



Transpordiamet

Valge tn 4, Lasnamäe linnaosa
11413, Tallinn, Harju maakond

07.02.2023 nr 11.2-36/23/262

OTSUS
finantskorrektsiooni tegemise ja
toetuse taotluse rahuldamise
käskkirja muutmise kohta

Riigi Tugiteenuste Keskus (registrikood: 70007340; edaspidi *rakendusüksus*¹) teeb meetme „Üleriigiliste ja rahvusvaheliste ühenduste arendamine“ tegevuse „Maantee rekonstrueerimine või uuendamine“ raames finantskorrektsiooni otsuse Transpordiameti (edaspidi *toetuse saaja, tellija* või *hankija*) projekti „Riigitee nr 11 Tallinna ringtee Luige-Saku lõigu rekonstrueerimine“ (struktuuritoetuse registris nr 2014-2020.10.01.18-0046, edaspidi *projekt*) osas ja muudab sellega seoses 31.01.2019 Tarbijakaitse ja Tehnilise Järelevalve Ameti käskkirja nr 1-10/19-005-TI (edaspidi *taotluse rahuldamise otsus*).

Rahandusministeeriumi poolt viidi 20.05.2022 kuni 14.10.2022 läbi projektaudit, mille lõppaurande nr CF-190/2022 kohaselt tuvastati, et toetuse saaja ei ole riigihanke „Riigitee nr 11 Tallinna ringtee km 20,2-24,2 Luige-Saku lõigu ehitus“ viitenumbri 199343 (edaspidi *riigihange nr 199343*) läbiviimisel järginud riigihangete seaduses (kuni 14.03.2019 kehtinud redaktsioon; edaspidi ka *RHS*) sätestatud nõudeid, mistõttu kohaldab rakendusüksus antud hanke kulude osas finantskorrektsiooni ning **loeb mitteabikõlblikuks 554 704,29 eurot, sh toetuse summas 471 498,65 eurot.**

Otsuse tegemise aluseks on perioodi 2014-2020 struktuuritoetuse seaduse (edaspidi *STS*) § 8 lg 2 punkt 6, § 45 lg 1 punkt 3, § 46, § 48, § 49 lg 2, Vabariigi Valitsuse 01.09.2014 määruse nr 143 „Perioodi 2014–2020 struktuuritoetusest hüvitatavate kulude abikõlblikuks lugemise, toetuse maksmise ning finantskorrektsioonide tegemise tingimused ja kord“ (edaspidi *ühendmäärus*) § 22³ lg 1 punkt 4 ja lg 2 punkt 1 ja majandus- ja taristuministri 03.10.2014 määruse nr 85 „Transpordi infrastruktuuri arendamine perioodil 2014–2020“ (edaspidi *meetme määrus*) § 32 lõige 1 ja § 35, taotluse rahuldamise otsuse lisa 1 „Projekti rahastamise tingimused“ (kinnitatud 17.02.2020 käskkirjaga nr 1-7/20-004-TI, edaspidi *lisa 1*) punktid 10

¹ Alates 01.04.2021. a täidab rakendusüksuse ülesandeid Tarbijakaitse ja Tehnilise Järelevalve Ameti asemel Riigi Tugiteenuste Keskus. Perioodi 2014-2020 struktuuritoetuse meetmete nimekiri, millega kinnitatakse meetme rakendusüksus, on kättesaadav <https://rtk.ee/meetmete-nimekiri>

ja 16, auditi lõpparuanne nr CF-190/2022 ning projekti raames esitatud riigihankega nr 199343 seotud kuludokumentid.

1 Toetuse saaja on riigihankes nr 199343 seadnud pakkujatele piirava iseloomuga hankelepingu täitmise tingimused ning kohelnud ettevõtjaid ebavõrdset

1.1 Rikkumise asjaolud

Toetuse saaja avaldas 18.10.2018 hanketeate riigihanke nr 199343 rahvusvahelise avatud hankemenetlusena läbi viimiseks. Riigihanke nr 199343 raames esitati üheksa pakkumust. Menetluse tulemusena sõlmis hankija edukaks tunnistatud pakkujaga AS YIT Eesti (edaspidi *töövõtja*) 10.04.2019 hankelepingu nr 1-9/19/0890-1 (edaspidi *hankeleping*) maksumusega 15 875 000 eurot käibemaksuta ja tööde teostamise perioodiga 24 kuud.

Riigihanke nr 199343 alusdokumentide (edaspidi ka *HD*) koosseisu kuuluva hankelepingu projekti (edaspidi ka *HD lisa II*) osa 2 „Eritingimused“ punktide 4.2 ja 14.2 kohaselt peavad olema töövõtja poolt hangitavad täitmistagatis ja ettemakse tagatis väljastatud:

- tellijal poolt aktsepteeritava tellija asukohamaa panga poolt või
- tellijal poolt aktsepteeritava Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi või Euroopa Liidu liikmesriigi panga poolt, millel on vähemalt reiting A3 vastavalt *Moody's* reitingule pankade finantsnäitajate kohta.

