**KEHTNA VALLAVALITSUS**

Riigi Tugiteenuste Keskus Teie 16.02.2024 nr 11.2-14/24/102

Lõkke 4

10122 TALLINN Meie 14.03.2024 nr 12-12/2024/398-1

Vaide esitaja: Kehtna Vallavalitsus

 registrikood 77000252

Pargi tn 2, Kehtna alevik, Kehtna vald

Rapla maakond, 79001

kehtna@kehtna.ee

Vaide esitaja esindaja: Andi Liblikman

 isikukood 37411050236

 Kehtna Vallavalitsus

Pargi tn 2, Kehtna alevik, Kehtna vald

Rapla maakond, 79001

kehtna@kehtna.ee

**Vaie**

Käesolevaga edastab Kehtna Vallavalitsus vaide Riigi Tugiteenuste Keskus (edaspidi RTK) 16.02.2024 otsuse „ finantskorrektsiooni tegemise ja toetuse taotluse rahuldamise otsuse muutmise kohta„ nr 11.2-14/24/102 (edaspidi otsus) tühisuse tuvastamise nõudes. Alternatiivnõudena, juhul kui otsuse tühisust ei tuvastata, otsuse kehtetuks tunnistamise nõudes, seda alljärgnevatel põhjustel:

Faktilised asjaolud

1. Kehtna Vallavalitsus avaldas 02.02.2022 hanketeate riigihanke nr 245812 avatud hankemenetlusena läbi viimiseks. Riigihanke nr 245812 raames esitati kaheksa pakkumust. Menetluse tulemusena sõlmis hankija edukaks tunnistatud ühispakkumuse esitanud pakkujatega Warren Teed OÜ ja Warren Asfalt OÜ (edaspidi ka töövõtja) 22.04.2022 töövõtulepingu nr 12-2/2022/22 (edaspidi hankeleping) maksumusega 482 156,18 eurot (KM-ta).
2. Riigihanke nr 245812 alusdokumentide (edaspidi ka HD) koosseisu kuuluva hankelepingu projekti (edaspidi HD Lisa II ) punkti 5.1.1 alusel kohustub töövõtja tellijale üle andma ehitusperioodi tagatisena pangagarantii, mis on Eesti Vabariigis registreeritud ja eelnevalt Tellija poolt aktsepteeritud pangalt.
3. 16.02.2024 otsuse „ finantskorrektsiooni tegemise ja toetuse taotluse rahuldamise otsuse muutmise kohta“ nr 11.2-14/24/102 resolutsiooni kohaselt RTK otsustas:
4. lugeda projekti „Järvakandi tööstuspargi arendamine“ raames mitteabikõlblikuks kuluks kokku 22 049,85 eurot, millest Euroopa regionaalarengufondi toetus kokku moodustab 18 742,37 eurot ja omafinantseering 3 307,48 eurot; 2)
5. vähendada riigihanke „Järvakandi tööstuspargi teedevõrgu ümberehitamise ja laiendamise II etapp“ viitenumbriga 245812 seotud abikõlblikke kulusid projektis 5% võrra;
6. vähendada projekti eelarvet tegevuses nr 1 „Avaliku taristu rajamine ja rekonstrueerimine\_POLE RA“ summas 22 049,85 eurot;
7. muuta 01.02.2018 taotluse rahuldamise otsuse 1.1-5.1/18/151 punkti 2 järgmiselt: 2.1 „Projekti kogumaksumus on 1 484 473,15 eurot (üks miljonit nelisada kaheksakümmend neli tuhat nelisada seitsekümmend kolm eurot, 15 senti), millest toetuse saaja omafinantseering on minimaalselt 222 670,97 eurot (kakssada kakskümmend kaks tuhat kuussada seitsekümmend eurot, 97 senti) ja toetus on maksimaalselt 1 261 802,18 eurot (üks miljonit kakssada kuuskümmend üks tuhat kaheksasada kaks eurot, 18 senti)“.

