



RIIGI TUGITEENUSTE
KESKUS

Pärnu Linnavalitsus

Suur-Sepa tn 16
80098, Pärnu maakond, Pärnu linn
Registrikood: 75000064

17.01.2024 nr 11.2-15/24/42

OTSUS

finantskorrektsiooni tegemise ja taotluse rahuldamise otsuse muutmise kohta

Riigi Tugiteenuste Keskus (registrikood: 70007340; edaspidi *rakendusüksus*) teeb meetme „Linnapiirkondade jätkusuutlik areng“ raames otsuse **Pärnu Linnavalitsuse** (edaspidi *toetuse saaja* või *hankija*) projekti „Raja tänava lasteaia rajamine“ (projekti nr 2014-2020.9.01.18-0096; edaspidi *projekt*) osas.

Rahandusministeerium viis läbi auditi nr JKS-49/2022, mille raames tuvastati, et toetuse saaja ei ole riigihanke nr **198237** läbiviimisel järginud riigihangete seaduses¹ (edaspidi ka *RHS*) sätestatud nõudeid, mistõttu kohaldab rakendusüksus antud rikkumisega seotud kuludele finantskorrektsiooni ning **loeb mitteabikõlblikuks kuluks 603 074,19 eurot, sh toetus 403 920 eurot.**

Otsuse tegemise aluseks on perioodi 2014-2020 struktuuritoetuse seaduse (edaspidi *STS*) § 8 lg 2 p 6, § 45 lg 1 p 3, § 46, § 48, § 49, Vabariigi Valitsuse 01.09.2014 määruse nr 143 „Perioodi 2014–2020 struktuuritoetusest hüvitatavate kulude abikõlblikuks lugemise, toetuse maksmise ning finantskorrektsioonide tegemise tingimused ja kord“² (edaspidi *ühendmäärus*) § 21 lg-d 1 ja 3, § 22 lg 1, lg 11 p 5 ja 7, lg 12 ja 14, siseministri 03.03.2015 määruse nr 9 „Toetuse andmise tingimused meetmes „Linnapiirkondade jätkusuutlik areng““ (edaspidi *meetme määrus*) § 28, samuti 29.03.2019 taotluse rahuldamise otsus nr 11.6-15/0105 (edaspidi *taotluse rahuldamise otsus*), auditi nr JKS-49/2022 lõpparuanne, projekti raames esitatud kuludokumendid (edaspidi *KD*) ning toetuse saajaga peetud kirjavahetus.

1. Hankes nr 198237 tuvastatud rikkumised

Toetuse saaja viis 26.10.2018 avatud hankemenetlusena läbi rahvusvahelise riigihanke nr 198237 „Pärnu Raja tn 7 lasteaia ja ujula ehitamine“ (edaspidi *hange nr 198237*), mille tulemusel sõlmiti edukaks tunnistatud pakkujaga OÜ Nordlin Ehitus 14.01.2019 töövõtuleping nr 3-13.1/37 maksumusega 8 851 325,82 eurot (KM-ta).

¹ Kuni 14.03.2019 kehtinud redaktsioon

² Lähtuvalt Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi 28.06.2023 otsusest nr 5-23-2 kohaldab rakendusüksus vaidlusalusele rikkumisele projekti toetuse rahuldamise otsuse andmise ajal kehtinud ühendmääruse regulatsiooni, s.o kuni 08.10.2020 kehtinud redaktsiooni

STS § 26 kohaselt on toetuse saaja kohustatud järgima riigihangete seadust, kui ta on hankija RHS-i tähenduses. Käesoleval juhul on toetuse saajaks Pärnu Linnavalitsus, kes on hankija RHS § 5 lg 2 punkti 2 mõistes, ning sellest tulenevalt peab toetuse saaja järgima RHS-is sätestatud korda.

Auditi nr JKS-49/2022 lõpparuandes on hanke nr 198237 osas välja toodud järgmised RHS-i rikkumised:

- 1) hanke tehnilises kirjelduses on nimetatud erinevaid standardeid ilma märketa „või sellega samaväärne“;
- 2) hankes on kehtestatud konkurentsi piirav kvalifitseerimistingimus;
- 3) hankes on kehtestatud konkurentsi piiravad hankelepingu täitmise tingimused.

Rakendusüksus käsitleb loetletud rikkumisi ühes finantskorrektsiooni kohaldamisega alapunktides 1.1-1.3.

1.1. Hanke tehnilises kirjelduses on nimetatud erinevaid standardeid ilma märketa „või sellega samaväärne“

1.1.1. Rikkumise asjaolud

Hanke nr 198237 riigihanke alusdokumentides (edaspidi ka *RHAD*), sh lisas 1 „Tehniline kirjeldus“, on nimetatud järgmisi standardeid ilma märketa „või sellega samaväärne“ (antud loetelu pole lõplik):

- 1) 4.4. Päikesepaneelide projektis töö nr PV181405 toodud päikesepaneelide paigutus katusel vajab tööprojekti käigus kohandamist vastavalt standardile EVS 812-7:2018;
- 2) 4.5. Suitsueemalduse elektri varutoite puhul arvestada lahendusega kahest liitumispunktist vastavalt standardile EVS 919:2013+A1:2014;
- 3) 5.12.1. Materjalid ja seadmed peavad olema tolmukaitsega juba tarnimisel ja ladustamisel töömaale. Tolmuvabaks loetakse objekti, kus on täielikult lõpetatud kõik ehituslikud-, puurimis-, koristus- ja viimistlustööd ning on tehtud objekti koristus vastavalt EVS 807:2010;
- 4) 6.6. Pakkuja peab esitama ajagraafiku 21 (kahekümne ühe) päeva jooksul lepingu sõlmimisest. Ajagraafikus näidata tööprojektide koostamise aeg, arvestades Hankija tööprojektide kooskõlastamise ajaga maksimaalselt 10 (kümme) tööpäeva ja siduda tööprojektide tegemine vastavaliigiliste ehitustööde algusega. Ajagraafik peab sisaldama tööde jaotust põhirühmade (EVS 885:2005 "Ehituskulude liigitamine") kaupa nädalase täpsusega, et Hankijal on võimalik välja lugeda igal ajahetkel tööde valmiduse protsent ja hinnata projekti ajalist seisu.

RHAD-is ei ole viidatud standardite osas toodud välja samaväärsete kasutamise lubatavust. Eelnevast tulenevalt on rakendusüksus seisukohal, et kuna hanke nr 198237 RHAD-is pole nimetatud standardite puhul lisatud märget „või sellega samaväärne“, on toetuse saaja rikkunud RHS § 88 lg-t 3 ja 7.

1.1.2. Toetuse saaja seisukoht

Toetuse saaja esitas 12.09.2023 järgmise seisukoha:

„Viidatud standardid nähtuvad hankedokumentide tehnilises kirjelduses mainitud ehitusprojektist ning seda eelkõige selgitusega, et standardeid on kasutatud projektdokumentatsiooni koostamisel. See tähendab, et näidatud standardid olid aluseks enne kõnealuse riigihanke menetlust koostatud projektdokumentidele ning nende kajastamine ehitusprojektis oli seaduse alusel antud õigusaktidest lähtuvalt kohustuslik (majandus- ja taristuministri 17. juuli 2015 määrus nr 97 "Nõuded ehitusprojektile"). Kuna kõnealuse hankemenetluse käigus ei hangitud eraldiseisvalt projekteerimistöid, vaid töövõtjal tuli ehitada hankedokumentides kirjeldatud ehitis(ed), siis ei

saanud ehitusprojekti koostamise aluseks olnud soovituslikud protsessikirjeldused ehk standardid olla ka pakkujatele järgimiseks kohustuslikud.

Samaväärsele järeltulele tuleb jõuda ka seetõttu, et kõik auditis viidatud standardid käsitlevad projekteerimistööde teostamist, mis omakorda tähendab, et neid standardeid kasutati enne hankemenetlust koostatud projektdokumentatsiooni koostamisel, mitte aga ei olnud need lisatud hankedokumentide tehnilisse kirjeldusse eesmärgiga seada tingimusi ehitustööde teostamisel või pakkumuse esitamisel. Seega ei saanud viited standarditele tähendada, et neid tuleks pakkujal ja ehitustööde töövõtjal igal juhul järgida, sh et neid oleks olnud võimalik seeläbi üldse asendada.

Sõltumata eelnevast soovib hankija ka selgitada, et auditis on jäänud kajastamata ja tähelepanuta hankedokumentide RHS § 88 lg 3 ja 7 kohane standardite samaväärsusele viitamine. Hankedokumentide tehnilise kirjelduse punktis 3.3.8 on märkinud, et "Iga viidet, kus hankija on viidanud käesolevas dokumendis või tehnilises kirjelduses (k.a lisades) kindlale kutsekvalifikatsioonile, ostuallikale, protsessile, kaubamärgile, patendile, tüübile, päritolule ja tootmisviisile, palume lugeda täiendatuks märkega "või sellega samaväärne"". Ka standard on soovituslik protsessikirjeldus ja seega kohaldub auditis viidatud standarditele hankedokumendi tehnilise kirjelduse punkt 3.3.8. Hankedokumentides on seega järgitud ka RHS § 88 lg 3 ja 7 kohaselt "või sellega samaväärne" nõuet ning seetõttu ei ole võimalik järeldada kirjeldatud RHS sätete rikkumist."