Rahandusministeeriumi läbiviidud projektauditi raames auditeeriti mh riigihanke nr 199343 läbiviimise õiguspärasust. Auditi lõpparuande nr CF-190/2022 tähelepaneku nr 4.1 punktis 1 leidsid audiitorid, et HD lisas II tagatistele nimetatud nõuete sätestamisel on toetuse saaja jätnud endale esimesel juhul õiguse aktsepteerida talle sobiva Eesti panga tagatist, kusjuures ei olnud oluline, kas Eesti pank vastab *Moody's* A3 reitingule või mitte, ning teisel juhul on seadnud välisriigi pankadele, kes lepingulised tagatistad võiksid väljastada, väga kitsalt *Moody's* A3 reitinguga seotud piirangu. Audiitorite hinnangul on ebavõrdset koheldud kõiki neid ettevõtjaid, kes oleksid soovinud esitada välisriigi panga tagatist, kuid tagatist väljastaval pangal puudus konkreetne reiting, võrreldes nende ettevõtjatega, kellel oli võimalik esitada mõne Eesti panga tagatist, mille puhul pangale reitingu nõuet ei seatud. Audiitorid märkisid, et ettevõtjate erinev kohtlemine, küsides ühel juhul *Moody's* A3 reitingu olemasolu, teisel juhul mitte, pole õige ning toetuse saajal oleks tulnud reitingu küsimisel ettevõtjad võrdsustada. Audiitorite hinnangul ei saa pidada asjakohaseks erisuste seadmist vaid välisriigi pankadele, mistõttu *Moody's* A3 reitinguga seotud nõue ei ole õiguspärane.

Audiitorid leidsid, et toetuse saaja poolt seatud hankelepingu täitmise tingimused tagatistade osas on pakkujatele juurdepääsu piirava iseloomuga ning toetuse saaja ei ole kohelnud kõiki ettevõtjaid võrdset ega mittediskrimineerivalt. Audiitorite hinnangul ei saa selliseid hankelepingu tingimusi pidada proportsionaalseteks, asjakohasteks ega põhjendatuteks.

Audiitorid olid seisukohal, et kuivõrd hankelepingu täitmisega seoses on seatud põhjendamatu piiravad tingimused, tuleb sellist olukorda pidada RHS § 3 punkti 2 rikkumiseks.

1.2 Toetuse saaja seisukoht

Toetuse saaja ei nõustunud audiitoritega ning jäi seisukohale, et Moody's reitingu nõue ei olnud takistuseks pakkujatele hankemenetluses osalemiseks ning samuti lepingu täitmisel, kuna lepingu täitjale jäi ulatuslik valik sobiva tagatise väljastaja valimiseks.

1.3 Rakendusüksuse seisukoht ja õiguslik põhjendus

Meetme määruse § 32 lõike 1 kohaselt tagab toetuse saaja STS §-s 24 sätestatud kohustuste täitmise. Vastavalt STS § 24 punkti 18 ja § 26 koosmõjule on toetuse saaja kohustatud järgima riigihangete seadust, kui ta on hankija riigihangete seaduse tähenduses. Taotluse rahuldamise otsuse lisa 1 punkti 10 kohaselt on toetuse saaja riigihangete seaduse mõistes hankija ja kohustatud projekti elluviimisel järgima riigihangete seaduses toodud nõudeid.

RHS § 3 punkti 2 kohaselt peab hankija kohtlema kõiki isikuid, kelle elu- või asukoht on Eestis, mõnes muus Euroopa Liidu liikmesriigis, muus Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigis või Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga ühinenud riigis, võrdselt ja jälgib, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud.

Rakendusüksus nõustub audiitoritega, et riigihankes nr 199343 seatud hankelepingu täitmise tingimused, mille kohaselt peab töövõtja hankima ja esitama toetuse saajale täitmistagatise ja ettemakse tagatise, mis on väljastatud tellija poolt aktsepteeritava: 1) tellija asukohamaa panga poolt või 2) Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi või Euroopa Liidu liikmesriigi panga (edaspidi ühisnimetajana *välispank*) poolt, millel on vähemalt reiting A3 vastavalt Moody's reitingule pankade finantsnäitajate kohta, kohtlevad ettevõtjaid ebavõrdselt ning on hankelepingu eseme suhtes ebaproportsionaalsed ja pakkujaid põhjendamatult piiravad. Toetuse saaja ei ole andnud võimalust riigihankes osalemiseks potentsiaalsetele pakkujatele, kes oleksid soovinud esitada välispanga, kellel puudus konkreetne nõuetekohane reiting (vähemalt Moody's A3), tagatise. Aktsepteerides samas Eesti panga väljastatud tagatise, mille puhul panga reitingut ei nõutud, on ilmne, et Moody's A3 reitingu olemasolu ei olnud tagatise andja puhul vältimatult vajalik. Piiravast tingimusest lähtuvalt olid seega hankes eelisseisundis pakkujad, kelle nn „kodupanga“ näol oli tegemist Eesti pangaga.

