



RIIGI TUGITEENUSTE
KESKUS

Aktsiaselts Tallinna Lennujaam
Registrikood: 10349560
Lennujaama tee 2, Tallinn
11101 Harju maakond

OTSUS (EELNÕU)

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 „Lennujaamadesse tehtud investeringud“ raames finantskorrektsiooni otsuse Aktsiaseltsi Tallinna Lennujaam (edaspidi *toetuse saaja, tellija või hankija*) projekti „Tallinna lennujaama lennuliiklusala keskkonnaseisundi parendamine ja lennuohutuse suurendamine“ (struktuuritoetuse registris nr 2014-2020.10.01.003.01.15-0020, edaspidi *projekt*) osas ja muudab sellega seoses 30.12.2015 Tarbijakaitse ja Tehnilise Järelevalve Ameti käskkirja nr 1-10/15-353 (edaspidi *taotluse rahuldamise otsus*).

Rahandusministeeriumi poolt viidi 12.10.2022 kuni 30.11.2022 läbi projektiaudit, mille lõppaurande nr CF-195/2022 kohaselt tuvastati, et toetuse saaja ei ole riigihanke „Tallinna lennujaama lennuliiklusala keskkonnaseisundi parendamine ja lennuohutuse suurendamine, II ehitusetapp (2019). Ehitustöövõtt.“ viitenumbriga 215130 (edaspidi *riigihange nr 215130*) läbiviimisel järginud riigihangete seaduses (kuni 14.07.2020 kehtinud redaktsioon; edaspidi ka *RHS*) sätestatud nõudeid, mistõttu kohaldab rakendusüksus antud hanke kulude osas finantskorrektsiooni ning **loeb mitteabikõlblikuks 1 200 302,34 eurot, sh toetuse summas 600 151,16 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 1, 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

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>

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 25.01.2021 käskkirjaga nr 1-7/21-008-TI, edaspidi *lisa 1*) punktid 11 ja 17, auditi lõpparuanne nr CF-195/2022 ning projekti raames esitatud riigihankega nr 215130 seotud kuludokumendid.

1 Toetuse saaja on riigihankes nr 215130 seadnud pakkujatele piirava iseloomuga hankelepingu täitmise tingimused ning kohelnud ettevõtjaid ebavõrdselt

1.1. Rikkumiste asjaolud

Toetuse saaja avaldas 02.12.2019 hanketeate riigihanke nr 215130 rahvusvahelise avatud hankemenetlusena läbi viimiseks. Riigihanke nr 215130 raames esitati kolm pakkumust. Menetluse tulemusena sõlmis hankija edukaks tunnistatud ühispakkumuse esitanud pakkujatega KMG Inseneriehituse AS ja Verston Ehitus OÜ (edaspidi ka *töövõtja*) 27.05.2020 ehitustööde tellimiseks lepingukokkuleppe „Tallinna lennujaama lennuliiklusala keskkonnaseisundi parendamine ja lennuohutuse suurendamine, II ehitusetapp (2019). Ehitustöövõtt.“ (edaspidi *hankeleping*) maksumusega 24 805 352,07 (ilma käibemaksuta).

Riigihanke nr 215130 alusdokumentide (edaspidi ka *HD*) koosseisu kuuluva lepingu eelnõu (edaspidi *HD osa II*) eritingimuste osa 2 „Lepingu eritingimused“ punktide 4.2 ja 14.2 kohaselt peavad olema töövõtja poolt hangitavad täitmistagatis ja ettemakse tagatis väljastatud:

- (i) tellija poolt aktsepteeritava tellija asukohamaa krediidasutuse poolt või
- (ii) tellija poolt aktsepteeritava Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi või Euroopa Liidu liikmesriigi krediidasutuse poolt, millel on vähemalt reiting B vastavalt Moody's reitingule pankade finantsnäitajate kohta.