1.1.3. Rakendusüksuse seisukoht ja õiguslik põhjendus

Rakendusüksuse hinnangul ei muuda toetuse saaja selgitused käesoleva rikkumise asjaolusid ega järeldusi ning ei anna alust finantskorrektsioonist loobumiseks.

RHS § 3 kohaselt kohustub hankija järgima riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid, sh punkti 2 kohaselt tuleb kohelda kõiki isikuid, kelle elu- või asukoht on Eestis, mõnes muus Euroopa Liidu liikmesriigis, muus Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigis või Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga ühinenud riigis, võrdselt ning punkti 3 kohaselt tuleb tagada konkurentsi efektiivne ärakasutamise riigihankel.

RHS § 88 lg 1 kohaselt, kui vastavas valdkonnas puudub tehniline norm, koostab hankija tehnilise kirjelduse kas hankelepingu eseme kasutusomaduste või funktsionaalsete nõuete kirjeldusena või sama paragrahvi lõikes 2 nimetatud viisil või neid kahte omavahel kombineerides. RHS § 88 lg 2 punktides 1-7 on toodud välja alused, millest võib hankija tehnilise kirjelduse koostamisel lähtuda.

RHS § 88 lg 3 sätestab, et iga viidet, mille hankija teeb tehnilises kirjelduses mõnele sama paragrahvi lõikes 2 nimetatud alusele kui pakkumuse tehnilisele kirjeldusele vastavuse kriteeriumile, täiendatakse märkega „või sellega samaväärne”. RHS § 88 lg 7 sätestab, et tehniline kirjeldus peab tagama kõigile ettevõtjatele võrdsed tingimused pakkumuse esitamiseks ega tohi tekitada objektiivselt põhjendamatuid takistusi riigihangete avamisel konkurentidele.

RHS § 88 lg 3 puhul on tegemist selgesõnalise kohustusega, mille puhul pole seadusandja näinud ette erandeid sellest kõrvale kaldumiseks või kohustuse sisu laiendavalt tõlgendamiseks. Seda isegi juhul, kui standardi järgimine on konkreetse asja, teenuse või ehitustööde teostamise puhul kohustuslikuna ette nähtud mõnes teises, vastavat valdkonda reguleerivas õigusaktis.

Tehnilise kirjelduse koostamisel on hankijal küll lai kaalutusõigus, aga samas on hankija kaalutusõigus piiritletud ning oma otsuste tegemisel tuleb lähtuda lisaks eriregulatsioonile ka RHS §-s 3 toodud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest ja muudest asjakohastest RHS sätetest.

Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivis 2014/24/EL (põhjendus 74) on välja toodud, et avaliku sektori hankijate koostatud tehnilised kirjeldused peavad võimaldama riigihangete avatust

konkurentsile ning seepärast peaks olema võimalik esitada pakkumusi, mis põhinevad mitmesugustel tehnilistel lahendustel, standarditel ja turul kasutuses olevatel tehnilistel kirjeldustel. Samas on veel välja toodud, et tehnilised kirjeldused tuleks koostada nii, et need ei vähendaks kunstlikult konkurentsi teatavat ettevõtjat soovivate nõuetega, kirjeldades vastava ettevõtja poolt tavapäraselt pakutavate asjade, teenuste või ehitustööde põhiomadusi ning kui viidatakse Euroopa standardile või selle puudumisel oma riigi standardile, peaksid avaliku sektori hankijad kaaluma ka teistel samaväärsetel süsteemidel põhinevaid pakkumusi.

Direktiivi 2014/24/EL artikli 42 lg 3 punktis b sätestatakse, et ilma et see piiraks kohustuslike siseriiklike tehniliste eeskirjade kohaldamist, kuivõrd need on liidu õigusega kooskõlas, sõnastatakse tehniline kirjeldus ühel järgmisel viisil: viidates tehnilisele kirjeldusele ja tähtsuse järjekorras Euroopa standardeid ülevõtvatele riiklikele standarditele, Euroopa tehnilisele hinnangule, ühistele tehnilistele kirjeldustele, rahvusvahelistele standarditele, muudele Euroopa standardimisorganite kehtestatud tehnilistele etalonsüsteemidele või nendest mõne puudumisel riiklikele standarditele, riiklikele tehnilistele tunnustustele või riiklikele tehnilistele kirjeldustele ehitustööde projekteerimise, arvutuste ja tööde teostamise ning asjade kasutamise kohta; sellisele viitele lisatakse märged „või samaväärne“.⁴

Hanke nr 198237 üheks vastavustingimuseks on, et pakkuja kinnitab pakkumuses kõigi riigihanke alusdokumentides esitatud tingimuste ülevõtmist. Kuna antud rahvusvahelises hankes, mille puhul tuleb eeldada ka välismaiste pakkujate huvi, on RHAD-is nõutud osade teostavate tööde vastavust Eesti standarditele ilma samaväärsete lubamiseta, on koheldud ettevõtjaid ebavõrdselt ning takistatud põhjendamatult konkurentsi.

Toetuse saaja kirjutas 12.09.2023 esitatud seisukohas, et ehitusprojekti koostamise aluseks olnud soovituslikud protsessikirjeldused ehk standardid ei olnud pakkujatele järgimiseks kohustuslikud. Rakendusüksus ei nõustu antud väitega, kuna hanke tehnilise kirjelduse sõnastuse kohaselt seati nimetatud standarditega vastavatele teostatavatele töödele konkreetsete standarditest tulenevad nõuded ning RHAD-ist ei tule välja, et tehnilises kirjelduses nimetatud standardite kasutamine on vaid soovituslik või et nende asendamine samaväärsetega oleks lubatud. Seega oli nendest lähtumine lepingu täitmisel nõutav, mis võis olla teistest riikidest pärit pakkujatele piirav ja seega ka konkurentsi takistav.

Rakendusüksus ei nõustu toetuse saaja väitega, et RHAD-i punkt 3.3.8 hõlmab ka RHS § 88 lg 3 nõude täitmist, kuna punktis 3.3.8 pole otseselt standardite osas samaväärsete lubatavust välja toodud. RHS eristab standardeid väga selgelt muudest alustest, mistõttu on RHS § 88 lõikes 2 nimetatud aluste osas kehtestatud erinorm (RHS § 88 lg 3), mille kohaselt tuleb lisada igale konkreetset viidatud standardile otsene viide „või sellega samaväärne“.

Rakendusüksus nõustub, et standardid hõlmavad ka protsessikirjeldusi, kuid mitte ainult, seega ei saa asuda seisukohale, et punkt 3.3.8 hõlmab täielikult ka standardeid ning et sellest punktist lähtudes oleksid pidanud pakkujad ja hankest huvitatud isikud aru saama, et nimetatud standardeid saab samaväärsetega asendada. Rakendusüksuse hinnangul on RHAD-i punktiga 3.3.8 täidetud vaid RHS § 88 lg 6³ nõue.

Eelnevast tulenevalt on rakendusüksus seisukohal, et nimetades hanke nr 198237 RHAD-is kindlaid standardeid ilma märketa „või sellega samaväärne“, on toetuse saaja rikkunud RHS § 88 lõiget 3 ja 7 ning ka RHS § 3 punktis 2 ja 3 toodud üldpõhimõtteid.

³ RHS § 88 lg 6 - *Tehnilistes kirjeldustes ei nimetata kindlat ostuallikat, protsessi, kaubamärki, patenti, tüüpi, päritolu ega tootmisviisi, mis võiks anda mõnele ettevõtjale või tootele eeliseid teiste ees või nende osaluse välistada. See keeld ei kehti juhul, kui see on hankelepingu esemest tulenevalt vältimatult vajalik põhjusel, et tehnilise kirjelduse koostamine käesoleva paragrahvi lõigetes 1 ja 2 sätestatud alustel ei võimalda hankelepingu eset piisavalt täpselt ja mõistetavalt kirjeldada. Sellisele viitele lisatakse märged „või sellega samaväärne“.*

1.1.4. Rikkumisele kohaldatav finantskorrektsiooni määr 5%

STS § 45 lg 1 punkti 3 kohaselt teeb rakendusüksus finantskorrektsiooni otsuse, kui toetuse saaja on jätnud osaliselt või täielikult täitmata kohustuse või nõude ja see on mõjutanud kulu abikõlblikkust. Sama seaduse § 46 lõike 1 kohaselt, kui finantskorrektsiooni otsuse tegemisel ei ole kohustuse või nõude täitmata jätmise laadist tulenevalt võimalik selle rahalise mõju suurust hinnata, kuid esineb põhjendatud oht, et kohustuse või nõude täitmata jätmine tõi kaasa rahalise mõju, siis vähendatakse toetust ühendmääruses sätestatu alusel.

