



Kontrollakt nr 12.2-4/12 24.03.2015

riigihangete teostamise kontrollimise kohta

Kohtla-Järve Linnavalitsuses

Kontrollimise alus:	Rahandusministeeriumi 26.08.2014 kiri nr 12.2-4/10995
Kontrolliobjekti nimetus:	Kohtla-Järve Linnavalitsus
Kontrolliobjekti registrikood:	75001017
Kontrolliobjekti juhi nimi ja ametinimetus:	Jevgeni Solovjov linnapea
Kontrollitav ajavahemik:	01.01.2013 – 31.12.2013
Kontrolli käigus andsid selgitusi:	Ljudmila Jantšenko, abilinnapea; Niina Prussakova, linnavara peaspetsialist; Monika Matti, peaspetsialist raamatupidamise alal.

1. Kontrollimise eesmärk ja ulatus

- 1.1. Kontrollimisele kuulus Kohtla-Järve Linnavalitsuses (edaspidi ka hankija) riigihangete läbiviimisel riigihangete seaduses (edaspidi RHS) sätestatud nõuetest kinnipidamine ajavahemikul 01.01.2013 – 31.12.2013.
- 1.2. Kontrollimise eesmärgiks oli muuhulgas tuvastada, kas: tehingute korral riigihanke piirmäärast alates on korraldatud hankemenetlus (RHS-i II ptk-s sätestatud korras); tehingute puhul lihthanke piirmäärast alates on korraldatud lihthanke menetlus (vt. RHS §-i 18²); kas hankija on jaotanud riigihankeid osadeks, eirates riigihanke osadeks jaotamise korda (RHS §-d 23 ja 24); hankelepingute muutmine on toimunud nõuetekohaselt (RHS § 69 lg-d 3 ja 4); hankija on järginud RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid.
- 1.3. Kontrollitaval ajavahemikul on hankija kajastanud riiklikus riigihangete registris (edaspidi ka eRHR) kokku 26 riigihanget, neist:
 - 1) kolmteist avatud hankemenetlusega riigihanget (viitenumbrid nr 147328, 147138, 145828, 145280, 145254, 144513, 143789, 143223, 143017, 142780, 141038, 140143, 139791), sh. kaks hankemenetlust, mille puhul hankelepingu eeldatav maksumus oli vähemalt võrdne riigihanke rahvusvahelise piirmääraga ning mille kohta avaldati hanketeade Euroopa Liidu Teataja lisas (vt. TED 04.07.2013 nr 2013/S 128-220209 "Eesti-Kohtla-Järve: Tänavapuhastus- ja tänavapühkimisteenused" ja TED 05.11.2013 nr 2013/S 214-372471 "Eesti-Kohtla-Järve: Tänavavalgustuse hooldusteenused");
 - 2) kolmteist lihthanget (viitenumbrid nr 147802, 146143, 145396, 145394, 144870, 144859, 144760, 143314, 142990, 142757, 141170, 141043, 140503).
- 1.4. Muid menetlusliike, sh. üksnes seaduses sätestatud (RHS § 28) erandlikel asjaoludel lubatud väljakuulutamisetega läbiriikimistega hankemenetlust, ei ole hankija riigihangete läbiviimisel kasutanud. eRHR-i andmeil ei ole 2013. aastal alustatud riigihankeid vaidlustatud.
- 1.5. E-hankena viis hankija läbi ainult kaks riigihanget, neist üks asjade riigihanke avatud hankemenetlus (RH 145280 "Kütteõli ostmise Kukruse katlamaja jaoks") ja üks teenuste lihthange (RH 142990 "Jõuluehete paigaldamine ja demonteerimine Kohtla-Järve linna Järve, Kukruse, Ahtme, Sompa ja Oru linnaosades").
- 1.6. Riigihangete korraldamist Kohtla-Järve Linnavalitsuses reguleerib lisaks seadusele RHS § 13¹ alusel Kohtla-Järve Linnavolikogu 29.02.2012 määrusega nr 114 kehtestatud „Riigihangete korraldamise kord“ (edaspidi ka hankekord).

- 1.7. Hankekorra § 6 lõike 1 kohaselt hangete planeerimise eesmärgil kinnitab Kohtla-Järve Linnavalitsus oma korraldusega hankeplaani pärast linnaeelarve kinnitamist. 2013. aasta hankeplaani oli kinnitatud Kohtla-Järve Linnavalitsuse 23.04.2013 korraldusega nr 292, mida oli hiljem kolmel korral muudetud (vt. Kohtla-Järve Linnavalitsuse 04.06.2013 korraldus nr 418, Kohtla-Järve Linnavalitsuse 09.07.2013 korraldus nr 531, Kohtla-Järve Linnavalitsuse 24.09.2013 korraldus nr 739).
- 1.8. Majandustehingute teostamisel, sh. maksumuselt riigihanke ja lihthanke piirmäära ületavate hankelepingute sõlmimisel, RHS-is sätestatud korrast kinnipidamist on kontrollitud Kohtla-Järve Linnavalitsuse 2013. aasta kassaraamatu väljavõtte põhjal (tehingupartnerite väljastatud arvete lõikes), eRHR-is avaldatud andmete, kontrollijale esitatud dokumentide ning hankija selgituste alusel.
- 1.9. Kontrollakti projekt edastati hankijale tutvumiseks ja vastuväidete esitamiseks 03.03.2015. Hankija esitas omapoolse seisukoha kontrollakti projektile 20.03.2015.

2. Riigihangete seaduses sätestatud korrast kinnipidamise kontrollimine

2.1. Hankekord ja hankeplaani

01.01.2012 jõustunud RHS § 13¹ kohaselt peab hankija kehtestama asutusesisese hankekorra, kui tema poolt ühes eelarveaastas planeeritavate asjade ja teenuste riigihangete eeldatav kogumaksumus ületab 80 000 eurot või ehitustööde riigihangete eeldatav kogumaksumus ületab 500 000 eurot. Hankekord peab sätestama muu hulgas: 1) riigihanke planeerimise, sealhulgas iga-aastase hankeplaani koostamise ja kinnitamise korra ning tähtpäeva; 2) riigihanke eest vastutava isiku või isikud või nende määramise, sealhulgas hankelepingu täitmise eest vastutava isiku määramise; 3) allapoole RHS § 15 lg-s 3 nimetatud piirmäära jäävate riigihangete korraldamise korra, mis tagab RHS §-s 3 sätestatud riigihanke põhimõtete järgimise; 4) lihtsustatud korrast tellitava teenuse tellimise korra.

Hinnates ja analüüsid 2014 I kvartalis kokku 50 hankija hankekordasid, leidis Rahandusministeerium, et Kohtla-Järve Linnavolikogu 29.02.2012 määrusega nr 114 kehtestatud „Riigihangete korraldamise kord“ ei reguleerinud RHS § 13¹ p-des 1-2 loetletud küsimusi piisavalt ja seetõttu ei vastanud täies ulatuses seaduses nõutud standardile.

Hankekorra ei nähtu iga-aastase hankeplaani kinnitamise tähtpäev (RHS § 13¹ p 1). Hankekorra § 6 lõige 1 sätestab, et hankeplaani kinnitatakse pärast linnavolikogus tuleva aasta linnaeelarve vastuvõtmist. Paraku ei selgu hankekorrast, millise ajavahemiku jooksul pärast eelarve vastuvõtmist hankeplaani koostatakse ja kinnitatakse (vt. ka Riigihangete korraldamine riigi valitseva mõju all olevates äriühingutes ja riigi asutatud sihtasutustes. Riigikontroll, 05.02.2013, lk 37). Kuivõrd hankekorrast ei selgu, millal (milise tähtaja jooksul) pärast linnaeelarve vastuvõtmist tuleb kinnitada hankeplaani, ei saa lugeda RHS § 13¹ punktist 1 tulenevat kohustust nõuetekohaselt täidetuks. Rahandusministeerium soovitas hankijal täpsustada hankekorda, sätestades hankeplaani koostamise ning kinnitamise tähtpäev selgelt ja ühemõtteliselt.

Hankekorra ei selgu ka, kes vastutab väikehangete eest, mille läbiviimine ei kuulu komisjoni pädevusse. RHS § 13¹ p-ga 2 pole kooskõlas hankekorrast, kus osade riigihangete korral pole vastutava isiku määramist ette nähtud. Seetõttu peab hankekorrast, võrdselt muude küsimuste kõrval, selguma, kuidas määratakse asutusesiselt riigihanke eest vastutav isik väikehangetes. Rahandusministeerium soovitas täiendada hankekorda selliselt, et vastutava isiku määramise kord hõlmaks kõiki riigihankeid olenemata nende maksumusest.

Lisaks eeltoodule tegi Rahandusministeerium 27.02.2014 kirjas nr 12.2-1/569 ettepaneku avaldada hankekord ning 2014. aasta hankeplaani kõigile ja igapähele kättesaadavalt ja ülevaatlikult Kohtla-Järve linna veebilehel rubriigis „Hanked“.

07.03.2014 vastuskirjas nr 2-5.1/642-1 hankija tänas Rahandusministeeriumit tähelepanekute eest, lubades, et hankekorra muutmisel arvestatakse tehtud ettepanekuid ja soovitusi. 2014. aasta lõpu seisuga ei ole hankekorda muudetud.

Hankija on küll avaldanud hankeplaani oma veebilehel rubriigis „Hanked“, kuid hankekorda sealsamas avaldatud ei ole.¹

2.2. **E-riigihanked**

Rahandusministeerium juhtis 27.02.2014 kirjas nr 12.2-1/569 hankija tähelepanu 01.01.2013 jõustunud RHS § 55 lõikest 7 tulenevale kohustusele, mille järgi peab hankija võimaldama pakkumuste ja taotluste elektroonilist esitamist vähemalt 50 protsendi ulatuses hankija eelarveaastal planeeritavate riigihangete rahalisest mahust.

Nõuded pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektroonilisele esitamisele ning elektrooniliselt esitatud pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste avamisele on ette nähtud Vabariigi Valitsuse 06.05.2010 määruses nr 56 „Pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektroonilise esitamise ja elektroonilise oksjoni läbiviimise kord ning nõuded pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektroonilise esitamise ja elektroonilise oksjoni läbiviimise seadmetele“.

Seetõttu peaksid hankekorras ette nähtud asutusesisesed protseduurireedid relevantset arvestama erisustega, mis kaasnevad pakkumuste ning hankemenetluses osalemise taotluste esitamisega harjumuspärasest erineval viisil, s.o kinnise pakendi (ümbriku) asemel elektrooniliselt.

2013. aastal hankija alustatud riigihangetest olid ainult kaks e-hanked (RH 145280 "Kütteõli ostmise Kukruse katlamaja jaoks" ning RH 142990 "Jõuluehete paigaldamine ja demonteerimine Kohtla-Järve linna Järve, Kukruse, Ahtme, Somp ja Oru linnaosades"). Seega ei ole Kohtla-Järve Linnavalitsus riigihangete korraldamisel järginud RHS § 55 lg-s 7 ette nähtud kohustust.

Hankija selgitas e-hangete vähest arvu töökorralduslike põhjustega ja lubas edaspidi võimaldada pakkumuste ja taotluste elektroonilist esitamist vähemalt 50 % ulatuses hankija eelarveaastal planeeritavate riigihangete rahalisest mahust. Olukorra paranemist näitab, et 2014. aastal oli eRHR-is alustatud e-hankeid juba kokku neli (seisuga 22.12.2014). Siiski on Kohtla-Järve Linnavalitsusel veel jätkuvalt arenguruumi RHS § 55 lg-s 7 sätestatud minimaalselt nõutava piirmäära saavutamisel.

2.3. **Maksuvõlgade puudumise kontroll**

01.01.2011 jõustunud RHS § 38 lg 1 p 4 kohaselt on hankija kohustatud kõrvaldama hankemenetlusest pakkuja, kellel on õigusaktidest tulenevate riiklike või tema elu- või asukoha kohalike maksude või sotsiaalkindlustuse maksete võlg või tähtpäevaks tasumata jäetud maksusummal arvestatud intress (edaspidi maksuvõlg) hankemenetluse algamise päeva seisuga või maksuvõla tasumine on ajatatud pikemaks perioodiks kui kuus kuud arvates hankemenetluse algamise päevast, välja arvatud juhul, kui maksuvõla tasumise ajatamine on täies ulatuses tagatud.

Lisaks hankemenetluse algamise päeva seisule kontrollib hankija RHS § 38 lg 1¹ alusel enne hankelepingu sõlmimist maksuvõla puudumist ja andmeid maksuvõla tasumise ajatamise kohta RHS § 38 lg 1 p 4 osas andmekogus olevate avalike andmete põhjal või nõuab Maksu- ja Tolliameti ning pakkuja või taotleja elu- või asukohajärgse kohalike maksude maksuhalduri või pakkuja asukohariigi vastava pädevusega ametiasutuse tõendi esitamist maksuvõla puudumise kohta hankija poolt määratud päeva seisuga, pärast pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse tegemist.