**Vaide põhjendused tühisuse tuvastamise osas:**

1 Vaide esitaja leiab, et vaidlustatud otsus ei ole allkirjastatud RTK esindusõigusliku isiku poolt. Kehtna Vallavalitsus märgib, et otsus on allkirjastatud Tiina Sams kui osakonnajuhataja poolt, kellel puudub esindusõigus RTK-st esindada.

RTK põhimääruse § 20 lg 1 p 12 kohaselt annab peadirektor õigusaktides sätestatud haldusakte või volitab haldusaktide andmise Keskuse ametnikele. Vaidlustatud otsus on oma olemuselt haldusakt, seega peab otsus olema allkirjastatud peadirektori poolt või peadirektori poolt volitatud isiku poolt. Otsus ei kajasta volitusnormi ega viidet volikirja asukohale, millest tulenevalt saab järeldada, et vastav volitus puudub.

Veelgi enam, RTK struktuuris puudub ametinimetus -osakonnajuhataja. Struktuuris esineb struktuuriüksuste ametipositsioone, näiteks toetuste rakendamise osakonna osakonnajuhataja kuid otsuse allkirjastaja ametinimetust RTK struktuuris ei leidu, millest tulenevalt on alus eeldada, et otsuse allkirjastajale kui pelgalt osakonnajuhatajale, vastav volitus on peadirektori poolt ka antud.

Tulenevalt eeltoodust ning juhiindudes haldusmenetluse seaduse (edaspidi HMS) § 63 lg 2 p-st 3 on vaide esitaja seisukohal, et otsuse kui haldusakti ei ole andnud pädev haldusorgan. Haldusakti on allkirjastanud ametnik- osakonnajuhataja- kellel puudub volitus haldusakti andmiseks.

**Vaide põhjendused otsuse kehtetuks tunnistamise osas:**

Vaide esitaja on seisukohal, et vaidlus käib selle üle kas hankelepingu projekti p-s 5.1.1 nõutud pangagarantii on oma olemuselt konkurentsi piirav tingimus ning kui jah siis kas selline konkurentsi piiramine toob kaasa varasema projekti abikõlbuliku kulu mitteabikõlbulikuks kuluks tunnistamise.

2 Vaide esitaja on seisukohal, et üksnes pangagarantii nõue ei piira konkurentsi.

2.1. Konkurentsiseaduse § 1 lg 1 alusel loetakse konkurentsi kahjustamiseks loodusvarade kaevandamisel, toodete valmistamisel ja teenuste osutamisel ning toodete ja teenuste ostmisel ja müümisel ning muus äritegevuses konkurentsi takistamist, piiramist või kahjustamist. Sama seaduse § 54 alusel teostab Konkurentsiamet riiklikku ja haldusjärelevalvet konkurentsiseaduse täitmise üle (välja arvatud konkurentsiseaduse 6. peatükis sätestatu täitmise üle).

Toimunud haldusmenetluses ei ole Konkurentsiamet tuvastanud, et vaide esitaja oleks rikkunud konkurentsiseadust, st kahjustanud konkurentsi mis muuhulgas hõlmab ka konkurentsi piiramist. Konkurentsiseaduse kohaselt puudub RTK-l seadusest tulenev volitus tuvastada ja anda hinnanguid konkurentsi kahjustamise, muuhulgas ka konkurentsi piiramise, kohta.

Seega on RTK poolt otsuses kajastatud rikkumine, vaide esitaja poolne konkurentsi piiramine, juriidiline fakt, mille tuvastamise seaduslik õigus RTK-l puudub.

2.2. Vaide esitaja juhib RTK tähelepanu asjaolule, et üksnes pangagarantii eelistamist, ei loe RTK konkurentsi piiramiseks ehitushangetes, mille läbiviijaks ta ise on.

Nii näiteks nõutakse üksnes pangagarantiid riigihankes viitenumbriga nr 252412 hankelepingu projekti punktis 3.3.1. Hanke läbiviijaks on RTK.