Rakendusüksus on seisukohal, et toetuse saaja poolt talle pandud kohustuse eiramise tulemusena on tekkinud kahju, kuid selle suurust ei ole võimalik hinnata, sest ei ole teada, milliseks oleks kujunenud pakkujate ring, esitatud pakkumused ning edukas pakkuja, kui hankija oleks hanke nr 198237 RHAD-is nimetatud standardite osas lisanud viite „või sellega samaväärne“. Ei ole välistatud, et hankes osalevate isikute ring võinuks olla laiem ja sellest tulenevalt oleks osutunud edukaks soodsam pakkumus, kui hankija oleks võimaldanud hanke tehnilises kirjelduses nimetatud standardite osas pakkuda samaväärseid lahendusi.

Antud rikkumise osas esinevad ühendmääruse § 22 lg 11 punktis 7 toodud asjaolud, mille kohaselt vähendatakse hankelepingule eraldatavat toetust 25 protsenti, kui hankemenetluse korraldamiseks koostatud tehniline kirjeldus välistab või piirab põhjendamatult konkurentsi või tekitab ebavõrdset kohtlemist. Kui rikkumise ulatus on rahaliselt hinnatav, rakendatakse käesolevas sättes nimetatud finantskorrektsiooni määra rahaliselt hinnatava osa kohta hankelepingust. Ühendmääruse § 22 lg 12 kohaselt võib sama paragrahvi lg 11 punktis 7 nimetatud juhul sõltuvalt rikkumise raskusest kohaldada 5- või 10-protsendilist finantskorrektsiooni määra.

Kuna antud juhul ei ole rikkumise ulatus rahaliselt hinnatav, sest rikkumine pole seotud ainult konkreetsete pakutud toodetega ning nimetatud standarditele viitamine, ilma samaväärse lubamiseta, võis mõjutada pakkujate ringi, pakkumuste sisu ja maksumust ning eduka pakkuja valikut, tuleb teha finantskorrektsioon kogu hankelepingu osas.

Rakendusüksus võttis rikkumise raskuse hindamisel arvesse asjaolu, et hankes nr 198237 oli tagatud teatav konkurents ja hindade võrdlemine, kuna esitati 6 pakkumust, mis kõik ka vastavaks tunnistati. Lisaks ei saa väita, et ilma antud rikkumiseta oleks hanke tulemus olnud kindlalt teistsugune. Rakendusüksus arvestas ka seda, et antud rikkumise puhul on tegemist hanke tehnilisest kirjeldusest tulenevate nõuetega, mis ei takistanud pakkujatel otseselt pakkumuse esitamist, kuigi võisid mõjutada pakkujate hankes osalemise otsust ja pakkumuse sisu, sh maksumust, arvestades seda, et nimetatud tingimused võisid muuta hankelepingu täitmise keerulisemaks ja kulukamaks. Eelnevalt tulenevalt on antud juhul tegemist kergema rikkumisega, mille puhul ei ole proportsionaalne rakendada kõige suuremaid (10% ja 25%) finantskorrektsiooni määrasid. Seega on rakendusüksuse hinnangul antud rikkumise puhul põhjendatud **5%-lise finantskorrektsiooni määra** kohaldamine.

Rakendusüksus selgitab, et ühendmääruse seletuskirja kohaselt on ühendmääruses sätestatud finantskorrektsiooni määradega juba kohustuse eiramise võimalikku mõju kaalutud. Lisaks täiendab seletuskiri, 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. Eeltoodud põhimõtteid toetab ka Euroopa Kohus, selgitades kohtasjades nr C743/18 ja C-406/14, et hanketingimuste rikkumise korral ei ole konkreetse finantsmõju tõendamine nõutav ja see ei pea olema nähtav. Piisab sellest, kui asjasse puutuva fondi eelarve mõjutamise võimalus ei ole välistatud.

1.2. Hankes on kehtestatud konkurentsi piirav kvalifitseerimistingimus

1.2.1. Rikkumise asjaolud

Hankes nr 198237 on seatud mh järgmine tehnilise ja kutsealase pädevuse kvalifitseerimise tingimus: „Pakkuja peab riigihanke algamisele eelneva 60 kuu jooksul olema korrektselt lepingu ja hea ehitustava kohaselt peatöövõtjana teostanud vähemalt 3 (kolm) hoone ehitustööd, igatüüpi suletud netopinnaga vähemalt 5000 m², kusjuures vähemalt üks (üks) neist majandus- ja taristuministri 2. juuni 2015 määruse nr 51 „Ehitise kasutamise otstarvete loetelu“ lisas koodiga 12100 (majutus- ja toitlustushooned), 12200 (büroohooned) või 12600 (meelelahutus-, haridus, tervishoiu- ja muud avalikud hooned), ning vähemalt ühe 100m² netopinnaga ujumisbasseini ehitustööd. Arvesse lähevad ehitustööd, mis on eelnimetatud perioodi jooksul tellija poolt vastu võetud. Garantiiperiood võib kesta. Pakkuja kinnitab tingimusele vastavust hankepassis, kus esitab ka olulisemate lepingute loetelu koos lepinguperioodi, maksumuse ja infoga teiste lepingupoolte kohta.“

Majandus- ja taristuministri 02.06.2015 määruse nr 51 „Ehitise kasutamise otstarvete loetelu“ § 1 lg 1 kohaselt tähistatakse ehitise kasutamise otstarve vastavalt sama määruse lisas esitatud loetelule kasutamise otstarbe nimetusega ja viiekohalise koodiga. Antud määrus on kehtestatud ehitusseadustiku (edaspidi *EhS*) alusel, mille § 50 lõike 3 kohaselt määratakse ehitise kasutamise otstarve kasutusloaga ning §-le 51 annab kasutusloa üldjuhul kohaliku omavalitsuse üksus ning teatud juhtudel Tarbijakaitse ja Tehnilise Järelevalve Amet, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti. Seega on kasutamise otstarbe nimetuse ja koodi määramise eelduseks kasutusloa, mis väljastatakse Eesti riigiasutuse või kohaliku omavalitsuse üksuse poolt Eesti siseriikliku õiguskorra alusel.

Eelnevast tulenevalt on hankija seadnud hankes nr 198237 kvalifitseerimise tingimuse, et vähemalt üks teostatud ehitustöö peab olema Eesti siseriikliku õiguskorra alusel saadud kasutusotstarbe koodiga, mis on potentsiaalseid välisriikidest pärit pakkujaid piirav ning sellega on toetuse saaja rikkunud RHS § 3 punktides 2 ja 3 sätestatud üldpõhimõtteid.

1.2.2. Toetuse saaja seisukoht

Toetuse saaja esitas 12.09.2023 järgmise seisukoha: „Hankija ei ole seadnud piiravaid kvalifitseerimistingimusi. Hanke hankepassis kehtestatud pakkuja kogemusega seotud kvalifitseerimistingimuse seadmisel on koheldud kõiki Euroopa Liidu liikmesriigi, Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi või Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga ühinenud riigi isikuid võrdselt.

Auditis on esmalt eksitud järeldusega, et hankija on sidunud kogemuse kui kvalifitseerimistingimuse vahetult ehitusseadustiku § 50 lg 3 alusel hoonetele antava kasutusloaga ja seega justkui üksnes Eestis rajatud ehitistega. Vajab selgitamist, et hankija ei ole ehitise kasutamise otstarvete loetelule viidates nõudnud, et niisugune tunnus peab ehitisel olema määratud kasutusloaga - niisugune järeldus tehakse auditis üksnes kaudselt ehitusseadustiku sätete tõlgendamisel ja kasutamisel.

Hankija ei ole kvalifitseerimisnõude täitmiseks nõudnud, et määruks nimetatud kasutusloa esitamist, vaid viidanud üksnes, et ehitustööd peavad olema tehtud korrektselt ja hea ehitustava kohaselt nimetatud määruks (majandus- ja taristuministri 2. juuni 2015 määrus nr 51) näidatud liigituses näidatud hoonete osas. Vastupidisel juhul ja auditi järeldusi jaatades tekiks paratamatult arusaamatu olukord, kus hankijal tuleks hankedokumentidesse kõikvõimalikud õigusaktid ja viited kopeerida, et vältida võimalike kaudsete ja arusaamatute järelduste tegemist - selline seaduste ja muude õigusaktide kopeerimine ei ole otstarbekas.

Kui hankija oleks soovinud, et viidatud hoonete osas peab olema antud ehitusseadustiku kohane kasutusluba, siis oleks hankija nii ka hankedokumentides sätestanud. Hankija seda ei teinud ja ei ole hankemenetluses ka üheltki pakkujalt nõudnud, et pakkuja kvalifitseeritakse üksnes juhul, kui tema ehitatud hoonetele on antud kasutusluba ja sellisele kasutusloale on märgitud hoone kasutusmääruses näidatud liigitust arvestades.

