potentsiaalne pakkuja“. Ainult see annabki üksusele võimaluse laiendada RHS tähendust väljaspoole riigihanke menetlust jäävate isikute (kes ei ole pakkujad) suhtes. Pooled on hankija arusaamisel ühisel seisukohal, et tagatise küsimus on hankelepingu täitmise küsimus. Etteheite tegemine tagatise pinnalt muudab hankija laia kaalutlusruumi mõttetuks. Vastava otsustuse, milline tagatis sobib hankijale, teeb hankija asemele hoopiski üksus. Peitumine ebavõrdse kohtlemise küsimuse taha ei muuda ilmselget omavoli. **RHS sätetest tulenevalt saab üksus tagatise kohta avaldada ainult oma arvamust.**

***Küsimused.***

1. Milline RHS säte, mis annab „potentsiaalse pakkuja“ mõiste või selgituse?
2. Millises RHS sättes on antud konkreetsed nõuded hankelepingule, selle sisule ning tagatisele?
3. Millise RHS sätte alusel saab üksus esitada otsese nõudmise tagatise suhtes?

**3.** Rakendusüksus märgib, et lisaks krediidiasutustele pakuvad tagatis- ja garantiitehingute teenuseid ka näiteks finantseerimisasutused (sh krediidiandjad ja kindlustusandjad)10. Seega eelistab toetuse saaja kehtestatud tingimustega vaid ühte kindlat tüüpi tagatiste väljastajaid – krediidiasutusi. Krediidiasutuste poolt väljastatud garantiikirjad võivad olla mõnele pakkujale

7 § 123. Hankelepingu muutmine, lg (1) hankijal on õigus sõlmitud hankelepingut muuta uut riigihanget korraldamata, kui: 1) hankelepingu üldist olemust, näiteks hankelepingu eset, ei muudeta ja muudatuste väärtus kokku ei ületa käesoleva seaduse § 14 lõikes 3 või 4 sätestatud piirmäära ega kümmet protsenti asjade või teenuste või 15 protsenti ehitustööde hankelepingu algsest maksumusest või kümmet protsenti kontsessioonilepingu algsest maksumusest.

8 Finantseerimisasutused KAS-i (https://www.riigiteataja.ee/akt/KAS) mõistes.

9Finantseerimisasutus Rahapesu ja terrorismi rahastamise tõkestamise seaduse (edaspidi RahaPTS) (https://www.riigiteataja.ee/akt/112032022019) mõistes.

10 Näiteks on Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi tellimusel koostatud ehituse töövõtulepingute üldtingimuste punkti 6.1.1.1 kohaselt ehituslepingute sõlmimisel soovituslik ning asjakohane küsida tagatisena garantiikirja krediidi- või finantseerimisasutuse või kindlustusandjatelt.

kättesaamatud, nt nende karmimate tingimuste tõttu. Seetõttu piiravad vaidlusalused tingimused riigihankel osalejate ringi. Rakendusüksuse hinnangul ei ole toetuse saaja esitanud konkreetseid ja sisulisi põhjendusi tagatiste väljastajate piiramise õigustamiseks – miks ei sobi käesoleval juhul turul tegutsevate alternatiivsete teenusepakkujate, nt krediidiandjate, garantiikirjad täitmistagatiseks/garantiiaegseks tagatiseks.

***Hankija.*** Eelnõu antud punktis ajas üksus hankija arvates segamini kvalifitseerimistingimused (RHS § 98 lg 1) ja hankelepingu täitmise tingimused, mida RHS ei reguleeri. RHS sätestatud mõistete mitteaustamine annabki üksusele võimaluse konstrueerida RHS mõttes ainetut olukorda - lepingu täitmise tingimused piiravad riigihankes osalejate ringi. Kui lähtuda üksuse seisukohast, siis on ka tema isikuid kohelnud ebavõrdselt laiendades tagatise andja ringi ainult finantseerimisasutusega. Miks on antud olukorras üksuse poolt ebavõrdselt koheldud füüsilisi isikuid, kes samuti suudaksid ja tahaksid tagatise andja rollis olla.

***Küsimus****.* Millisest RHS sättest tuleneb määratlus „riigihankes osalejate ring“, mis on märgitud isikute õigused ja kohustused?

**4.** Rakendusüksus märgib lisaks, et kohtupraktika11 kohaselt ei tule tuvastada, kas mõni konkreetne huvitatud isik jättis oma pakkumuse õigusvastase tingimuse tõttu esitamata. Konkurentsi kahjustamist saab tingimuse õigusvastasuse korral eeldada, sest tõsikindlalt ei saa välistada vastupidist.

***Hankija.*** Käsitletava punkti seisukoht ei asjakohane ebaõige viite tõttu kohtupraktikale. Lahendi nr 3-18-2408 p 31 annab kohtu seisukoha ainult kvalifitseerimistingimuste kohta. Antud juhul on vaidluse all lepingu täitmise tingimus.

**5.** Rakendusüksus selgitab, et riigihankes seatud tingimused ei tohi välistada konkurentsi, need peavad olema objektiivsed, mittediskrimineerivad ja proportsionaalsed ning ei tohi takistada selliste ettevõtjate osalemist hankes, kes on tegelikult võimelised hankelepingut täitma. Rahandusministeerium oma riigihangete teemalises korduma kippuvate küsimuste rubriigis, on korduvalt rõhutanud, et ettevõtjatel peab olema ligipääs riigihankele lähtuvalt oma võimekusest – ta peab suutma lepingut sisuliselt täita, mil viisil ta seda teeb, on ettevõtja enda otsustada. Käesoleval juhul on hankija välistanud selliste potentsiaalsete pakkujate riigihankes osalemise, kes oleksid olnud suutelised hankelepingut edukalt täitma, kuid kes soovisid või kellel oli võimalik või otstarbekas esitada täitmistagatis ja garantiiaegne tagatis, mis olid väljastatud finantseerimisasutuse (sh krediidiandja või kindlustusandja) poolt. Rakendusüksuse hinnangul oli toetuse saajal võimalus sõnastada hankelepingu täitmise tingimused selliselt, et need oleks olnud hankest huvitatud isikute suhtes võrdse kohtlemise põhimõtet järgivad.

***Hankija.*** Etteheite tegemiseks võimaluse loomiseks kasutas üksus jällegi RHS-väliseid mõisteid „potentsiaalne pakkuja“ ja „hankest huvitatud isik“, kelle suhtes peavad olema võrdsed lepingu täitmise tingimused. RHS-väliste isikute suhtes puudub ja ei saa juba põhimõtteliselt ebavõrdset kohtlemist olla. Teoreetiliselt on see võimalik ainuüksi võitja suhtes, kes ei ole loomulikult sellelt pinnalt küsimust tõstatanud.

***Küsimus.*** Milline RHS säte annab võimaluse võrrelda „potentsiaalseid pakkujaid“ ja „hankest huvitatud isikuid“ omavahel ja teiste isikutega lepingu täitmise tingimuste osas?

**6**. Antud juhul ei ole võimalik välistada, et kui tagatiste tingimusi ei oleks sellisel viisil kehtestatud, siis oleks see võinud laiendada võimalike riigihankes nr 253909 osalejate hulka ning edukaks ja soodsamaks pakkumuseks oleks võinud kujuneda mõne teise pakkuja pakkumus. Rakendusüksuse hinnangul on toetuse saaja objektiivsete põhjendusteta piiranud pakkujate ringi ja kohelnud potentsiaalseid pakkujaid ebavõrdselt. Siinjuures selgitab rakendusüksus, et riigihanke reeglite ja üldpõhimõtete täitmise puhul tuleb lähtuda just võimalikest hüpoteetilistest situatsioonidest ehk teisisõnu peab RHS-i korrektne järgimine tagama avatud hankemenetluses olukorra, kus isikute õigusi pole võimalik isegi oletatavasti rikkuda.