¹ Kohtla-Järve linna veebileht. Rubriik "Hanked":
http://www.kohtla-jarve.ee/index.php?area=2&p=static&page=2_hanked (22.12.2014)

Kui hankemenetluses peaks ilmnema, et pakkujal on nimetatud päeval maksuvõlg, ei sõlmi hankija selle isikuga hankelepingut ja kõrvaldab ta hankemenetlusest. RHS § 38 lg 1 p-s 4 ja lg-s 1¹ sätestatud hankija kohustus oli tagatud RHS v.r § 111 lg 3 p-s 2 (vt. RHS u.r § 111) kätkevad väärtekoosseisuga, mille järgi pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamata jätmise eest, kui riigihangete seaduses on selline kohustus sätestatud ning hankijale on teada kohustusliku kõrvaldamise aluse esinemine pakkuja suhtes, karistatakse rahatrahviga kuni 300 trahviühikut. Maksuvõlgade kontrollimiseks võib pakkujalt või taotlejalt nõude maksuhalduri tõendeid üksnes juhul, kui neid andmeid ei ole hankijal võimalik kontrollida andmekogus olevate avalike andmete põhjal (RHS § 38 lg 3 p 2).

Avaliku teabe seaduse (edaspidi AvTS) § 43¹ lg 1 annab andmekogu legaalseaduse definitsiooni, mille kohaselt andmekogu on riigi, kohaliku omavalitsuse või muu avalik-õigusliku isiku või avalikke ülesandeid täitva eraõigusliku isiku infosüsteemis töödeldavate korrastatud andmete kogum, mis asutatakse ning mida kasutatakse seaduses, selle alusel antud õigusaktis või rahvusvahelises lepingus sätestatud ülesannete täitmiseks. See tähendab, et päringu tegemist riiklikku andmekogusse ei asenda eraettevõtjate loodud infosüsteemide kanded, nt. Krediidinfo jt.²

Alates 15.03.2011 on võimalik riiklike maksude ja sotsiaalkindlustuse maksete nõuetekohast täitmist, sh hankemenetluse algamise päeva seisuga, kontrollida eRHR-i vahendusel.³ Kuigi RHS ei sätesta otseselt kohustust teostada maksuvõlgade kontrolli eRHR-i keskkonnas („teabevahetus“ – „päringud välisregistritesse“), puuduvad hankijal üldjuhul teistsugused vahendid veendumaks, et pakkujal või taotlejal ei ole registris alanud riigihanke algamise kuupäeva seisuga maksuvõlgnevusi RHS § 38 lg 1 p 4 tähenduses.

Tingituna hankija võimalusest kontrollida maksuvõlgnevusi eRHR-i kaudu, ei väljasta Maksu- ja Tolliamet RHS § 38 lg 3 p-st 2 lähtudes pakkujatele hankemenetluses osalemiseks tõendeid ega hankijatele tõendeid pakkujate vastavuse kohta riigihangete seadusele.⁴ Pakkujatele väljastab maksuhaldur üksnes tavapäraseid maksuvõla puudumise tõendid, mille koostamisel lähtutakse maksukorralduse seaduse (MKS) § 14 lg-st 5, kuid väljastatav tõend ei tõenda isiku vastavust RHS § 38 lg 1 p-le 4.^{5,6}

Maksuvõlgade kontrolli teostamine eRHR-is tagab ühtlasi ka riigihanke läbipaistvuse ning kontrollitavuse, kuna eRHR salvestab ja säilitab välisregistritesse teostatud päringud, vähendades ja lihtsustades vaidluste korral hankija tõendamiskoormist.

eRHR-ist ei nähtu, et hankija oleks kontrollinud maksuvõlgade vastavalt RHS § 38 lg 1 p-s 4, lg-s 1¹ ning lg 3 p-s 2 sätestatud järgmistele avatud hankemenetluste osas (s.t lihthankeid arvestamata): 147328; 145828; 145280; 145254; 144513; 143789; 145254; 143223; 143017; 142780; 141038; 140143; 139791.

² Riigihangete vaidlustuskomisjon (VAKO) leidis 06.06.2011 otsuse nr 96-11/118624 p-s 12.2, et: „Krediidinfo AS-i veebilehel avaldatud andmeid ei saa vaidlustusmenetluses tõendina käsitleda, kuna tegemist on asjasse mittepuutuva eraõigusliku juriidilise isiku poolt avaldatud andmetega, mille tõesust ei ole võimalik kontrollida. See, et AS Krediidinfo ei saa garanteerida andmete usaldusväärsust on märgitud ka AS-i Krediidinfo poolt väljastatud maksehäireregistri raportis.“ – arvutivõrgus kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee/register/hange/138588> (22.12.2014)

³ Rahandusministeeriumi selgitused maksuvõlgade kontrolliga seonduvalt: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/maksuvolgade-kontroll> (22.12.2014)

⁴ Maksu- ja Tolliameti selgitused. Maksuvõlgade kontroll alates 01.01.2011 alustatud hangetel: <http://www.emta.ee/?id=21589> (22.12.2014)

⁵ vt. eelmine viide

⁶ Maksu- ja Tolliameti infovoldik "Maksuvõlgade kontroll riigihankel": <http://www.emta.ee/index.php?id=31110> (22.12.2014)

Hankija on selgitanud eRHR-i teabevahetuse töölehel maksuvõlgade kontrolli teostamist tõendavate päringute puudumist asjaoluga, et maksuvõlgasid kontrolliti Maksu- ja Tolliameti e-päringu kaudu (kusjuures keskkonnahoidlikel kaalutlustel päringutulemusi välja ei prinditud) ning kohalike maksude kohta esitasid pakkujad maksuhalduri kirjaliku tõendi.

Seega puudub hankijal päringute teostamise kohta dokumentaalne teave (vastavad väljatrükid), mistõttu kontrollijal ei ole võimalik hankija väidete tegelikkusele vastavuses veenduda, nende paikapidavust kinnitada või ümber lükata.

RHS § 3 p 2 sätestab hankija kohustuse tagada riigihanke läbipaistvus ja kontrollitavus. Riigihanke kontrollitavus tähendab muu hulgas riigihanketoimingute dokumenteerimist. Hankija soov olla oma toimingutes keskkonnasäästlik väärrib tunnustust, kuid see ei õigusta kontrollikohustuse täitmata jätmist. Seda enam, et keskkonnahoidlikkus oleks samahästi olnud saavutatav ka eRHR-i päringutega või vähemalt tulnuks RHS § 38 lg 1¹ kohaselt tehtud MTA e-päringute tulemused salvestada elektrooniliselt pdf-formaadis (arhiveerida elektroonilise väljatrükina).

MTA e-päringu vahendusel ei ole võimalik kontrollida maksuvõlgnevusi taandkuupäevaga – s.o eRHR-is hanketeate avaldamisega algava riigihanke korral (avatud, piiratud või väljakuulutamisega läbirääkimistega) hankemenetluse algamise päeva seisuga. Avalikeks andmeteks on üksnes teave maksumaksja kehtivate maksuvõlgnevuste kohta (MKS § 27 lg 1 p-d 4-5), millest järeldub, et kustunud (tasutud) maksuvõlgade kohta avalik e-päring andmeid ei väljasta.

Andmed maksumaksja, kes on hankemenetluses pakkujaks, tasutud (kustutatud) maksuvõlgade kohta on kaetud maksusaladusega (vt. MKS § 26 jj). Seepärast on maksusaladust sisaldava maksuteabe avaldamine hankijale võimalik ainult Rahandusministeeriumi hallatava eRHR-i päringu(te) kaudu. Maksukorralduse seaduse (MKS) § 29 punkt 10 sätestab, et maksuhaldur võib avaldada maksusaladust sisaldavat teavet Rahandusministeeriumile taotleja või pakkuja kvalifikatsiooni kontrollimiseks vastavalt riigihangete seadusele. Maksusaladuse avaldamist reguleerivate sätete eesmärk on kaitsta maksukohustuslast teda puudutavate andmete eest, mis võivad rikkuda maksukohustuslase mainet ja äriala reputatsiooni (PS § 17) või pakkuja ettevõtlusvabadust (PS § 32), ning mille ilmsikstulekut maksukohustuslane ei soovi (nt. TlnRKO 02.07.2004, nr 2-3/ 227/2004, p 12 vrd. TlnRKO 26.01.2006, nr 3-04-353, p-d 14-15).

Eeltoodud põhjustel asub Rahandusministeerium seisukohale, et hankija ei ole taganud maksuvõlgade kontrollikohustuse täitmisel riigihanke kontrollitavust. Isegi juhul, kui eeldada kõigil pakkujatel maksuvõlgade puudumist ning hankija väidete tõesust, ei vasta kirjeldatud viisil maksuvõlgade kontrollimine RHS § 38 lg 1 p 4, lg 1¹ ja lg 3 p 2 nõuetele, sest hankijal lasuvate kohustuste täitmine ei ole tagantjäre kontrollitav.

2.4. **Sisetehing**

01.01.2011 jõustunud RHS § 14¹ lg 1 järgi ei ole hankija kohustatud rakendama riigihangete seaduses sätestatud korda sisetehingutele. Sisetehing on hankija leping äriühinguga, mille kõik aktsiad või osad kuuluvad otseselt sellele hankijale või talle koos teiste hankijatega või sihtasutusega, mille ainuasutaja on see hankija või mille kõik asutajad on see hankija koos teiste hankijatega (RHS § 14¹ lg 2). RHS § 14¹ lg-t 3 järgides, võib sisetehingu sõlmida ainult järgmistel kumulatiivsetel tingimustel, kui: 1) sellega ei anta teenuste kontsessiooni; 2) sellega ostetava asja või teenuse saajaks on vahetult hankija; 3) hankija lepingupooleks oleva äriühingu või sihtasutuse tegevus on peamiselt seotud asjade müümisega, teenuste osutamisega või ehitustööde tegemisega tema osanikuks, aktsionäriks või asutajaks olevale hankijale või hankijatele ning vastav kohustus sisaldub ka põhikirjas; 4) hankija lepingupooleks olev äriühing või sihtasutus tegutseb osanike, aktsionäride või asutajaks olevate hankijate huvides hankija territoriaalse pädevuse piires ning vastav kohustus sisaldub ka põhikirjas; 5) hankija lepingupooleks oleva äriühingu üldkoosoleku või osanike koosoleku otsused või sihtasutuse nõukogu koosoleku otsused võetakse vastu ühehäälselt ning vastav kohustus sisaldub ka põhikirjas; 6) aktsiaseltsi, mis on hankija lepingupooleks ja mille aktsiad kuuluvad kahele või enamale hankijale, põhikirjaga on ette nähtud teiste aktsionärideks olevate hankijate ostueesõigus ning aktsiaseltsi taotlusel on Eesti väärtpaberite keskregistrisse kantud ostueesõiguse kohta märge.

Kui pärast sisetehingu sõlmimist ilmneb, et täidetud ei ole vähemalt üks RHS § 14¹ lg-s 2 või 3 nimetatud nõue, tuleb asja või teenuse ostmiseks või ehitustööde tellimiseks hankijal algatada riigihankemenetlus 14 päeva jooksul (RHS § 14¹ lg 4).

Järelevalvemenetluses leidis tuvastamist, et hankija ja Osäühingu ORU KODU (reg. 10268560) vahel on 2013. a toimunud riigihanketa otseoste. Hankija on võtnud Osäühingu ORU KODU ees rahalisi kohustusi üldsummas 23 133,8 eurot (teede korrashoiu- ja haljastusteenused). Hankija on otseostude tegemisel tuginenud sisetehingule.

Eesti väärtpaperite keskregistri andmetel, seisuga 29.12.2014, on Osäühingu ORU KODU ainuosanikuks hankija. Äriregistris avaldatud Osäühingu ORU KODU kehtiv põhikiri on kinnitatud Kohtla-Järve Linnavalikogu 26.11.2014 otsusega nr 78. Kontrollitaval perioodil kehtis 2004. aasta põhikiri, mis ei sisaldanud RHS § 14¹ lg 3 p-des 3-5 sätestatud ja sisetehingu lubatavuse eelduseks seatud kohustuslikke tingimusi. Vastavalt RHS §-le 14¹ ei ole pelgalt ainuosanikuks olemine sisetehingu õiguspärasuse seisukohast piisav. Lisaks sellele, et hankija lepingupooleks oleva äriühingu kõik osad peavad kuuluma otseselt sellele hankijale, peavad samaaegselt olema täidetud ka kõik RHS § 14¹ lg-s 3 loetletud tingimused. Seega on (ainu)osanikuks olemine sisetehingu sõlmimise vältimatuks, kuid siiski mitte ainsaks, eelduseks.

RHS § 14¹ lg 3 punktides 3-5 loetletud sisetehingu lubatavuse eeldused jagunevad omakorda formaalseteks ja materiaalsseteks tingimusteks. Formaalse tingimusena on käsitletav nõue „ning vastav kohustus sisaldub ka põhikirjas“. Arvestades, et formaalsete tingimuste mittetäitmine eraldivõetuna välistab sisetehingu õiguspärasuse, ei ole siinkohal vajalik ega otstarbekas hinnata materiaalssete tingimuste täitmist (näiteks kas Osäühingu ORU KODU majandustegevus on peamiselt seotud asjade müümise, teenuste osutamise või ehitustööde tegemisega tema aktsionäriks olevale hankijale ja et sisetehinguga ei anta teenuste kontsessiooni).