Rahandusministeeriumi läbiviidud projektiauditi raames auditeeriti mh riigihanke 215130 läbiviimise õiguspärasust. Auditi lõpparuande CF-195/2022 olulises tähelepanekus nr 4.1 leidsid audiitorid, et HD osas II tagatistele nimetatud nõuete sätestamisel on toetuse saaja jätnud endale esimesel juhul õiguse aktsepteerida talle sobiva Eesti krediidasutuse tagatise, kusjuures ei olnud oluline, kas Eesti krediidasutus vastab Moody's B reitingule või mitte, ning teisel juhul on seadnud välisriigi krediidasutustele, kes lepingulised tagatised võiksid väljastada, väga kitsalt Moody's B reitinguga seotud piirangu. Audiitorite hinnangul on ebavõrdselt koheldud kõiki neid ettevõtjaid, kes oleksid soovinud esitada välisriigi krediidasutuse tagatise, kuid tagatist väljastaval krediidasutusel puudus konkreetne reiting, võrreldes nende ettevõtjatega, kellel oli võimalik esitada mõne Eesti krediidasutuse tagatis, mille puhul krediidasutusele reitingu nõuet ei seatud. Audiitorid märkisid, et ettevõtjate erinev kohtlemine, küsides ühel juhul Moody's B reitingu olemasolu, teisel juhul mitte, pole õige ning toetuse saajal oleks tulnud reitingu küsimisel ettevõtjad võrdsustada. Audiitorid olid seisukohal, et antud juhul ei saa Moody's B reitinguga seotud nõuet pidada õiguspäraseks.

Samuti olid audiitorid seisukohal, et õige ei olnud nõuda täitmistagatise väljastamist üksnes krediidasutuselt – asjakohane oleks olnud võimaldada täitmistagatise väljastamist ka näiteks krediidiandjatel. Audiitorid tõid välja, et Verston Ehitus OÜ soovis esitada toetuse saajale

septembris 2020 AS-i Finora Capital täitmistagatise, kuid toetuse saaja keeldus sellest, kuna esitatu ei vastanud hankelepingu punktis 4.2 nõutule, mistõttu polnud seda võimalik aktsepteerida². Toetuse saaja jättis seega mainitud täitmistagatise aktsepteerimata kuna viimasel puudus hankelepingu punkti 4.2 kohane Moody's B reiting või konkreetselt krediidasutuse tegevusluba. Audiitorid selgitasid, et tagatis- ja garantiitehingud on krediidasutuste seaduse (edaspidi KAS) § 6 lg 1 punkti 6 kohaselt finantsteenused. Finantsteenuseid saavad osutada krediidi- või finantseerimisasutused või kindlustusandjad, kellel peab olema tegevusluba. Finantsteenuste pakkumiseks väljastavad Eestis tegevuslube Rahapesu Andmebüroo ja Finantsinspektsioon. Rahapesu ja terrorismi rahastamise tõkestamise seaduse § 6 lõike 2 kohaselt on finantseerimisasutuseks krediidiandja ja kredidivahendaja krediidiandjate ja -vahendajate seaduse tähenduses. Kuivõrd AS Finora Capital oli hea ärialase reputatsiooniga finantseerimisasutus ja Finantsinspektsiooni järelevalve all olev krediidiandja, tulnuks audiitorite hinnangul toetuse saajal aktsepteerida ka selle teenusepakkuja tagatist. Seda aktsepteerides oleks hankija saanud täitmistagatise teise poole vormistada oluliselt varem. Audiitorite hinnangul oleks eelpool nimetatud krediidiandja täitmistagatis olnud samaväärselt eesmärgipärane ning piisav, mistõttu puudus õigustatud vajadus eelistada kitsalt vaid krediidasutusi.

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

Audiitorid olid seisukohal, et kuivõrd hankelepingu täitmisega seoses on seatud põhjendamatult 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 Rahandusministeerium on asunud auditi lõpparuande nr CF-195/2022 punktis 4.1 ebaõigelt seisukohale, et hankija jättis endale õiguse aktsepteerida talle sobiva Eesti krediidiautuse tagatise, kusjuures ei olnud oluline, kas Eesti krediidasutus vastab Moody's B reitingule või mitte. Toetuse saaja märkis, et täitmistagatisega seotud nõuet tuleb tõlgendada nii, et nii tellija asukohamaa krediidasutuse (variant i) kui ka tellija poolt aktsepteeritava Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi või Euroopa Liidu liikmesriigi krediidasutuse puhul (variant ii) peab olema tagatud vähemalt reiting B vastavalt Moody's reitingule pankade finantsnäitajate kohta. Seda kinnitab toetuse saaja hinnangul juba ainuüksi asjaolu, et grammatiliselt lõppeb lause punktiga alles peale (variant ii) lõppu, kus oli toodud välja täitmistagatiste puhul täiendav tingimus krediidasutuse reitingule.