***Hankija.*** Hankija veendumusel on eelnõu muutunud järjest ebakonkreetsemaks, millele juriidiliste vastuväidete esitamine osutub mõttetuks. Kummaline on üksuse seisukoht asjas võimalikest hüpoteetilistest situatsioonidest lähtumisest. Otsuses peab vastama küsimusele, millisele RHS sättele tugineti selle seisukoha kujundamisel. Jääb arusaamatuks ning ei ole õiglane hüpoteetilise situatsiooni käsitlemine hankija suhtes (asja lahendamise raamides) eranditult negatiivselt. Üksuse loogikat kasutades ei saa siiski tõsikindlalt väita, et isikud, kes tugineksid kindlustusandjale, esitaksid kõige madalama maksumusega pakkumused. Vastavalt ÕS 2018 selgitusele on „hüpoteetiline“ hüpoteesil põhinev, oletuslik. Selgituse kohaselt ei ole tegemist ühesuunaliselt ainult negatiivse (hankija vaatevinklist) tulemuse oletamisega. Kaalutlusotsuse tegemisel arvestas hankija üldteada asjaoluga erinevate finantseerimisasutuste pankrottidest erinevalt krediidiasutustest.

 ***Küsimus.*** Millisele õiguslikule alusele tuginedes arvab üksus, et tema hüpotees finantseerimisasutuste samaväärsest usaldusväärsusest krediidiasutustega on tugevam hankija hüpoteesist (kõige usaldusväärsemad on krediidiasutused).

**7.** Toetuse saaja on oma selgitustes viidanud, et ei nõustu rakendusüksuse seisukohaga, mille kohaselt ei tohi tagatis lepingutingimusena välistada konkurentsi, ning leidis, et käsitletavas hankes esitas pakkumuse neli ettevõtjat, mistõttu oli neli ettevõtjat võimelised ehitama ning ka pangateatist esitama.

**8.** Rakendusüksus jääb oma seisukoha juurde, et hankelepingu/hanke alusdokumentide koosseisu kuuluva lepingu projekti tingimuste sätestamisel tuleb järgida RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtetest. Selle hulka kuulub ka mh nõue, et kõik isikutele seatavad piirangud ja

**11** Nt TlnHKo 1.11.2019, 3-18-2408; p 31

kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud (RHS § 3 punkt 2). Rahandusministeerium on leidnud 30.11.2022 projektiauditi lõpparuandes nr CF-195/202212, et täitmistagatise väljastamist nõuda üksnes krediidiasutuselt ei ole õige ning asjakohane oleks võimaldada tagatiste väljastamist ka nt krediidiandjatelt. Audiitorite hinnangul olid seatud hankelepingu tingimused pakkujatele juurdepääsu piirava iseloomuga ning neid ei saanud pidada hankelepingu eseme suhtes proportsionaalseks, asjakohaseks ja põhjendatuks. Audiitorid leidsid, et sellist olukorda tuleb pidada RHS § 3 punkti 2 rikkumiseks. Seda põhjusel, et esineb võimalus – mõni potentsiaalne pakkuja, kelle pakkumus oleks võinud olla soodsama hinnaga, loobus pakkumuse tegemist just piirava lepingutingimuse tõttu.

***Hankija.*** Vaieldamatult ei ole lõpparuanne nr CF-195/202212 õiguse allikaks ning sellele tuginemine ei ole põhjendatud. Lisaks ei saa üksus hankija arvestada märgitud dokumenti kasutada seetõttu, et see koostati hanke avaldamisest (31.08.2022) hiljem. Loodetavasti ei arva üksus siiski, et hankija oleks pidanud ette nägema dokumendi seisukohti ja vastavalt käituma. Kahjuks korduvad käsitletavas punktis üksuse poolt juba esitatud RHS-välised määratlused. Pakkujaks nimetatakse RHS § 7 lg 1 järgi isikut, kes esitab pakkumuse. Seega puudub juriidiline (sisuliselt ka füüsiline) võimalus enne pakkumuste esitamist pakkujate juurdepääsu piirata.

***Küsimus.*** Mis isikud on RHS sätete kohaselt need, kelle suhtes enne pakkumuste esitamist piirati juurdepääsu hankele?

**9.** Rakendusüksus selgitab, et hankes mitmete pakkumuste esitamine ei muuda asjaolu, et õiguspärase tingimuse korral võinuks konkurents olla suurem (st pakkujaid rohkem). Seega on eelduslikult mõju konkurentsile olemas.13

***Hankija.*** Hankija arvates peaks üksus siiski tunnistama, et konkurentsile osutab mõju mistahes kvalifitseeriv tingimus, mitte aga lepingu tingimus (mõjub ainult võitjale). Mõistetavalt peab üksus oma hinnanguid, mis lõppkokkuvõttes viisidki oletusele rikkumisest, põhjendama. Vastasel juhul on tegemist paljasõnalise väitega, millele ei peakski reageerima. Seega kui neli pakkumust ei ole vajalik konkurents vaid peab olema **rohkem,** siis loogika kohaselt peab üksus teadma, mitu pakkumist moodustab „rohkem“. Muidu puudub võrdlusmoment ning määratlust „rohkem“ peab hindama sisutühjaks. On liigne toonitada, et kõik neli pakkujat olid arvestanud nõutud pangatagatise esitamisega.

***Küsimus.*** Mitme pakkumuse („rohkem“) korral loeb üksus konkurentsi antud hankes piisavaks?

**10.** Rakendusüksus nõustub toetuse saajaga, *et* vaidlusaluste tingimuste näol ei ole tegemist kvalifitseerimistingimustega, vaid hankelepingu täitmiste tingimustega.Samas jääb eriarvamusele selles osas, et tagatistega seotud nõuded ei seondu hankemenetluse korraldamisega ja RHS sätetega. Rakendusüksus selgitab, et Euroopa Liidu riigihangete regulatsiooni eesmärk on tagada eelkõige kaupade vaba liikumise, asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtted ning nendest tulenevad võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, vastastikuse tunnustamise, proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõtted. RHS § 1 kohaselt on riigihangete seaduse eesmärk tagada hankija rahaliste vahendite läbipaistev, otstarbekas ja säästlik kasutamine, isikute võrdne kohtlemine ning olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine riigihankel. Selle eesmärgi täitmiseks tuleb hankijatel riigihangete korraldamisel järgida muuhulgas ka riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid. Seega tuleb tingimused sõnastada selliselt, et pakkujad saaksid hankes osaleda võrdsetel alustel. Vastavalt riigihangete seaduse § 4 punktile 17 on riigihanke alusdokumendid kõik hankija koostatud dokumendid, milles sätestatakse riigihanke üksikasjad, sh hankelepingu tingimused. RHS § 110 lõike 3 kohaselt kinnitab pakkuja oma pakkumuse esitamisega kõigi riigihanke alusdokumentides esitatud tingimuste ülevõtmist. Seega ei saa pakkuja esitada oma pakkumuses erinevaid ega täiendavaid hankelepingu tingimusi, mistõttu on hankija kohustatud järgima, et hanke alusdokumentide osaks olevad hankelepingu tingimused oleksid kooskõlas riigihangete seadusega, sh proportsionaalsed ja kohtleksid ettevõtjaid võrdselt (RHS § 3 punkt 2). Tingimust saab pidada proportsionaalseks, kui see on vajalik. Tingimus on vajalik siis, kui seda ei ole võimalik sama veenvalt tõendada kergema tingimuse abil. Lepingu täitmise tingimuste tõttu, mis sisaldavad hankijapõhjendamatuid eelistusi, võivad ettevõtjad pakkumuse esitamisest loobuda ja seega õigusvastaste tingimuste kehtestamine võib endaga kaasa tuua konkurentsivõimeliste pakkujate tõrjumise.

 ***Hankija.***Hankija selgesõnalisele väitele vastamist on käsitletavast punktist raske leida, sisuliselt korratakse juba eelnevalt mitmesugustes variantides esitatud seisukohti. Nähtavasti peab hankija juba mitmendat korda toonitama fraasi „pakkujad saaksid hankes osaleda“ sisutust RHS § 7 lg 1 taustal. Hankijale jääb arusaamatuks, mida pidas üksus silmas fraasiga „Seega ei saa pakkuja esitada oma pakkumuses erinevaid ega täiendavaid hankelepingu tingimusi,“.

***Küsimus.*** Mismoodi näeb praktikas välja olukord, kus pakkumuses saaks esitada erinevaid või täiendavaid hankelepingu tingimusi?