Majandus- ja taristuministri 2. juuni 2015 määruses nr 51 on ehitiste kasutamise otstarvete määramisel lähtutud Eurostati harmoniseeritud standardist „Classification of Types of Constructions“. Seega on viited ehitiste kasutamise otstarvetele laialdaselt kasutusel Euroopa Liidu liikmesriikides, Majanduspiirkonna lepinguriikides kui ka Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga ühinenud riikides, millest tulenevalt on ebaõige järeldada, et määruses näidatud liigitusskeemi kasutamisel on piiratud kvalifitseerimistingimus Eestis püstitatud hoonetega.“

1.2.3. Rakendusüksuse seisukoht ja õiguslik põhjendus

Rakendusüksuse hinnangul ei muuda toetuse saaja selgitused käesoleva rikkumise asjaolusid ega järeldusi ning ei anna alust finantskorrektsioonist loobumiseks.

RHS § 3 punkti 2 kohaselt peab hankija kohtlema võrdselt kõiki isikuid, kelle elu- või asukoht on Eestis, mõnes muus EL liikmesriigis, muus Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigis või Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga ühinenud riigis, ning jälgima, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud. Proportsionaalseks ja põhjendatuks saab piirangut pidada siis, kui see on hankelepingu täitmiseks vältimatult vajalik. Sama paragrahvi punkti 3 alusel peab hankija tagama konkurentsi efektiivse ärakasutamise riigihankel. Kui kõik seatud piirangud on proportsionaalsed ja põhjendatud, siis on toetuse saaja loonud võimaluse, et hankes osaleb võimalikult palju sobivaid pakkujaid, mille tulemusel saadakse parima hinna ja kvaliteedi suhtega hankeleping.

Olukorras, kus tegemist on rahvusvahelist piirmäära ületava hankega, tuleb hankijal eeldada välismaiste pakkujate huvi hankes osalemiseks ning kehtestada hankes osalemise tingimused sellest lähtuvalt. Kõik hankija poolt seatavad piirangud peavad tagama võrdse kohtlemise ning mujalt pärit isikuid tuleb kohelda samal moel kui oma piirkonna ettevõtjaid. Seega ei tohi kehtestada tingimusi, mis takistaksid RHS § 3 punktis 2 nimetatud riikidest pärinevatel pakkujatel nende päritolu tõttu hankes osaleda.

Rakendusüksus on seisukohal, et hankija kehtestatud kvalifitseerimistingimus on põhjendamatult piirav potentsiaalsete välismaiste pakkujate suhtes, kelle referentsobjektidel puuduvad Eesti õiguskorra alusel väljastatud kasutusload ja seega ka määratud kasutusotstarbed, kuid kelle teostatud tööd on sisuliselt võrreldavad, samaväärsed ning piisavad hankelepingu nõuetekohaseks täitmiseks. Kuna hankija ei ole võimaldanud sellistel pakkujatel pakkuda samaväärsed referentsobjekte ega sätestanud RHAD-is, kuidas saab antud referentsobjekti esitada välisriigist pärit pakkuja, siis ei ole tagatud isikute võrdne kohtlemine ja konkurentsi efektiivne ärakasutamine riigihankel. Rakendusüksuse hinnangul on toetuse saaja ilma objektiivsete põhjendusteta piiranud pakkujate ringi ja kohelnud potentsiaalseid pakkujaid ebavõrdselt.

Antud piirava kvalifitseerimistingimuse puhul on tegemist asutamislepingus sätestatud mittediskrimineerimise ja võrdse kohtlemise põhimõtete rikkumisega. Euroopa Kohus on oma otsustes C-31/87 ja C-243/89 tõlgendanud võrdse kohtlemise põhimõtet selliselt, et hankele esitatavad nõuded ei tohi olla nn kohalikud (lokaalsed), teatud piirkonda soosivad ega diskrimineerivad.

Toetuse saaja kirjutas 12.09.2023 esitatud selgitustes, et nad ei ole nõudnud ehitise kasutamise otstarvete loetelule viidates, et niisugune tunnus peab ehitisel olema määratud kasutusloaga. Rakendusüksus on seisukohal, et kuna hankes oli tingimus, et vähemalt ühel referentsobjektil pidi olema ehitise kasutamise otstarve vastavalt viidatud määruse lisas toodud koodile ja kuivõrd muudmoodi nimetatud koodi ei ole võimalik saada kui kasutusloaga, siis on antud tingimus piirav välismaiste pakkujate jaoks.

Toetuse saaja tõi selgitustes veel välja, et majandus- ja taristuministri 2. juuni 2015 määruses nr 51 on ehitiste kasutamise otstarvete määramisel lähtutud Eurostati harmoniseeritud standardist „*Classification of Types of Constructions*“, mis on laialdaselt kasutusel ka teistes riikides. Rakendusüksuse hinnangul ei tulene kvalifitseerimise tingimuse sõnastusest välja, et lähtuda võib ka Eurostati harmoniseeritud standardist, kuna viidatud on ainult Eesti õigusaktile. Seetõttu ei saanud hankest huvitatud ettevõtjad teada, et referentsobjektiks sobib ka muu kui kvalifitseerimise tingimuses nimetatud tunnusega ehitis. Lisaks võib nimetatud harmoniseeritud standard olla küll laialdaselt kasutusel, kuid see ei taga kõikide võrdset kohtlemist.

Eelnevast tulenevalt on rakendusüksus seisukohal, et hanke nr 198237 kvalifitseerimistingimus, mille kohaselt peab pakkuja vähemalt üks teostatud töö olema Eesti siseriikliku õiguskorra alusel antud kasutamise otstarbe koodiga, on vastuolus RHS § 3 punktidega 2 ja 3.

1.2.4. Rikkumisele kohaldatav finantskorrektsiooni määr 10%

STS § 45 lg 1 punkti 3 kohaselt teeb rakendusüksus finantskorrektsiooni otsuse, kui toetuse saaja on jätnud osaliselt või täielikult täitmata kohustuse või nõude ja see on mõjutanud kulu abikõlblikkust. Sama seaduse § 46 lõike 1 kohaselt, kui finantskorrektsiooni otsuse tegemisel ei ole kohustuse või nõude täitmata jätmise laadist tulenevalt võimalik selle rahalise mõju suurust hinnata, kuid esineb põhjendatud oht, et kohustuse või nõude täitmata jätmine tõi kaasa rahalise mõju, siis vähendatakse toetust ühendmääruses sätestatu alusel.

Rakendusüksus on seisukohal, et toetuse saaja poolt talle pandud kohustuse eiramise tulemusena on tekkinud kahju, kuid selle suurust ei ole võimalik hinnata, sest ei ole teada, milliseks oleks kujunenud pakkujate ring, esitatud pakkumused ning edukas pakkuja, kui hankija ei oleks hankes nr 198237 kehtestanud nimetatud piiravat kvalifitseerimistingimust. Hankes osalevate isikute ring võinuks olla laiem, kui hankija oleks võimaldanud esitada samaväärseid referentstõid.

Antud rikkumise osas esinevad ühendmääruse § 22 lg 11 punktis 5 toodud asjaolud, mille kohaselt vähendatakse hankelepingule eraldatavat toetust 25 protsenti, kui hankemenetluse korraldamisel on pakkuja kvalifitseerimiseks, pakkumuse vastavaks tunnistamiseks või pakkumuse hindamiseks riigihanke alusdokumentides nimetatud kriteerium, mis on vastuolus riigihangete seadusega. Ühendmääruse § 22 lg 12 kohaselt võib sama paragrahvi lg 11 punktis 5 nimetatud juhul sõltuvalt rikkumise raskusest kohaldada 5- või 10-protsendilist finantskorrektsiooni määra.

Rakendusüksus võttis rikkumise raskuse hindamisel arvesse asjaolu, et hankes nr 198237 oli tagatud teatav konkurents ja hindade võrdlemine, kuna esitati 6 pakkumust, mis kõik ka vastavaks tunnistati. Lisaks ei saa väita, et ilma antud rikkumiseta oleks hanke tulemus olnud kindlalt teistsugune. Seetõttu ei ole proportsionaalne rakendada antud rikkumise puhul kõige suuremat (25%) finantskorrektsiooni määra.

Samas olid kõik hanke juurde registreerunud ja pakkumuse teinud isikud Eesti ettevõtted. Kuna teistest riikidest pärit ettevõtjatel üldjuhul ei ole nimetatud kvalifitseerimise tingimusele vastavaid referentsobjekte, siis takistas antud tingimus eelduslikult neil hankes osalemast. Arvestades eelnevat ja seda, et rikkumine seisnes õigusvastase kvalifitseerimistingimuse kehtestamises, st võis mõjutada otseselt pakkumuse esitamist, võib eeldada, et antud rikkumine võis mõjutada hankes osalenud ettevõtjate arvu, hanke tulemust ja sõlmitud lepingu maksumust. Seda on

möönnud ka Riigikohus asjas nr 5-23-2 tehtud otsuse punktis 87. Seetõttu ei saa antud rikkumist ka kergeks lugeda ning pole põhjendatud rakendada kõige väiksemat finantskorrektsiooni määra (5%).

Eelnevast lähtuvalt on rakendusüksuse hinnangul tegemist keskmise raskusega rikkumisega, mille puhul on põhjendatud ja proportsionaalne kohaldada **10%-list finantskorrektsiooni määra**.