„……. *tagatis peab olema antud pangagarantiina ning ettemaksu tagatise peab andma Euroopa Majanduspiirkonna liikmesriigis või Šveitsis tegevusluba omav pank, mille tegevuse kohta ei ole tagatise väljastamise seisuga avaldatud Finantsinspektsiooni kodulehel hoiatusteateid.“*

Vaide esitaja on seisukohal, et RTK selline käitumine, kus vaide esitajale heidetakse ette pangagarantii eelistamist teistele garantii võimalustele, samas RTK eelistab ka ise enda läbiviidavates hangetes pangagarantiid, ei ole asjakohane ning äärmiselt pahatahtlik hankijate suhtes.

Veelgi enam, RHS § 90 lg 3 kohaselt esitab pakkuja hankija nõutud pakkumuse tagatise krediidi- või finantseerimisasutuse või kindlustusandja garantiina või rahasumma deponeerimisena hankija arvelduskontole. Otsuses ei heideta vaide esitajale ette hankija kontole rahasumma deponeerimise võimaluse kasutamata jätmine piiraks konkurentsi.

2.2. Otsuse õigusliku alusena on välja toodud muu hulgas Vabariigi Valitsuse 01.09.2014 määruse nr 143 „Perioodi 2014–2020 struktuuritoetusest hüvitatavate kulude abikõlblikuks lugemise, toetuse maksmise ning finantskorrektsioonide tegemise tingimused ja kord“ (kuni 20.09.2018 kehtinud redaktsioonis, edaspidi kord) § 21 lg 1 ja § 22 lg 14.

2.2.1. Korra § 21 lg 1 sätestab:

*Kui struktuuritoetuse seaduse § 46 lõike 1 kohaselt ilmneb, et toetuse saaja on eiranud oma kohustusi või talle kehtestatud nõudeid ja finantskorrektsiooni otsuse tegemisel ei ole võimalik kohustuse või nõude täitmata jätmise laadist tulenevalt selle rahalise mõju suurust hinnata****, kuid* esineb põhjendatud oht, et täitmata jätmine tõi kaasa rahalise mõju*, siis vähendatakse toetust sõltuvalt rikkumise raskusest 2, 5, 10 või 25 protsenti tegevustele või tegevuste kogumile eraldatud toetusest sõltuvalt asjaolude mõjust kulu abikõlblikkusele****, välja arvatud, kui käesolevas peatükis ei ole sätestatud teisiti.*

Tsiteeritud paragrahvi kohaldamiseks peab haldusorgan tuvastama reaalse põhjendatud ohu, et mingisuguse nõude täitmata jätmine tõi kaasa rahalise mõju (mille täpset suurust ei ole võimalik hinnata), mis tähendab, et hanke maksumus kujunes kõrgemaks kui see oleks olnud nõude täitmisel.

Antud juhul ei ole otsuses tuvastatud reaalset rahalist mõju hanke maksumusele. On küll märgitud, et väidetavalt piiras vaide esitaja konkurentsi kuid põhjendamata on väidetava konkurentsi piirangu rahalise mõju eksistent. St RTK ei ole vaidlustatud otsuses tuvastanud rahalist väärtust või selle olemasolu, mille võrra oleks hanke maksumus olnud väiksem kui vaide esitaja oleks aktsepteerinud ka kindlustusandja garantiid. Väide, et esines konkurentsi piiramine ei tähenda kohest rahalist mõju hanke maksumusele

Otsuses esitatud RTK seisukohad:

*„Rakendusüksus märgib veelkord, et lepingutingimuse mõju konkurentsile on nii riigihangete vaidlustuskomisjon (VAKO), aga ka Rahandusministeerium oma riigihangete teemalises korduma kippuvate küsimuste rubriigis 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. Seega 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“.*

on äärmiselt asjakohatud kuivõrd nii VAKO kui ka RM vastused korduma kippuvatele küsimustele ei oma õigust loovat mõju. Haldusakti andmisel tuleb lähtuda õigust loovatest aktidest, mitte korduma kippuvate küsimuste vastustes.