Hankija selgitab veelkordselt, et **tagatist:**

1. **pakkumuses ei esitata;**
2. **seda ei kontrollita;**
3. **parima pakkumuse väljaselgitamisel ei arvestata, sest seda ei ole juriidiliselt veel olemas** (välistada ei saa, et ka füüsiliselt);
4. **tagatise esitamise kohustus on ainult võitjal**.

Hankija taotleb üksusel otsuses selgesõnaliselt ja õiguslikult kummutada hankija seisukoht või sellega nõustuda.

Hankijale esitatud etteheide kellegi põhjendamatust eelistamisest enne pakkumuste esitamist on ülekohtune ja meelevaldne. Kvalifitseerimistingimuste kehtestamisel on üksus sisuliselt asunud hankija rolli ning nüüd soovitakse ka hankelepingu tingimusi sätestada.

Üksuse arvates on tagatiste nõuded seotud hankemenetluse korraldamisega ja RHS sätetega. Antud juhul soovib üksuse laiendada kvalifitseerimistingimuste tähendust RHS mõjust väljajäävale tagatisele. RHS mõju põhjendamatu laiendamine annabki üksusele formaalse võimaluse tagatisnõude kohta etteheite tegemiseks.

**11.** Rakendusüksus märgib, et kuigi hankijal on hankelepingu tingimuste sisustamisel ulatuslik

12Auditeerimise aruandlus, https://www.fin.ee/riigi-rahandus-ja-maksud/valistoetused/valisvahendite-auditid?view\_instance=1&current\_page=1, https://www.fin.ee/media/8133/download

13 Vt ka TlnHKo 1.11.2019, 3-18-2408; p 35.

kaalutlusõigus, siis tuleb samas nende tingimuste sätestamisel silmas pidada riigihangete korraldamise üldpõhimõtteid, mille hulka kuulub ka nõue, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid peavad olema riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud (RHS § 3 p 2).14 (Kirjeldatud seisukohta on väljendanud mh korduvalt Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond (RRO) oma vastustes sellekohastele päringutele (sh 08.08.2023).) Vaadata – kriitika, või ainult märkus hilisema aja kohta.

Proportsionaalsuse põhimõtte järgimine eeldab, et hankija uurib ja hindab riigihankega seotud faktilisi asjaolusid, et välja selgitada, milline toimimisviis on konkreetsel juhul riigihanke üldpõhimõtete täitmiseks sobiv ja vajalik.

***Hankija.*** Jääb arusaamtuks, miks üksus ei orienteeru RHS-s või seda ei tahetagi hankijale etteheidete tegemise vajadust silmas pidades. Paratamatult peab üksusele välja tooma asjakohase sätte RHS § 98 lg 1 näol:

„(1) Hankija võib kontrollida pakkuja või taotleja sobivust tegeleda hankelepingu täitmiseks vajaliku kutsetööga ja kehtestada kvalifitseerimise tingimused tema majanduslikule ja finantsseisundile ning tehnilisele ja kutsealasele pädevusele. Kvalifitseerimise tingimused peavad vastama hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemusele, kogusele ja otstarbele ning olema nendega proportsionaalsed“.

Kui lugeda seda sätet koostoimes RHS § 3 p-ga 2, siis on sõna „isik“ üheselt käsitletav pakkujana ning piirangud ja kriteeriumid tähendavad ainult kvalifitseerimistingimusi. Juhul kui üksus ei nõustu hankijaga, siis palub hankija otsuses RHS § 3 p 2 ja § 98 lg 1 konkreetse analüüsiga kummutada hankija arusaamise.

***Küsimus.*** Millises RHS sättes antakse „isiku“ mõiste ja isiku õigused ja kohustused?

Hankija ei saa RHS sätetest tulenevalt tagatisenõuet siduda kummagi RHS mõistega (isik(pakkuja) ja kvalifitseerimistingimused), tagatisenõue seondub hankelepingu täitmisel töövõtjaga, kellel ainsana tekib tagatise esitamise kohustus.

Märgitud sätted (ega üldse RHS) ei reguleeri lepingutingimuste määramist hankija poolt. Selles on lihtne veenduda, lugedes hoolikalt seadust, seletuskirja või teisi asjakohaseid materjale.

**12.** Rakendusüksus peab siinkohal vajalikuks selgitada, et HD-s seatud tingimust saab pidada ebaproportsionaalseks juhul, kui tingimuse sõnastus võimaldab ettevõtjaid alusetult ebavõrdselt kohelda või on seatud tingimusega soovitud eesmärki võimalik saavutada ka ettevõtjaid vähem piiravamal moel. Igasuguste HD-s olevate tingimuste seadmiseks peavad hankijal esinema objektiivsed ja kehtiva õigusruumiga kooskõlas olevad põhjused, mida peab olema võimalik faktiliselt kontrollida. Rakendusüksus tugineb seatud tingimuse proportsionaalsuse hindamisel eelkõige hankija selgitustele tingimuse seadmist õigustavate põhjuste kohta ning kontrollib esitatud selgituste kooskõla muude asjasse puutuvate faktiliste asjaoludega. Rakendusüksus rõhutab, et toetuse saaja ei ole esitanud objektiivseid argumente, millest lähtuvalt võiks jõuda järeldusele, et käesoleval juhul oli krediidiasutuste eelistamine teistele finantseerimisasutustele põhjendatud ning toetuse saaja eesmärgi täitmine ei olnud võimalik pakkujaid vähempiiravamal moel, mistõttu on rikutud RHS § 3 punktis 2 sätestatud võrdse kohtlemise põhimõtet. Põhjendamatult piirava tingimuse kehtestamisega ei kasuta hankija ka efektiivselt ära turul olevat konkurentsi RHS § 3 punkti 3 mõistes, kuivõrd piirava tingimuse tõttu saab hankes osaleda vähem pakkujaid. See omakorda riivab RHS § 3 punktis 5 toodud rahaliste vahendite säästliku ja otstarbeka kasutamise põhimõtet, kuivõrd väiksema pakkujate ringi korral ei pruugi hankija saada parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhtega hankelepingut.

***Hankija.*** Jääb arusaamatuks fraasis „ettevõtjaid alusetult ebavõrdselt kohelda“, keda on üksus silmas pidanud ettevõtjate all. Kui on tegemist pakkujatega, siis neid mittekvalifitseeriv tingimus (panagatagatis) ei saa juba põhimõtteliselt ebavõrdsesse olukorda asetada. Kui on jutt ettevõtjatest, kes ei ole pakkumust esitanud, siis ei saa pangatagatis (mida pakkumusega ei esitata) neidki ebavõrdsesse olukorda asetada.

Seega juba põhimõtteliselt ei saa isikuid asetada ebavõrdsesse olukorda enne pakkumusmenetlust ja ka selle käigus. Eelnevalt märgitult peab olema sarnane olukord, kus erinevatele isikutele (isikute ring peab olema määratletud, et vajadusel viia läbi vastavat võrdlust) esitatakse erinevad tingimused. Pangatagatise küsimuses ei ole võimalik kedagi juriidiliselt ebavõrdselt kohelda, sest pangatagatis pakkumusmenetluses puudub, esitamiskohustus tekib ainuüksi töövõtjal.

Lähtudes mõlema poole poolt aktsepteeritud hinnangust (laialdasest kaalutlusruumist tingimuste kehtestamisel) tuleb kaalutlusotsustuse kontrollimisel lähtuda HMS § 4 lg 2 sätetest. Hankija veendumusel nähtub üheselt, et kontrolli alla ei kuulu hankija tegutsemisajendid, põhjused, sisulised kaalutlused, lühidalt öeldes otsustuse tegemise subjektiivne pool. Kontrolli alla kuulub kaalutlusotsustuse menetluslike küsimuste kontroll. Loodetavasti oskab üksus Riigikohtu lahenditest leida sellele seisukohale arvukalt kinnitusi. Haldusorgan ei saa asuda teise haldusorgani eest kaalutlusotsustust tegema.