Ühendmääruse seletuskirjas on väljendatud seisukohta, et RHS §-s 3 nimetatud üldpõhimõtete olulise riive korral tuleb eelduslikult rakendada 25% finantskorrektsiooni määra. Järelikult peab seadusandja RHS § 3 üldpõhimõtete rikkumist piisavalt oluliseks puuduseks, mistõttu ei saa toetuse saajal tekkida eelkirjeldatu valguses õigustatud ootust, et piirava tingimuse kehtestamise ja sellest tingitud RHS § 3 üldpõhimõtete mittejärgimise korral peaks rakendatav finantskorrektsiooni määr 10 protsendist veelgi madalam olema. Ka ei esine rakendusüksuse hinnangul sedavõrd erandlikke ja kaalukaid asjaolusid, et rakendada 10-st protsendist madalamat finantskorrektsiooni määra. Kuivõrd hanketingimused on kõikidele huvilistele avatud ilma hanke juurde registreerumata, siis ei ole välistatud, et mõni huvitatud isik jättis vaidlusaluse tingimuse tõttu hankes osalemata ja ennast hanke juurde registreerimata.

Finantskorrektsiooni määradega kaasnevat kohustuse eiramise võimalikku mõju ja kahju tekkimist ühes viidetega ühendmääruse seletuskirjale ja Euroopa Kohtu praktikale on rakendusüksus täiendavalt käsitlenud otsuse p-s 1.1.4.

1.3. Hankes on kehtestatud konkurentsi piiravad hankepingu täitmise tingimused

1.3.1. Rikkumise asjaolud

Hanke nr 198237 RHAD-i lisas 2 „Hankepingu projekt“ ning sõlmitud lepingus on välja toodud mh järgmised hankepingu täitmise tingimused:

- a) 11.4. Töövõtja annab Tellijale hiljemalt 7 (seitsme) päeva jooksul pärast Lepingu sõlmimist ehitusaegse tagatisena garantiikirja (Eesti Vabariigis registreeritud krediidasutuselt) vähemalt 10 (kümne) protsendi ulatuses Lepingus fikseeritud Tööde üldmaksumusest (sh käibemaks), millest täidetakse Tellija nõuded Töövõtjapoolsete, Lepingust tulenevate kohustuste mittetäitmise või mittevastava täitmise korral.
- b) 11.5. Garantii kohustuse täitmise tagatisena esitab Töövõtja hiljemalt Ehitusobjekti Töövõtjale üleandmise päevaks Tellijale garantiiaegse garantiikirja (Eesti Vabariigis registreeritud krediidi-, finantseerimisasutuse või kindlustusandja) 2 (kahe) protsendi ulatuses Lepingu Hinnast, millest täidetakse Tellija nõuded Töövõtjapoolsete, Lepingust tulenevate kohustuste mittetäitmise või mittevastava täitmise korral.

Seega on toetuse saaja kehtestanud hanke nr 198237 RHAD-is lepingu täitmise nõude, et nimetatud garantiikirjade väljastaja peab olema registreeritud Eesti Vabariigis. Kuna tegemist on rahvusvahelise hankega, siis on antud nõue piirav potentsiaalsete välisriigist pärit pakkujate jaoks ning sellega on rikutud RHS § 3 punktides 2 ja 3 sätestatud üldpõhimõtteid.

1.3.2. Toetuse saaja seisukoht

Toetuse saaja esitas 12.09.2023 järgmised seisukohad:

„Hankija hinnangul eksitakse auditis etteheidete tegemisel või on need ennatlikud - mitte igasugune tingimus, millest ei nähtu vahetult rahvusvahelisi tunnuseid, ei ole vaikumisi välismaistele pakkujatele piirav. Hankedokumendis sätestatud tingimusi tuleb siiski hinnata sisuliselt. Hankija on seadnud tingimuseks lähtuda just kohalikest krediidi-, finantseerimisasutustest ja kindlustusandjatest põhjusel, et niisuguste tagatiste realiseerimine on kohalduva õiguse tõttu kiirem ja efektiivsem. Garantii on majandus- või kutsetegevuses tegutseva isiku (garantii andja) lepinguga võlausaldaja suhtes võetud kohustus (garantii), et garantii andja

täidab võlausaldaja nõudel garantiist tuleneva kohustuse. Niisugune maksegarantii põhineb esmajärjekorras usaldusel, et garantii andja tulevikus ja kui see vajalik osutub, garantiikirjas kirjeldatud kohustuse ka täidab. Hankija ehitab hankelepinguga lasteaia-ujula, mille rajamine ja kasutusse saamine oli ajakriitiline. Sellest tulenevalt ongi soovinud hankija maandada garantiikirjaga kaasneda võivaid riske siseriiklikele krediidi-, finantseerimisasutustele ja kindlustusandjatele - just nende garantiid andjate puhul on siseriiklikult usaldusväärsus kaalul määral, et garantii täitmata jätmine võib tähendada siseriiklikult kogu äritegevuse sisuliselt lõpetamist.

Lisaks jääb arusaamatuks, et kui garantiikirja hankimine teisest liikmeriigist (välismaise pakkuja jaoks Eestist) on niivõrd koormav, et see takistab välismaisel pakkujal hankes osalemist, siis on selge, et samaväärselt on takistatud ka teises välisriigis antud garantiikirja hankijal realiseerimine. Ei ole mõistlikult järeldatav ja ka eluliselt usutav, et usaldusväärne välismaine pakkuja ei suudaks siseriiklikult hankida garantiikirja või anda muid lepingus sätestatud tagatise – Euroopa Liidu ühise majandus- ja rahaliidu eesmärk ongi tagada, et liidus tegutsevatel äriühingutel on samaväärsed võimalused kogu majanduspiirkonnas. See aga ei tähenda, et nende osalemise võimalused mõne liikmesriigi hankemenetluse peaks olema viidud määrani, et neil ei tuleks teha välisriigis ühtegi tehingut või sõlmida kokkuleppeid. Hankija ei saa valida hankeobjekti asukohta lähtuvalt pakkujatest, sh võimalikest välismaistest pakkujatest, vaid ta teeb seda siiski hankija soovidest lähtuvalt – hankija teab ise, mida ta hankida soovib. Seega on paratamatu, et hangitavad ehitised asuvad Eestis ja seega on sellise hankelepingu täitmine ka Eestiga olulisel määral seotud.

Hankija ei ole piiranud välismaiste pakkujate ringi ka seetõttu, et siseriiklik garantiikiri on kohaliku garantiid andja jaoks oluliselt madalamate riskidega ja seega ka odavam, kui seda on mõnes välisriigis antud garantiikiri, millega tagatakse Ida-Euroopa liikmesriigis sõlmitud töövõtulepingut. Seega on välismaiste pakkujate osalemise võimalusi parandatud ja tinglikult on hankija vähendanud seeläbi kohalike pakkujate konkurentsieelse võimalusi.“

1.3.3. Rakendusüksuse seisukoht ja õiguslik põhjendus

Rakendusüksuse hinnangul ei muuda toetuse saaja selgitused käesoleva rikkumise asjaolusid ega järeldusi ning ei anna alust finantskorrektsioonist loobumiseks.

RHS § 3 p 2 kohaselt peab hankija kohtlema võrdselt kõiki isikuid, kelle elu- või asukoht on Eestis, mõnes muus EL liikmesriigis, muus Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigis või Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga ühinenud riigis, ning jälgima, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud. Sama paragrahvi p 3 alusel peab hankija tagama konkurentsi efektiivse ärakasutamise riigihankel.

Olukorras, kus tegemist on rahvusvahelist piirmäära ületava hankega, tuleb hankijal eeldada välismaiste pakkujate huvi hankes osalemiseks ning kehtestada hankes osalemise tingimused sellest eeldusest lähtuvalt. Kõik hankija poolt seatavad tingimused peavad tagama võrdse kohtlemise ning mujalt pärit isikuid tuleb kohelda samal moel kui oma piirkonna ettevõtjaid. Seega ei tohi kehtestada tingimusi, mis takistaksid RHS § 3 punktis 2 nimetatud riikidest pärinevatel pakkujatel nende päritolu tõttu hankes osaleda.

Hankija kehtestatud tingimus, et kõik pakkujad peavad esitama nõutud garantiikirjad Eesti Vabariigis registreeritud krediidasutustelt, finantseerimisasutuselt või kindlustusandjalt, piirab põhjendamatult konkurentsi ega taga võrdset kohtlemist, sest sellise tingimusega kohtleb hankija võimalikke pakkujaid nende asukohariigist tingituna ebavõrdselt. Sarnasele seisukohale jõudis Tallinna Halduskohus ka asjas nr 3-22-479 kohtuotsuse punktis 35.2. Proportsionaalseks ja põhjendatuks saab piirangut pidada siis, kui see on hankelepingu täitmiseks vältimatult vajalik,

kuid tagatise väljastajate piiramine üksnes Eestis registreeritud krediidi,- finantseerimisasutuste või kindlustusandjatega, ei ole põhjendatud.