Rakendusüksus mõnab, et hankija on HD lisa II tagatiste tingimuste sätestamisel jätnud hankelepingu täitjale valiku tagatise väljastaja valimiseks, kuid see ei õigusta piirava ja ebaproportsionaalse tingimuse seadmist ning ettevõtjate ebavõrdset kohtlemist. Vaidlusaluse tingimusega pidid potentsiaalsed pakkujad arvestama juba pakkumuse esitamise hetkel ning sellest lähtuvalt hindama, kas neil on võimalik hankija kehtestatud tingimustel riigihankes nr 199343 osaleda. Rakendusüksuse hinnangul on toetuse saaja tekitanud seatud hankelepingu täitmise tingimuste tõttu eelisseisundi nendele ettevõtjatele, kellel oli võimalik või mistahes põhjustel otstarbekas hankida ja esitada hankija asukohamaa panga poolt väljastatavaid tagatise, kui võrd sellisel juhul ei tulnud arvestada panga reitinguagentuuri (Moody's) finantstugevuse reitinguga (A3). Rakendusüksus selgitab, et riigihankes seatud tingimused ei tohi välistada konkurentsi, need peavad olema objektiivsed, mittediskrimineerivad ja proportsionaalsed ning ei tohi takistada selliste ettevõtjate osalemist hankes, kes on tegelikult võimelised hankelepingut täitma. Nii riigihangete vaidlustuskomisjon (VAKO), aga ka Rahandusministeerium oma riigihangete teemalises korduma kippuvate küsimuste rubriigis, on korduvalt rõhutanud, et ettevõtjatel peab olema ligipääs riigihankele lähtuvalt oma võimekusest – ta peab suutma lepingut sisuliselt täita, mil viisil ta seda teeb, on ettevõtja enda

otsustada. Käesoleval juhul on hankija välistanud selliste potentsiaalsete pakkujate riigihankes osalemise, kes oleksid olnud suutelised hankelepingut edukalt täitma, kuid kes soovisid või kellel oli võimalik või otstarbekas esitada täitmistagatis ja ettemakse tagatis, mis olid väljastatud välispanga poolt, millel puudus nõutud reiting või ei vastanud see hankija poolt seatud nõudele.

Rakendusüksuse hinnangul väärrib märkimist, et praktikas kasutavad Eesti pakkujad pigem Eesti pankade teenuseid ning välispakkujad pigem oma asukohamaa pankade teenuseid, millest võib järeldada, et kui hankelepingu tingimus seab töövõtja tagatise väljastavale pangale õigusvastased piirangud, laieneb ebavõrdne kohtlemine ka pakkujatele endile. Riigihankes nr 199343 edukaks osutunud pakkuja AS YIT Eesti ehk töövõtja esitas hankelepingu täitmisel Eesti Luminor Bank AS-i, kellel toona Moody's A3 reitingut ei olnud, väljastatud tagatised. Samas ei oleks riigihankest huvitatud isik – näiteks välispakkuja, kes soovinuks esitada lepingu täitmisel Moody's A3 reitingule mittevastava välispanga tagatise, saanud hankes osaleda. Seega võib vaidlusalust nõuet pidada nõudeks, mis küll ei pruugi välistada välisriigi pakkujate osalemise hankes, kuid seab siiski välisriigi pakkujatele takistuse hankel osalemiseks. Olenemata sellest, et pakkujal võib olla võimalik esitada vähemalt Moody's A3 reitingule vastava panga väljastatud tagatised, ei saa väita, et välisriigi pakkujad olid samas seisus Eesti pakkujatega, kes on eeldatavalt mõne Eesti panga kliendid või kelle osas on Eesti pankadel lihtsam informatsiooni hankida. Seega olid eelkõige Eesti pakkujad paremas olukorras võrreldes teiste hankest huvitatud isikutega. Riigihangete seaduse võrdsuspõhimõtte kohaselt ei tohi võrreldavaid olukordi käsitleda erinevalt ega erinevaid olukordi ühtemoodi, välja arvatud siis, kui selline erinev käsitlemine on objektiivselt põhjendatud. Võrdse kohtlemise põhimõte riigihankes tähendab eelkõige seda, et pakkujatel peavad olema võrdsed võimalused (sh ei ole mõnele pakkujale loodud ebakohast eelist), kui nad valmistavad ette oma pakkumusi, ja selle eesmärk on soodustada hankemenetluses osalevate ettevõtjate vahel terve ja tegeliku konkurentsi arengut. Tõelise konkurentsi tekkeks tuleb pakkujaid kohelda võrdselt ja mittediskrimineerivalt. Võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine riigihangete läbiviimisel on oluline, et aidata kaasa konkurentsi efektiivsele ärakasutamisele². Kehtestatud tagatiste nõue aga ei ole eelpool nimetatud riigihangete seaduse üldpõhimõttega kooskõlas. Rakendusüksuse hinnangul oli toetuse saajal võimalus sõnastada hankelepingu täitmise tingimus selliselt, et see oleks olnud hankest huvitatud isikute suhtes võrdse kohtlemise põhimõtet järgiv.

Antud juhul ei ole võimalik välistada, et kui pangatagatise tingimusi ei oleks sellisel viisil kehtestatud, siis oleks see võinud laiendada võimalike riigihankes nr 199343 osalejate hulka ning edukaks ja soodsamaks pakkumuseks oleks võinud kujuneda mõne teise pakkuja pakkumus. Rakendusüksuse hinnangul on toetuse saaja objektiivsete põhjendusteta piiranud pakkujate ringi ja kohelnud potentsiaalseid pakkujaid ebavõrdselt.

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

² Euroopa Kohus C-243/89, Komisjon vs Taani (Storebaelt), p 33.

1.4 Rikkumisele kohaldatav finantskorrektsiooni määr 5%

STS § 45 lg 1 punkti 3 kohaselt tehakse finantskorrektsiooni otsus toetuse vähendamiseks või tühistamiseks Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruse (EL) nr 1303/2013 artikli 143 alusel juhul, 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.