***Küsimus.*** Milliste asjaolude (HMS § 4 lg 2 järgi) kontrollimisel tuvastati kaalutlusotsuse õigusvastasus?

**13.** Eelnevast lähtuvalt on rakendusüksus seisukohal, et toetuse saaja ei ole rekonstrueerimise tööde hankimisel järginud RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid, eelkõige kohustust hanke läbiviimisel jälgida, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid hanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud ning kohustust kohelda kõiki isikuid võrdselt.

**14. *Hankija.*** Hankija esitab täienduseks eelnõu punkidele veelkordselt oma 15.01.2024 kirja p 1 seisukohad. Kirjas tuuakse esile seletuskirja § 3 kohta selgitus (lk 14), millest esitatakse alljärgnev lõik (eristamine lõigus on hankijapoolne):

„Vastavalt võrdse kohtlemise põhimõttele ei tohi samalaadseid olukordi käsitleda erineval moel juhul, kui erinevat kohtlemist ei ole võimalik objektiivselt põhjendada. Isikute erapooletu ja võrdse kohtlemise põhimõte eeldab, et **riigihanke igal etapil koheldakse kõiki riigihankes osalevaid isikuid** ühesugusel moel sõltumata teguritest, mis ei ole seotud hanke läbiviimisega.“ Seega on seaduseandja sätestanud võrdse kohtlemise nõude, mis seondub üheselt hankemenetluses osalevate isikutega. Konkreetsed isikud (pakkujad) saavad osaleda hankemenetluses peale pakkumuste avamist (RHS § 7 lg 1). Hankija korduvalt esitatud seisukohta kohaselt ei saa juba põhimõtteliselt pangatagatise küsimus esile tulla hankemenetluse käigus.

Seletuskiri annab „pakkuja“ mõistele selgituse „riigihankes osalev isik“, seega võrdse kohtlemise küsimus on võimalik ainult riigihanke igas etapis. RHS § 3 p-s 2 märgitud isik on koostoimes seletuskirja selgitustega käsitletav pakkujana või riigihankes osaleva isikuna. Mõistetavalt „potentsiaalne pakkuja“, „hankest huvitatud isik“ ning muud RHS-välised määratlused ei seondu hankemenetlusega ega pakkujaga.

***Küsimus.*** Kas üksus jääb oma seisukoha juurde, et ebavõrdne kohtlemine on võimalik RHS sätete kohaselt ka väljaspool hankemenetlust ning määratlemata isikute ringi suhtes?

Tingimuste hindamisel mitteproportsionaalseteks peab üksusel olema teada proportsionaalsuse määr analoogilise hanke korral. Vastasel juhul ei ole etteheide kontrollitav võrreldes analoogiliste hangetega, mis tähendab etteheite tõendamatust ja paljasõnalisust.

***Küsimus.*** Millise netopinna, lepingu maksumuse ja tähtaja korral on lubatav analoogilises hankes ainult krediidiasutuse tagatise ja riigihankes tehtud referentsobjektide nõue?

***Küsimus.*** Kas analoogilistes hangetes on RHS järgi põhimõtteliselt keelatud hankija „piiravad“ nõuded tagatise ja referentsobjektide kohta.

**15.** ***Hankija***. Hankija peab vajalikuks oma 16.11.2023 kirjast veelkordselt esile tuua seisukoha, et tingimused ei piiranud pakkujaid või konkurentsi, üksuse viide RHS §-le 3 oli asjakohatu. RHS §-de 1-3 koosmõjus ei ole seaduse objektiks lepingu täitmine (v.a lepingu muutmine), järelduvalt ei ole reguleerimisobjektiks nõuded lepingutingimustele. RHS § 3 p-des 2 ja 3 sätestatud isikute võrdne kohtlemine ja konkurentsi tagamine laieneb ainult pakkujatele, mitte aga lepingutäitjale või kolmandale isikule (rahandusasutus, hankes huvitatud ettevõtja). Riigikohtu lahendist nr 3-1-1-89-15 (p 24) järelduvalt lepingutäitja ja kolmanda isiku poolt tagatise esitamist RHS ei reguleeri, seega ei saa küsimuses järelevalvet üldse teha. Juhul kui üksus ei nõustu esitatud väidetega, siis hankija soovib otsuses nende kummutamist õiguslike argumentidega.

**Rakendusüksus selgitab üldiselt**

**1.** Rakendusüksus selgitab, et RHS-i järgimise kohustus lasub toetuse saajal, kes on hankija RHS-i tähenduses. Projekti ellu viies nõustus toetuse saaja ka toetuse kasutamise tingimustega, sh kohustusega järgida riigihangete seadust. Seega kui toetuse saaja on rikkunud RHS-ist tulenevaid riigihanke menetlusreegleid, siis peab ta arvestama, et kui rakendusüksus rikkumise tuvastab, järgneb sellele finantskorrektsioon. Asjaolu, et rakendusüksus teostas riigihanke nr 253909 alusdokumentide eelnõustamist, ei vabasta toetuse saaja vastutust riigihangete seaduse järgimata jätmise eest. Olenemata põhjusest, miks rakendusüksus alusdokumentide kontrollis õigusvastaste tingimuste olemasolu ei tuvastanud, ei muutu sellest faktiline asjaolu, et toetuse saaja kehtestatud vaidlusalused kvalifitseerimistingimus ja hankelepingu tingimused olid

14 Kirjeldatud seisukohta on väljendanud mh korduvalt Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond (RRO) oma vastustes sellekohastele päringutele (sh 08.08.2023).

osaliselt õigusvastased ja rikkusid potentsiaalsete pakkujate õigusi ning need rikkumised võisid mõjutada hanke tulemusi. Seega on finantskorrektsiooni tegemiseks alus olemas ning sellisel juhul rakendusüksusel finantskorrektsiooni tegemise otsusest loobumiseks diskretsioon puudub. Siinjuures peab rakendusüksus vajalikuks välja tuua, et teavitas 30.08.2022 ja 02.09.2022 toetuse saajat koos eelnõustamise käigus tekkinud tähelepanekute ja soovitustega järgmisest: „Peame vajalikuks märkida, et RTK roll on abistava iseloomuga ning Teie poolt saadetud informatsiooni põhjal võib RTK esitada antud riigihanke dokumentatsiooni osas seisukohad ja märkused, mis ei ole kohustusliku iseloomuga. Tulenevalt riigihangete seadusest lasub vastutus riigihanke planeerimisel, läbiviimisel, otsuste tegemisel ning hankelepingu täitmisel hankijal endal. Riigihangete seaduse rakendamise nõustamist teostab Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond (RHS § 180).“.

***Küsimus.*** Milline RHS säte annab „potentsiaalsete pakkujate õigused“, mida hankija väidetavalt rikkus?

***Hankija.*** Käsitletava punkti vastusena peab hankija veelkordselt toonitama, et eelnõustamise käigus luges üksus ebaõigeks või RHS tingimusega vastuoluliseks hanke alusdokumendi projektis üksuse poolt kollasega märgitud lõigud.

Kirja sissejuhatuse alapunktis „b“ on jäetud lõik „Pakkuja peab olema märgitud riigihanke töödes peatöövõtja“ kollaseks märkimata. Järelduvalt on sõnaselgelt aktsepteeritud vastavat tingimust, mida kinnitab ka alapunkti „b“ kohta tehtud märkus „ Kollasega viidatud tingimus on vastuolus RHS. Ehitustööde hangetes ei ole lubatud küsida maksumust.“ Vastavas lõigus esitatud üksuse ühemõttelise hoiatuse „Tingimuse muutmata jätmine toob (kindel kõneviis!) kaasa finantskorrektsiooni.“ kinnitab hankija väidet samasisulise hoiatuse andmisest ka suuliselt. Hoiatuse tegemist ei ole ka eelnõus eitatud.

Kirja lõigus „Leping“ alapunktis „e“ on vastavas lauses kollaseks tehtud ainult fraas „Eestis tegutseva“. Järelduvalt mistahes riigi krediidiasutuse tagatise nõuet aktsepteeriti.

Eelnevast tulenevalt on hankija sunnitud veelkordselt järeldama eelnõustamisest alljärgnevat:

1. üksus ei tea täpselt, mis on antud asjas RHS rikkumiseks; või
2. üksus teadis, et viidatud lõigud sisaldavad rikkumise kirjeldust, kuid teadlikult ei juhtinud sellele hankija tähelepanu sooviga luua järelevalvemenetluses etteheidete tegemiseks vastav alus.