Toetuse saaja selgitas, et nõudis hankemenetluse täitmise tagatisena krediidasutuse garantiid, kuna tegemist oli äärmiselt suure maksumusega riigihankega ning kapitali- ja likviidsusnõuded finantseerimisasutustele ja kindlustusandjatele on krediidasutustest oluliselt madalamad.

² Verston Ehitus OÜ 16.09.2020 e-kiri hankijale ning hankija inseneri 21.09.2020 vastus.

KAS§ 35 lõige 1 sätestab, et panga asutamisel uue äriühinguna peab tema sissemakstud aktsiakapital olema vähemalt viis miljonit eurot. Aktsiakapitalina võib näidata ainult reaalselt sissemakstud summasid. KAS § 5 lõike 1 kohaselt ei ole aga finantseerimisasutus krediitiasutus, mistõttu antud hankes antava tagatise suurus arvestades (10% heakskiidetud lepingusummast, kusjuures hanke eeldatav maksumus oli 20 000 000 eurot), ei kataks 2 000 000 eurot tavapärase finantseerimis- ega kindlustusandja omakapitali ega oleks seetõttu olnud käsitletav toetuse saaja jaoks tegeliku tagatisena hankelingu täitmise tagamiseks.

Samuti ei nõustunud toetuse saaja audiitorite seisukohaga, et riigihanke nr 215130 raames oleks toetuse saaja pidanud võimaldama täitmistagatise väljastamist näiteks krediidiandjatelt. Mitte ükski riigihankes nr 215130 huvitatud isik ei vaidlustanud riigihanke alusdokumentide nõudeid seoses pakkumuste tagatistega, mistõttu AS Tallinna Lennujaam pidi lähtuma hanke alusdokumentides sätestatust ja oli kohustatud mitte aktsepteerima AS Finora Capital täitmistagatist, kuna nimetatud äriühingu näol ei olnud tegemist krediitiasutusega. AS Finora Capital omakapital oli 2020. aasta septembris vaid 346 503,00 eurot, mis oli enam kui viis korda väiksem kui toetuse saaja poolt nõutav täitmistagatise suurus, mistõttu nimetatud äriühingu tagatis ei oleks mistahes viisil täitnud hankija eesmärki tagada töövõtja poolt hankelingu täitmine.

Toetuse saaja märkis, et audiitorite seisukoht – *esineb võimalus, et potentsiaalne pakkuja, kelle pakkumus oleks võinud olla soodsama hinnaga, loobus pakkumuse esitamisest riigihanke alusdokumentide tingimuste tõttu*, on oletuslik. Toetuse saaja juhtis tähelepanu asjaolule, et hanke protsessi käigus ei küsinud ükski hankedokumente välja võtnud ettevõtte täpsustavaid küsimusi reitingu nõude või garantiitingimuste kohta ning märkis, et tagasinõude aluseks ei saa olla audiitorite põhistamata ja tõendamata oletused. Toetuse saaja rõhutas, et need nõuded kehtisid võrdselt kõigile hankes osalemisest huvitatud isikutele.

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 11 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 Maaailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga ühinenud riigis, võrdselt ja jälgima, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud.

Rakendusüksus nõustub audiitoritega, et riigihankes nr 215130 seotud hankelingu täitmise tingimused, mille kohaselt peab töövõtja hankima ja esitama toetuse saajale täitmistagatise ja ettemakse tagatise, mis on väljastatud tellija poolt aktsepteeritava: 1) tellija asukohamaa krediitiasutuse poolt või 2) Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi või Euroopa Liidu

liikmesriigi krediidasutuse (edaspidi ka *välisriigi krediidasutus*) poolt, millel on vähemalt reiting B vastavalt Moody's reitingule pankade finantsnäitajate kohta, kohtlevad ettevõtjaid ebavõrdsest ning on hankelepingu eseme suhtes ebaproportsionaalsed ja pakkujaid põhjendamatult piiravad. Toetuse saaja ei ole andnud kõnealuse tingimuse kaudu võimalust riigihankes osalemiseks potentsiaalsetele pakkujatele, kes oleksid soovinud esitada krediidasutuse, kellel puudus konkreetne nõuetekohane reiting (vähemalt Moody's B), või finantseerimisasutuse³ (nt krediidiandja) või kindlustusandja⁴ tagatist.