Hankija ei ole esitanud kontrollijale sisetehingu sisuliste eelduste analüüsimiseks vajalikke alusandmeid. Kirjeldatud põhjustel ei mahu viimati nimetatule hinnangu andmine käesoleva kontrollakti raamidesse. Materiaalssete tingimuste täitmist oleks sellekohase vajaduse tekkimisel võimalik kontrollida eraldiseisva järelevalvemenetluse käigus.

2.5. Munitsipaaläriühingute eest riigihangete korraldamine

Hankekorra § 2 lg 1 järgi reguleerib hankekord ka kohaliku omavalitsuse korralduse seaduse (KOKS) §-s 35 nimetatud juriidiliste isikute riigihangete kavandamist ja teostamist. RHS-i mõistes on kohaliku omavalitsuse üksus (RHS § 10 lg 1 punkt 2) ning tema kontrolli all olev sihtasutus (RHS § 10 lg 1 p 4), mittetulundusühing (RHS § 10 lg 1 p 5) või muu eraõiguslik juriidiline isik (RHS § 10 lg 1 p 6 ja lg 2) eraldiseisvad hankijad ning peavad täitma RHS-ist, sh. RHS §-st 13¹, tulenevad kohustused iseseisvalt.

Eelöeldu ei takista siiski riigihangete konsolideerimist ega võta teistelt hankijatelt (nt. Kohtla-Järve linna kontrollitavatelt äriühingutelt) õigust volitada hankijat (s.o Kohtla-Järve Linnavalitsust) täitma nende riigihanke korraldamisega seotud kohustusi, ent selline volitus peab vastama RHS-is ette nähtud nõuetele. RHS § 13 lõike 1 kohaselt võivad erinevad hankijad korraldada riigihanke ühiselt, volitades ühte hankijatest riigihanget korraldama. Ühiselt riigihanget korraldades ei või hankijad jätta kohaldamata reegleid, mida vähemalt üks neist peaks RHS-i kohaselt kohaldama sellise riigihanke korraldamisel üksi. Hankijate poolt riigihanke ühiselt korraldamisel kohaldatakse reegleid hankelepingute summeeritud eeldatavast maksumuselt lähtudes. RHS § 13 lg 2 sätestab, et hankijal on õigus volitada teisi hankijaid täitma kõiki tema riigihanke korraldamisega seotud RHS-ist tulenevaid kohustusi. Vastav volitus antakse kirjalikus vormis. Ühishangetena läbiviidavad riigihanked ning riigihanked, mille viib läbi volituse alusel teine hankija on soovitatav hankeplaanis eraldi välja tuua.

2014. a. läbi viidud hankekordade analüüsi käigus palus Rahandusministeerium 27.02.2014 kirjas nr 12.2-1/569 Kohtla-Järve Linnavalitsusel tagada, et riigihangete konsolideerimine, ühishangete läbiviimine ja riigihangete teostamiseks volitamine toimuksid edaspidi kooskõlas RHS-iga.

Kontrolli käigus on selgunud, et kontrollitaval perioodil (01.01.2013-31.12.2013) on hankija korraldanud omal nimel riigihankeid hankelepingute sõlmimiseks, mille kohaselt tegelikuks kasusaajaks ja maksjaks on munitsipaalosalusega äriühing. Näiteks viis Kohtla-Järve Linnavalitsus 2013. a läbi avatud hankemenetluse "Kütteõli ostmise Kukruse katlamaja jaoks" (RH viitenumber: 145280). eRHR-is avaldatud riigihanke aruandest nähtuvalt sõlmisid Kohtla-Järve Linnavalitsus (Kohtla-Järve linn) ja VKG OIL AS, registrikood 10528765, nimetatud hankemenetluse tulemusel 06.09.2013 hankelepingu nr 302-13. Ent käesoleva kontrolli käigus leidis kinnitust, et hankija ei ole mainitud hankelepingu alusel VKG OIL AS-ile väljamakseid teostanud.

Hankija seletuse kohaselt on munitsipaaläriühingute soetused korraldatud selliselt, et riigihanked viib läbi ja hankelepingud sõlmib Kohtla-Järve Linnavalitsus, kuid lepingujärgsed tasud maksab äriühing iseseisvalt otse teenuseosutajale või asjade müüjale. Näitena toodud riigihankes oli hankelepingu esemeks oleva kütteõli saajaks 100% munitsipaalosalusega äriühing Kukruse Maja OÜ, registrikood 10369574, kes maksis tarnitud kauba eest müüjale otse, kusjuures lepingu täitmise käigus Kukruse Maja OÜ-l tekkinud kulud kaeti osaliselt sihtotstarbeliste eelarveeraldiste arvelt. Kohtla-Järve Linnavalitsus maksis Kukruse Maja OÜ-le nn. soojamajanduse dotatsiooni (vt. Kukruse Maja OÜ 2013. majandusaasta aruanne, lk 18: Kohtla-Järve linnalt saadud sihtfinantseerimine tegevuskuludeks 106 673 eurot).

Munitsipaaläriühingud, sh. Kukruse Maja OÜ, ei ole andnud Kohtla-Järve Linnavalitsusele RHS §-s 13 nimetatud kirjalikku volitust täitmaks nende nimel riigihanke korraldamisega seotud kohustusi (RHS § 13 lg-d 2 ja 4). RHS § 3 p-s 2 sätestatud riigihanke läbipaistvuse põhimõttest tulenevalt tuleks hanketeates märkida, et alustatud riigihange viiakse läbi teise hankija nimel. Viidatud riigihankes puudub viide Kukruse Maja OÜ-le. Enamgi veel, Kukruse Maja OÜ-d ei ole eRHR-is hankijana registreeritud ning eRHR-ist ei nähtud Kukruse Maja OÜ-l ühtki riigihanget.

Rahandusministeeriumi hinnangul ei ole kirjeldatud hankekorraldus RHS-iga kooskõlas. Leiame, et Kukruse Maja OÜ vastab RHS § 10 lg-s 2 nimetatud hankija tunnustele ja peab seetõttu korraldama oma hanked eelkõige ise. Teise hankija volitamine on lubatud, kuid üksnes seaduses ette nähtud tingimustel ja korras. Teiste isikute volitamisel palume hankijal pidada silmas, et RHS-is nimetatud hankija otsused peab vastu võtma hankija ise või volitatud hankija e. otsustuspädevust ei saa anda isikule, kes ei ole hankija RHS-i mõttes.

Hankelepingu pooleks oleks sellisel juhul siiski Kukruse Maja OÜ kui piiratud vastutusega äriühing. Osäühingu osaniku vastutus on üldiselt piiratud osakapitali suurusega (kapitalivastutus), s.t osaniku vastutus on võrdne sissemaksega. ÄS § 135 lg 2 kohaselt ei vastuta osanik isiklikult (isikliku varaga) osäühingu kohustuste eest. Eelöeldu kehtib ühtviisi ka avalik-õigusliku isiku (TsÜS § 25 lg 2) enamusosalusega osäühingu puhul, mistõttu nimetatud eraõiguslik ettevõtlusvorm on tsiviilõiguslikes majandussuhetes osalemisel KOV ametiasutuse hallatavast asutusest atraktiivsem. Viimase kasutamisel vastutaks KOV kogu varaga ning KOV-i nimel hankelepingu sõlminud asutuse likvideerimine ei vabastaks KOV-i lepingust tulenevatest kohustustest (vt. RKTKo 17.12.2007, nr 3-2-1-114-07, p 10).

2.6. Hankelepingu sõlmimine hanke alusdokumentidest erinevatel tingimustel

Avatud hankemenetlus (RHS 2. ptk 6. jagu) on levinuim ja kõige läbipaistvam hankemenetluse liik. Avatud hankemenetluse teel sõlmitakse ligikaudu pooled hankelepingud. Näiteks 2012. aastal korraldati Eestis avatud hankemenetlusena 2 883 riigihanget kogumaksumusega 1 217 miljonit eurot, mis moodustab eRHR-is alustatud riigihangete koguarvust 32% ja 58% riigihangete aastasest kogumaksumusest (Riigihangete 2012. aasta statistiline ülevaade. Rahandusministeerium, 2013, lk 6: avaldatud E-Riigihangete infoportaalil).

Avatud hankemenetlus on üheetapiline hankemenetlus, mis algab hanketeate avaldamisega eRHR-is (RHS § 29 lõige 2) ja mille korral võib pakkumuse esitada iga huvitatud isik (RHS § 25 lõige 1). Avatud hankemenetluses koostatakse hankedokumendid enne hankemenetluse alustamist (RHS § 31 lg 1). Hanke alusdokumentides peavad sisalduma kõik tulevase hankelepingu tingimused või hankelepingu projekt (RHS § 31 lg 2 p 3).

23.10.2013 avaldas hankija eRHR-is hanketeate, millega alustas avatud hankemenetlust riigihankes "Jäätöötlemismasina ostmine Kohtla-Järve Spordikeskuse jaoks" (RH viitenumber: 147138). Pakkumuste esitamise tähtpäevaks oli määratud 11.11.2013 (HT p. IV.3.4) ning hanketeates nõutud pakkumuste jõusoleku minimaalseks tähtajaks 90 kalendripäeva (HT p. IV.3.7). Hanketeatest (HT p. II.3) ning hankedokumentidest (HD p. 4.2) nähtuvalt kehtestas hankija hankelepingu täitmisele kolmekuulise tähtaja, mida hakatakse arvestama hankelepingu sõlmimisest alates. 06.11.2013 teatas hankija eRHR-i teabevahetuse kaudu, et Kohtla-Järve linna 2014. aasta eelarve kinnitamisega seoses sõlmitakse hankeleping eduka pakkujaga 2014. aasta märtsikuus. Tegelikult aga, nagu nähtub eRHR-is avaldatud riigihanke aruandest, sõlmis hankija ainsa pakkumuse esitanud Ice Concept OÜ-ga, registrikood 12228895, jäähooldusmasina müügilepingu 11.12.2013.

Vastavalt riigihanke aruandes hankija poolt kajastatud andmeee ole sõlmitud hankelepingu kokkulepitud kestuseks 12 kuud (11.12.2013-11.12.2014), mis on ilmses vastuolus HT p-s II.3 ja HD p-s 4.2 ettenähtud hanketingimusega.

Rahandusministeeriumi hinnangul rikkus hankija, hanke alusdokumentidest erinevatel tingimustel hankelepingut sõlmides, riigihangete seadust. RHS § 4 lõige 2 sätestab, et hankija võib sõlmida hankelepingu üksnes riigihangete seaduses sätestatud tingimustel ja korras. Erinevalt sõlmitud hankelepingu muutmisest erandlikel asjaoludel (RHS § 69 lg-d 3-4) ei näe RHS ette võimalust, et hankija saaks enne hankelepingu sõlmimist muuta hanke alusdokumente või nende lahutamatuks osaks olevat hankelepingu projekti (vt. RKKKo 10.10.2014, nr 3-1-1-46-14, p 11.1). Avatud hankemenetluses ei tohi hankelepingu (projekti) kavandatud tingimused pärast pakkumuste esitamist ja enne hankelepingu sõlmimist muutuda. RHS § 36 lõige 1 võimaldab hanke alusdokumente muuta üksnes enne pakkumuste esitamise tähtpäeva. Pärast enam mitte.

Ühtlasi leiame, et hankelepingu sõlmimine hanke alusdokumentides, ennekõike hanketeates, ettenähtust oluliselt erinevatel tingimustel (oluliselt erineva kestusega: vrd. 3 kuud vs. 12 kuud) on RHS § 3 p-des 2 ja 3 sätestatud riigihanke üldpõhimõtteid (riigihanke läbipaistvus ja kontrollitavus ning isikute võrdne kohtlemine) rikkuv, olles seetõttu ühemõtteliselt lubamatu. Tagantjäre ei ole võimalik välistada, et hanke alusdokumentides ette nähtud pakkumuste esitamise tähtaeg ei mõjutanud mõnda hankes osalemisest potentsiaalselt huvitatud isikut pakkumuse esitamisest hoiduma või sellest loobuma. See tähendab, et juhul, kui lepingu täitmise tähtaeg hanke alusdokumendis oleks kattunud lepingu sõlmimisel kokku lepitud hankelepingu tegeliku kestusega, võinuks pakkujate ring ja sellest johtuvalt ka hanketulemus olla hoopis teistsugune.