Hankija juhib veelkordselt üksuse tähelepanu kohtupraktikale, et **haldusorgani kahepalgeline või sõnamurdlik tegevus ei ole lubatav.**

***Küsimus.*** Kas eelnõustamisel juhiste andmisel ei teadnud üksus rikkumise kvalifikatsiooni või oli eesmärgiks osalise nõustamisega tekitada soodne võimalus etteheidete esitamiseks? Arusaadavalt ei vaja vastamisel veelkordset selgitust eelnõustamise tähendus.

Eelnõustamise selgitus üksuse juhiste mittetäitmise võimalusest on paljasõnaline, selgitus ei tugine õigusakti sätetele ning üksuse selgesõnalise hoiatuse valguses ei kajasta see hankija poolt „vabatahtlikult ja omal vastutusel“ juhiste täitmist. Üksusel ei õnnestu luua eelnõustamisest muljet kui pelgalt heatahtlikust soovitamisest.

Antud asjas ei saa üksuse tegevus olla Eesti komberuumist erinev. Üksus ei tohiks jätta endast muljet kui arrogantsest asutusest oma selgitusega (tegelikult selle puudumisest) „Olenemata põhjusest, miks rakendusüksus alusdokumentide kontrollis õigusvastaste tingimuste olemasolu ei tuvastanud…“. Selgituse mitteandmisega lõi üksus endale soodsama olukorra võrreldes hankijaga, üksusele on lubatud rohkem. Hankija hinnang põhineb üksuse tegevusel (käsitletud näiteks p-s 2.12), paluda selgitust põhjustest, ajenditest või kaalutlustest |tingimuste sätestamisel.

***Küsimus.*** Milline HMS säte lubab üksusel ignoreerida temalt palutud põhjendamist?

***Küsimus.*** Millega kummutab või nõustub üksus hankija arusaamisega, et antud asjas on üksuse eesmärgiks oletuste abil igal juhul tuvastada õigusrikkumine?

Eelnõu tegemine on seda ebaõiglasem, et üksuse ebaõige arusaamine eelnõustamisest viis hankija eksitusse ning seda kasutati ära väidetava RHS rikkumise tuvastamisel.

Käsitletavas lõigus olevast fraasist „…rikkusid potentsiaalsete pakkujate õigusi ning need rikkumised võisid mõjutada hanke tulemusi. Seega on finantskorrektsiooni tegemiseks alus olemas…“ tulenevad hankija alljärgnevad järeldused ja küsimused.

***Küsimused.***

1. Millisest RHS sättest tuleneb eelnõust järelduv „potentsiaalse pakkuja“ ja pakkuja samasus RHS § 7 lg 1 taustal?

2. Millisele RHS sättele tugineb määratlus „võisid mõjutada hanke tulemusi“? Selgituseks, et mõlemad pooled on aktsepteeritud finantskorrektsiooni otsesest seost RHS rikkumisega. Järelduvalt peab olema rikkumise tagajärje (kui rikkumise objektiivse külje kohustuslik asjaolu) määratlus RHS-s.

3. Millisest RHS sättest või muust õigusaktist tuleneb praktika võtta rikkumise kvalifitseerimisel alati arvesse hanke hüpoteetiliselt parem tulemus võrreldes saavutatuga?

4. Millest lähtudes ei võeta üldse arvesse (ning seda muidugi antud asja konteksti hankija kahjuks) hanke negatiivset või neutraalset hüpoteetilist tulemust?

5. Millest järeldades välistas üksus sisuliselt määratlemata isikute ringi puhul hanke sama tulemuse või ka üksnes kõrgemate maksumustega pakkumused.

**2.** Rakendusüksus on seisukohal, et mh tulenevalt Tallinna Ringkonnakohtu 24.09.2021 otsusest asjas nr 3-19-346 ei saa toetuse saaja antud juhul õiguspärase ootuse põhimõttele tugineda. Varasematest kontrollidest ei saa tuleneda toetuse saajale õiguskindlust, et hiljem rikkumisi ei tuvastata, mistõttu ei saa see luua ka mingit õiguspärast ootust.

***Hankija***. Eelnõustamisel anti vastuvaidlemist välistaval moel tegutsemisjuhis, kuidas on siis hiljem võimalik rikkumist tuvastada (rikkumised tuvastati eelnõustamise käigus ning kõrvaldati). **Kui jääda rikkumise hilisema tuvastamise juurde, siis vaieldamatult rikkus ka üksus nõustamisel ilma mõjuva põhjuseta RHS sätteid.** Hilisema tuvastamise põhjendusena ei ole üksus viidanud kohtupraktika, õigusaktide või muude oluliste asjaolude muutumisele. Ei ole õiglane ja õige, et üksus ei kanna mingit vastutust RHS rikkumise eest ning hankija peab selle eest „tasuma“ ca 45 000 eurot. Hankijalt märgitud summa äravõtmise katse on seda ebaõiglasem, et RHS §-des 213-215 sätestatud väärteo eest (mis on vaieldamatult tõsisem rikkumine) karistatakse rahatrahviga kuni 32 000 eurot.

**3.** Rakendusüksus selgitab, et RHS 9. peatükis ette nähtud riiklikku ja haldusjärelevalvet puudutav regulatsioon rakendusüksusele ei kohaldu. Pädevus toetusest rahastatud hangete õiguspärasuse kontrolliks tuleneb meetme määruse § 2 lõikest 2, mille kohaselt teostab rakendusüksus muu hulgas järelevalvet projektide üle ning meetme määruse § 17 sissejuhatavast osast, mille kohaselt peab toetuse saaja projekti elluviimisel järgima õigusakte. Seega, et teostada järelevalvet meetme määruse alusel elluviidavate projektide üle, kontrollib rakendusüksus, kas toetusest rahastatud hangete läbiviimisel on järgitud riigihangete seaduses sätestatut. Kontrolli eesmärk on tagada avalike vahendite mõistlik kasutus. Määruse § 19 lõike 1 sissejuhatava lause, lõike 2 ja lõik 3 kohaselt kui toetuse saaja on rikkunud seoses hangete läbiviimisega talle käesolevas määruse kehtestatud kohustusi (sh vastavalt § 17 sissejuhatavale lausele RHS-is sätestatud korda), nõuab rakendusüksus sõltuvalt rikkumise raskusest tagasi 10, 25, 50 või 100 protsenti hankelepingule eraldatud toetusest. Kui toetuse saaja on pannud toime riigihangete seaduse rikkumise, millel on riigihangete seaduse §-des 213–215 sätestatud väärteo tunnused, teavitab rakendusüksus sellest Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonda (edaspidi RRO). Rakendusüksus selgitab muuhulgas, et riigihangete rikkumiste korral ei ole üldjuhul võimalik konkreetset kahjusummat välja arvutada, kuna tegemist on potentsiaalse ja teoreetilise (kaudse)kahjuga, mis võib tekkida õigusnormi rikkumisel ja konkreetsete asjaolude põhjal loetakse rikkumine tõendatuks. Seega, kui rakendusüksus tuvastab, et toetuse saaja on hanke läbiviimisel rikkunud riigihangete seadust, siis nõuab ta hankelepingule eraldatud toetusest tagasi vastavalt rikkumise raskusest, kas 10, 25, 50 või 100 protsenti ning vajadusel teavitab RRO-d.

***Hankija.*** Hankija ei vaidlusta üksuse pädevust teha järelevalvet toetuse kasutamise üle. Antud lõigus märgib üksus sõnaselgelt, et hankija kohustuseks on järgida õigusakte projekti elluviimisel. Järelduvalt ei saa antud asjas rikkumise kvalifitseerimisel otsustava tähendusega olla kohtupraktika, ministeeriumi sisukohad, seletuskiri või seaduse kommenteeritud väljaanne. Vastasel juhul on need dokumendid õiguse allikaks, mida nad ei saa olla. Hankija arvates on üksuse tegevus kvalifitseeritav tavapärase haldusjärelevalvena.