Rakendusüksus peab siinkohal vajalikuks selgitada, et HD-s seatud tingimust saab pidada ebaproportsionaalseks juhul, kui tingimuse sõnastus võimaldab ettevõtjaid alusetult ebavõrdsest kohelda või on seatud tingimusega soovitud eesmärgi võimalik saavutada ka ettevõtjaid vähem piiravamal moel. Igasuguste HD-s olevate tingimuste seadmiseks peavad hankijal esinema objektiivsed ja kehtiva õigusruumiga kooskõlas olevad põhjused, mida peab olema võimalik faktiliselt kontrollida. Rakendusüksus tugineb seatud tingimuse proportsionaalsuse hindamisel eelkõige hankija selgitustele tingimuse seadmist õigustavate põhjuste kohta ning kontrollib esitatud selgituste kooskõla muude asjasse puutuvate faktiliste asjaoludega. Auditi raames esitatud toetuse saaja selgitused ei võimalda asuda muule seisukohale, kui auditi lõpparuande raportis on audiitorid välja toonud.

1) Aktsepteerides Eesti krediidasutuse väljastatud tagatist, mille puhul krediidasutuse reitingut ei nõutud, on ilmne, et Moody's B reitingu olemasolu ei olnud tagatise andja puhul vältimatult vajalik. Rakendusüksus nendib, et hankija on HD osas 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 215130 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 krediidasutuse poolt väljastatavaid tagatist, kuivõrd sellisel juhul ei tulnud arvestada krediidasutuse reitinguagentuuri (Moody's) finantstugevuse reitinguga (B).

Rakendusüksuse hinnangul ei ole võimalik täitmistagatise ja ettemakse tagatise nõuet Moody's B reitingu osas tõlgendada toetuse saaja poolt viidatud viisil. HD osa II lepingu eritingimuste punktide 4.2 ja 14.2 sõnastustest ja vormistusest on võimalik ühemõtteliselt järeldada, et reitingu nõue — vähemalt B vastavalt Moody's reitingule pankade finantsnäitajate kohta, pidi olema täidetud just Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi või Euroopa Liidu liikmesriigi tagatist välja antava krediidasutuse korral, mitte tellija asukohamaa krediidasutuse puhul. Rakendusüksus on seisukohal, et kuivõrd tingimus on väga konkreetsest sõnastatud ning selle sõnastus ja vormistus ei toeta toetuse saaja tõlgendust tingimuse osas, siis ei saa eeldada, et

³Finantseerimisasutused KAS-i (<https://www.riigiteataja.ee/akt/KAS>) mõistes.

⁴Finantseerimisasutus Rahapesu ja terrorismi rahastamise tõkestamise seaduse (edaspidi *RahaPTS*) (<https://www.riigiteataja.ee/akt/112032022019>) mõistes.

riigihankes osalemisest huvitatud isikud vajasid hankija täiendavat selgitust tingimuse sisu kohta, mistõttu ei pruukinud hankest huvitatud isikud esitada hankijale ka selgituspäringuid.

Rakendusüksuse hinnangul väärrib märkimist, et praktikas kasutavad Eesti pakkujad pigem Eesti krediidiasutuste teenuseid ning välispakkujad pigem oma asukohamaa krediidiasutuste teenuseid, millest võib järeldada, et kui hankelepingu tingimus seab töövõtja tagatise väljastavale krediidiasutusele õigusvastased piirangud, laieneb ebavõrdne kohtlemine ka pakkujatele endile. Antud riigihanke puhul oli tegemist rahvusvahelist piirmäära ületava hankega, mille puhul tuleb välispakkujate huvi hankes osalemise vastu eeldada ning sellest eeldusest lähtuvalt ka riigihanke alusdokumentides tingimused kehtestada.

