|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
| Tallinna Ringkonnakohus |  |  |
| [www.e-toimik.ee](mailto:tlnhktallinn.menetlus@kohus.ee) |  | 22.9.2021 nr 4-17/7413 |

Apellant (kaebaja): **Riigimetsa Majandamise Keskus**

registrikood 70004459

Mõisa, Sagadi küla

45403 Haljala vald, Lääne-Virumaa

Lepinguline esindaja: **vandeadvokaat Indrek Lillo**

Advokaadibüroo Lillo & Partnerid

Pärnu mnt 10, 10148 Tallinn

e-post: [lillo@advokaat.ee](mailto:lillo@advokaat.ee)

Vastustaja:  **Sihtasutus Keskkonnainvesteeringute Keskus**

registrikood 90005946

Narva mnt 7a, 10117 Tallinn

e-post: [info@kik.ee](mailto:info@kik.ee)

Volitatud esindaja: **Jaanika Vilde**

e-post: [jaanika.vilde@kik.ee](mailto:jaanika.vilde@kik.ee)

tel: 507 2611

Kaasatud haldusorgan: **Rahandusministeerium**

registrikood: 70000272

Suur-Ameerika 1, 10122 Tallinn

e-post: info@fin.ee

Volitatud esindaja: **Heili Jaamu**

e-post: [heili.jaamu@fin.ee](mailto:heili.jaamu@fin.ee)

Menetlustoiming: **Vastuapellatsioonkaebuse esitamine**

|  |
| --- |
|  |

Kaevatav kohtulahend: Tallinna Halduskohtu 9.8.2021 otsus

**Haldusasi nr 3-20-2402**

**VASTUAPELLATSIOONKAEBUS**

Austatud kohus,

**Sihtasutus Keskkonnainvesteeringute Keskus (*KIK*) palub Tallinna Ringkonnakohtul muuta või tühistada HKMS § 200 punkti 3 alusel Tallinna Halduskohtu 9.8.2021 otsus ja teha uus otsus asja uueks läbivaatamiseks saatmata.**

**Asja käik**

**1.** Kaebaja vaidlustas kaks vastustaja otsust, millega vähendati kaebaja (toetuse saaja) projekti läbiviimiseks toetust ja omafinantseeringut põhjusel, et kaebaja kehtestatud hanketingimused kohtlesid välispakkujaid ebavõrdselt ning olid sel põhjusel piiravad. Ehkki kohus nõustus kaebajaga, et hanketingimused olid õigusvastased ja välispakkujaid diskrimineerivad, siis leidis kohus, et toetuse tagasinõudmise protsendi määra ei ole piisavalt põhjendatud ning kaalutud madalama protsendimäära kohaldamist. Tallinna Halduskohus (edaspidi *halduskohus*) tühistas sel põhjusel vastustaja otsused.

Vastustaja otsustes tugineti rikkumise määratlemisel auditi lõpparuandele ning tagasinõude protsendi põhjenduste osas Euroopa Komisjoni **suunistele**1.

Otsustele kohaldus Vabariigi Valitsuse 1.9.2014 määruse nr 143 eelmine redaktsioon, mille kohaselt oleks asjaomasele rikkumisele saanud kohaldada ka viie protsendilist tagasinõude määra. Vastustaja lähtus auditi aruandest ja suunistest, kus sellisele rikkumisele kohaldatakse 10 protsendilist tagasinõude määra.

**Vastuapellatsioonkaebuse põhjendused**

**2.** Vastustaja vaidlustab HKMS § 184 lõike 3 ja § 180 lõike 1 alusel halduskohtu otsuse kuna halduskohus on ebaõigesti hinnanud tõendeid ja oluliselt rikkunud kohtumenetluse normi ning esitanud vastuolulisi seisukohti. Esitatud asjaolude ja tõendite kohaselt tuleks apellatsioonimenetluses halduskohtu otsuse resolutsioon tühistada ja põhjendusi muuta ning teha uus otsus. Muuta tuleks halduskohtu otsuse punktides 26-28 esitatud põhjendusi. Halduskohtu otsuse punktides 13-23 esitatud põhjendused on õiguspärased ja tuginevad kohtu poolt tuvastatud asjaoludele selles osas, milles halduskohus leidis, et kaebaja poolt hanketeadetes- ja dokumentides nimetatud pakkuja kvalifitseerimise tingimused olid vastuolus riigihangete seadusega.