**4.** Rakendusüksus on seisukohal, et õigusvastaste tingimuste sätestamisega on toetuse saaja kokkuvõttes põhjendamatult piiranud konkurentsi (vt täpsemalt otsuse alapunkte 1.3.1 ja 1.3.2), kuivõrd mõni hankest huvitatud isik võis jätta vaidlusaluste tingimuste tõttu pakkumuse esitamata, mistõttu võis hankelepingu esemeks olev töö kujuneda kokkuvõttes kallimaks.

***Hankija.*** Üksuse paljasõnaline ning meelevaldne oletus piiratud konkurentsi tõttu hanke tulemuse kallimaks osutumise võimalusest nõuab otsuses kontrollitavat põhjendust. Ebakonkreetne ja RHS-väline määratlus „kallimaks“ on eelnõus (erinevates sõnastustes) rikkumise kvalifitseerimisel otsustava tähendusega. (Kas peaks järeldama, et kodanik (milleks võib olla ka üksuse töötaja) peab leppima liikluspolitsei otsusega, et tema sõiduk kiirus oli lubatust kiirem?) Vaatamata kõigele peab üksusel teada olema kontrollitav võrdlusmoment õiguskuuleka käitumisega.

***Küsimus.*** Kui suures ulatuses (arusaadavalt suurusjärguna!) võis töö potentsiaalselt ja teoreetiliselt (kaudne kahju) kallimaks kujuneda rahaliselt, et seda saab kvalifitseerida rikkumisena?

**5.** Rakendusüksuse hinnangul ei ole toetuse saaja küsimus, millise konkreetse netopinna, lepingu maksumuse ja tähtaja korral on lubatav ainult krediidiasutuse tagatis ja riigihankes tehtud referentsobjektide nõue, korrektne. Iga konkreetse tingimuse seadmisel peab hankija veenduma, et see on seotud hankelepingu esemega ja proportsionaalne, s.t esinevad objektiivsed asjaolud tingimuse seadmiseks. Kui tingimus on vastuolus riigihangete seadusega, siis ei saa seda hankes seada.

***Hankija.*** Hankija ei palunud üksuse hinnangut küsimusele vaid sellele vastust. Järelduvalt on vajalik esitada täpsustavad küsimused, millele hankija palub otseseid ja konkreetseid vastuseid.

***Küsimused.***

1. Kas RHS-s on põhimõtteliselt lubatud hankija poolt samalaadses hankes (lasteasutuse hoone) vastavate tingimuste (pangatagatis, referentsobjektid riigihankes) kasutamine? 2. Kui see on ikkagi põhimõtteliselt lubatud samalaadses hankes, siis millise konkreetse netopinna, lepingu maksumuse ja tähtaja korral algab lubatavuse piir?.

Selgituseks 2. küsimuse kohta, et hankija pikaajalise praktika kohaselt koolimajade ja lasteaedade (lasteasutuste) rekonstrueerimisel on hankes olulised objektiivsed tingimused netopind, lepingu maksumus ja lepingu tähtaeg. Mingeid eritingimusi praktikas nendel juhtudel ei esine nagu võiks aru saada üksuse seisukohast. Ei tohiks olla raskesti mõistetav hankija küsimuse mõte. **Kui üksus fikseerib õigusrikkumise, siis peab olema teada ka õiguspärane tegevus.** Võrdlusvõimaluse puudumisel ei saa hankija kontrollida, kas tema tegevusele hinnangu andmisel käitus üksus proportsionaalselt ja õiglaselt.

**6.** Asjaolu, et ükski pakkujatest ei ole riigihanke nr 253909 alusdokumente vaidlustanud, ei muuda hankes kehtestatud vaidlusaluseid tingimusi õiguspärasteks, samuti ei saa sellest järeldada, et kõik hankes osalemisest huvitatud isikud on nõudeid pidanud aktsepteeritavateks ning tavapärasteks. Sarnasel seisukohal on olnud ka Tallinna Halduskohus 08.07.2022 otsuses nr 3-19-1219: „Kvalifitseerimistingimuse heidutavat mõju ei saa välistada väitega, et ükski välispakkuja ei ole tingimust vaidlustanud ega selle kohta hankijalt selgitusi küsinud. /…/ Vaidlustamine on pakkuja jaoks täiendav aja- ja ressursikulu, mille kandmisest ei pruugi pakkujad olla huvitatud. /…/ Kaebaja hankijana vastutab tema korraldatud hanke õiguspärasuse eest ja vastutust selles osas ei ole põhjendatud lükata potentsiaalsetele pakkujatele, kes jätsid oma pakkumuse esitamata või õigusvastasele hanketingimusele tähelepanu juhtimata või selle vaidlustamata.“.

***Hankija***. Hankija väide kaebuste puudumisest oli esitatud iseloomustamaks üldist hankemenetluse õhustikku, see ei seondu otseselt rikkumise kvalifikatsiooni kummutamisega. Eelnevast tulenevalt ei pea hankija üksuse seisukohale vastamist otstarbekohaseks.

 ***Hankija*** lisab eelnõule alljärgnevalt omapoolsed seisukohad.

**7.** Haldusmenetluses tunnustatud põhimõttele (otstarbekus, HMS § 83 lg 1) vaatamata peab üksus hanke korraldamise õiguspärasust väärtuseks omaette. Järelevalve resultaadina peab silmas pidama siiski materiaalõigusliku rikkumise tuvastamist, mis põhjustas konkreetse rahalise mõju. Võimalikud menetlusvead ei saa olla analoogiliselt HMS §-ga 58 mõjutusvahendi rakendamise aluseks. Üksuse poolt meelevaldselt esile toodud vead ei mõjutanud parima pakkumuse väljaselgitamist läbi konkurentsi. Haldusmenetlus ei näe ette võimalust, et rikkumise kvalifitseerimiseks kasutakse kontrollitavate asjaolude asemel eranditult oletusi p 1.6 järgi.

***Küsimus.*** Milline HMS säte annab üksusele õiguse rikkumist tuvastada ainuüksi kontrollimatute oletuste baasil?

**8.** Määrus nr 7 (§ 1 lg 2) sätestab toetuse andmise eesmärgina avaliku sektori hoonetesse tehtavate investeeringute kaudu energiatõhususe parandamise, kasvuhoonegaaside heite vähendamise, hoonesse tarnitud energia ja hoone ülalpidamiskulude vähendamise ning taastuvenergia kasutuse edendamise. **Hanke resultaat näitas hanke eesmärgi saavutamist, hankelepingu mittemuutmist ja nõuetekohast täitmist, rahaliste vahendite ülekulu puudumist** (raha säästlik kasutus oli seega tagatud).

***Küsimus.*** Millist õigushüve kaitses üksus eelnõu tegemisega?

**9.** Eelnõust saab hankija nii aru, et rikkumise kvalifitseerimisel on appi võetud ka RHS §-d 2 ja 3. Antud juhul ei ole see põhjendatud. RHS § 2 lg 1 sätestab seaduse eesmärgi, järelduvalt on tegemist deklaratiivse sättega, mis ei oma materiaalõiguslikku ehk reguleerivat tähendust. Juba põhimõtteliselt ei saa seaduse eesmärke rikkuda, kuna näitab ainult seaduseandja tahet seaduse kehtestamisel.

Ei tule antud asjas kasutamisele RHS § 3 p-d 1-3 ja 5. Eelnõus ei ole selgesõnaliselt sätestatud, et hankija ei järginud riigihanke korraldamise põhimõtteid (RHS § 3 sissejuhatus). Eelnõu sisust järeldub etteheide hoopiski selles, et põhimõtteid hankija siiski järgis, kuid tegi seda üksusele tagantjärele tarkusena mitte meelepäraselt. Kui hetkeks ka nõustuda üksuse etteheitega, siis RHS ei näe ette mingit vastutust üldpõhimõtete puuduliku täitmise eest. Seaduse sõnastusest tulenevalt on võimalik ainult põhimõtete mittejärgimine või järgimine. Seadusest tulenevalt on rikkumiseks ainult põhimõtete otsene ja täies ulatuses mittejärgimine.