Ühendmääruse § 21 lõike 1 kohaselt, kui STS § 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 ühendmääruse 4. peatükis sätestatud ulatuses.

Rakendusüksus on seisukohal, et toetuse saaja poolt talle pandud kohustuste eiramise tulemusena on tekkinud kahju, kuid selle suurust ei ole võimalik hinnata, sest ei ole teada, milliseks oleks kujunenud riigihankes nr 199343 pakkujate ring ning kes oleks tunnistanud edukaks pakkujaks ja milline oleks olnud eduka pakkumuse maksumus, kui hankija oleks hankelepingu täitmise tingimuste seadmisel täitmistagatise ja ettemakse tagatise osas järginud RHS-i. Kuivõrd hanketingimused (sh HD lisas II toodud tingimused) on kõikidele huvilistele avatud ilma hanke juurde registreerumata, siis ei ole välistatud, et mõni huvitatud isik jättis vaidlusaluste tingimuste tõttu hankes osalemata ja ennast hanke juurde registreerimata. Seega ei ole täielikult tagatud struktuuritoetuse säästlik ja läbipaistev kasutamine ning Euroopa Liidu finantshuvisid on kahjustatud, mistõttu tuleb projekti toetussummat vähendada. Toetuse vähendamiseks tehtava finantskorrektsiooni protsendimäärasid reguleerib siseriiklikult ühendmäärus.

Eeltoodud rikkumise osas esinevad ühendmääruse § 22³ lõike 1 punktis 4 toodud asjaolud, mille kohaselt kohaldatakse hankelepingule 10%-list finantskorrektsiooni määra, kui hankelepingu sõlmimise eelduseks või täitmiseks on seatud kriteerium või tingimus, mis on seotud hankelepingu esemega, kuid ei ole sellega proportsionaalne. Sama paragrahvi lõige 2 punkt 1 näeb ette lõike 1 punktis 4 nimetatud olukordade puhul 5%-list finantskorrektsiooni määra, kui piirav tingimus esines pakkumuste vastavustingimustes ja riigihangete alusdokumentidele esitas vastava pakkumuse mitu ettevõtja, või kui piirav tingimus esines kvalifitseerimistingimustes ja mitu ettevõtjat vastasid kvalifitseerimistingimustele. Ühendmääruse seletuskiri (lk 6) selgitab, et § 22³ lõike 2 punktiga 1 sätestatakse 5%-lise finantskorrektsioonimäära kohaldamise võimalus lõike 1 punktis 4 nimetatud juhtumitel, kui piiravate tingimuste või kriteeriumide puhul esines piisav/minimaalne konkurents, s.t vähemalt kaks taotlejat või pakkujat vastasid kvalifitseerimise tingimustele. Kuivõrd riigihangete registri vahendusel on tuvastatav, et riigihanke nr 199343 raames esitas riigihanke alusdokumentidele vastava pakkumuse üheksa pakkujat, siis oli hankes tagatud minimaalne konkurents ja erinevate pakkumuste võrdlemine, mistõttu on rakendusüksuse

hinnangul asjakohane ja põhjendatud kohaldada hankelepingule **finantskorrektsiooni määra 5%**.

Rakendusüksus märgib, et eelnevat toetab ka Euroopa Komisjoni 14.05.2019 rikkumiste juhendi nr C(2019) 3452³ (edaspidi *EK juhend*) punkti 2.1 alapunkt 11, mille kohaselt loetakse rikkumiseks selliste lepingu täitmise tingimuste kasutamine, mis ei ole teiste juhendis nimetatud õigusnormi rikkumise liigi tähenduses diskrimineerivad, kuid on ikkagi ettevõtjate juurdepääsu piiravad ja vastavatele rikkumistele rakendatakse 10%-list korrektsioonimäära. Juhtumil, mil kohaldati piiravaid kriteeriume, tingimusi või tehnilisi kirjeldusi, kuid minimaalne konkurents oli siiski tagatud, s.t mitu ettevõtjat esitas pakkumuse ja vastasid kvalifitseerimistingimustele, võimaldab EK juhend rakendada 5%-list korrektsioonimäära.

Rakendusüksus selgitab muu hulgas, et ühendmääruse seletuskirja kohaselt tehakse finantskorrektsioon, kui riigihangete seaduse rikkumine avaldas või võinuks avaldada finantsmõju liidu eelarvele. Ühendmääruses nimetatud rikkumisjuhtumitele ettenähtud määrade alusel tehtud finantskorrektsioonide puhul on juba eeldatavat rahalist mõju hinnatud ja protsendimäärad vastavad proportsionaalsuse põhimõttele. Ka Euroopa Kohtu otsustes C-383/06–C-385/06 jõutakse järeldusele, et kui rikutakse hankereegleid, siis sellest piisab järeldamiseks, et toetust ei ole kasutatud abikõlblikuks loetava kulu osas säästlikult, kahjustades sellega EL reguleeritud konkurentsipoliitikat ning seeläbi ka Euroopa Liidu eelarvet ja siseturgu.