**3.** Halduskohtu otsuse punktis 26 sedastab kohus: “Vaidlust ei ole, et vastustaja 5-protsendilise määra kohaldamist ei kaalunud, kuna tema ja kaasatud haldusorgani seisukoha kohaselt välistas 5%-lise finantskorrektsiooni määra rakendamise ja isegi selle kaalumise Euroopa Komisjoni 14.05.2019 otsus C(2019) 3452, millega kehtestatakse suunised kohaldatavate riigihanke-eeskirjade rikkumise korral liidu rahastatavate kulude suhtes tehtavate finantskorrektsioonide kindlaksmääramiseks[[1]](#footnote-1). … Välja maksmata jätmise või tagasinõude määra kohaldamiseks õiguslikku alust neist suunistest aga tuletada ei saa. Samuti viidati sellele, et kolleegium on oma praktikas rõhutanud, et halduse sise-eeskiri on abistava iseloomuga kaalutlusõiguse ühetaolisel kohaldamisel, kuid ei tohi takistada kaalutlusõiguse teostamisel konkreetse juhtumi asjaolusid arvesse võtmast (Riigikohtu otsus nr 3-3-1-77-14, punkt 18).“.

Vastustaja ei nõustu halduskohtu sedastusega. Halduskohus on ebaõigesti hinnanud esitatud tõendeid: haldusotsust ja vaideotsust ning ärakuulamismenetluses esitatud selgitusi. Nimelt, nagu vastustaja ka oma vaideotsuses üle kordas on kaalutlemine läbi viidud viidatud suunistes ja haldusorgan on tuginenud neile suunistele HMS § 56 lg 1 kohaselt, mis on täiesti õiguspärane ja levinud haldusorgani tegevus. Samas kaasuses on ka rikkumise tuvastamisel haldusorgan tuginenud auditi lõpparuande järeldustele neid haldusotsuses taasesitamata. Kaebajale on suunised kättesaadavaks tehtud ja suunistele on viidatud ka otsustes protsendimäära kohaldamise põhjenduspunktis koos selgitusega, et KIK loeb suunistes toodud põhjendused tagasinõude protsendi määramise kaalutluseks (p 21 ja p 28 ning eelnevad punktid, mis vastavad ärakuulamismenetluses tekkinud küsimustele protsendimäära osas). Teisele dokumendile haldusmenetluses tuginemine on õiguspärane, seda kordab ka kohus oma otsuses. Seega on ekslik kohtu järeldus, et vastustaja pole kaalunud viie protsendilise määra kohaldamist. Vastustaja ei ole seda kaalutlust kirjutanud haldusotsusesse, kuna vastustaja tugines finantskorrektsiooni määra kaalumisel auditi lõpparuandes ja suunistes toodud põhjendustele ning järelmile, milleks oli sellise rikkumise korral 10 protsendilise tagasinõude määra kohaldamine. KIKile ei olnud teada ühtegi leevendavat asjaolu, mis õigustaks sellise rikkumise korral üldreeglist (suunised) erinevalt kohaldama viie protsendilist tagasinõude määra ning ka ärakuulamismenetluses ei esitanud toetuse saaja selliseid argumente, millele oleks saanud tugineda viie protsendi kohaldamisel.

**4.** Halduskohus tsiteerib otsuse punktis 11.4 vaideotsust, kus vastustaja seletas, et tagasinõude määra leidmisel tuginetakse suunistele, kus on kaalutud erinevate protsendimäärade vahel:

**„**KIK jääb vaideotsuses toodud selgituste juurde, mis puudutavad finantskorrektsiooni määra kohaldamist. Euroopa Komisjon on teatud tüüpi rikkumiste puhul kaalutletult, proportsionaalselt ja ühtlaselt määranud kohaldatava tagasinõude protsendi. Välisriigi pakkujaid piirava tingimuse korral on lubatav minimaalne tagasinõude protsent 10. Nii auditeeriv asutus kui KIK on tuginenud tagasinõude protsendi määramisel EK hangete finantskorrektsiooni juhendis toodud protsendimäärale. See ei tähenda, et seisukoht oleks põhjendamatu või kontrollimatu HMS §-de 54 ja 56 tähenduses. **Suuniste näol on tegemist dokumenteeritud ja põhjendatud tervikliku õigusliku seisukohaga, millele kohtul on võimalik anda omapoolne õiguslik hinnang, st seda kohtulikult kontrollida**.“. Samuti on halduskohtu otsuse punktis 5 tsiteeritud KIKi seisukohta: „Ka ei ole 13.08.2020 otsuses rikutud kaalutlusõigust finantskorrektsiooni ulatuse (10%) määramisel, kuna see tugineb Euroopa Komisjoni juhendile, kus on tagasinõude määrad Euroopa Komisjoni poolt kaalutud ja ühtlaselt liikmeriikide poolt struktuurivahendite rakendamisel kasutamiseks kohustuslikud. Seetõttu puudus finantskorrektsiooni tegemisel suurem kaalutlusruum kui valik 25% või 10% vahel.“.