***Küsimus.*** Millist konkreetset üldpõhimõtet ei järginud hankija täies ulatuses?

RHS § 3 reguleerib üldpõhimõtteid ja asub seaduse üldsätete peatükis olles seega üldsätteks. Eesti õigusruumis koosnevad õigusaktid tavapäraselt üldsätetest, millele järgnevad erisätted. Rikkumiste koosseisulised asjaolud antakse erisätetes. Antud juhul sätestab kvalifitseerimistingimuste nõuded sõnaselgelt RHS § 98 lg 1 erisättena. Seega rikkumise kvalifitseerimisel (läbi koosseisuliste asjaolude) saab aluseks võtta ainuüksi RHS § 98 lg 1 nõuded. Üldsätetes antud põhimõtete elluviimiseks ongi seaduseandja kehtestanud erisätted. Seega ainuüksi üldsättele tuginedes pangatagatise kohta rikkumise tuvastamine ei ole võimalik. Juhul kui üksus ei nõustu hankijaga, siis palutakse otsuses kummutada hankija väited eelkõige üld- ja erisätte aspektist.

Pangatagatise kohta puuduvad nii üld- kui ka erisätted, järelduvalt ei ole üldse võimalik kvalifitseerida rikkumist seaduses koosseisuliste asjaolude puudumise tõttu. Loodetavasti üksus nõustub hankijaga, et rikkumise tuvastamiseks peab olema eiratud seaduses antud rikkumise koosseisulisi asjaolusid.

**Küsimus.** Millises RHS materiaalõiguslikus sättes antakse pangatagatisega seotud väidetava rikkumise koosseisulised asjaolud.

Tähelepanu peab pöörama eelnõu enda seisukohtadele (näiteks p 1.4.1. 2. lõige, p 1.4.2. 2. lõige), milles selgesõnaliselt sätestatakse, et hankes oli tagatud konkurents ja erinevate pakkumuste võrdlemine. Järelduvalt ei saanud olla juba põhimõtteliselt konkurentsi piiramist või isikute ebavõrdset kohtlemist.

 **1.4 Rikkumistele kohaldatav finantskorrektsioonimäär 10%**

**1.** Meetme määruse § 19 lõike 2 kohaselt nõutakse sõltuvalt rikkumise raskusest tagasi 10, 25, 50 või 100 % hankelepingule eraldatud toetusest, kui toetuse saaja on rikkunud seoses hangete läbiviimisega talle meetme määruses kehtestatud kohustusi.

**1.4.1** Otsuse punktides 1.1.1 ja 1.3.1 nimetatud rikkumisele kohaldatav finantskorrektsiooni määr 10% Kuivõrd toetuse saaja on otsuse punktis 1.1.1 nimetatud kvalifitseerimise tingimuse seadmisel rikkunud RHS § 3 punkte 1-3 ja 5 ning RHS § 98 lõiget 1, ei ole toetuse saaja projekti ellu viinud vastavalt RHS-ile ja on sellega rikkunud talle meetme määruse § 17 sissejuhatavas osas kehtestatud kohustust.

**2)** Rakendusüksuse hinnangul ei ole otsuse punktis 1.1.1 ja 1.3.1 kirjeldatud rikkumise olulisust ja raskust hinnates proportsionaalne rakendada kõige rangemaid finantskorrektsiooni määrasid, kuivõrd hankes oli tagatud konkurents ja erinevate pakkumuste võrdlemine – riigihangete registrist nähtuvalt esitati riigihankes nr 253909 neli vastavat pakkumust, sh neist üks pakkumus ühispakkujatega. Seega ei esine rakendusüksuse hinnangul raskendavaid asjaolusid, mille puhul oleks õigustatud ja põhjendatud kohaldada 100%, 50% või 25% finantskorrektsiooni määra.

**3)** Teisalt ei ole teada, milliseks oleks kujunenud hankes osalevate pakkujate ring ja hanke tulemus, kui peatöövõtja kogemust ei oleks nõutud spetsiifiliselt riigihankes (vähemalt kolmes). Rakendusüksuse hinnangul võis mõni hankest huvitatud isikjätta vaidlusaluse tingimuse tõttu oma pakkumuse esitamata. Mainimata ei saa jätta, et kaks hankest huvitatud isikut on hankemenetluse raames viidanud, et sätestatud tingimuse näol on tegemist ebaproportsionaalse kvalifitseerimistingimusega. Eelnevast lähtuvalt on rakendusüksuse hinnangul põhjendatud ja proportsionaalne kohaldada hankelepingule meetme määruse § 19 lõikes 2 nimetatud minimaalset võimalikku finantskorrektsiooni määra 10%.

***Hankija.*** Eelnõu käsitletavast punktist ja eelnõu üldisest sisust tuleneb tupikolukord, ühelt poolt väidetakse mitteteadmist, milliseks oleks kujunenud pakkujate ring ning hanke tulemus ning teisalt eeldatakse igal juhul hanke paremat tulemust.

***Küsimus.*** Millise teadmise baasil välistab üksus lisapakkujate puhul samaväärsete või kallimate pakkumuste esitamise.

Hankijale jääb eelnõust mulje, et üksus on juriidiliste argumentide ja kontrollitavate (või vähemalt tajutavate) asjaolude esitamise asemel tegelenud ennustamisega (mõni hankest huvitatud isik võis jätta pakkumuse tegemata). Hankija arvates ei ole sellisel juhul mõistlik üksusele vastata. Ainuüksi oletuste abil rikkumise tuvastamine madaldab järelevalve autoriteeti ja tõsiseltvõetavust.

Toonitada tuleb seda, et eelnõus kasutatud fraas „hankest huvitatud isik“ ei ole seaduses kirjas ja **selle isiku õigusi, kohustusi või tegutsemismotiive RHS ei reguleeri.**

**1.4.2** Otsuse punktides 1.1.2 ja 1.3.2 nimetatud rikkumisele kohaldatav finantskorrektsiooni määr 10 % Kuivõrd toetuse saaja on otsuse punktis 1.1.2 nimetatud kvalifitseerimise tingimuse seadmisel rikkunud RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid, eelkõige kohustust hanke läbiviimisel jälgida, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid hanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud ning kohustust kohelda kõiki isikuid võrdselt, ei ole toetuse saaja projekti ellu viinud vastavalt RHS-ile ja on sellega rikkunud talle meetme määruse § 17 sissejuhatavas osas kehtestatud kohustust.

**2)** Rakendusüksuse hinnangul ei ole otsuse punktis 1.1.2 ja 1.3.2 kirjeldatud rikkumiste olulisust ja raskust hinnates proportsionaalne rakendada kõige rangemaid finantskorrektsiooni määrasid, kuivõrd hankes oli tagatud konkurents ja erinevate pakkumuste võrdlemine – riigihangete registrist nähtuvalt esitati riigihankes nr 253909 neli vastavat pakkumust, sh neist üks pakkumus ühispakkujatega. Seega ei esine rakendusüksuse hinnangul raskendavaid asjaolusid, mille puhul oleks õigustatud ja põhjendatud kohaldada 100%, 50% või 25% finantskorrektsiooni määra.

**3)** Samas tuleb arvestada, et hankelepingu täitmiseks on seatud tingimused, mis kohtlesid potentsiaalseid pakkujaid ebavõrdselt**,** on ebaproportsionaalsed ja pakkujaid põhjendamatult piiravad. Seega on rikutud riigihangete seaduses sätestatud üldpõhimõtteid, eelkõige RHS § 3 punkti 2. Ei saa välistada, et riigihanke alusdokumente lugedes võisid osad hankest huvitatud isikud loobuda riigihankel osalemisest, sest neil puudus võimalus esitada nõutud tingimustega15 täitmistagatist ja garantiiaegset tagatist. Seetõttu puudub kindlustunne, et pakkujate ring ei oleks võinud olla laiem ning seega ka hankemenetluse lõpptulemus teistsugune, s.t toetuse saaja oleks võinud hankelepingu sõlmida teise pakkujaga ja teise maksumusega pakkumuse alusel. Eelnevast lähtuvalt on rakendusüksuse hinnangul põhjendatud ja proportsionaalne kohaldada hankelepingule meetme määruse § 19 lõikes 2 nimetatud minimaalset võimalikku finantskorrektsiooni määra 10%.