Lisaks on seletuskirjas selgitatud, 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. Ühissätete määruse 1303/2013 artikkel 143 lõike 2 kohaselt tuleb finantskorrektsioon teha, kui esineb põhjendatud oht, et rikkumisel on olemas vastav mõju, st finantsmõju. Ühendmääruse ja ühendmääruse seletuskirja kohaselt EK juhendi rakendamisel tuleb lugeda, et vastavate juhtumikoosseisude esinemisel on põhjendatud ohu olemasolu tõestatud ja finantskorrektsiooni tegemisel täiendavaid kaalutlusi läbi viima ei pea, v.a rikkumise astme kindlakstegemisel, kui ühendmäärus lubab põhilist määra vähendada või suurendada.

Rakendusüksus selgitab, et 09.10.2020 jõustunud ühendmääruse § 22 muudatus ning täiendavate paragrahvide (§ 22-22⁸) lisamine tulenes Euroopa Komisjoni 14.05.2019 otsusest C(2019) 34521, kus komisjon on analüüsinud peamisi riigihanke eeskirjade rikkumisi, mis avaldavad mõju liidu eelarvele ning arvestanud välja kolmest kriteeriumist lähtuvalt (õigusnormide rikkumise olemus, raskusaste ja sellega fondidele põhjustatav rahaline kahju) rakendatavad korrektsiooni määrad. Seega on ühendmääruses sätestatud peamised riigihangete rikkumised, kus on juba eeldatav rahaline mõju hinnatud ja protsendimäärad vastavad proportsionaalsuse põhimõttele.

Euroopa Kohtu 01.10.2020 otsuse nr C-743/18 punktist 51 lähtuvalt eeldab eeskirjade eiramine kolme asjaolu koos esinemist: 1) rikutud peab olema liidu õigust; 2) rikkumine peab tulenema majandustegevuses osaleja tegevusest või tegevusetusest ning 3) liidu eelarvele peab olema tekkinud või tõenäoliselt tekkima kahju. Viidatud lahendi punktis 67 on

³Euroopa Komisjoni otsus, 14.5.2019, millega kehtestatakse suunised kohaldatavate riigihanke-eeskirjade rikkumise korral liidu rahastatavate kulude suhtes tehtavate finantskorrektsioonide kindlaksmääramiseks

täpsustatud, et nõutud ei ole konkreetse finantsmõju tõendamist, vaid piisab sellest, kui asjasse puutuva fondi eelarve mõjutamise võimalus ei ole välistatud (vt selle kohta 6. detsembri 2017. aasta kohtuotsus *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, C-408/16, EU:C:2017:940, punktid 60 ja 61 ning seal viidatud kohtupraktika). Euroopa Kohtu 14.06.2016 otsuse nr C-406/14 punktis 44 on selgitatud, et sellisel juhul ei ole nõutav, et konkreetne finantsmõju oleks nähtav (vt analoogia alusel kohtuotsus, 21.12.2011, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, C-465/10, EU:C:2011:867, punkt 47).

Rakendusüksus peab eelnevale vaatamata vajalikuks selgitada, et isegi kui antud rikkumise suhtes oleks alternatiivselt võimalik korrektsioonimäära suurust kaalutleda mõne muu ühendmääruse sätte alusel, näiteks ühendmääruse § 22⁸ alusel, siis tuleb arvesse võtta ühendmääruse seletuskirjas väljendatud seisukohta, et korrektsioonimäära valikul tuleb lähtuda analoogia alusel samalaadse rikkumise korral kohaldatavast finantskorrektsiooni määrast, mistõttu vastab otsuses kirjeldatud rikkumine ikkagi ühendmääruse § 22³ lõike 1 punktis 4 ja lõike 2 punktis 1 kirjeldatud rikkumise asjaoludele ning 5%-lisele finantskorrektsiooni määrale. Rakendusüksuse hinnangul ei esine antud juhtumisel selliseid objektiivseid asjaolusid, mis tõendaksid tõsikindlalt eelviidatud protsendimäärast väiksema finantsmõju esinemist ning arvestades, et rikkumine võis mõjutada eelduslikult hanketulemusi, ei saa rikkumist pidada ka pelgalt formaalseks. Lisaks väärneb märkimist, et ühendmääruse seletuskirja kohaselt on RHS § 3 üldpõhimõtete rikkumine siiski sedavõrd oluline rikkumine, mis üldjuhul toob kaasa 25%-lise korrektsiooni. Eelnevat arvestades on rakendusüksuse hinnangul taoliste piiravate tingimuste seadmise korral ja olukorras, kus hankes esines siiski arvestatav konkurentsitas, kuid on rikutud RHS § 3 üldpõhimõtteid, ainuvõimalik rakendada 5%-list korrektsiooni määra.

Eelnevat arvesse võttes kohaldab rakendusüksus ühendmääruse § 22³ lg 1 punkti 4 ja lõike 2 punkti 1 alusel 5-protsendilist finantskorrektsiooni määra ja vähendab riigihanke nr 199343 hankelepingu alusel tekkinud abikõlblikku kulu 5% võrra.

1.5 Finantskorrektsiooni summa ja projekti eelarve vähendamine

Toetuse saaja on riigihanke nr 199343 raames tekkinud kulusid esitanud antud projektis kogumaksumusega 11 094 085,62 eurot.

Lähtuvalt eeltoodust loeb rakendusüksus riigihanke nr 199343 abikõlblikest kuludest mitteabikõlblikuks 5% ehk 554 704,29 eurot ($5\% \cdot 11094085,62$), sh Ühtekuuluvusfondi toetus 471 498,65 eurot ja omafinantseering 83 205,64 eurot.