Seega pidi halduskohus aru saama, et vastustaja on protsendimäära kohaldamisel tuginenud kaalutlemisel ja põhjendamisel auditi lõpparuandele ja suunistele ning suunistes tehtud kaalutlustele, mitte jätnud viie protsendi kohaldamise osas kaalutluse tegemata.

**Vastustaja seisukoht oli haldusmenetluses, halduskohtumenetluses ja on jätkuvalt, et kaalutluse on teinud Euroopa Komisjon oma suunistes, sealhulgas kaalunud ka viie protsendilise tagasinõude määra kohaldamist, ning haldusorgan on korrektselt viidanud suunistele kui haldusakti põhjendusi sisaldavale dokumendile koos lingiga suunistele, et need oleksid toetuse saajale hõlpsalt kättesaadavad.**

**5.** Kui halduskohus oleks sisuliselt hinnanud suunistes esitatud põhjendusi 10 protsendilise tagasinõude määra kehtestamisele juhuks, kui on toime pandud kõnesolev riigihangete seaduse rikkumine, siis saaks kohus õiguspäraselt põhjendada otsust läbi vastuste järgmistele küsimustele:

**5.1** Kas suunised on piisavalt kaalutletud?

EK suuniste eesmärk on p 1.1 kohaselt tagada õiguskindlus ja proportsionaalsus. *Selleks on oluline, et komisjon võtaks finantskorrektsiooni üle otsustamisel arvesse õigusnormide rikkumise olemust ja raskusastet ning sellega seotud finantsmõju liidu eelarvele. Suunistes käsitletavad õigusnormide rikkumiste liigid (või neile sarnased õigusnormide rikkumised), mille puhul rakendatakse 2. jaos sätestatud kindlamääralist finantskorrektsiooni, sellised õigusnormide rikkumised, mis loetakse finantsmõju omavaks*. Punkti 1.2 kohaselt *tuleb suuniseid rakendada riigihanke-eeskirjade rikkumise korral*.  P 1.4 kohaselt *võib komisjon juhul, kui õigusnormide rikkumise olemusest tulenevalt ei ole selle täpset finantsmõju võimalik kvantifitseerida, kuid õigusnormide rikkumine võib avaldada eelarvele mõju, lähtuda rakendatava korrektsiooni summa arvutamisel kolmest kriteeriumist, nimelt õigusnormide rikkumise olemusest ja raskusastmest ning sellega fondidele põhjustatavast rahalisest kahjust.* ***See tähendab, et käesolevate suuniste 2. jaos loetletud määrade skaala (5 %, 10 %, 25 % ja 100 %) alusel tehtud finantskorrektsioonid vastavad proportsionaalsuse põhimõttele.*** *Sellele vaatamata tuleb rakendatava finantskorrektsiooni lõppsumma kindlaksmääramisel arvesse võtta kõiki asjaolusid, mis iseloomustavad tuvastatud õigusnormide rikkumist nende elementide suhtes, mida on vastava määra kehtestamisel arvesse võetud*.

Haldusohus leidis eelnevast tulenevalt kohtuotsuse punktis 27, et suunise 2. jaos toodud finantskorrektsiooni määrad on proportsionaalsed (ilmselt siis ka kaalutletud), kuid ei ole siduvad vastustaja jaoks otsuse tegemisel. Mistõttu tuleks lisaks arvesse võtta kõiki konkreetse rikkumise asjaolusid, kui neid on väljaspool suunistes arvesse võetud asjaolusid olemas. Suunistes arvesse võetud asjaolud on: i) rikkumise olemus – välispakkujate juurdepääs hankele on piiratud (halduskohus tuvastas selle rikkumise), eriti arvestades, et tegemist on hankija korraldatud rahvusvahelist piirmäära ületava hankega; ii) rikkumise raskusaste – ei ole kõige madalam, sest pakkujate ring on piiratud rahvusvahelises ehk suure maksumusega hankes; iii) rahaline kahju – kui pakkujate ring ei oleks olnud piiratud, oleks võinud tulla kuni 25 protsenti soodsam pakkumus, aga arvestades, et hankes oli teatav konkurents, siis saab vähendada korrektsiooni 10 protsendini.

Kohtu mõttekäik ei ole jälgitav: kohus leiab, et suunised on kaalutud ja põhjendatud (proportsionaalsed), kuid ei ole vastutaja jaoks siduvad, järelikult on vastustaja otsus põhjendamata kui vastustaja on otsuses tuginenud suunistes toodud põhjendustele ja järeldusele (10%).