***Hankija.*** Hankija tähelepanekul esitati käsitletavas alapunkti rikkumist tõendatavate asjaolude ja juriidiliste väidete asemel paljasõnalisi oletusi. Arusaadavalt võetakse sellega hankijalt argumenteeritult eelnõule vastamise võimalus, mistõttu on rikutud hankija kaitseõigus.

Pangatagatise esitamise võimatuse korral on vaieldamatult tegemist saamatu või ka ebausaldusväärse isikuga, kellel ei õnnestu oma kodupangast tagatist saada. Kasutades eelnõu sõnastust märgib hankija, et **välistatud on usaldusväärse ja tagatise saamisest huvitatud isiku kodupangast tagatise mittesaamine.**

***Küsimus*.** Millise kontrollitava teadmise või asjaolu põhjal väidab üksus usaldusväärse isiku poolt pangatagatise saamise võimatust?

Hankija võib põhimõtteliselt nõustuda üksusega, et suurema hulga pakkujate korral oleks võinud tulemus olla teistsugune. Üksus ei toonita, et teistsugusus oleks ilmtingimata parema pakkumuse esitamine. Märgitud oletus ei ole kontrollitav ning ei pruugi ka põhjendatud olla. Kahjuks on määratlus „teistsugune“ samane eelnõus oleva määratlusega „rohkem“ (p 1.3.2.9.). Loodetavasti leiab üksus meelekindlust otsuses märgitud ebamäärasustest loobuda.

**4)** Rakendusüksus selgitab muuhulgas, et riigihangete rikkumiste korral ei ole üldjuhul võimalik konkreetset kahjusummat välja arvutada, kuna tegemist on potentsiaalse ja teoreetilise (kaudse) kahjuga, mis võib tekkida õigusnormi rikkumisel ja konkreetsete asjaolude põhjal loetakse rikkumine tõendatuks.

**1.5** Riigihanke nr 253909 kuludele tervikuna rakendatav finantskorrektsiooni määr ja summad, projekti eelarve vähendamine

**15** Tagatiste väljastate osas.

Meetme määruse § 15 punkti 6 kohaselt märgitakse taotluse rahuldamise otsuses mh projekti abikõlblik kulude kogumaht. Vastavalt 19.07.2021 taotluse vastavaks tunnistamise ja rahuldamise otsuse nr 11.2-8/0898 (edaspidi ka taotluse rahuldamise otsus) punktile 3 on projekti abikõlblikud kogukulud 962 000 eurot. Seega oli toetuse saajal projekti raames võimalik esitada kulusid, sh riigihanke nr 253909 alusel tekkinud kulusid, abikõlblikkus kogusummas 962 000 eurot.

**2)** Toetuse saaja on riigihanke nr 253909 hankelepingu alusel tekkinud kulusid kajastanud tegevuse nr 2 „Ehitamine (sh omanikujärelevalve)“ raames kuludokumentides tunnustega 2-9 kokku summas 1 006 994,40 eurot (sh käibemaks), millest vastavalt taotluse rahuldamise otsuse punktile 3 on abikõlblik 962 000 eurot (sh käibemaks).

**3)** Rakendusüksus on seisukohal, et kui ühes hankes tuvastatakse enam kui üks rikkumine, siis sama hanke erinevate rikkumiste korral rakendatakse suurimat finantskorrektsiooni määra16. Kuna hankes nr 253909 on tuvastatud kaks rikkumist, mille mõlema puhul peab rakendusüksus põhjendatuks kohaldada 10-protsendilist finantskorrektsiooni määra, siis rakendatakse riigihanke nr 253909 puhul tervikuna finantskorrektsiooni määra 10% ulatuses.

**4)** Lähtuvalt otsuse punktist 1 loeb rakendusüksus riigihanke nr 253909 seotud abikõlblikest kuludest mitteabikõlblikuks 96 200 eurot (962 000\*10%), millest toetus moodustab 45 000 eurot ja omafinantseering 51 200 eurot. Kas toetus koos k/maksuga oli 962 000 eurot!?

**5)** Meetme määruse § 19 lg 1 punkti 3 kohaselt muudetakse taotluse rahuldamise otsust rakendusüksuse algatusel, kui toetuse saaja ei täida taotluse rahuldamise otsuses või õigusaktides sätestatut. Tulevalt asjaolust, et rakendusüksus loeb projektiga seotud kuludest mitteabikõlblikuks kuluks 96 200 eurot ning arvestades, et taotluse rahuldamise otsuse punkti 6 kohaselt projekti abikõlblike kogukulude vähenemisel vähenevad proportsionaalselt toetuse summa ja toetuse saaja omafinantseering, siis muudab rakendusüksus projekti osas 19.07.2021 tehtud taotluse vastavaks tunnistamise ja rahuldamise otsuse nr 11.2-8/0898 punkte 3-5 vastavalt käesoleva otsuse punktile 3 ning vähendab mitteabikõlblikku summa 96 200 euro ulatuses projekti eelarvet, sh toetust 45 000 eurot ja omafinantseeringut 51 200 eurot.

***Hankija.*** Üksuse viide antud punktis meetme määruse § 19 lg 1 p-le 3 on ülimalt oluline antud asja lahendamisel. Ütleb märgitud säte ühemõtteliselt, et muudetakse toetuse määra juhul kui **ei täideta** otsuses või **õigusaktides sätestatut**. Järelduvalt ei ole võimalik ja lubatav antud asjas rikkumise kvalifitseerimisel üksusel otsida tuge RHS-välistest asjaoludest või muudest materjalidest. Juhul kui üksus ei nõustu esitatud seisukohaga, siis peab otsuses vastama alljärgnevale küsimusele.

***Küsimus.* Millisest õigussättest tuleb hankija otsene kohustus täita antud asjas mitteõigusakte.**

**2.** Toetuse saaja ärakuulamisõiguse tagamine

Haldusmenetluse seaduse (edaspidi HMS) § 40 lõikele 1 tulenevalt peab enne haldusakti andmist haldusorgan andma menetlusosalistele võimaluse esitada kirjalikus, suulises või muus sobivas vormis asja kohta oma arvamus ja vastuväited. Rakendusüksus edastas 17.01.2024 finantskorrektsiooni otsuse eelnõu toetuse saajale ja andis võimaluse esitada selle kohta oma seisukoht hiljemalt 31.01.2024.

3. Otsuse resolutsioon

16 Analoogselt Vabariigi Valitsuse 01.09.2014 määruse nr 143 „Perioodi 2014–2020 struktuuritoetusest hüvitatavate kulude abikõlblikuks lugemise, toetuse maksmise ning finantskorrektsioonide tegemise tingimused ja kord“ § 21 lõikele 3.

Võttes arvesse eelkirjeldatud asjaolud ja põhjendused ning tuginedes käesolevas otsuses väljatoodud õiguslikele alustele, rakendusüksus

otsustab:

1. lugeda projekti "Oru Põhikooli energiatõhususe suurendamine“ raames mitteabikõlblikuks kuluks 96 200 eurot, millest toetus moodustab 45 000 eurot ja omafinantseering 51 200 eurot;

2. vähendada projekti eelarvet tegevuses nr 2 „Ehitamine (sh omanikujärelevalve)“ mitteabikõlblikku kulu 96 200 euro võrra;

3. muuta 19.07.2021 taotluse vastavaks tunnistamise ja rahuldamise otsuse nr 11.2-8/0898 punkte 3, 4 ja 5 alljärgnevalt:

4.1. „3. Projekti abikõlblikud kogukulud on 865 800 eurot.“;

4.2. „4. Toetuse määr on 46,78 protsenti projekti abikõlblikest kuludest ja maksimaalne suurus 405 000 eurot.“;

4.3. „5. Omafinantseeringu minimaalne määr on 53,22 protsenti projekti abikõlblikest kuludest ja suurus vähemalt 460 800 eurot.“.

Otsuse peale on õigus esitada meetme määruse § 21 ja HMS-i kohaselt vaie Riigi Tugiteenuste Keskusele 30 päeva jooksul, arvates päevast, mil isik sai või oleks pidanud otsusest teada saama.

(allkirjastatud digitaalselt)

Tiina Sams

Toetuste rakendamise osakonna juhataja

Otsuse koostaja: Kersti Metsalo

Järelevalve ekspert

Kersti.Metsalo@rtk.ee