Rakendusüksuse hinnangul on antud tingimuse tõttu eelisseisundis hankija asukohariigist pärit pakkujad, kes olid Eesti Vabariigis registreeritud krediidiasutuse, finantseerimisasutuse või kindlustusandja kliendid juba enne hanke nr 198237 menetluse algust. Eelduslikult on sellistel pakkujatel nõutava tagatise saamine hankelepingus nõutud ajaks nii ajaliselt kui menetluslikult lihtsam kui välisriigist pärit pakkujatel. Hankija ei ole andnud potentsiaalsetele välispakkujatele võimalust esitada oma asukohariigi krediidiasutuse, finantseerimisasutuse või kindlustusandja garantiikirja. Eestis registreeritud asutuse vastava garantiikirja saamise protsess võib välisriigist pärit pakkujalt eeldada ebaproportsionaalselt suurt pingutust ning see võib mõjutada hankes osalemise otsust.

Eelnevast tulenevalt piiravad antud tingimused välispakkujate arvu, sest välistavad hankest need pakkujad, kellel mingil põhjusel ei ole võimalik või otstarbekas Eesti Vabariigis registreeritud krediidiasutustelt, finantseerimisasutustelt või kindlustusandjalt nimetatud tagatise saada, kuid saaksid hankes osaleda asukohariigi vastavatelt asutustelt saadud samaväärsete tagatistega.

Antud piirava iseloomuga tingimuse puhul on tegemist asutamislepingus sätestatud mittediskrimineerimise ja võrdse kohtlemise põhimõtete rikkumisega. Euroopa Kohus on oma otsustes C-31/87 ja C-243/89 tõlgendanud võrdse kohtlemise põhimõtet selliselt, et hankele esitatavad nõuded ei tohi olla nn kohalikud (lokaalsed), teatud piirkonda soosivad ega diskrimineerivad.

Vastuseks toetuse saaja 12.09.2023 toodud seisukohtadele, et hangitav ehitus oli ajakriitiline ning kohalike tagatiste realiseerimine on kiirem ja efektiivsem, toob rakendusüksus välja, et sellest hoolimata tuleb RHS üldpõhimõtetest lähtuda. Rakendusüksus ei saa nõustuda ka toetuse saaja oletusliku väitega, et siseriiklik garantii on kohaliku garantii andja jaoks madalamate riskidega ja odavam ning seega on välismaiste pakkujate osalemise võimalusi selle tingimuse seadmisega parandatud. Lähtudes RHS § 3 punktis 2 toodud üldpõhimõttest tuleb tagada kõikide antud punktis nimetatud isikute võrdne kohtlemine ning anda pakkujatele võimalus ise hinnata, millise riigi garantiikirja on neil kõige otstarbekam esitada.

Eelnevast tulenevalt on rakendusüksus seisukohal, et hankes nr 198237 on kehtestatud piiravad hankelepingu täitmise tingimused, mis on vastuolus RHS § 3 p-dega 2 ja 3.

1.3.4. Rikkumisele kohaldatav finantskorrektsiooni määr 5%

STS § 45 lg 1 punkti 3 kohaselt teeb rakendusüksus finantskorrektsiooni otsuse toetuse vähendamiseks, kui toetuse saaja on jätnud osaliselt või täielikult täitmata kohustuse või nõude ja see on mõjutanud kulu abikõlblikkust. STS § 46 lg 1 kohaselt, kui finantskorrektsiooni otsuse tegemisel ei ole kohustuse või nõude täitmata jätmise laadist tulenevalt võimalik selle rahalise mõju suurust hinnata, kuid esineb põhjendatud oht, et kohustuse või nõude täitmata jätmine tõi kaasa rahalise mõju, siis vähendatakse toetust ühendmääruses sätestatud ulatuses.

Rakendusüksus on seisukohal, et toetuse saaja poolt talle pandud kohustuse eiramise tulemusena on tekkinud kahju, kuid selle suurust ei ole võimalik hinnata, sest ei ole teada, milliseks oleks kujunenud pakkujate ring, esitatud pakkumused ning edukas pakkuja, kui hankija oleks ei oleks hankes seadnud piiravaid lepingu täitmise tingimusi. Ei ole välistatud, et hankes osalevate isikute ring võinuks olla laiem, kui hankija poleks seadnud piiravaid lepingu täitmise tingimusi.

Antud rikkumise osas esinevad ühendmääruse § 22 lg 14 toodud asjaolud, mille kohaselt vähendatakse hankelepingule eraldatavat toetust kuni 10 protsenti, kui hankemenetluse korraldamisel ilmneb riigihangete seaduses sätestatud nõuete rikkumine, mida ei ole sama

paragrahvi lõigetes 2–11 ja 13 nimetatud. Sõltuvalt rikkumise raskusest võib kohaldada 25-protsendilist finantskorrektsiooni määra.

Rakendusüksus võttis rikkumise raskuse hindamisel arvesse asjaolu, et hankes nr 198237 oli tagatud teatav konkurents ja hindade võrdlemine, kuna esitati 6 pakkumust, mis kõik ka vastavaks tunnistati. Lisaks ei saa väita, et ilma antud rikkumiseta oleks hanke tulemus olnud kindlalt teistsugune. Eelnevast lähtuvalt ei ole proportsionaalne rakendada antud rikkumise puhul kõige suuremat (25%) finantskorrektsiooni määra.

Rakendusüksus võttis arvesse ka seda, et tegemist on lepingu täitmise tingimustega, mis võisid muuta teiste riikide ettevõtjatel hankelepingu täitmise keerulisemaks ja/või kulukamaks, kuid kuna antud nõuded pidid olema täidetud alles lepingu täitmise ajaks, siis saab hinnata seda väiksema raskusega rikkumiseks. Seega pole proportsionaalne ka 10%-se korrektsoonimäära rakendamine.

Samas olid kõik hanke juurde registreerunud ja pakkumuse teinud isikud Eesti ettevõtted ning ei saa välistada, et antud piiravad hankelepingu täitmise tingimused mõjutasid hankes osalenud ettevõtjate arvu, hanke tulemust ja sõlmitud lepingu maksumust. Seetõttu ei ole rakendusüksuse hinnangul põhjendatud rakendada ka 5-st protsendist väiksemat korrektsoonimäära.

Eelnevast lähtuvalt on rakendusüksus seisukohal, et antud rikkumise puhul on proportsionaalne rakendada **5%-list finantskorrektsioonimäära**.

Finantskorrektsiooni määradega kaasnevat kohustuse eiramise võimalikku mõju ja kahju tekkimist ühes viidetega ühendmääruse seletuskirjale ja Euroopa Kohtu praktikale on rakendusüksus täiendavalt käsitlenud otsuse p-s 1.1.4.

1.4. Hanke nr 198237 kuludele tervikuna rakendatav finantskorrektsiooni määr 10%

Ühendmääruse § 21 lõike 3 kohaselt, kui ühes hankes tuvastatakse enam kui üks rikkumine, mille mõju ei ole võimalik hinnata või selle hindamine on ebamõistlikult aja- või ressursimahukas, siis sama hanke erinevate rikkumiste korral rakendatakse suurimat finantskorrektsiooni määra.

Kuna hankes nr 198237 on tuvastatud kolm rikkumist, millest otsuse punktides 1.1 ja 1.3 käsitletud rikkumiste osas peab rakendusüksus põhjendatuks kohaldada 5-protsendilist korrektsoonimäära ja otsuse punktis 1.2 käsitletud rikkumise osas 10-protsendilist korrektsoonimäära, siis rakendatakse hanke nr 198237 puhul tervikuna **10-protsendilist** finantskorrektsiooni määra.

2. Finantskorrektsiooni summa ja projekti eelarve vähendamine

Toetuse saajale on hankega nr 198237 seotud kulusid hüvitatud projekti tegevuse nr 6 „Lasteaia hoone ehitamine“ raames (KD-d nr 1-17) kokku abikõlblikus summas 6 030 741,91 eurot.

Lähtuvalt otsuse punktist 1.4 loeb rakendusüksus hankega nr 198237 seotud abikõlblikest kuludest **mitteabikõlblikuks 10%** ehk kokku **603 074,19 eurot** ($6030741,91 \cdot 10\%$), millest Euroopa Regionaalarengu Fondi toetus moodustab 403 920 eurot ja omafinantseering 199 154,19 eurot.

STS § 46 lõike 3 kohaselt vähendatakse toetust ja omafinantseeringut vastavalt finantskorrektsiooni otsuse tegemise ajal taotluse rahuldamise otsuses kehtivale proportsioonile. Sellest tulenevalt muudab rakendusüksus projekti taotluse rahuldamise otsuse resolutsiooni ning vähendab mitteabikõlbliku summa võrra projekti eelarvet.

3. Toetuse saaja ärakuulamisõiguse tagamine

Vastavalt haldusmenetluse seaduse (edaspidi HMS) § 40 lõikele 1 saatis rakendusüksus 17.11.2023 käesoleva otsuse eelnõu toetuse saajale kommenteerimiseks. Toetuse saaja esitas 18.12.2023 oma seisukoha, mille kohaselt nad ei nõustu otsuse eelnõus tooduga, vaid jäävad oma 12.09.2023 esitatud seisukohtade juurde ning esitasid veel allolevad täiendused.