Rakendusüksus peab vajalikuks eraldi rõhutada, et töövõtja esitas hankelepingu täitmisel Swedbank AS-i, kellel endal toona avalike andmete kohaselt Moody's B reitingut ei olnud (vastavale reitingule vastas tema nn emaettevõtja Swedbank AB), väljastatud tagatised. Samas ei oleks riigihankes huvitatud isik – näiteks välispakkuja, kes soovinuks esitada lepingu täitmisel Moody's B reitingule mittevastava välisriigi krediidiasutuse tagatise – saanud hankes osaleda. Seega võib vaidlusalust tingimust pidada nõudeks, mis küll ei pruugi välistada välisriigi pakkujate osalemist hankes, kuid seab siiski välisriigi pakkujatele arvestatava takistuse hankel osalemiseks. Olenemata sellest, et pakkujal võib olla võimalik esitada vähemalt Moody's B reitingule vastava krediidiasutuse väljastatud tagatised, ei saa väita, et välisriigi pakkujad olid samas seisus Eesti pakkujatega, kes on eeldatavalt mõne Eesti krediidiasutuse kliendid või kelle osas on Eesti krediidiasutustel 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 põhimõtte 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 ärakasutamisele⁵. Kehtestatud tagatiste nõue aga ei ole eelpool nimetatud riigihangete seaduse üldpõhimõttega kooskõlas.

2) Rakendusüksuse hinnangul on hankija, nõudes tagatiste väljastamist üksnes krediidiasutuselt, seadnud pakkujatele riigihankele juurdepääsu piirava iseloomuga tingimuse, kuivõrd tagatis – ja garantiitehingute teenuseid pakuvad lisaks krediidiasutustele ka näiteks finantseerimisasutused (sh krediidiandjad ja kindlustusandjad). Toetuse saaja on oma selgitustes põhjendanud garantii nõudmist krediidiasutuselt läbi nendelt nõutava omakapitali suuruse (toetuse saaja viide KAS § 35 lõikele 1, mille kohaselt panga asutamisel uue äriühinguna peab tema sissemakstud aktsiakapital olema vähemalt viis miljonit eurot).

⁵ Euroopa Kohus C-243/89, Komisjon vs Taani (Storebaelt), p 33.

Esmalt peab rakendusüksus märkima, et KAS § 35 lg 1 puudutab nõudeid aktsiakapitalile ja algkapitalile, ent mitte omakapitalile. Aktsiakapital ja omakapital ei ole samaväärsed mõisted. Lisaks ei ole välistatud, et ka finantseerimisasutustel, sh krediidiandjatel või kindlustusandjatel võib osa- või aktsiakapital olla võrdväärne krediidiasutusele kehtestatud minimaalse aktsia- ja algkapitaliga ehk vähemalt viis miljonit eurot. Juhul, kui hankija soovinuks tugineda tagatist väljastava asutuse omakapitale, tulnuks vastav miinimumnõue ka õiguspäraselt riigihanke alusdokumentides defineerida, mida hankija aga ei teinud. Eelnevat toetab ka auditi lõpparuandes nr CF-195/2022 audiitorite toodud võrdlus: „*Näiteks pole selles kontekstis võimalik väita, et ligikaudu 16 miljoni eurose omakapitaliga krediidiandja AS Hüpoteeklaen tagatis saaks olla kuidagi halvem, kui 18 miljoni eurose omakapitaliga krediidiasutuse AS-i Holm Bank tagatis.*“. Rakendusüksus on seisukohal, et seatud tingimuse tulemusel on potentsiaalseid pakkujaid koheldud ebavõrdselt ning toetuse saaja oleks saanud kirjeldatud tingimust sätestada vähempiiravamal viisil. Toetuse saaja ei ole välja toonud sisulisi argumente, mille tõttu võiks arvata ja järeldada, et ilma seatud vaidlusaluse tingimusega ei oleks olnud võimalik riigihanke nr 215130 raames hankelepingu täita.

Rakendusüksus peab vajalikuks välja tuua, et toetuse saaja väite osas – *AS-i Finora Capital omakapital oli toona hankelepingu kohase täitmistagatise mahust ligi viis korda väiksem*, on audiitorid lõpparuandes mh märkinud, et nimetatud aktsiaselts lõpetas avalikel andmetel 2020. aasta 2,6 miljoni eurose omakapitaliga, mistõttu ei ole toetuse saaja argumentatsioon seoses konkreetse krediidiandja 346 503,00 eurose omakapitaliga täpne.