Hankelepingu eseme piiritlemine ennekõike hanketeates on oluline seetõttu, et Euroopa Kohus on märkinud, et kui hanketeade on sõnastatud selgelt, annab see kõigile potentsiaalsetele, piisavalt arukatele, kogenud ning mõistlikult hoolsatele pakkujatele objektiivse võimaluse luua endale konkreetne ettekujutus teostatavatest töödest ja nende tegemise kohast (ja ajast) ning võimaluse koostada sellest lähtudes oma pakkumus (vt. Euroopa Kohtu 22.04.2010 otsus asjas nr C-423/07, p 58). Riigikohtu halduskolleegium on samuti rõhutanud hanketeates märgitu olulisust: „Läbi hanketeate aidatakse tagada hankemenetluse läbipaistvus ja pakkujate võrdne kohtlemine, kuna pakkujatele on juba ilma (mahuka) hankedokumentatsiooniga tutvumata teada, mida hankija nõuab nii pakkujat puudutava kvalifikatsiooni kui ka hankelepingu eseme osas“ (RKHKo 22.02.2012, nr 3-3-1-2-12, p 15.3).

Enne hankelepingu sõlmimist riigihanke alusdokumentides tehtavaid muudatusi on järelevalvepraktikas käsitletud ka keelatud läbirääkimiste pidamisena. Läbirääkimiste pidamine avatud hankemenetlusega riigihankes on seadusega keelatud (RHS § 58 lõige 3) ja nimetatud tegu on väärtegu RHS v.r § 111 lg 3 p 5 (RHS u.r § 111³ lg 1 alt 1) järgi. Avatud hankemenetluses võib hankija peale pakkumuste esitamist RHS § 56 lg 3 alusel nõuda üksnes pakkumuses esitatud teabe põhjendatud selgitamist, piiritlemist või täpsustamist. Pakkuja on kohustatud vastama kolme tööpäeva jooksul vastava nõude saamisest arvates. Seejuures igasugused muud tegevused või kokkulepped seoses esitatud pakkumustega hankija ja pakkujate vahel, mis ei ole RHS § 56 lõikega 3 reguleeritud ja mis on suunatud hankelepingu tingimuste muutmisele võrreldes HT-s, HD-s ja pakkumuses esitatud tingimustega, on keelatud.

vt. Enamlevinud rikkumiste näiteid riigihangete seaduse rakendamisel. Rahandusministeerium, 2011, lk 8: avaldatud E-Riigihangete infoportaalis.

Hankija kinnitusel enne lepingu sõlmimist edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkujaga lepingutingimuste üle läbirääkimisi ei peetud. Sealjuures jääb selgusetuks, kuidas võis hanke alusdokumentides ette nähtud hankelepingu kestus pikeneda 3-lt kuult 12-le ilma vastavate läbirääkimisteta. Siiski peame nentima, et läbiviidud kontrolli käigus ei leitud läbirääkimiste toimumise kohta kindlaid tõendeid. Eeltoodust hoolimata on tuvastatud, et hankelepingu sõlmimisel on hankija rikkunud riigihangete korraldamise nõudeid.

Euroopa Kohus on selgitanud, et kui hankija soovib mingil põhjusel pärast eduka pakkumuse väljavalmimist mõningaid hanketeate tingimusi muuta, peab ta selle (vastava detailse regulatsiooni) olema hanketeates sõnaselgelt sätestanud (Euroopa Kohtu otsus 29.04.2004 asjas C-496/99, p 118; samal seisukohal Riigikohtu halduskolleegium: RKHKo 12.10.2011, nr 3-3-1-31-11, p 21). Seega juhul, kui hankelepingu sõlmimine riigihanke alusdokumentides sisaldunud tingimustel muutub hankija jaoks objektiivsetel põhjustel vastuvõetamatuks, siis ainus õiguspärane alternatiiv hanketingimuste õigusvastasele muutmisele on hankija enda algatusel hankemenetluse kehtetuks tunnistamine RHS § 29 lg 3 p 6 alt 3 alusel (nt. TrtRKO 21.06.2010, nr 3-09-1297, p-d 12-14; VAKO 23.08.2013 otsus nr 193-13/139462, lk-d 6 ja 7).

Hankija on selgitanud kontrollijale riigihanke reeglite rikkumist järgmiselt: „Hankija rikkus seda punkti, kuna alguses ei teadnud sellest, et hanketeates esitatud tingimust (Hankelepingu täitmise tähtpäev on kolm kuud alates hankelepingu sõlmimisest) rohkem muuta ei saa. Jää-töötlemismasina ostmise eest Hankija saaks tasuda pärast Kohtla-Järve linna 2014. a eelarve kinnitamist, millest tulenevalt tekkis vajadus pikendada hankelepingu täitmise tähtaega.“ (vt. KJLV 17.10.2014 nr 2-5.1/2379-4, Lisa 1, lk 2, p 3).

Riigikohus on osundanud pakkumuse edukaks tunnistamise ja hankelepingu sõlmimise vahelisel ajal hanketingimuste muutmisega seoses, et RHS § 43 lg-st 2 tulenevalt peab pakkumus vastama hanketeates ja hankedokumentides sätestatud tingimustele. RHS § 47 kohaselt saab vastavaks tunnistada vaid hanketingimustele vastavaid pakkumusi. Võitja valitakse välja vastavaks tunnistatud pakkumuste hulgast (RHS § 50 lg 1 lause 1 ja lg 2 lause 2). Seega saab hankelepingu sõlmida vaid pakkujaga, kelle pakkumus vastab hankedokumentides kirjeldatud tingimustele. Kuigi hankelepingu sõlmimist reguleerivast RHS §-st 69 otseselt nõudeid lepingu sisule ei tulene, saab sätet tõlgendada vaid viisil, et hankeleping tuleb sõlmida samadel tingimustel, mis olid välja toodud hankedokumentides. Vastasel juhul muutuks hankemenetlus mõttetuks, sest raske on põhjendada, miks on tarvis läbi viia sellist menetlust, mille lõppedes võivad hankija ja pakkuja sõlmida hankelepingu, mille sisu ei kattu hankedokumentides ja pakkumustes kajastatuga (vt. RKKKo 10.10.2014, nr 3-1-1-46-14, p 11.2).

Seadusandja on siin lähtunud sellest, et hankeleping tuleb igal juhul sõlmida kooskõlas hankedokumentidega või jätta üldse sõlmimata. HD-st erineva sisuga lepingu sõlmimine ei ole ühelgi põhjusel seaduslik, sest hankelepingu sõlmimise kohta ei ole RHS § 69 lõikega 3 analoogset regulatsiooni, mis lubaks teatud erandjuhtudel sõlmida hankelepingu hankedokumentidest hälbiva sisuga. Kui edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkuja teatab, et hankijast mitte-olenevatel põhjustel ei ole tal võimalik hankelepingut sõlmida, on hankijal kohustus tunnistada edukaks hinna poolest järgmise pakkumuse, kui hindamiskriteeriumiks on madalaim hind (RHS § 53 lg 1 punkt 1). Kui muid konkureerivaid pakkumusi esitatud ei ole, ei ole lubatud hankelepingut sõlmida (RKKKo 10.10.2014, nr 3-1-1-46-14, p 11.3).

Seega, hankedokumentidest erineva sisuga hankelepingut sõlmides, rikkus hankija riigihangete teostamise nõudeid.

Eeltoodust tulenevalt vajab analüüsimist, kas tegemist võib olla RHS v.r § 111 lg 3 p-s 3 sätestatud vääriteoga. RHS v.r § 111 lg 3 p 3 järgi karistati riigihangete seaduses sätestatud nõudeid rikkudes toime pandud hankelepingu sõlmimise või muutmise eest (füüsilist isikut) rahatrahviga kuni 300 trahviühikut. KarS § 47 lg 1 lause 2 kohaselt on trahviühik rahatrahvi baassumma, mille suurus on neli eurot.

Juriidilise isiku vastutust ettenägev RHS v.r § 111 lg 4 ei ole antud juhul relevantne (KarS § 14 lg 3), ent see ei tähenda, et RHS v.r § 111 lõike 3 p 3 rikkumise eest ei võiks väärtekorras vastutav olla mõni Kohtla-Järve ametnik (füüsilise isikuna).

Riigikohtu kriminaalkolleegium on hiljuti ühes väärtetasjas selgitanud, et RHS v.r § 111 lõike 3 punkt 3 nägi ette karistuse hankelepingu sõlmimise (alt 1) või muutmise (alt 2) eest riigihangete seaduses sätestatud nõudeid rikkudes. RHS § 4 lg 1 kohaselt on hankeleping riigihanke tulemusena ühe või mitme hankija poolt ühe või mitme isikuga sõlmitud vastastikuste varaliste kohustustega leping, mille eesmärgiks on asjad, teenused või ehitustööd. Hankelepingule kohaldatakse õigusaktides vastava lepingu liigi kohta sätestatud. Võlaõigusseaduse (VÕS) § 9 lõike 1 kohaselt sõlmitakse leping pakkumuse esitamise ja sellele nõustumuse andmisega, samuti muul viisil vastastikuste tahteavalduste vahetamise teel, kui on piisavalt selge, et lepingupooled on saavutanud kokkuleppe.

Arvestades eeltoodut, seisneb hankelepingu sõlmimine hankija jaoks ühele esitatud pakkumustest nõustumuse andmises ega hõlma sellele eelnevaid hankemenetluse toiminguid. Seega saab isikut RHS v.r § 111 lõike 3 p 3 alt 1 alusel karistada üksnes nõustumuse andmise etapil toimepandud rikkumiste eest. Nii oleks RHS v.r § 111 lg 3 p 3 objektiivne koosseis täidetud näiteks juhtudel: (i) kui nõustumus hankelepingu sõlmimiseks antakse pakkujale, kelle pakkumust ei tunnustatud edukaks; (ii) kui hankelepingut ei sõlmita hanketeates või hankedokumentides (HD-s) sätestatud tingimustel või (iii) kui hankeleping sõlmitakse enne RHS § 69 lõikes 1 sätestatud kohustusliku ooteaja möödumist. Ümbersõnastatuna sätestab RHS v.r § 111 lõike 3 p 3 esimene alternatiiv karistuse hankelepingu sõlmimise nõuete rikkumise eest (vt. RKKKo 26.11.2013, nr 3-1-1-88-13, p 6).

Eelöeldut on Riigikohus kinnitanud ka hilisemas lahendis: RHS v.r § 111 lõike 3 p 3 objektiivne koosseis on täidetud muu hulgas ka siis, kui hankelepingut ei sõlmita hanketeates või hankedokumentides sätestatud tingimustel (vt. RKKKo 20.01.2014, nr 3-1-1-134-13, p 11.1).

Hankedokumentidest erinevatel tingimustel hankelepingu sõlmimise karistatavust ei välista ka 01. jaanuaril 2015. a. jõustunud seadusemuudatused [RT I, 12.07.2014, 1]. Ülal kirjeldatud tegu on jätkuvalt käsitletav väärtetasena. Seega oli hanke hankedokumentidest erinevatel tingimustel hankelepingu sõlmimine karistatav nii 2013. aastal kui on seda ka pärast 01.01.2015 (vrd. RKKKo 31.03.2008, nr 3-1-1-4-08, p 23).

Kontrollimise käigus selgunud asjaolude põhjal võtab Rahandusministeerium seisukoha väärtetasemenetluse alustamise suhtes, kogudes süüteokahtluse kontrollimiseks vajadusel täiendavaid tõendeid. Väärtetasemenetluse seadustiku (VTMS) §-i 59 kohaselt alustatakse väärtetasemenetlust esimese menetlustoiminguga. Väärtetasemenetluse alustamisest teatatakse hankijale eraldi.

Kontrollakti projektile 20.03.2015 esitatud vastuskirjas nr 2.5.22/559-1 märkis Hankija, et: „*Läbi viidud hankemenetluse korral riigihanke „Jäätöötlemismasina ostmise Kohtla-Järve Spordikeskuse jaoks” raames rikkus Hankija RHS § 37 lõiget 1, kuid rikkumine oli tingitud sellest, et Kohtla-Järve Linnavalitsuses toimusid sisesed personali ümber kujundamised, erinevatel aegadel riigihangete korraldamise ja riigihangete registri pidamise eest vastutasid erinevad töötajad, seoses sellega on tehtud vead ning Hankija enne hankelepingu sõlmimist ei pidanud lepingutingimuste üle läbirääkimisi Ice Concept OÜ-ga. Hankija alati püüab korraldada hankemenetlust vastavalt riigihangete seadusele.*“

Selguse huvides toome siiski välja, et käesolevas punktis on Hankijale ette heidetud hankelepingu sõlmimist hanke alusdokumentidest erinevatel tingimustel, mitte RHS § 37 lõikes 1 sätestatud riigihanke aruande esitamise tähtaja ületamist. Samuti tasuks Hankijal tähele panna, et riigihanke korraldamise nõuete rikkumine, mis seisneb avatud hankemenetluse või piiratud hankemenetluse käigus läbirääkimiste pidamises (RHS v.r § 111 lg 3 p 5 – RHS u.r § 111³ lg 1 alt 1), ning hankedokumentides ettenähtust erinevatel tingimustel hankelepingu sõlmimine (RHS v.r § 111 lg 3 p 3 – RHS u.r § 111³ lg 1 alt 2) on erinevad rikkumised. See tähendab, et isegi juhul, kui läbirääkimiste pidamine ei ole tuvastatud, võib kirjeldatud rikkumisele järgneda väärtetasemenetlus RHS u.r § 111³ lg 1 alt 2 alusel.