Ühendmääruse §-s 228 sätestatud rikkumise korral võib finantskorrektsiooni määr olla 2, 5, 10 või 25% ja formaalse rikkumise korral ei tuleks finantskorrektsiooni üldse kohaldada. RTK on kohaldada 5% finantskorrektsiooni määra. RTK ei ole arvestanud kaebaja rikkumise olulist ja raskust. Veelgi enam, RTK ei ole tuvastanud väidetava rikkumise reaalset rahalist mõju või selle olemasolu, millest tulenevalt saaks väidetavat rikkumist pidada äärmisel juhul formaalseks rikkumiseks, mille puhul finantskorrektsiooni ei kohaldata.

Võimalikku formaalset rikkumist kinnitab ka asjaolu, et RTK on andnud hinnangu hankelepingu projektile, mitte hankija ja pakkuja vahel sõlmitud lepingule. Kuivõrd RTK hindas hankelepingu projekti, puudub alus väita, et väidetav rikkumine tõi kaasa reaalseid tagajärgi. Samas finantskorrektsiooni määra kohaldamine eeldab eelkõige olulisuse ja raskuse arvestamist, seda just reaalselt saabunud tagajärgede pinnalt. Vaide esitaja on seisukohal, et tegemist on kaalutlusveaga. Finantskorrektsiooni määra kasutamisel ei ole hinnatud väidetava rikkumise raskust ja olulisust saabunud tagajärgede pinnalt. Kuivõrd reaalselt saabunud tagajärjed puuduvad saaks äärmisel juhul väita, et tegemist on formaalse rikkumisega mille puhul finantskorrektsiooni määra ei kasutata.

2.2.2. korra § 22 lg 14 sätestab, *et hankelepingule eraldatavat toetust vähendatakse kuni 10 protsenti, kui hankemenetluse korraldamisel ilmneb riigihangete seaduses sätestatud nõuete rikkumine, mida ei ole lõigetes 2–11 ja 13 nimetatud, või kui tegemist on riigihangete korraldamisega, kus hankelepingu maksumus jääb alla riigihangete piirmäära või kui on tegemist lihtsustatud korras teenuste tellimisega või ideekonkursi korraldamisega. Sõltuvalt rikkumise raskusest võib kohaldada 25-protsendilist finantskorrektsiooni määra.*

Tsiteeritud paragrahviga kontekstis leidis RTK, et vaide esitaja on rikkunud riigihangete seaduse § 3 p 2, mis sätestab, et  „*hankija kohtleb 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 jälgib, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud;*“

Vaide esitaja leib, et otsuse materiaalõiguslik on norm on väär ning asjakohatu. Sõnaselgelt heidetakse vaide esitajale ette konkurentsi piiramist samas RHS § 3 p 2 näol heidetakse ette isikute ebavõrdset kohtlemist. Vaide esitaja on seisukohal, et RTK põhjendus on arusaamatu, ebaloogiline ning materiaalõigusnorm asjakohatu.

2.2.3. Tagatise valikust

Kuigi hankija peab järgima riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid, sh RHS § 3 p 2, ei ole riigihanke läbiviimine eesmärk iseenesest. Oluline on, et hankija saaks riigihanke tulemusel kvaliteetse töö. Kuivõrd ehitustööde lepingute täitmisel võib tekkida paratamatult probleeme, on oluline, et hankija tööde teostamisel tekkida võivaid riske maandaks.

Sellest tulenevalt kehtestaski toetuse saaja lepingutingimuse nii, et esitada oli võimalik vaid pangagarantiid. See tagas toetuse saajale kindluse, et lepingu täitmisel võimalike riskide realiseerimise korral on toetuse saajal võimalik kiirelt ja tõhusalt garantiikirja realiseerida.