Rakendusüksuse hinnangul on oluline märkida, et ka Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi tellimisel koostatud ehituse töövõtulepingute üldtingimuste punkti 6.1.1.1 kohaselt on ehituslepingute sõlmimisel soovituslik ning asjakohane küsida tagatisena garantiikirja krediidi- või finantseerimisasutuse või kindlustusandjalt. Antud juhul ei ole hankija sama ministeeriumi haldusala ettevõttena neid soovitusi järginud, vaid tagatiste väljastajate ringi oluliselt kitsendanud.

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 hankelepingu 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 pakkuja riigihankes osalemise, kes oleksid olnud suutelised hankelepingu edukalt täitma, kuid kes soovisid või kellel oli võimalik või otstarbekas esitada täitmistagatis ja ettemakse tagatis, mis olid väljastatud finantseerimisasutuse sh krediidiandja või kindlustusandja, või väliriigi krediidiasutuse poolt, millel puudus nõutud reiting või ei vastanud see hankija poolt seatud nõudele. Rakendusüksuse hinnangul oli toetuse saajal võimalus sõnastada hankelepingu täitmise tingimused sellisel, et need oleks olnud hankest huvitatud isikute suhtes võrdse kohtlemise põhimõtet järgivad.

Antud juhul ei ole võimalik välistada, et kui tagatiste tingimusi ei oleks sellisel viisil kehtestatud, siis oleks see võinud laiendada võimalike riigihankes nr 215130 osalejate hulka ning edukaks ja soodsamaks pakkumuseks oleks võinud kujuneda mõne teise pakkuja pakkumus. Rakendusüksuse hinnangul on toetuse saaja objektiivsete põhjendusteta piiranud pakkujate ringi ja kohelnud potentsiaalseid pakkujaid ebavõrdselt. Siinjuures selgitab rakendusüksus, et riigihanke reeglite ja üldpõhimõtete täitmise puhul tuleb lähtuda just võimalikest hüpoteetilisest situatsioonidest ehk teisisõnu peab RHS-i korrektne järgimine tagama avatud hankemenetluses olukorra, kus isikute õigusi pole võimalik isegi oletatavasti rikkuda.

Rakendusüksus ei nõustu toetuse saajaga, et kuna antud tingimuste kohta ei küsitud hankijalt selgitusi, pakkujad ei palunud tingimust muuta ega vaidlustanud seda, siis järelikult ei välistanud tingimus ühegi huvitatud isiku osalemist hankes ega piiranud efektiivset konkurentsi. Toetuse saaja hankijana vastustab tema korraldatud riigihanke õiguspärasuse eest ja vastutust selles osas ei saa lükata potentsiaalsetele pakkujatele, kes jätsid oma pakkumuse esitamata või õigusvastastele hankelepingu tingimustele tähelepanu juhtimata (selle kohta selgitusi küsimata).

Eelnevast lähtuvalt on rakendusüksus seisukohal, et toetuse saaja ei ole lennuliiklusala keskkonnaseisundi parendamise ja lennuohutuse suurendamise ehitustööde 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.

1.4 Rikkumistele 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 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 215130 pakkujate ring ning kes oleks tunnistatud edukaks pakkujaks ja milline oleks olnud eduka pakkumuse maksumus, kui hankija oleks

hankalepingu täitmise tingimuste seadmisel täitmistagatise ja ettemakse tagatise osas järginud RHS-i. Kuivõrd hanketingimused (sh HD osas 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.

Mõlema eeltoodud rikkumise osas esinevad ühendmääruse § 22³ lõike 1 punktis 4 toodud asjaolud, mille kohaselt kohaldatakse hankalepingule 10%-list finantskorrektsiooni määra, kui hankalepingu sõlmimise eelduseks või täitmiseks on seatud kriteerium või tingimus, mis on seotud hankalepingu 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 215130 raames esitati riigihanke alusdokumentidele kolm vastavat pakkumust, siis oli hankes tagatud minimaalne konkurents ja erinevate pakkumuste võrdlemine, mistõttu on rakendusüksuse hinnangul asjakohane ja põhjendatud kohaldada hankalepingule **finantskorrektsiooni määra 5%**.