**5.2** Kui suunised ei ole piisavalt kaalutletud, siis millised asjaolud on arvesse võtmata jäänud?

Suuniste 2. jao punkti 10 kohaselt tuleb juhul, mil ettevõtjad võisid pakkumuse esitamisest loobuda kvalifitseerimise tingimuste tõttu, mis sisaldavad põhjendamatuid siseriiklikke eelistusi, toetus tagasi nõuda 25 või 10 protsenti. Sellega on tegemist näiteks siis, kui on kehtestatud nõue, et pakkuja peab pakkumuse esitamise ajal omama riigis tegutsemise kvalifikatsiooni. Kui mitu pakkujat ikkagi vastasid tingimustele, siis on finantskorrektsiooni määr 10 protsenti. Kohaldatava õigusena on Euroopa Komisjon tõlgendanud riigihanke direktiivi.

Kaalutledes tuli/tuleb lähtuda õigusnormi rikkumise olemusest ja õigusnormi rikkumise raskusastest ning sellega seotud finantsmõjust liidu eelarvele. Õigusnormi rikkumise olemus on kirjeldatud ammendavalt, selle täiendav kaalutlemine ei ole ilmselt võimalik. Õigusnormi rikkumise raskusaste ning sellega seotud finantsmõju liidu eelarvele kaalumisel on arvesse võetud leevendava asjaoluna pakkujate paljusust – sellega on vastustaja oma otsuses arvestanud. Samuti on arvesse võetud suuniste sissejuhatavast osast nähtuvat asjaolu, et tegemist on riigihankega üle rahvusvahelise piirmäära.

Kohus ei ole selgitanud millest oleks saanud haldusorgan veel lähtuda õigusnormi rikkumise raskusastme ning sellega seotud finantsmõju liidu eelarvele kaalumisel, vaid on põhjendamata sedastanud, et kaalutlusõigus on teostamata viie protsendi osas. Kohtu järeldus ei ole jälgitav.

**5.3** Kas vastustaja on kõik teadaolevad asjaolud otsust tehes arvesse võtnud?

Lisaks on vastustaja vaideotsuses läbi kirjutanud asjaolu, kas pakkumuste esitamise pikal tähtajal võiks olla mõju rikkumise raskusastmele ja leidnud, et ajaline leevendus ei paranda välispakkujate ebavõrdset seisu, samuti mitte asjaolu, et MATERis registreerimine on väga lihtne, kuna välispakkuja seda ei teadnud, kuna seda polnud riigihanke alusdokumentides kirjas. Ehk, et õigusnormi rikkumist ei saa vähendada asjaolud, mis võivad küll objektiivselt olemas olla, kuid mida ei saanud potentsiaalsed pakkujad kasutada, kuna võib arvata, et neil puudus võimalus olla sellistest asjaoludest teadlik. Vastustaja on kõikide asjaoludega arvestanud, kaebaja ega kohus ei ole osundanud vastupidisele. Ärakuulamisel, vaidemenetluses ja kohtumenetlustes ei ole toetuse saaja välja toonud rohkem õigustusi väiksema tagasinõude määra kohaldamiseks. Kohtuotsusest ei nähtu samuti, et kohus oleks toodud argumente lugenud rikkumise äralangemise aluseks.

**Seega on halduskohus ebaõigesti või ebapiisavalt tuvastanud asjaolud, mis olid haldusakti põhjenduseks. Lisaks on haldusohus jätnud põhjendamata, miks suunistes esitatud kaalutlus on ebapiisav haldusakti täiendava põhjendusena ja seetõttu rikkunud HKMS § 165 lõike 1 punkti 4.**

**Riigihangete seaduse rikkumine**

**6.** Vastustaja on halduskohtu otsuse punktides 13-23 esitatud põhjendustega nõus ja leiab, et halduskohus ei ole kaebaja poolt riigihangete seaduse rikkumist tuvastades ebaõigesti kohaldanud materiaalõiguse norme ega rikkunud kohtumenetluse norme. Vastustajal oli kavas halduskohtu otsuse jõustumisel teha uus samasisuline otsus, kuid selle erinevusega, et tagasinõude protsendi kaalumisel mitte viidata Euroopa Komisjoni suunistele, vaid kopeerida suunistest vastavad protsendimäära põhjendused otsusesse.

**Menetlus**

**7.** Vastustaja palub asi lahendada kirjalikus menetluses, kuna tegemist on puhtalt õigusliku vaidlusega ja kõik seisukohad on võimalik esitada kirjalikult ning eriti arvestades, et vaidlevad pooled on mõlemad riigile kuuluvad asutused.

Vastustaja tasus riigilõivu 15 eurot.

Lugupidamisega

(allkirjastatud digitaalselt)

Jaanika Vilde

KIKi jurist

volituse alusel

1. Suunised: https://ec.europa.eu/regional\_policy/sources/docgener/informat/2014/GL\_corrections\_pp\_irregularities\_annex\_ET.pdf [↑](#footnote-ref-1)