Käeoleva otsuse punktis 1.1 kirjeldatud rikkumise osas tõi toetuse saaja veel välja järgmist:

„2.1.1. Riigihanke alusdokumendi (edaspidi ka HD) tehnilises kirjelduses, punktis 3.3.8. on sätestatud: „Iga viidet, kus hankija on viidanud käesolevas dokumendis või tehnilises kirjelduses (k.a lisades) kindlale kutsevalifikatsioonile, ostuallikale, protsessile, kaubamärgile, patendile, tüübile, päritolule ja tootmisviisile, palume lugeda täiendatuks märkega „või sellega samaväärne“. Seega on üheselt mõistetav, et toetuse saaja ei ole rikkunud talle etteheidetavat tingimust. Tuleb pidada ebamõistlikuks RTK siinkohal tehnikult ja otsitult ajendatud tingimust, justkui tuleks tingimus „või sellega samaväärne“ eraldi juurde kirjutada absoluutselt igale eraldiseisvale standardile. Seesugune RTK tõlgendus seaduses etteantust on meelevaldne ning hankija õigusi ahendav. HD dokumendid moodustavad ühtse terviku. Kui tehnilises kirjelduses on sätestatud nõnda, nagu antud HD puhul on, siis ei ole võimalik lugeda antud sätet, HD punkti 3.3.8. kuidagi teisiti, kui see kirja pandud on. Eeltoodust tulenenuna kandub sõnaselgelt üle kohustus lugeda „või sellega samaväärseks“ kõik, mida p-s 3.3.8. nimetatud on ehk k.a erinevaid standardeid.

2.1.2. Eeltoodut kinnitab ka tehnilises kirjelduses toodud p 3, mis sätestab „tööde teostamise alusdokumendid ja juhendid“ p 3., milles on toodud, et lähtuda tuleb kõikidest tehnilistest dokumentidest kui tervikust.

2.1.3. Rahandusministeerium on selgitanud oma dokumendis „Korduma kippuvad küsimused (täiendatud 27.07.2017)“ p-s 2.2. „või sellega samaväärne“ klausli lisamise kohustuse kohta järgmist (lk 53–54): „/.../oleme seisukohal, et eelnimetatud märke peab sisalduma hankedokumendi tehnilises kirjelduses.“ Vaidlusaluse hanke puhul on nimetatud klausel märgitud tehnilises kirjelduses.

2.1.4. Et etteheidetavat punkti on hankija igas nõutavas HD osas, k.a tehnilises kirjelduses eraldi märkinud, ei ole võimalik nõustuda RTK nimetatud etteheitega.“

Vastuseks toetuse saaja seisukohale selgitab rakendusüksus täiendavalt, et RHS eristab standardeid väga selgelt muudest alustest ning standardeid ei võrdsustata ostuallikate, protsesside, kaubamärkide, patentide, tüüpide, päritolude ega tootmisviisiga. Standardid võivad eelnimetatud aspekte küll hõlmata, kuid on oma mõjuulatuses laiem hõlmates erinevaid kokkulepituid reegleid, norme ja omadusi tegevustele ja nende tulemustele. Standardi näol on tegemist normdokumendiga, mitte kindla protsessiga vms-ga. RHS § 88 lõikes 2 nimetatud aluste osas on kehtestatud erinorm (RHS § 88 lg 3), mille kohaselt tuleb lisada igale konkreetset viidatud standardile ja juhisele otsene viide „või sellega samaväärne“.

Kuna RHAD-i punktis 3.3.8 pole otsesõnu välja toodud, et samaväärsete lubatavus hõlmab ka standardeid, siis ei saa antud sõnastusest seda välja lugeda ning seetõttu ei ole nimetatud punktiga täidetud RHS § 88 lg 3 nõue, vaid ainult RHS § 88 lg 6 nõuded. Sealjuures ei pea sõna „samaväärne“ olema lisatud iga standardi juurde, vaid RHAD-is peaks olema selgelt välja toodud üldine põhimõte, et ka standardite osas on samaväärsetega asendamine lubatud. Antud hanke RHAD-i sõnastusest see välja ei tule ning seetõttu on rakendusüksus seisukohal, et RHS § 88 lg 3 nõue pole täidetud.

Käesoleva otsuse punktis 1.2 kirjeldatud rikkumise osas tõi toetuse saaja mh välja järgmist:

„2.2.2. Toetuse saaja peab eeltoodud kriteeriume riigihanke korraldamisel mõistlikuks, kuivõrd hoolas hankija peab tegema kõik endast oleneva, et hankelepingu ese saaks täidetud nõuetekohaselt, kvaliteetselt ja optimaalsete kuludega. Hankija õiguspäraseks diskretsiooniõiguse kasutamiseks tuleb lugeda mõnetist tingimuste seadmist pakkujatele, kuivõrd on oluline lõppeks

saavutatav lepingu eseme kvaliteet. Ettevõtja kogemus majandusturul seesuguse objekti, nagu vaidlusaluse hanke puhul tegemist on, ehitamisel, on erilist tähelepanelikkust ja oskuslikkust nõudev, arvestades, et tegemist on ühiskondlikku hoone, täpsemalt kooli ja ujulaga.

2.2.3. Riigihangete seaduse üldpõhimõtete hulka kuulub mh põhimõte, et hankija sõlmib hankelepingu parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhte alusel ning viib hanke läbi mõistliku aja jooksul. Et leida eelnimetatud tingimusi täita suutev osaleja, tuleb hankijal teatud kriteeriumid eelnevalt seada. Kui hankija ei või seada mingeidki mõistlikke tingimusi, milleks hankeesemeks olevale sarnastele kriteeriumidele vastavate objektide edukas ehitamine on, ei saa hankijat pidada hoolsaks. Hanke väljakuulutamise eesmärk ei ole massiliselt pakkumuste kogumine, vaid teatud kvaliteetse töö saavutamine töövõtulepingu täitmise läbi. Et leida kvaliteetne pakkuja, tuleb seada teatud tingimused, mis potentsiaalselt tagavad lepingueseme kvaliteedi ning siinkohal ka toetusmeetme otstarbeka kasutamise. Seetõttu ei saa pidada nimetatud tingimus liigselt konkurentsi piiravaks, arvestades, et mõistlikkuse põhimõttest lähtuvalt mingisugune konkurents tuleb seada. Kui viimast mitte teha, on tõenäoline tohutu halduskoormuse kasv, mis ei ole eesmärki arvestades otstarbekas ning on haldusorganile ülemääraselt kulukas. Kaalutusõigust tuleb kasutada arvestades eesmärki, arvestades olulisi asjaolusid ning kaaludes põhjendatud huve.

2.2.4. Hankemenetluse puhul ei tule arvestada vaid pakkujate, vaid ka hankija õigusi ning neid liigselt piirata pole õiguspärane. Siinkohal leiab toetuse saaja, et RTK piirab liialt hankija õigusi läbi oma tegevuse hankijale ette heites hankes osalemise tingimuste üle otsustamisel. Ka piiravad tingimused võivad olla õiguspärased, kui need on seatud selliselt, et on arvestatud oluliste asjaoludega arvestades hankelepingu objekti. Riigihangete eesmärk on omandada asi, teenus või ehitustöö õiglase ja avatud menetluse teel, kusjuures menetluses olevaid isikuid tuleb kohelda võrdselt ning vältida konkurentsi kahjustavat huvide konflikti. Selleks on hankijal kohustus fikseerida pakkujatele nõuded, kusjuures sellised nõuded (piirangud ja kriteeriumid) peavad olema riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud. Kõnealuses hankes tegi pakkumuse 6 ettevõtet, mida saab pidada heaks tulemuseks tagamaks konkurents.

2.2.5. RHS-i kohaselt on hankijal võimalik seada kvalifitseerimistingimusi tehnilise ja kutsealase pädevuse järgi (RHS § 101). Ettevõtja tehnilise suutlikkuse eelkontroll, seades teatud tingimused HD-sse, ei ole võrreldav diskrimineerimisega. Riigihangete seaduse kohaselt saab kogemuse nõude esitada pakkuja eelnevate samalaadsete lepingute täitmise alusel. Mida riigihangete seadus alates 01.09.2017 ei luba, on töötajate kogemuse nõuete kvalifitseerimise tingimusena määramine. Neid kahte sätet tuleb omavahel selgelt eristada.“

Vastuseks toetuse saaja seisukohale toob rakendusüksus välja, et eelneva samalaadsete lepingute täitmise kogemuse nõude esitamine on kooskõlas RHS §-iga 101, kuid kitsendades nimetatud nõuet kohaliku õiguskorra alusel antud ehitise kasutamise otstarbe koodiga läheb antud nõue vastuollu RHS üldpõhimõtetega, kuna see ei taga hankija asukoha ettevõtjate ja välisriigi ettevõtjate võrdset kohtlemist. Hankija võib küll seada piiranguid ja kriteeriume, kuid need peavad olema põhjendatud ja proportsionaalsed. Kuna antud juhul ei ole põhjendatud, miks ei ole aktsepteeritud referentsobjektid, mis on sisuliselt samaväärsed, kuid ilma nõutud siseriikliku kasutusotstarbe koodita ja tõendaksid seega samavõrd hankelepingu nõuetekohase täitmise võimekust, siis ei ole nimetatud nõue võrdset kohtlemist tagav ega põhjendatud.