Vastavalt STS § 46 lõikele 3 väheneb projekti eelarve vähendatava toetuse ulatuses vastavalt toetuse rahuldamise otsuses kehtivale proportsioonile, mistõttu muudab rakendusüksus projekti osas 27.09.2018 taotluse rahuldamise otsust nr 1-10/19- 005-TI ning vähendab mitteabikõlbliku summa ulatuses projekti eelarvet.

2 Toetuse saaja ärakuulamisõiguse tagamine

Vastavalt haldusmenetluse seaduse § 40 lõikele 1 saatis rakendusüksus 05.01.2023 käesoleva otsuse eelnõu toetuse saajale kommenteerimiseks, millele toetuse saaja esitas oma seisukoha 19.01.2023.

Finantskorrektsiooni otsuse eelnõule saadetud vastuskirjas nr 1.7-5/22/11382-9 märkis toetuse saaja järgmist: „Ühendmääruse § 22³ lg 2 p 1 sätestab finantskorrektsiooni rakendamise eeldustena, et piirav tingimus esines vastavus- või kvalifitseerimistingimustes, aga nendele tingimustele vastas mitu ettevõtjat. Hankelepingu punktid 4.2. ja 14.2. sätestasid, et täitmistagatise või ettemakse tagatis peab olema välja antud Tellija poolt aktsepteeritava Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi või Euroopa Liidu liikmesriigi panga poolt, millel on vähemalt reiting A3 vastavalt Moody's reitingule pankade finantsnäitajate kohta. Toetuse saaja on eelnevalt selgitanud, et hankemenetluses ei ole piiravaid tingimusi kehtestatud, lepingu täitmisel rakendunud tagatise nõue ei olnud pakkujaid piirav ja ei avaldanud mõju pakkujate ringile. Eelnõust ei tulene, mille tõttu pidanuks pakkujad pankadele esitatava nõude tõttu pakkumuse tegemisest loobuma. Seega ei esine eelnõus toodud õiguslikel alustel alust finantskorrektsiooni rakendamiseks.“

Lisaks leidis toetuse saaja, et RHS § 3 punkt 2 on sätestatud pakkujate kaitseks ning ei laiene tagatise tingimuse näitel pankade võrdsele kohtlemisele. Toetuse saaja jäi seisukoha juurde, et vastavad lepingu tingimused olid seotud lepingu täitmisega ning ei avaldanud mõju hankes osalemisel. Seda ennekõike põhjusel, et vastav nõue ei ole seotud lepingu täitjale, vaid tagatist väljastavale pangale.

Toetuse saaja märkis, et hankijal on õigus sätestada täitmistagatisele nõudeid, tagamaks sellega parimal võimalikul moel hankija nõudeid, mis võivad tekkida lepingu täitmise ajal. Lepingu täitmine pärast hankemenetluse läbiviimist allub eraõigusele, v.a riigihangete seadusest tulenevate lepingu muutmise piirangute arvestamise kohustusega. Toetuse saaja selgitas, et Eesti pankade puhul on hankijal veendumus, et Finantsinspektsioon on kindlaks teinud, et krediidasutusel on finantsteenuste osutamiseks piisavad võimalused ja et ta vastab õigusaktidega kehtestatud nõuetele. Välisriikides võivad olla nõuded pankade asutamiseks leebemad, mistõttu peab olema hankijal võimalik veenduda, et välisriigi panga poolt väljastatud tagatis on kasutatav.

Toetuse saaja oli seisukohal, et kõigil pakkujatel oli võrdne juurdepääs hankes osalemiseks, tagatise tingimused olid seotud hankija nõuete kaitsmiseks ning sellest ei saa teha etteheited pakkujate piiramise osas. Riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalseks, asjakohaseks ja põhjendatud tingimuseks tuleb pidada nõuet, et nõuetekohase töö teostamine oleks tagatud tagatisega, mis on realiseeritav.

Kokkuvõttes leidis toetuse saaja, et otsuse eelnõus viidatud finantskorrektsiooni alus ei kohaldu.

Rakendusüksuse seisukoht

Rakendusüksuse hinnangul ei muuda toetuse saaja selgitused käesolevas otsuses kirjeldatud rikkumiste asjaolusid ega järeldusi ning ei anna alust finantskorrektsioonist loobumiseks.

Rakendusüksus selgitab, et käesoleval juhul on finantskorrektsiooni kohaldamise õiguslikuks aluseks ühendmääruse § 22³ lg 1 punkt 4, milles toodud finantskorrektsiooni määra 10% asemel lubab ühendmääruse § 22³ lg 2 punkt 1 kohaldada 5%-list määra, juhul kui riigihankes oli tagatud piisav/minimaalne konkurents.