Seega, kuigi tagatis- ja garantiitehingute teenuseid pakuvad lisaks krediidiasutustele ka krediidiandjad ja kindlustusandjad, siis oli antud juhul eeltoodud kaalutlustest lähtuvalt kohane nõuda pangagarantiid, mis maandab hankelepingu täitmisel tekkida võivaid riske kiiremini ja tõhusamalt. Seetõttu on toetuse saaja poolt kehtestatud lepingutingimusel käesoleval juhul objektiivne põhjendus.

Kohtupraktikas on korduvalt leitud, et hankijal on hanketingimuste määratlemisel avar kaalutlusruum, kuivõrd vaid hankija otsustada on, kas, mida ja millistel tingimustel ta hankida soovib. Seega on hankija otsustada, millistel tingimustel ta ka hankelepingut sõlmida soovib. Õiguskirjanduses asutud ka seisukohale, et hankelepingu tingimuste kujundamine toimub hankija kaalutlusõiguse tulemusel.

Seega olukorras, kus hankijal on objektiivne põhjendus lepingutingimuse kehtestamiseks, ei ole alust pidada seda lepingutingimust õigusvastaseks. Nagu nähtub kirjeldatud finantseerimisasutuste ja kindlustusandjate suhtes kohalduvate reeglite ja järelevalve võrdlusest, oli pangagarantii esitamise nõue proportsionaalne. Seda seetõttu, et ükski muu vahend ei oleks võimaldanud toetuse saajale sellist kaitset, mida ta objektiivselt ning põhjendatult vajas.

Lepingutingimuse kehtestamise eesmärk oli tagada, et olukorras, kus töövõtja ei täida ehitusperioodi aegseid kohustusi või täidab neid mittevastavalt, on tellijal võimalik oma nõuded töövõtja vastu täita kiirelt ja tõhusalt. Seda eesmärki täidab pangagarantiid nõudev lepingutingimus. Seega oli lepingutingimus ka asjakohane.

 Seega on toetuse saaja kehtestatud lepingutingimus proportsionaalne, asjakohane ja põhjendatud. Seetõttu on vaidlustatud otsuses esitatud etteheited seoses konkurentsi piiramisega põhjendamatud.

RTK on FKO eelnõus asunud seisukohale, et antud juhul ei ole võimalik välistada, et kui tagatise tingimusi ei oleks sellisel viisil kehtestatud, siis oleks see võinud laiendada võimalike riigihankes nr 245812 osalejate hulka. Vaidlustatud otsuses esitatud järelmi pinnalt on asutud seisukohale, et mingisugune konkurentsi piirmaine toimus, st riigihankes ei saanud osaleda hüpoteetilised pakkujad. Mille tulemusena oleks võinud edukaks ja soodamaks pakkumuseks kujuneda mõne teise pakkuja pakkumus. Vaide esitaja saaja sellega ei nõustu. Riigihankele nr 245812 esitati kaheksa pakkumust. Rahandusministeeriumi koduleheküljel avaldatud statistika kohaselt esitati aastal 2022, mil riigihanke nr 245812 hanketeade avaldati, ehitustööde avatud hankemenetluses keskmiselt 4,84 pakkumust. Sealjuures alla rahvusvahelise piirmäära jäävates ehitustööde avatud hankemenetluses oli keskmine pakkujate arv 4,80. Seega oli riigihankes nr 245812 pakkumuste arv peaaegu kaks korda suurem kui sarnastes riigihangetes keskmiselt. Sellest tulenevalt oli konkurents riigihankes nr 245812 tunduvalt suurem kui keskmises sarnases riigihankes. Seega puudub igasugune põhjus eeldada, et pakkujate arv oleks olnud teistsuguse lepingutingimuse puhul veelgi suurem. Siinkohal tuleb arvestada ka riigihanke nr 245812 mahtu, mida kirjeldab selle maksumus. Tegemist oli alla rahvusvahelise piirmäära jääva ehitustööde riigihankega, mille eeldatav maksumus oli 355 100 eurot käibemaksuta5 ja sõlmitud töövõtulepingu maksumus oli 482 156,18 eurot käibemaksuta. Aastal 2022 oli alla rahvusvahelise piirmäära jääva ehitustööde avatud hankemenetluse keskmine maksumus 757 136,43 eurot. Seega oliriigihanke nr 245812 maht kaks korda väiksem kui keskmine samalaadne riigihange samal perioodil. Kuivõrd riigihanke nr 245812 maht oli kaks korda väiksem kui keskmine sama perioodi riigihange, siis oli ka selle atraktiivsus pakkujate jaoks oma mahu tõttu madalam. Põhjendamatu on eeldada, et sellisele väikesemahulisele riigihankele, mille täitmiskoht on väljaspool suuri tõmbekeskusi, oleks esitatud veel rohkem pakkumusi.