Käesoleva otsuse punktis 1.3 kirjeldatud rikkumise osas tõi toetuse saaja veel välja järgmist: „2.3.1. RHAD-i lisa 2 „Hankelepingu projekt“ ning sõlmitud lepingus on välja toodud hankelepingu täitmise tingimused, mis käsitlevad garantiikirja andmist Eesti Vabariigis registreeritud krediidasutuselt (p-d 11.4. ja 11.5.) ei mõjutanud Euroopa Liidu eelarvet kahjulikult, kuivõrd sellise garantiikirja hankimist ei saa pidada pakkujale koormavaks tingimuseks. Garantiikirja saamine pangast on hõlmatud lihtsa ja kiire protseduuriga, mis sisaldab endas vaid järgmist: taotluse esitamine koos garantii kohustusele viitava lepinguga; pakkumus panga poolt üldiselt 24h jooksul; pakkumuse kinnitamine ja lepingutasu tasumine; pank edastab allkirjastatud garantiikirja. Informatsiooni hankimine, missugused krediidasutused on Eestis registreeritud, on triviaalne otsingumootori kasutamise küsimus. EL on ühtne majandusliit.

Diskrimineerivaks saaks antud asjas pidada seesugust näitlikku tingimust, kui hankija nõuaks, et Soome päritolu pakkujad peab esitama Norra finantsasutuse garantiikirja, aga Eesti pakkujad Läti finantsasutuse garantiikirja, ehk et tingimused ei oleks võrdsed. Seega siinkohal diskrimineerimisega tegemist ei ole, kuna kõigile pakkujatele on antud samasugused osalemise tingimused. Hankija peab tagama kõigi taotlejate ja pakkujate suhtes ühese käitumise samadel tingimustel.

2.3.2. Perioodil 2015–2021 on välismaised ehk piiriülesed pakkujad esitanud pakkumuse ehitustöödega seotud rahvusvahelist riigihanke piirmäära ületavates riigihangetes 44 korral. Piiriüleste ettevõtjate osalemine sellistel riigihangetel on vähetõenäoline, mida tuleb liidu eelarvele avaldatava mõju hindamisel arvestada. Vaidluse all olev kriteerium ei välistanud otsesõnu piiriüleste pakkujate osalemist riigihankel, sest tingimus ei olnud suunatud pakkuja enda registreeritusele Eestis, vaid üksnes krediidasutusele, kelle kinnituskirja hanketeate kohaselt aktsepteeriti.

2.3.3. Piiriülestel ettevõtjatel puudus huvi vaidlusaluses hankes osaleda. Lähiriikidest, nagu Läti, Leedu, Soome või Rootsi pärit võimalike pakkujate puhul on Eesti turul vastavast riigist pärit krediidasutuse Eesti filiaal või on nendes riikides mõne Eesti panga filiaal.

2.3.4. Hankija küll nõudis EV-s registreeritud panga garantiikirja, kuid selle saamist ei saa pidada pakkujale koormavaks. Igal välisriigi pakkujal on võimalik taotleda ükskõik, millises liikmesriigis registreeritud panga garantiikirja, kui ta on täitnud selleks vajalikud eeldused. Üldjuhul on kõnealune krediidasutuse garantii taotluse ankeedi maht üksnes 2–3 lk ning koosneb ettevõtja baasandmetest, kusjuures igal Eestis registreeritud krediidasutusel on vorm kodulehel lihtsasti leitav mh inglise keeles. Selline tingimus ei diskrimineeri hankes osaleda soovivaid ettevõtteid, EL on ühtne majandusruum ning võimalused igasuguseks majandustegevuseks on liikmesriikide ettevõtjatel samaväärsed. Igal EL-is registreeritud ettevõttel on võimalik taotleda mistahes liikmesriigis registreeritud krediidasutuse garantiikirja. Hankija on siinkohal eelistanud tegutsemisriigis registreeritud krediidasutuse garantiikirja esitamist lihtsustamaks potentsiaalselt tekkida võivate finantsküsimuste lahendamist. Eeltoodust tulenenuna ei saa pidada eeskirjade rikkumiseks asjaolu, et hankija on nõudnud EV-s registreeritud panga garantiikirja. Seetõttu ei saa pidada RTK antud toetust osaliselt abikõlbmatuks.

2.3.5. EL otsekohalduva määruse nr 1303/2013 artikli 143 lõige 2 vt näeb ette, et liikmesriigid teevad eeskirjade eiramise seoses nõutavad finantskorrektsioonid ning seejuures võtavad arvesse eeskirjade eiramise olemust ja keerukust ning fondidele tekitatud rahalist kahju ja kohaldavad proportsionaalseid korrektsioone. Ka STS 2014–2020 § 45 (finantskorrektsiooni alused) lõike 1 kohaselt tehakse finantskorrektsiooni otsus toetuse vähendamiseks või tühistamiseks „Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruse (EL) nr 1303/2013 artikli 143 alusel ja sellega kooskõlas“. Siinkohal vaide esitaja rõhutab, et eeskirja väidetava eiramise puhul tuleb lähemalt vaadata ka väidetava eiramise olemust ja keerukust.“

Vastuseks toetuse saaja seisukohale nõustub rakendusüksus, et Eesti Vabariigis registreeritud asutuse garantiikirja esitamine ei ole hankest huvitatud ettevõtjatele ja pakkujatele eelduslikult väga koormav, mistõttu ongi rakendusüksuse hinnangul põhjendatud kohaldada 5%-list korrektsioonimäära. Kuna aga tegemist on RHS üldpõhimõtete rikkumisega ning ei saa välistada, et see võis muuta pakkujate ringi ja hankes osalejaid, siis ei saa antud juhul asuda seisukohale, et fondi eelarve mõjutamise võimalus on välistatud. Seega ei saa antud rikkumise osas jätta finantskorrektsiooni rakendamata.

4. Otsuse resolutsioon

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

otsustab:

1. lugeda projekti „Raja tänava lasteaia rajamine“ raames mitteabikõlblikuks kuluks **603 074,19**

- eurot, millest Euroopa Regionaalarengu Fondi toetus moodustab 403 920 eurot ja omafinantseering 199 154,19 eurot;
2. nõuda toetuse saajalt tagasi KD-de nr 1-17 alusel väljamakstud toetus summas 403 920 eurot;
 3. toetuse saajal kanda **60 kalendripäeva** jooksul alates käesoleva otsuse kehtima hakkamise päevast tagastatav toetus summas **403 920 eurot** Rahandusministeeriumi pangakontole
 - SEB Pank EE891010220034796011 (BIC/SWIFT: EEUH22XX) või
 - Swedbank EE932200221023778606 (BIC/SWIFT: HABA22XX) või
 - Luminor Bank EE701700017001577198 (BIC/SWIFT: RIKO22XX) või
 - LHV Pank EE777700771003813400 (BIC/SWIFT: LHV22XX)viitenumbri 2800082996, selgituseks märkida projekti number ja otsuse number;
 4. toetuse saajal tasuda viivist 0,1% iga toetuse tagasimaksmisega viivitatud kalendripäeva eest, kui toetust ei ole tagastatud käesolevas otsuses ettenähtud tähtpäevaks, kandes kogunenud viivise käesoleva otsuse punktis 3 märgitud Rahandusministeeriumi pangakontole;
 5. vähendada projekti eelarvet tegevuses nr 6 „Lasteaia hoone ehitamine“ käesoleva otsuse resolutsiooni punktis 1 märgitud summades;
 6. muuta 29.03.2019 taotluse rahuldamise otsuse nr 11.6-15/0105 punkti 2 alljärgnevalt:
 - 6.1. „Rahuldada taotleja (edaspidi nimetatud ka toetuse saaja) taotlus projektile, mille eesmärgiks on rajada Pärnu linna Raja tänavale uus 2 sõimerühma (kokku 28 kohta) ja 8 aiarühmaga (kokku 160 kohta) lastead. Ruumiprogramm võimaldab rühmaruume suurendada 2 kuni 4 lapse võrra kuni 224 lapsehoiukohani. Projekti kogumaksumus on 5 427 667,73 eurot, millest toetuse saaja omafinantseering on minimaalselt 1 792 387,73 eurot ja toetus on maksimaalselt 3 635 280 eurot.“

Toetuse saajal on võimalik taotleda tagasimaksmisele kuuluva toetuse ajatamist vastavalt STS §-s 48 ja ühendmääruse §-s 24 toodule.

Otsuse peale võib esitada vaide rakendusüksusele meetme määruse §-s 29, STS-is ja HMS-is sätestatud tingimustel ja korras 30 päeva jooksul, arvates päevast, mil vaide esitaja sai või pidi otsusest teada saama.

(allkirjastatud digitaalselt)

Tiina Sams
toetuste rakendamise osakonna juhataja

Koostaja: Angeelika Põldaru
663 2093
angeelika.poldaru@rtk.ee