Ühendmääruse § 22³ lõikega 1 nähakse ette finantskorrektsiooni määrad juhul, kui ettevõtja/taotleja/pakkuja kvalifitseerimiseks, pakkumuse hindamiseks, tehnilises kirjelduses või **hankelepingu** sõlmimise eelduseks või **täitmiseks on seatud kriteerium või tingimus, mis piirab nende juurdepääsu hankele**. Vastava lõike punkt 4 sätestab, et hankelepingule kohaldatakse 10-protsendilist finantskorrektsiooni määra, kui kriteerium või tingimus on küll seotud hankelepingu esemega, kuid ei ole sellega proportsionaalne. Kuivõrd käesoleval juhul pole võimalik hinnata kahju täpset suurust, sest ei ole teada, milliseks oleks kujunenud pakkujate ring, kes oleks tunnistanud edukaks pakkujaks ja milline oleks olnud eduka pakkumuse maksumus, kui põhjendamatult ebaproportsionaalset tingimust täitmistagatise ja ettemakse tagatise osas ei oleks hankelepingu täitmiseks kehtestatud, siis kohaldub kirjeldatud rikkumisele ühendmääruse § 22³ lg 1 punkt 4 ning selles toodud finantskorrektsiooni ulatus (s.o 10%-line finantskorrektsiooni määr). Nagu rakendusüksus on juba eespool finantskorrektsiooni otsuses märkinud, siis võimaldab ühendmääruse § 22³ lõige 2 teatud § 22³ lõikes 1 kirjeldatud olukordade puhul, sh lõike 1 punkti 4 korral, kohaldada 10%-lise finantskorrektsioonimäära asemel 5%-list korrektsiooni määra, kui piiravate tingimuste või kriteeriumide puhul vastasid vähemalt kaks taotlejat või pakkujat kvalifitseerimise tingimustele (vt ühendmääruse seletuskiri lk 6 ning EK juhendi punkti 2.1 alapunkt 11). Kuna riigihanke nr 199343 puhul oli minimaalne konkurents tagatud, siis on rakendusüksuse hinnangul õiguspärane ja asjakohane kohaldada kümneprotsendilise korrektsioonimäära asemel viieprotsendilist määra.

Rakendusüksus selgitab, et vastavalt riigihangete seaduse § 4 punktile 17 on riigihanke alusdokumendid kõik hankija koostatud dokumendid, milles sätestatakse riigihanke üksikasjad, sh hankelepingu tingimused. RHS § 110 lõike 3 kohaselt kinnitab pakkuja oma pakkumuse esitamisega kõigi riigihanke alusdokumentides esitatud tingimuste ülevõtmist. Seega ei saa pakkuja esitada oma pakkumuses erinevaid ega täiendavaid hankelepingu tingimusi, mistõttu on hankija kohustatud järgima, et hankelepingu tingimused oleksid kooskõlas riigihangete seadusega, sh proportsionaalsed ja kohtleksid ettevõtjaid võrdselt (RHS § 3 punkt 2). Tingimust saab pidada proportsionaalseks, kui see on vajalik. Tingimus on vajalik siis, kui seda ei ole võimalik sama veenvalt tõendada kergema tingimuse abil. Lepingu täitmise tingimuste tõttu, mis sisaldavad hankija põhjendamatuid eelistusi, võivad ettevõtjad pakkumuse esitamisest loobuda ja seega õigusvastaste tingimuste kehtestamine võib endaga kaasa tuua konkurentsivõimeliste pakkujate tõrjumise. Seades täitmistagatise ja ettemakse tagatise väljastavatele välispankadele väga kitsaid piiranguid (Moody's A3 reiting), on toetuse saaja piiranud ühtlasi riigihankes osalejate ringi (eelkõige välispakkujate osas), sest ettevõtjatel (sh väiksema suurusega ettevõtjatel), kes soovisid esitada välispanka tagatise, ei pruugi olla hankija nõutud reitingut (Moody's A3) omavate pankade garantiikirjad kättesaadavad või võib osutuda kogu protsess (kui ei ole tegemist nn „kodupangaga“) liiga aeganõudvaks ja keerukaks, et ettevõtja jõuaks RHS § 110 lõikest 3 tulenevalt hiljemalt pakkumuse esitamise hetkeks veenduda hankija seatud tingimuse täitmise võimalikkuses või jõuaks esitada nõutud tagatise hankelepingus sätestatud tähtaegadeks. Seega on toetuse saaja mainitud potentsiaalseid pakkujaid kohelnud põhjendamatult ebavõrdselt, võrreldes nende ettevõtjatega, kes soovisid või kellel oli võimalik esitada Eesti krediidasutuste tagatise. Rakendusüksuse hinnangul tasub siinkohal märkida, et ka käesoleva finantskorrektsiooni otsuse koostamise hetkel ei oma kõik Eesti pangad Moody's A3 või paremat reitingut.

Toetuse saaja on vaidlusaluste tingimuste sätestamist põhjendanud mh läbi selle, et välisriikides võivad olla nõuded pankade asutamiseks leebemad, mistõttu peab olema hankijal võimalik veenduda, et välisriigi panga poolt väljastatud tagatis on kasutatav. Rakendusüksuse hinnangul ei ole hankija põhjendus veenev ja on seisukohal, et kirjeldatud oletus ei anna toetuse saajale alust sätestada ettevõtjatele hankele juurdepääsu piirava iseloomuga hankelepingu täitmise tingimust ning kohelda ettevõtjaid ebavõrdset. Kõik hankija seatavad tingimused hanke alusdokumentides, sh hankelepingu tingimused peavad olema proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud ning hankija peab tingimuse asjakohasust mh hindama lähtuvalt kehtivast õigusraamistikust. Rakendusüksus juhib toetuse saaja tähelepanu asjaolule, et Euroopa Liidus registreeritud krediitiasutused (pangad) on allutatud sarnastele regulatsioonidele ja järelevalvele (vt nt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. juuni 2013. a määrus nr 575/2013⁴; nõukogu 15. oktoobri 2013. a määrus asjas nr 1024/2013⁵), mistõttu ei ole rakendusüksuse hinnangul asjakohane seada välispankade suhtes Eesti pankadest rangemaid nõudeid ning seega puudub sisuline õigustus pakkujate ebavõrdseks kohtlemiseks⁶. Eelnevalt lähtuvalt puudusid rakendusüksuse hinnangul vaidlusaluse hankelepingu täitmise tingimuste seadmiseks objektiivsed põhjendused, mistõttu on tegemist riigihangete seaduse üldpõhimõtetega (eelkõige RHS § 3 punktiga 2) vastuolus olevate hankelepingu täitmise tingimustega. Rakendusüksus on seisukohal, et toetuse saaja eesmärgi täitmine oleks olnud võimalik ka pakkujaid vähempiiravamal moel.