Rakendusüksus märgib, et eelnevat toetab ka Euroopa Komisjoni 14.05.2019 rikkumiste juhendi nr C(2019) 3452⁶ (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

⁶Euroopa Komisjoni otsus, 14.5.2019, millega kehtestatakse suunised kohaldatavate riigihanke-eeskirjade rikkumise korral liidu rahastatavate kulude suhtes tehtavate finantskorrektsioonide kindlaksmääramiseks

järeldamaks, 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 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).

1.5 Finantskorrektsiooni summa ja projekti eelarve vähendamine

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 riigihankes nr 215130 on tuvastatud kaks rikkumist, mille mõlema osas peab rakendusüksus põhjendatuks kohaldada 5%-list finantskorrektsiooni määra, siis rakendatakse riigihanke puhul tervikuna finantskorrektsiooni määra 5% ulatuses.

Toetuse saaja on riigihanke nr 215130 raames tekkinud kulusid esitanud antud projektis kogumaksumusega 24 006 046,80 eurot.

Lähtuvalt eeltoodust loeb rakendusüksus riigihanke nr 215130 abikõlblikest kuludest mitteabikõlblikuks 5% ehk 1 200 302,34 eurot ($5\% \cdot 24\,006\,046,80$), sh Ühtekuuluvusfondi toetus 600 151,16 eurot ja omafinantseering 600 151,18 eurot.

Vastavalt STS § 46 lõikele 3 väheneb projekti eelarve vähendatava toetuse ulatuses vastavalt toetuse rahuldamise otsuses kehtivale proportsioonile, mistõttu muudab rakendusüksus projekti osas 30.12.2015 taotluse rahuldamise otsuse nr 1-10/15-353 lisa 1 ning vähendab mitteabikõlbliku summa ulatuses projekti eelarvet.

2 Toetuse saaja ärakuulamisõiguse tagamine

Haldusmenetluse seaduse § 40 lõikest 1 tulenevalt peab enne haldusakti andmist haldusorgan andma menetlusosalisele võimaluse esitada kirjalikus, suulises või muus sobivas vormis asja kohta oma arvamus ja vastuväited. Rakendusüksus edastas 26.01.2023 toetuse saajale finantskorrektsiooni otsuse eelnõu, paludes esitada omapoolne seisukoht antud otsuse kohta hiljemalt 09.02.2023.

3 Otsuse resolutsioon

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

otsustab:

1. lugeda projekti „Tallinna lennujaama lennuliiklusala keskkonnaseisundi parendamine ja lennuohutuse suurendamine“ raames mitteabikõlblikuks kuluks kokku 1 200 302,34 eurot, millest Ühtekuuluvusfondi toetus kokku moodustab 600 151,16 eurot ja omafinantseering 600 151,18 eurot;
2. vähendada riigihanke „Tallinna lennujaama lennuliiklusala keskkonnaseisundi parendamine ja lennuohutuse suurendamine, II ehitusetapp (2019). Ehitustöövõtt.“ viitenumbriga 215130 seotud abikõlblike kulusid projektis 5% võrra;
3. nõuda toetuse saajalt tagasi projekti raames välja makstud toetus summas 600 151,16 eurot;
4. toetuse saajal **kanda 60 kalendripäeva jooksul** alates käesoleva otsuse kehtima hakkamise päevast tagastatav toetus **summas 600 151,16 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. Kui tagasimaksmise tähtpäevaks toetust tagasi ei maksta, peab toetuse saaja vastavalt STS § 49 lõikele 1 maksma viivist 0,1 protsenti iga toetuse tagasimaksmisega viivitatud kalendripäeva eest;
5. vähendada projekti eelarvet tegevuses nr 1 „Ehitamine“ summas 1 200 302,34 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 68 799 697,66 eurot“;

6.2 „ÜFist antava abi maksimaalne suurus on 34 399 848,84 eurot“.

Rakendusüksus juhib toetuse saaja tähelepanu STS § 48 lõikele 4 ja ühendmääruse § 24 lõikele 1, mille kohaselt on toetuse saajal õigus hiljemalt kümne tööpäeva jooksul finantskorrektsiooni otsuse kättesaamisest arvates esitada taotlus tagasimaksmisele kuuluva toetuse ajatamiseks.

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 saama.

(allkirjastatud digitaalselt)

Tiina Sams

Toetuste rakendamise osakonna juhataja

Otsuse koostaja: Kersti Metsalo
Järelevalve ekspert
kersti.metsalo@rtk.ee