2.7. Kvalifitseerimistingimused

RHS § 39 lõige 1 sätestab, et hankija peab kontrollima, kas pakkuja või taotleja majanduslik ja finantsseisund ning tehniline ja kutsealane pädevus vastavad hanketeates esitatud kvalifitseerimise tingimustele. Kvalifitseerimise tingimused peavad olema piisavad pakkuja või taotleja hankelepingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks ning vastavad ja proportsionaalsed hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega.

Kvalifitseerimise tingimuste sätestamise eesmärgiks on tagada, et hankemenetluses osalejad on võimelised hankelepinguga võetavaid kohustusi täitma.

Riigikohus on selgitanud, et hankija poolt hankemenetluses kehtestataivate nõuete seas eristuvad selgelt hankelepingu esemele ning hankes osalevatele ettevõtjatele esitatavad nõuded. Pakkujate majandusliku ja finantsseisundi ning tehnilise ja kutsealase pädevuse (RHS § 39 lg 1) hindamisega seoses on seadusandja RHS §-des 39-42 piiritletud, milliste andmete ja dokumentide esitamist võib hankija nõuda (vt RKHKo 16.11.2011, nr 3-3-1-65-11, p 26). Eelöeldu tähendab, et pakkuja kvalifikatsiooni kontrollimiseks ei saa hankija nõuda pakkujalt seaduses otsesõnu nimetatud dokumentide esitamist.

Seega võib hankija seada hankes osalevate ettevõtjate ringile piiranguid vaid seaduses sätestatud juhtudel (vrd ka Euroopa Kohtu 16.12.2008 otsus asjas nr C-213/07, p-d 43-44).

RHS ei kirjuta hankijatele ette sisulisi kvalifitseerimistingimusi. RHS §-d 40-41 määratlevad, milliseid andmeid ning dokumente on hankijal üldse õigus pakkujalt kvalifikatsiooni kontrollimiseks küsida. Sisuliste kvalifitseerimistingimuste sõnastamisel on hankijatele jäetud avar kaalutusruum, mille teostamisel tuleb järgida RHS § 39 lg 1 lauses 2 sätestatud (vastavus ja proportsionaalsus) ning riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid.

Oluline, et hanketeates oleks sõnaselgelt ette nähtud, millise konkreetse dokumendiga soovib hankija kontrollida pakkuja puhul sisulise kvalifitseerimistingimuse täitmist. Riigikohtu halduskollegium on osundanud, et riigihanke läbipaistvuse (RHS § 3 p 2) põhimõttega oleks vastuolus see, kui pakkuja peab sisulistest kvalifitseerimistingimustest asuma tuletama temalt nõutavaid dokumente ja andmeid (RKHKo 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13, p 38).

Kvalifitseerimise tingimuste sisu, maht ja ulatus on derivatiivses sõltuvuses RHS §-des 40 ja 41 toodud andmete ja dokumentide loetelust. Hankija ei saa seada kvalifitseerimistingimusi, mida ei ole RHS-is nimetatud dokumentide põhjal võimalik objektiivselt kontrollida või nõuda pakkujalt esitada dokumente, mille põhjal on sisulise kvalifitseerimistingimuse täitmise kontrollimine võimalik.

RHS § 18² lg 4 lubab hankijal lähtuda lihthankes kvalifitseerimistingimuste kehtestamisel RHS §-des 39-41 sätestatust.⁷

2.7.1. Ebaproportsionaalne käibenõue

Rahandusministeeriumi hinnangul on hankija eksinud RHS § 39 lg 1 lauses 2 sätestatud nõude vastu, mille kohaselt kvalifitseerimise tingimused peavad olema vastavad ja proportsionaalsed hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega.

⁷ Riigihangete vaidlustuskomisjon (VAKO) leidis 11.07.2013 otsuse nr 151-13/143733 p-s 8, et: „Põhimõtteliselt on lihthanke läbiviimisel võimalik see, et hankija pakkujate kvalifitseerimise tingimusi üldse ei kehtesta ja seega ka kvalifikatsiooni ei kontrolli. Kuid antud juhul on Hankija HT-s kvalifitseerimise tingimused kehtestanud ja sellest tulenevalt tuli Hankijal pakkujate kvalifikatsiooni kontrollimisel lähtuda RHS §-des 39-41 sätestatust.“ – arvutivõrgus kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee/register/hange/143733> (07.01.2015)

Asjade lihthanges "Soojusmooturite hankimine" (viitenumber: 147802) kehtestas hankija pakkuja majanduslikule ja finantsseisundile kvalifitseerimise nõude, mille järgi pakkuja viimase majandusaasta netokäive hankelepingu esemele vastavas osas peab olema vähemalt 2 000 000 eurot (vt lihthanketeate p III.2.2). Kuna RHS § 16 lg-test 1-2, § 15 lg-st 3 ja § 15 lg 1 p-st 2 tulenevalt jääb RHS § 10 lg 1 p-s 2 nimetatud hankija lihthanke korraldamise kohustuse maksumuse piirmäär vahemikku 10 000 eurot (koos käibemaksuga 12 000 eurot) kuni 39 999,99 eurot (km-ta), ei saanud hankelepingu eeldatav maksumus ületada viimati märgitud rahasummat. Hankelepingu kestuseks oli kavandatud kuni kaks (2) kuud. Sõlmitud hankelepingu maksumuseks kujunes 11 652,00 eurot (km-ta). Seega on ilmselge, et HT p-s III.2.2 kehtestatud aastane käibenõue ei olnud proportsionaalne hankelepingu esemeks olevate asjade olemuse, koguse ja otstarbega. Hankija nõustus läbi viidud kontrolli käigus, et nimetatud tingimus ei olnud proportsionaalne, selgitades, et tegemist oli tähelepanematuses tingitud veaga.

Teenuste lihthanges "Kohtla-Järve Kultuurikeskuse rekonstrueerimise projektijuhtimise teenus" (viitenumber: 144859) kehtestas hankija pakkuja majanduslikule ja finantsseisundile kvalifitseerimise nõude, mille järgi pakkuja 2010-2012 majandusaastate keskmine netokäive pidi olema ilma käibemaksuta vähemalt 150 000 eurot aastas (vt lihthanketeate p III.2.2).

Kuna RHS § 16 lg-test 1-2, § 15 lg-st 3 ja § 15 lg 1 p-st 2 tulenevalt jääb RHS § 10 lg 1 p-s 2 nimetatud hankija lihthanke korraldamise kohustuse maksumuse piirmäär vahemikku 10 000 eurot (koos käibemaksuga 12 000 eurot) kuni 39 999,99 eurot (km-ta), ei saanud teenuste hankelepingu eeldatav maksumus ületada viimati märgitud rahasummat.

Hankelepingu kestuseks oli kavandatud 26 kuud. Sõlmitud hankelepingu maksumuseks kujunes 26 400,00 eurot (ilma km-ta). Hankija on seisukohal, et kõrge käibenõue on põhjendatav eelkõige asjaoluga, et tegemist on olulise muinsuskaitse objektiga ning riigihankele oodati pakkumusi vastava kvaliteeditasemega ettevõtjatelt.

Rahandusministeerium hankija seisukohaga ei nõustu, sest pakkuja majandusliku ja finantsseisundi kontrollimise eesmärgiks ei ole veenduda pakkuja tehnilises ja kutsealases pädevuses, vaid tema võimes teha hankelepingust tulenevate kohustuste täitmiseks vajalikke rahalisi kulutusi. Ka vaidlustuskomisjoni praktikas on leitud, et pakkujate või taotlejate majandusliku ja finantsseisundi kontrollimise eesmärgiks on tagada, et isik oleks võimeline tehtavaid töid sellises mahus majanduslikult juhtima ning finantseerima. Pakkujate kvalifikatsiooni kontrollimise eesmärgiks on pakkujate eeldatava sisulise võimekuse tuvastamine kavandatava hankelepingu täitmiseks (nt. VAKO 30.10.2008, nr 134-08/108402, p. 3.3).

Aastast käibenõuet (150 000 eurot), mis ületab aastast hankelepingu maksumust (ca 12 000 eurot) enam kui kümme korda, ei saa aga pidada proportsionaalseks hankelepingu esemeks oleva teenuse olemuse, koguse ja otstarbega.

Teenuste lihthanges "Kohtla-Järve Kultuurikeskuse ehitustööde omanikujärelevalve ja muinsuskaitseline järelevalve" (viitenumber: 144870) kehtestas hankija pakkuja majanduslikule ja finantsseisundile kvalifitseerimise nõude, mille järgi pakkuja viimase kolme (3) majandusaasta 2010-2012 keskmine netokäive pidi olema vähemalt 200 000,00 eurot aastas ja summaarne vähemalt 600 000,00 eurot kolme aasta kohta (vt lihthanketeate p III.2.2). Kuna RHS § 16 lg-test 1-2, § 15 lg-st 3 ja RHS § 15 lg 1 p-st 2 tulenevalt jääb RHS § 10 lg 1 p-s 2 nimetatud hankija lihthanke korraldamise kohustuse maksumuse piirmäär vahemikku 10 000 eurot (koos käibemaksuga 12 000 eurot) kuni 39 999,99 eurot (km-ta), ei saanud teenuste hankelepingu eeldatav maksumus ületada viimati märgitud rahasummat.

Hankelepingu kestuseks oli kavandatud 26 kuud. Sõlmitud hankelepingu maksumuseks kujunes 13 900,00 eurot (ilma km-ta). Hankija on seisukohal, et kõrge käibenõue on põhjendatav eelkõige asjaoluga, et tegemist on olulise muinsuskaitse objektiga ning riigihankele oodati pakkumusi vastava kvaliteeditasemega ettevõtjatelt.

Rahandusministeerium hankija seisukohaga ei nõustu, sest pakkuja majandusliku ja finantsseisundi kontrollimise eesmärgiks ei ole veenduda pakkuja tehnilises ja kutsealases pädevuses, vaid tema

võimes teha hankelepingust tulenevate kohustuste täitmiseks vajalikke rahalisi kulutusi. Ka vaidlustuskomisjoni praktikas on leitud, et pakkujate või taotlejate majandusliku ja finantsseisundi kontrollimise eesmärgiks on tagada, et isik oleks võimeline tehtavaid töid sellises mahus majanduslikult juhtima ning finantseerima. Pakkujate kvalifikatsiooni kontrollimise eesmärgiks on pakkujate eeldatava sisulise võimekuse tuvastamine kavandatava hankelepingu täitmiseks. Tehnilise kompetentsi hindamine hankelepingu esemele vastavat liiki tegevusteks on eelkõige tehnilise ja kutsealase pädevuse kontrollimise eesmärgiks (nt. VAKO 30.10.2008, nr 134-08/108402, p. 3.3).

Aastast käibenõuet (200 000 eurot), mis ületab aastast hankelepingu maksumust (ca 6 400 eurot) enam kui kolmkümmend korda, ei saa kuidagi pidada proportsionaalseks hankelepingu esemeks oleva teenuse olemuse, koguse ja otstarbega.

Arvestades proportsionaalse käibenõude kehtestamisel üleskerkinud probleeme, peame vajalikuks juhtida hankija tähelepanu asjaomasele kohtupraktikale. Tallinna Ringkonnakohus on tsiviilasjas nr 3-08-1994 selgitanud, et RHS § 39 lg 1 teisest lausest ja § 3 p-st 3 tuleneb, et kvalifitseerimistingimus peab olema proportsionaalne oma eesmärgi suhtes ja ei tohi olla ebaproportsionaalselt range põhjendamatute takistuste tegemisel.

Meetme proportsionaalsust hinnatakse ka kohasuse ja vajalikkuse kriteeriumi abil. Tingimus on kohane, kui sellele vastavus väljendab pakkuja võimet lepingut nõuetekohaselt täita. Tingimus on vajalik, kui pakkuja võimet lepingut nõuetekohaselt täita ei ole võimalik sama veenvalt tõendada leebema tingimuse abil (TlnRKO 22.12.2008, nr 3-08-1994).

Tingimuste õiguspärasuse üle otsustamisel tuleb hinnata, kas see tingimus on eeldatavalt (i) asjakohane, (ii) piisav ja (iii) paras, et kõik sellele vastavad isikud võiks eelduslikult olla võimelised lepingut täitma ja nende isikute ring ei oleks põhjendamatult kitsendatud. Tingimust võib pidada õigusvastaseks, kui see ei ole oma mahu või olemuse tõttu hankelepingu täitmise võime eeldusena vajalik või ei anna piisavat teavet pakkuja võimekuse kohta.

Kirjeldatud olukorraga on tegemist ka juhul, kui tingimustele mittevastavad isikud on eelduslikult võimelised hankelepingut täitma, sest sellisel juhul kitsendaks tingimus potentsiaalsete hanke-menetluses osalejate ringi põhjendamatult.