Rakendusüksus rõhutab, et antud juhul ei ole võimalik välistada, et õiguspäraste hankelepingu tingimuste korral oleks võinud hankes osaleda potentsiaalseid pakkujaid rohkem ja hanke tulemus võinuks kujuneda teistsuguseks, mh võinuks hankelepingu hind kujuneda madalamaks. Struktuurivahenditest rahastatud projektis on rahvusvahelist piirmäära ületava hanke puhul oluline toimida igakülgset kooskõlas Eesti ja Euroopa Liidu õigusnormidega. Antud juhul on tegemist RHS § 3 punkti 2 rikkumisega, mis võis tekitada kahju (s.t selle mõju ei saa välistada) Euroopa Liidu eelarvele. Järelikult ei saa riigihankereeglite rikkumise tõttu kogu projekti kulu abikõlblikuks pidada ning esineb õigustatud alus finantskorrektsiooni tegemiseks.

3 Otsuse resolutsioon

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

otsustab:

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=CELEX%3A32013R0575>

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=celex%3A32013R1024>

⁶ Täiendavalt märgib rakendusüksus, et 2014.a on loodud pangandusliit, mille liikmeteks on kõik euroala liikmesriigid. Euroalasse mittekuuluvad EL-i liikmesriigid saavad pangandusliiduga ühineda, seades sisse tiheda koostöö Euroopa Keskpangaga. Selleks, et kõrvaldada liikmesriikide vahelised õiguslikud erinevused, tagada tarbijate samal tasemel kaitse ning võrdsed võimalused pankadele kogu EL-s on kehtestatud ühtsed eeskirjad. Krediitiasutuste järelevalve eest vastutab Euroopa Keskpank koostöös riiklike järelevalveasutustega. Ühtse järelevalvemehhanismi peamised eesmärgid on: tagada Euroopa pangandussektori tõhustatud järelevalve kooskõlas ühtse kõrgetasemeliste standardite ja nõuete kogumiga, tagada Euroopa pangandussektori töökindlus ning toetada finantsstabiilsust ja finantssektori integratsiooni euroalal ja ühtsel turul tervikuna. Vt lähemalt: <https://www.consilium.europa.eu/et/policies/banking-union/>.

1. lugeda projekti „Riigitee nr 11 Tallinna ringtee Luige-Saku lõigu rekonstrueerimine“ raames mitteabikõlblikuks kuluks kokku 554 704,29 eurot, millest Ühtekuuluvusfondi toetus kokku moodustab 471 498,65 eurot ja omafinantseering 83 205,64 eurot;
2. vähendada riigihanke „Riigitee nr 11 Tallinna ringtee km 20,2-24,2 Luige-Saku lõigu ehitus“ viitenumbriga 199343 seotud abikõlblikke kulusid projektis 5% võrra;
3. nõuda toetuse saajalt tagasi projekti raames välja makstud toetus summas 471 498,65 eurot;
4. toetuse saajal **kanda 60 kalendripäeva jooksul** alates käesoleva otsuse kehtima hakkamise päevast tagastatav toetus **summas 471 498,65 eurot** Rahandusministeeriumi pangakontole SEB Pank – a/a EE891010220034796011 (SWIFT: EEUHEE2X) või Swedbank – a/a EE932200221023778606 (SWIFT: HABAE2X) või Luminor Bank EE701700017001577198 (SWIFT: NDEAEE2X) või LHV Pank EE777700771003813400 (BIC/SWIFT: LHVBE22) viitenumbriga 2800082925. Selgituseks märkida projekti number ja otsuse number;
5. vähendada projekti eelarvet tegevuses nr 2 „Ehitamine“ summas 554 704,29 eurot;
6. muuta taotluse rahuldamise otsuse lisa 1 punkte 1 ja 3 järgmiselt:
 - 6.1 „Maksimaalsed abikõlblikud kulud, mida abi suuruse arvutamisel arvesse võetakse on 13 242 439,71 eurot“;
 - 6.2 „ÜF-st antava abi maksimaalne suurus on 11 256 073,75 eurot“.

Käesoleva otsuse peale on õigus esitada vaie rakendusüksuse kaudu Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumile STS-i ja haldusmenetluse seaduses sätestatud tingimustel ja korras 30 päeva jooksul, arvates päevast, mil isik sai otsusest teada või oleks pidanud teada saada.

Lugupidamisega

(allkirjastatud digitaalselt)

Tiina Sams
osakonnajuhataja

Kersti Metsalo 6632026
Kersti.Metsalo@rtk.ee