Eeltoodust tulenevalt oli riigihankes nr 245812 konkurents tagatud ja puudub igasugune põhjendatud alus järeldada, et teistsuguse lepingutingimuse puhul oleks konkurents olnud suurem või pakkumuse maksumus madalam. Lisaks sellele, et lepingutingimus konkurentsi ei mõjutanud, ei ole rakendusüksus ka võimalikku mõju konkurentsile tõendanud. Nii on värskemas kohtupraktikas leitud, et see on rakendusüksuse ülesanne oma uurimispõhimõtet rakendades tõendada, et konkurents võinuks olla teistsuguse tingimuse korral laialdasem.

Siinkohal, RTK tugineb vaidlustatud otsuses hüpoteetilistele järelmitele, mida kontrollida või jälgida ei ole võimalik. Samas vaide esitaja tugineb reaalsetele faktilistele asjaoludele.

3. Materiaalõiguslik alus

Ühendmääruse § 22 lg 14 kohaselt vähendatakse hankelepingule eraldatavat toetust kuni 10 protsenti, kui hankemenetluse korraldamisel ilmneb riigihangete seaduses sätestatud nõuete rikkumine, mida ei ole lõigetes 2–11 ja 13 nimetatud, või kui tegemist on riigihangete korraldamisega, kus hankelepingu maksumus jääb alla riigihangete piirmäära või kui on tegemist lihtsustatud korras teenuste tellimisega või ideekonkursi korraldamisega. Sõltuvalt rikkumise raskusest võib kohaldada 25-protsendilist finantskorrektsiooni määra. Praeguses asjas kohaldas RTK 5% finantskorrektsiooni määra, seda kaalumata. RTK jättis kaalumata teised alternatiivid, so 2% või jätta finantskorrektsiooni määr kohaldamata. Järelikult on vaidlustatud otsus õigusvastane ja tuleb tühistada. Samuti tuleb arvestada, et tegemist ei ole raske ja tahtliku rikkumisega ja mõju oht on väike (Euroopa Kohtu kohtujurist E. Sharpstoni ettepanek asjas C-743/18, p 89 jj). Riigikohtu selgituste järgi tuleb finantskorrektsiooni määra üle otsustamisel kaalutlusõigust sisustada kooskõlas määruse (EL) nr 1303/2013 art 143 lg-ga 2, sh tuleb kaalumisel arvestada konkreetse vaidluse asjaolusid.

**Kokkuvõtvalt**

Lähtudes p 1 esitatud seisukohtadest tunnistada vaidlustatud otsus tühiseks, seda HMS § 63 lg 2 p 3 alusel

Tühisuse mittetuvastamisel rahuldada vaide esitaja alternatiivnõue ning tunnistada vaidlustatud otsus kehtetuks, seda HMS § 72 lg 1 p 1 alusel.

Vaide esitaja kinnitab, et asjas puudub jõustunud kohtuotsus ega toimu kohtumenetlust

Lugupidamisega

(allkirjastatud digitaalselt)

Andi Liblikman
jurist

Lisa: Volikiri

Andi Liblikman andi.liblikman@kehtna.ee 5303 6380