2.7.2. Varasemate hankelepingute nõue

RHS § 39 lg 5 sätestab, et hankija ei või jätta pakkujat või taotlejat kvalifitseerimata põhjusel, et tal puuduvad varasemad hankelepingud RHS §-i 4 tähenduses. RHS § 4 lg-st 1 tuleneb omakorda, et reeglina on hankelepinguteks kõik hankija (RHS § 10) poolt sõlmitud vastastikuste varaliste kohustustega lepingud, mille esemeks on asjad, teenused või ehitustööd.

Avatud hankemenetlusega asjade riigihankes "Kütteõli ostmine Kukruse katlamaja jaoks" (viite-number: 145280) kehtestas hankija pakkuja tehnilisele ja kutsealasele pädevusele kvalifitseerimise nõude, mille järgi pakkuja pidi olema teostanud viimasel kolmel majandusaastal (2010, 2011, 2012) hankelepingu esemega sarnaseid töid riigi- ja kohaliku omavalitsuse asutustele kogumaksumusega vähemalt 128 000 EUR.

Pakkujatel tuli esitada viimase kolme aasta jooksul (2010-2012) teostatud põlevkivikütteõli hankelepingute nimekiri koos nende maksumuse, sõlmimise kuupäevade ja infoga teiste lepingu-poolte kohta (vt HT p III.2.3)2). Nimetatud riigihanke esemeks oli tehnilisele kirjeldusele vastava kütteõli otsetarne koos transpordi ja ladustamisega hankija mahutitesse Kukruse (Kohtla-Järve linn, Kukruse linnaosa, Õnne 20) katlamaja kütteks (HT p II.1.5).

Eeltoodust tuleneb, et hankija seadis pakkuja kvalifitseerimise tingimuseks, et ettevõtja oleks varasemalt täitnud riigihankeesemele vastavas osas hankelepinguid. Kusjuures kvalifitseerimise tingimusele vastamiseks ei oleks piisanud hankelepingust näiteks RHS § 10 lõikes 2 (riigi- või munitsipaaläriühing) või RHS § 10 lg-s 3 (võrgustikusektori ettevõtja) nimetatud hankijatega, sest hanketeates nõuti põlevkivikütteõli hankelepingud kitsalt RHS § 10 lg 1 p-des 1-2 nimetatud hankijatega – riigi- ja kohaliku omavalitsuse asutustega.

Seepärast pakkuja, kelle referentsid oleksid mahu, koguse ja olemuse poolest vastanud riigihanke objektile, ei oleks kvalifitseerunud üksnes seetõttu, et referentskogemus on omandatud kas riigihankeväliselt erasektorile kaupu müües või on põlevkivikutet tarnitud küll hankelepingute alusel, kuid teist liiki hankijatele kui RHS § 10 lg 1 p-des 1-2 nimetatud.

RHS § 41 lõike 1 punkti 2 kohaselt pakkuja tehnilise ja kutsealase pädevuse kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kontrollimiseks võib hankija nõuda hanketeates, vastavalt hankelepingu alusel ostetavate asjade olemusele, kogusele ja kasutusviisile olulisemate, kuni viimase kolme aasta jooksul täidetud hankija poolt määratletud tunnustele vastavate asjade müügilepingute nimekirja esitamist lepingute sõlmimise kuupäevade ja infoga teiste lepingupoolte kohta.

Siiski peavad kõik hankija kehtestatud kvalifitseerimise tingimused olema kooskõlas RHS §-s 39 ettenähtuga. Kvalifitseerimise tingimused, nagu ka muud hankija otsused ja toimingud riigihankes, ei tohi olla meelevaldsed. Lisaks riigihankeõigusest tulenevatele piirangutele on hankija (ka) riigihangete korraldamisel seotud õiguse üldpõhimõtete ja hea halduse põhimõttega (vt. RKHKo 15.03. 2006, nr 3-3-1-5-06, p 15).

Rahandusministeeriumi hinnangul on riigihankes "Kütteõli ostmine Kukruse katlamaja jaoks" (viitenumber: 145280) rakendatud kvalifitseerimise tingimus (HT p. III.2.3)2) vastuolus RHS § 39 lg-ga 5 ja RHS § 3 p-ga 3 nende koostoimes, sest see ei võimalda kvalifitseerida pakkujat, kelle referentskogemus vastab riigihanke objektile, kuid kelle varasemateks lepingupartneriteks olid RHS § 10 lg 1 p-des 1 ja 2 nimetatud isikud.

Juhime tähelepanu riigihangete vaidlustuskomisjoni praktikale, milles on leitud, et RHS § 39 lg 5, koosmõjus sama paragrahvi lõikega 1, keelab jätta kvalifitseerimata pakkuja või taotleja, kellel on kvalifitseerimise tingimustele vastav kogemus, kuid see kogemus ei ole saanud riigihangete tulemusel sõlmitud lepingute e. hankelepingute täitmisel (VAKO 15.04.2014, nr 67-14/150347, p 9). Seega puudus hankijal mõistlik põhjus ja seaduslik alus nõuda, et pakkuja oleks varasemad sarnased müügilepingud (põlevkivikütteõli tarnelepingud) täitnud hankelepingu alusel riigi- või omavalitsusasutusele.

2.8. Riigihanke osadeks jaotamine

Menetlusreeglid ehk see, kas hankija peab korraldama lihthanke, hankemenetluse või mitte (RHS § 16 lg-d 1-2), sõltub hankelepingu eeldatavast maksumusest. Hankelepingu eeldatava maksumuse määramise reeglid on sätestatud RHS §-des 20-22, samuti tuleb arvestada RHS §-s 23 sätestatud riigihanke osadeks jaotamise reeglitega.

Riigihanke õigusvastane osadeks jaotamine tähendab, et ühe riigihanke läbiviimiseks (kokkukuuluvate asjade ostmiseks või olemuslikult kokkukuuluvate teenuste ja ehitustööde tellimiseks) sõlmitakse enam kui üks leping ning riigihanke eeldatava maksumuse määramisel arvestatakse nende lepingute maksumust eraldi ning selle tulemusel eirab hankija RHS-i nõudeid või ei täida antud hankemenetluse käigus suurema maksumusega lepingutele kehtivaid menetluseeskirju. Sellest tulenevalt tähendab hankelepingute osadeks jaotamine rikkumist, kui hankija ei ole eeldatava maksumuse arvutamisel liitnud (kokkukuuluvate) lepingute maksumusi.⁸

⁸ E-riigihangete infoportaalil avaldatud kohandatud tõlkematerjal „Riigihangete osadeks jaotamisest“ – arvutivõrgus kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee/register/hange/143733> (07.01.2015)

Originaaltekst (ingl. k): Guideline of the (Hungarian) Public Procurement Authority on the enforcement of the prohibition on the splitting of public procurements. Public Procurement Bulletin, nr 141/2013, 29.11.2013. – arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.kozbeszerzes.hu/mutat/1438/> (07.01.2015)

Riigihanke (õigusvastase) osadeks jaotamise keelu rikkumiseks võidakse lugeda ka olukorda, kus hankija käitumises subjektiivset kavatsust või eesmärki seadust eirata ei tuvastatagi (vt. Euroopa Kohtu 15.03.2012 otsus asjas nr C-574/10, p 49).

Riigihanke osadeks jaotamine ei ole keelatud, kuid hankija peab osadeks jaotamisel järgima RHS §-s 23 sätestatud. Hankija ei või jaotada riigihanget osadeks riigihangete seaduses riigihanke teostamiseks kehtestatud korra või nõuete eiramiseks, eriti kui hankelepingu esemeks on funktsionaalselt koos toimivad või sama eesmärgi saavutamiseks vajalikud asjad, teenused või ehitustööd. Seega on riigihanke osadeks jaotamisega tegemist siis, kui hankija tellib või ostab (formaalselt) eraldi korraldatavate riigihangetega funktsionaalselt koos toimivaid või sama eesmärgi saavutamiseks vajalikke asju, teenuseid või ehitustöid.

RHS § 24 alusel võib riigihanke osadeks jaotamine toimuda ka ühe hankemenetluse raames. Osadeks jaotamine on õiguspärane tingimusel, et riigihanke iga osa kohta hankelepingu sõlmimisel on hankija kohaldanud kõigi osade summeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmisele kohaldatavat korda.

Rahandusministeerium on selgitanud, et niinimetatud suvaline hangete osadeks jagamine on vastuolus riigihankedirektiivi (2004/18/EÜ) kasuliku mõjuga.

Sellega kaasneks nimelt sageli kunstlik piirmääradest allapoole jäämine, millega piiratakse riigihangete seaduse ning direktiivi kohaldamisala. Euroopa Kohus rõhutab väljakujunenud kohtupraktikas hankedirektiivide tähtsust teenuste vabale liikumisele ja ausale konkurentsile Euroopa Liidu tasandil. Riigihangete meelevaldne ja tarbetu „tükeldamine” õõnestaks neid eesmärke.⁹

Seega vastamaks küsimusele, kas hankija peab lähtuma menetlusliigi valikul kõigi riigihankeosade summeritud maksumusest, tuleb sisuliste kriteeriumide põhjal tuvastada, kas kõnealuste hangete puhul on tegelikult tegemist ühe ühtse hankega.

Ühtsele hankele viitavad asjaolud võivad muu hulgas olla järgmised: riigihangete üheaegne (ajaliselt lähestikku langev) alustamine, hanke alusdokumentide sarnasus, hangete toimumise geograafilise koha ühtsus ja üheainsa hankija olemasolu. Riigihanke jagamine osadeks peaks põhinema faktilistel majanduslikel või tehnilistel asjaoludel, mida hankija peab vajaduse korral tõendama.

2.8.1. **Paljundus- ja printimistarvikud, sh. toonereid**

Kontrolli käigus leidis tuvastamist, et 2013. aastal on hankija tellinud erinevatelt ettevõtjatelt üksikostudena paljundus- ja printimistarvikuid, sh. toonereid, lihthanke piirmääradele (asjad ja teenused alates 10 000 eurost, kuid alla 40 000 euro) vastavas summas selleks eelnevalt lihthanget RHS §-s 18² ette nähtud korras korraldamata.

Nõnda osteti aasta jooksul Cyber Service OÜ-lt, reg. 11689811, paljundus- ja printimistarvikuid, sh. toonereid, kogusummas 12 890,47 eurot (käibemaksuta). Maksed olid teostatud 19 erineva arve alusel selliselt, et ükski neist ei ületanud 1 800 eurot.

Lisaks osteti samal perioodil Esttoner OÜ-lt, reg. 12309458, paljundus- ja printimistarvikuid, sh. toonereid, kogusummas 15 076,48 eurot (käibemaksuta). Maksed olid teostatud 9 erineva arve alusel selliselt, et ükski neist ei ületanud 2 000 eurot.

⁹ vt. E-riigihangete infoportaal. KKK: Riigihanke piirmäärad ja eeldatav maksumus. – arvutivõrgus kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/riigihanke-piirmaarad-ja-eeldatav-maksumus> (07.01.2015)

Ülaltoodule lisaks on hankija ostnud kontrollitaval perioodil paljundus- ja printimistarvikuid, sh. toonereid, veel ka Hantarexi Valduse AS-ilt, reg. 10115626, summas 1566,42 eurot (käibemaksuga) ning Tahmamees OÜ-lt, reg. 12252089, summas 510,00 eurot (käibemaksuga).

Seega on tuvastatud, et hankija ostis perioodil 01.01.2013-31.12.2013 paljundus- ja printimistarvikuid, sh. toonereid, erinevatelt ettevõtjatelt kogusummas 30 043,37 eurot, millest käibemaksuta summa moodustab 29 697,30 eurot.

Hankijaei ole nimetatud soetuste maksumusi akuutse menetlusreeglitiku kindlaksmääramiseks eelnevalt summeerinud ja on lähtunud iga üksiku tehingu maksumusest eraldivõetuna. Kuna iga üksiku soetuse rahaline suurus on jäänud alla 2 000 euro, ei ole hankija pidanud vajalikuks juhendada paljundus- ja printimistarvikute, sh. toonerite, ostmisel ka Hankekorras ette nähtud väikehanke regulatsioonist. Hankekorra § 10 lõike 1 punkti 1 kohaselt algab väikehanke kohustus asjade ostmisel ja teenuste tellimisel 2 000 eurost. Vastavalt asutusesisese Hankekorra § 11 lõikes 5 sätestatule, alla väikehanke piirmäära jääva maksumusega asjade ostmisel ja teenuste ning ehitustööde tellimisel teeb hankija hinnapäringu mitmele pakkujale, valides soodsama pakkumuse.

Hankija sõnul ei ole paljundus- ja printimistarvikute, sealhulgas toonerite, ostmisel pakkumuste paljusust tagatud.

Kontrollkäigu ajal hankija poolt antud seletuse kohaselt on paljundus- ja printimistarvikute, sh. toonerite, ostmine korraldatud selliselt, et müüja valiku üle otsustab linnakantselei arvutispetsialist iseseisvalt.

Ostude tegemist eelistatult Cyber Service OÜ-lt ja Esttoner OÜ-lt on põhjendatud sellega, et väidetavalt pakuvad nimetatud ettevõtjad oma toodetele teistest pikemat müügijärgset garantiiperioodi (hankijaselgitas 18.11.2014 kirjalikult, et: „Kohtla-Järve Linnavalitsus ei korraldanud riigihanget ega ostis igasugused tarvikud ja toonerid nendest firmadest, kuna firmad pakuvad 4 aastat garantiit“).

Rahandusministeeriumi hinnangul ei ole hankija poolt kirjeldatud paljundus- ja printimistarvikute, sh. toonerite, ostmise korraldus piisav tagamaks RHS § 23 lg-tes 1 ja 2 sätestatust kinnipidamist. Hankijal puudub ülevaade nn kääbusostudest, mis omakorda on tinginud riigihanke õigusvastase osadeks jaotamise ning ühes sellega lihthanke korraldamata jätmise.

Kordame ülaltoodud Euroopa Kohtu seisukohta, et riigihanke osadeks jaotamine, kui ei ole arvestatud samaliigiliste või kokkukuuluvate ostude kogumaksumusega, on seadusvastane ja lubamatu olenemata sellest, milline oli hankija subjektiivne kavatsus või eesmärk (Euroopa Kohtu 15.03.2012 otsus asjas nr C-574/10, p 49).

Hankija käitumine on olnud objektiivselt õigusvastane ja vähemalt hooletu. Samaliigiliste ja perioodiliselt korduvate asjade ostmise vajadus pidi olema hankija jaoks mõistlikult ettenähtav juba tuleva aasta eelarve koostamisel. Tuvastatud rikkumine viitab tõsistele puudujääkidele juba riigihangete planeerimise etapis. Rahandusministeerium on väljendanud toetust¹⁰ Riigikontrolli antud soovitusetele, mis suunab hankijaid pöörama tähelepanu hangete planeerimise ja eelarvestamise protsesside seostamisele.¹¹

¹⁰ Hankekordade analüüs: näiteid heast ja halvast hankepraktikast. RaM, 2014, lk 18, p 3.1. – arvutivõrgus kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/analuusid1> (08.01.2015)

¹¹ „Riigikontroll peab riigihangete seaduse kõige suuremaks rikkumiseks üle piirmäära hangete tegemata jätmist, sest sellisel juhul rikutakse kõiki riigihangete üldpõhimõtteid. Tihti on selliste eksimuste põhjuseks teadmatus, milliseid soetusi tuleks riigihangete seaduses ette nähtud korras menetleda, või ülevaate puudumine, mis mahus

Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiivi 2004/18/EÜ art 9 p 3 ning RHS § 23 lg-te 1-2 järgi ei tohi hankija jaotada riigihanget osadeks, kui osadeks jaotatud riigihanke iga osa kohta hankelepingu sõlmimisel ei kohaldata kõikide osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimisele ettenähtud korda.

RHS § 23 lõikes 2 sätestatu kujutab endast hanke-lepingute osadeks jaotamise keelu, mis on kehtestatud RHS § 23 lg-s 1, peegelpilti.

Ümbersõnastatuna, kui samaliigilisi asju ostetakse ositi, siis üldjuhul tuleb eeldatava maksumuse arvutamisel kõigi ositi ostetavate asjade maksumused liita ning igale ositi ostetavale asjale kohaldatavad eeskirjad peavad olema määratletud kooskõlas nende summeeritud eeldatava maksumusega.

Vastavalt Euroopa Kohtu kohtupraktikale ei või hankija eelarve planeerimisega seotud mistahes põhjused ohustada riigihanke ühefunktsionaalset olemust. Euroopa Kohus on osundanud, et ühe kokkukuuluva riigihankelepingu olemasolu hindamiseks peab kohaldama ehitustöödele kehtivaid ühe majandusliku ja tehnilise funktsiooni kriteeriume ka teiste valdkondade korral (vt Euroopa Kohtu 15.03.2012 otsus asjas nr C-574/10, p 41).

Nt. asjade ostmise korral saab ühe ja sama majandusliku ning tehnilise funktsiooni kindlaks teha selle järgi, et asjadel on sama otstarve ning need on ka sisult sarnased või täidavad oma funktsiooni kui koos toimivad ja omavahel seotud osad. Sarnased asjad on sellised, mida kavatsetakse kasutada samal või sarnasel otstarbel, näiteks erinevad toiduained või kontori-mööbel.¹²

Rahandusministeeriumi hinnangul ei esinenud paljundus- ja printimistarvikute, sh. toonerite, ostmisel erandlikke asjaolusid, mis oleksid võimaldanud vaadelda kõnealuseid samaliigilisi oste mittedummeeritavatena. Hankija rikkus lihthanget korraldamata jättes RHS § 23 lg-d 1-2, § 21 lg 2 p-i 1, § 15 lg-t 3, § 16 lg-t 1 ja §-i 18² nende koostoides.

Asjaolude kogumi markeerimiseks toome täiendavalt välja, et Esttoner OÜ ainsaks osanikuks on füüsiline isik, kes on ühtlasi ka Cyber Service OÜ ainuosanikuks.

Kontrollitaval perioodil moodustas hankija ning Cyber Service OÜ vahel toimunud kõigi tehingute rahaline maht 37 623,48 eurot ning Esttoner OÜ ja hankija vahel toimunud kõigi tehingute maht 19 421,14 eurot.

Tähelepanuväärne, et hankija lepingupartnerid Cyber Service OÜ ning Esttoner OÜ ei ole kumbki käibemaksukohustuslasena registreeritud, kuigi käibemaksuseaduse (KMS) § 19 lg 1 kohaselt, kui isiku tehtavate tehingute maksustatav käive ületab kalendriaasta algusest arvates 16 000 eurot, tekib tal nimetatud suuruses käibe tekkimise päevast kohustus end maksukohustuslasena registreerida.

Hindamaks hankija ning Cyber Service OÜ ja Esttoner OÜ vaheliste tehingute kooskõla maksuseaduse sätetega on Rahandusministeerium edastanud vastava teabe riiklike maksude maksuhaldurile.

soetusi äriühingutes või sihtasutustes tehakse. Riigikontrolli kogemuse põhjal on selliste eksimuste põhjuseks tavaliselt eelarvestamise ja hankeprotsessi ebapiisav seostamine.“

vt. Riigikontrolli 05.02.2013 auditoriaruanne „Riigihangete korraldamine riigi valitseva mõju all olevates äriühingutes ja riigi asutatud sihtasutustes“, lk 4 – arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.riigikontroll.ee/tabid/206/Audit/2273/Area/18/language/et-EE/Default.aspx> (08.01.2015)

¹² E-riigihangete infoportaalil avaldatud kohandatud tõlkematerjal „Riigihangete osadeks jaotamisest“, lk-d 2 ja 3 – arvutivõrgus kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee/register/hange/143733> (07.01.2015)

2.8.2. **Endise koolihoone (Spordi tn. 2) ehitustööd ("Cool Bricks")**

Perioodil 01.07.2013-16.12.2013 osales Kohtla-Järve Linnavalitsus toetust saava partnerina Läänemere piirkonna programmi (The Baltic Sea Region Programme 2007-2013) projektis "COOL Bricks" – "Climate Change, Cultural Heritage & Energy Efficient Monuments".¹³

Tegemist oli innovatsioonivaldkonna projektiga, mis oli suunatud miljööväärtuslike telliskivihoonete energiatarbimise vähendamiseks tehniliste nõuete väljatöötamisele ja mida rahastati Euroopa Regionaalarengu Fondi (ERDF) vahenditest.¹⁴

Ülalnimetatud projekti raames teostati muu hulgas järgmisi tegevusi (telliti ehitustöid):

- (a) Endise koolihoone aadressil Spordi 2, Kohtla-Järve spordisaali akende restaureerimine (vt. RH: 145394, Scandec Ehitus OÜ, hankelepingu täitmise tähtpäev 11.11.2013, hankelepingu maksumus 42 209,10 eurot km-ta);
- (b) Energiasäästliku valgustuse paigaldamine endise koolihoone aadressil Spordi 2, Kohtla-Järve spordisaali (vt. 06.11.2013 teade nr. 81 hankija veebilehel, Elektro-Sistem AS, hankelepingu täitmise tähtpäev 05.12.2013, hankelepingu maksumus 3 937,50 eurot km-ta);
- (c) Endise koolihoone aadressil Spordi 2, Kohtla-Järve testruumi osaline remont peale uuringuid (vt. 06.11.2013 teade nr. 82 hankija veebilehel, Scandec Ehitus OÜ, hankelepingu täitmise tähtpäev 05.12.2013, hankelepingu maksumus 2 065,27 eurot km-ta);

Projekti raames tellitud ehitustööde (RHS § 4 lõike 3 tähenduses ehitustööde hankelepingute) maksumusi hankija ei summeerinud.

Hankija lähtus hankelepingute sõlmimisele kohalduva menetluskorra kindlaksmääramisel iga hankelepingu puhul selle eraldi võetud maksumusest, arvestamata RHS § 23 lg-tes 1 ja 2 ette nähtud osadeks jaotamise regulatsiooni. See tähendab, et hankija ei kohaldanud kõnealuse projekti raames tellitud ehitustööde hankelepingute sõlmimisel kõigi osade (hankelepingute) summeeritud eeldatavast maksumusest lähtuvat korda.

RHS § 23 lõiked 1 ja 2 sätestavad, et hankija ei või jaotada riigihanget osadeks RHS-is riigihanke teostamiseks kehtestatud korra või nõuete eiramiseks, eriti kui hankelepingu esemeks on funktsionaalselt koos toimivad või sama eesmärgi saavutamiseks vajalikud ehitustööd. Osadeks jaotatud riigihanke iga osa kohta hankelepingu sõlmimisel tuleb kohaldada kõigi osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimisele kohaldatavat korda.

Kohtupraktikas on lisaks muudele aspektidele toodud välja, et riigihanke kokkukuuluvuse määramisel võivad olla relevantsed järgmised kriteeriumid: (i) üks majanduslik või tehniline funktsioon; (ii) ajaline korrelatsioon ja muud lisaargumendid.

Euroopa Kohus on asunud kohtuasjas C-16/98 seisukohale, et üks ning seesama majanduslik ja tehniline funktsioon on reeglina otsustavaks kriteeriumiks ühe kokkukuuluva ehitustööde hankelepingu määramisel (vt. Euroopa Kohtu 05.10.2000 otsus asjas nr C-16/98, p 36).

¹³ vt. Projekti „COOL Bricks“ kirjeldust ja partnerite andmeid. – arvutivõrgus kättesaadav: http://eu.baltic.net/Project_Database.5308.html?&contentid=63&contentaction=single (09.01.2015) <http://www.co2olbricks.eu/index.php?id=59> (09.01.2015)

¹⁴ Läänemere piirkonna programm. Meetme kirjeldus. – arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.siseministeerium.ee/2007-2013-laanemere-2/> (09.01.2015)

Üldkohus selgitas kohtuasjas T-384/10, et erinevaid töid saaks kvalifitseerida (üheks) ehitustööks, piisab, kui need täidavad sama majanduslikku või tehnilist ülesannet. Majandusliku ja tehnilise identsuse tuvastamine on seega alternatiivne, mitte kumulatiivne (vt. Euroopa Liidu Üldkohtu 23.05.2013 otsus asjas nr T-384/10, p 68; Euroopa Kohtu 27.10.2005 otsus asjades nr C-187/04 ja nr C-188/04, p 29).

Seetõttu on asjakohane hinnata, kas vormiliselt erinevates hankelepingutes sisalduvatel ehitustöödel on seesama majanduslik ja/või tehniline funktsioon.

Kooskõlas väljakujunenud kohtupraktikaga viitavad ehitustööde kokkukuuluvusele ennekõike järgmised indikaatorid:

- (I) sama majanduslik või tehniline ülesanne – põhikriteeriumina (vt. Euroopa Kohtu 05.10.2000 otsus asjas nr C-16/98, p-d 36, 38 ja 47; Euroopa Kohtu 27.10.2005 otsus liidetud asjades nr C-187/04 ja nr C-188/04, p 27; Euroopa Kohtu 18.01.2007 otsus asjas nr C-220/05, p 41; Euroopa Kohtu 15.03.2012 otsus asjas C-574/10, p 37);
- (II) riigihangete üheaegne alustamine, hanketeadete sarnasus, geograafilise koha ühtsus ning üheainsa hankija olemasolu – täiendavate kriteeriumitena (vt. Euroopa Kohtu 05.10.2000 otsus asjas nr C-16/98, p 65).

Käesolevaga märgime, et Rahandusministeeriumi hinnangul eelpool nimetatud ehitustöödest vähemalt kaks on käsitletavad kokkukuuluvatena. Nimelt täidavad endise koolihoone spordisaali (Spordi tn 2, Kohtla-Järve) akende innovaatilised restaureerimistööd ja energiasäästliku valgustuse paigaldamine ühte ning sama identset tehnilist või majanduslikku ülesannet, mis seisneb hoone üldise energiasäästlikkuse tõstmises ja seeläbi investeerimisprojekti eesmärkide saavutamises.

Lisaks ühtsele majanduslikule ülesandele, mis avaldub energiasäästu saavutamises, on ilmne ning ei saa olla vaidlust asjaolu üle, et ühe ja sama hoone (ühe ja sama ruumi) erinevad osad on vaadeldavad ka tehniliselt kokkukuuluvatena. Spordisaalile kaasaegsete akende ja kaasaegse valgustuse paigaldamine tõstab ruumi ja hoone ekspluatatsiooniväärtust tervikuna.

Kohtupraktikas asjakohaseks peetud täiendavad kriteeriumid – s.o ehitustööde ajaline lähedus (temporaalne korrelatsioon) ning ehitusobjekti ühtsus – toetavad samuti käsitlust, mille järgi spordisaalis energiasäästlike akende ning energiasäästliku valgustuse paigaldamine on kokkukuuluv ehitustöö, mille osadeks jaotamine on lubatud üksnes juhul, kui mõlema hankeosa (nii akende kui valgustuse) jaoks hankelepingu sõlmimisel oleks lähtutud nende summeeritud maksumusest.

Kuna akende ja valgustuse paigaldustööde summeeritud maksumus oli ehitustööde lihthanke piirmääraga vähemalt võrdne, tegelikult aga ületas seda, oleks hankija pidanud korraldama ka spordisaali valgustuse paigaldustöödeks lihthanke. Ent hankija seda ei teinud, millega rikkus RHS § 23 lg-d 1-2, § 22 lg-t 1, § 15 lg-t 3, § 16 lg-t 1 ja §-i 18² nende koostoimes.

Rahandusministeerium ei nõustu hankija seisukohaga, et valgustuse paigaldustööde puhul ei tulnud arvestada sama programmi raames teostatud eelneva ehitustöö (s.t energiasäästlike akende) maksumust põhjusel, et esialgne ehitusprojekt tehnovõrkude muutmist ette ei näinud. Asjaolu, et algselt ei olnud energiasäästlike valgustite paigaldamist ette nähtud, ei tähenda, et hankija ei oleks saanud valgustuse paigaldustööde eeldatava maksumuse väljaselgitamisel võtta arvesse akende paigaldustööde maksumust.

Ehitustööde hankelepingu eeldatava maksumuse määramise reeglid on antud RHS §-s 22, mille lg 1 sätestab, et ehitustööde hankelepingu eeldatava maksumuse määramisel võetakse aluseks ühel ehitisel tehtavate ehitustööde eeldatav maksumus, millele lisatakse ehitustöö tegemiseks vajalike hankija poolt pakkujale üleantavate asjade eeldatav maksumus üleandmise hetkel.

Nagu hankija on ise oma selgitustes välja toonud, teostati valgustuse paigaldustööd nende vahendite arvelt, mis jäid akende paigaldustööde käigus hankijal kasutamata. Kindlasti ei õigusta hanke osadeks jaotamist, akende ja valgustuse ehitustööde maksumusi summeerimata,

hankija väide sellest, et nimetatud tööde tulemusel õnnestus projekti raames saavutada kahe energiasäästumeetodi täitmist. Pigem vastupidi. Nagu eelpool juba märgitud, tuleb RHS §-i 23 kohaldamisel hinnata ka ehitustööde eesmärki. Mõlema ehitustöö kantus ühisest energia-säästu saavutamise eesmärgist räägib selgelt tööde kokkukuuluvuse kasuks.

Selguse huvides märgime, et hankija ei oleks pidanud tellima akende ja valgustuse ehitustöid ühe riigihankemenetluse raames, kuid valgustuse paigaldustööde tellimisel tulnuks eeldatava maksumuse arvestamisel ning kohase menetlusliigi valimisel tööde maksumused summeerida. Vastupidiselt toimides on hankija rikkunud RHS §-s 23 sätestatut.

Hankeesemete summeerimata jätmisest tingitult oli valesti määratud valgustustööde eeldatav maksumus ning sellest johtuvalt jäetud lihthange õigusvastaselt korraldamata (RHS § 23 lg-d 1-2, § 22 lg 1, § 15 lg 3, § 16 lg 1 ja § 18²).

Väär on ka hankija 18.11.2014 selgitustes väidetud, et valgustuse projekteerimise ja valgustite paigaldamise töödeks kuulutati 06.11.2013 välja lihthange selle avaldamisega Kohtla-Järve Linnavalitsuse internetileheküljel. RHS § 18² lg 1 kohaselt lihthange algab lihthanke teate avaldamisega registris. Seega ei ole võimalik korraldada lihthanget registriväliselt. eRHR-ist ei nähtu, et Spordi tn. 2 spordisaalis energiasäästliku valgustuse paigaldamiseks oleks hankija viinud läbi lihthanke.

2.9. **Riigihankemenetluse korraldamata jätmine**

2.9.1. **Autokütus**

Kohtla-Järve Linnavalitsuse 2013. aasta kassaraamatu väljavõtte kohaselt on hankija 2013. aastal ostnud Statoil Fuel & Retail Eesti AS-lt, reg. 10180925, autokütust kogusummas 29 718,88 eurot km-ga (24 765,73 eurot km-ta). Kütust on ostetud hankija ja Statoil Fuel & Retail Eesti AS vahel sõlmitud tähtajatu lepingu alusel (24.04.2003 kliendikaardi leping nr 104-II-9).

Autokütuse ostmiseks riigihanget korraldatud ei ole. Lepingu sõlmimisel ei tagatud ka pakkujate paljusust ja ei järgitud sellekohaseid riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid. Nõnda on tegemist riigihankemenetluseta otselepinguga.

RHS § 20 lõike 1 p 1 kohaselt on riigihanke eeldatav maksumus ilma käibemaksuta arvestatud hankija poolt hankelepingu täitmisel eeldatavalt makstav kogusumma, arvestades muu hulgas tõenäolisi hankelepingu alusel tulevikus tekkivaid kohustusi ja hankelepingu uuendamist. Asjade hankelepingu eeldatava maksumuse määramise täpsemad reeglid on antud RHS §-s 21.

Vastavalt RHS § 21 lg 2 p-dele 1 ja 2 asjade või teenuste hankelepingu, mis on oma olemuselt regulaarne või mida kavatsetakse kindla tähtaja jooksul uuendada, eeldatav maksumus on: (i) eelnenud 12 kuu või eelmise majandus- või eelarveaasta vältel sõlmitud järjestikuste samalaadsete hankelepingute kogumaksumus, võttes võimaluse korral arvesse ka eeldatavaid muutusi ostetavates või tellitavates kogustes või hinnas järgmise perioodi vältel või (ii) esimese hankelepingu sõlmimisest arvates järgmise 12 kuu või majandus- või eelarveaasta jooksul sõlmitavate järjestikuste samalaadsete hankelepingute eeldatav kogumaksumus.

Leiame, et tähtajatu lepingu korral, mis on tänaseks kehtinud üle 10 aasta ning mille alusel lepingu-partnerile makstud tasud on vähemalt võrdsed riigihanke rahvusvahelise piirmääraga, tulnuks riigihanke eeldatav maksumus määrata RHS § 20 lg 1 p 1 järgi, s.t lepingu kogutasu arvestavalt. RHS § 20 lg 6 sätestab, et ühtegi riigihanke eeldatava maksumuse määramise aluse valikut ei või kasutada riigihanke teostamiseks kehtestatud korra või nõuete eiramiseks. Kui riigihanke eeldatava maksumuse arvestamine on võimalik mitmel erineval meetodil ja nendest meetoditest vähemalt ühe kasutamisel oleks riigihanke eeldatav maksumus võrdne kas riigihanke piirmääraga või rahvusvahelise piirmääraga või ületaks vastavat piirmäära, peab hankija arvestama riigihanke eeldatava maksumuse selle meetodi alusel.

Eeltoodu tähendab, et võttes arvesse 24.04.2003 kliendikaardi lepingu nr 104-II-9 alusel lepingu-partnerile juba tasutut, tulnuks hankijal korraldada autokütuse ostmiseks hankemenetlus (RHS § 16 lg 2, § 20 lg-d 1 ja 6, § 15 lg-d 1-2).

Isegi, kui hankija lähtunuks üksnes 2013. aastal autokütuse ostmiseks planeeritud rahavahendite suurusest, tulnuks hankijal ikkagi korraldada riigihankemenetlus (lihthankena).

RHS § 16 lõige 1 sätestab, et juhul, kui hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on riigihanke piirmäärast (RHS § 15 lg 1 p 2) väiksem, lähtub RHS § 10 lg-s 1 nimetatud hankija (sh kohaliku omavalitsuse asutus) hankelepingu sõlmimisel RHS §-s 3 toodud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest ja RHS §-st 18². RHS § 18² lg 2 ls-st 1 tulenevalt peab RHS § 10 lg-s 1 nimetatud hankija esitama registrile avaldamiseks lihthanke teate, kui hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on võrdne lihthanke piirmääraga või ületab seda. Asjaomane lihthanke piirmäär on asjade hankelepingu korral 10 000 eurot (RHS § 15 lg 3 ls 1).

Eeltoodust tuleneb, et hankija on 2013. a. autokütuse ostmisel jätnud õigusvastaselt korraldamata hankemenetluse või vähemalt lihthanke.

Preventiivselt juhime hankija tähelepanu 01. jaanuaril 2015.a. jõustunud vääртеokoosseisule. Alates 01.01.2015 on lihthanke või hankemenetluse korraldamata jätmine vääртеona karistatav. Hankelepingu sõlmimise eest ilma riigihangete seaduses nõutud lihthanget või hankemenetlust korraldamata – karistatakse RHS § 111⁷ lg 1 järgi rahatrahviga kuni 300 trahviühikut.

2.9.2. Küte ja soojusenergia

Kohtla-Järve Linnavalitsuse 2013. aasta kassaraamatu väljavõtte kohaselt on hankija 2013. aastal ostnud VKG Soojus AS-lt, reg. 10160791, kütet ja soojusenergiat kogusummas 29 983,20 eurot km-ga (24 986,00 eurot km-ta). Soojusenergia ostmiseks riigihanget korraldatud ei ole. Seega on hankija rikkunud RHS § 18² lg-s 2 sätestatud lihthanke korraldamise kohustust (vt RHS § 16 lg 1, § 18² lg 2, § 15 lg 3).

Selgitame täiendavalt, et soojusenergia ostmisel ei saa hankija tugineda RHS § 14 lg 1 p-s 12 ette nähtud erandile.

Sealjuures võib hankija RHS § 16 lg 8 kohaselt kohaldada riigihanke piirmäärast tulenevat korda ka hankelepingu sõlmimisel, mille eeldatav maksumus ei ulatu vastava rahalise määraneni – näiteks sõlmida lihthanke piirmäära piiresse jääva hankelepingu, mitte RHS §-s 18² sätestatud lihthanke teel, vaid kohaldades hankelepingu sõlmimisele hankemenetluse reegleid, sh seaduses ette nähtud eelduste (nt. RHS § 28 lg 2 p 2) olemasolul väljakuulutamisetähtaegidega hankemenetluse korda.

RHS § 14 lõike 1 p 12 kohaselt ei ole hankija kohustatud rakendama RHS-is sätestatud korda juhul, kui tellitakse teenuseid teiselt hankijalt või hankijate ühenduselt, kellele on Euroopa Ühenduse asutamislepingu nõuetega kooskõlas oleva õigusakti alusel antud ainuõigus kõnealuse teenuse osutamiseks vastaval territooriumil.

Kõnealuse siseriikliku sätte eeskujuks on Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2004/18/EÜ art 18, mis sätestab, et antud direktiivi ei kohaldata teenuste hankelepingute suhtes, mis ostja sõlmib teise ostja või ostjate ühendusega, kellel on ainuõigus teenuse osutamiseks vastavalt õigusnormidele, mis on kooskõlas asutamislepinguga. Seega võimaldavad 2004/18/EÜ art 18 ja RHS § 14 lg 1 p 12 erandi kohaldamist vaid juhul, kui tegemist on teenuste hankelepinguga.

Teiselt hankijalt asjade ostmiseks või ehitustööde tellimiseks kõnealust erandit kasutada ei saa, isegi siis mitte, kui sellele hankijale oleks Euroopa Ühenduse asutamislepingu nõuetega kooskõlas oleva õigusakti alusel antud ainuõigus selliste asjade ostmiseks või selliste ehitustööde teostamiseks.

Liikmesriigi õiguse EL-i õigusega kooskõlas tõlgendamise nõude tuum seisneb Euroopa Kohtu selge praktika kohaselt selles, et siseriikliku õiguse kohaldamisel peab siseriiklikku õigust tõlgendama nii palju kui võimalik EL-i õiguse sõnastust, eesmärki ning *effet utile* ehk kasuliku mõju põhimõtteid arvestades. Kõiki erandeid tõlgendatakse riigihankeõiguses alati kitsendavalt (nt. Euroopa Kohtu 02.06.2005 otsus asjas C-394/02: Komisjon vs. Kreeka).

Riigikohus on nentunud, et EL-i õigus on küll ülimuslik Eesti siseriikliku õiguse suhtes, kuid see tähendab Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt ennekõike kohaldamise (mitte kehtivuse) ülimuslikkust (RKÜKo 19.04.2005, nr 3-4-1-1-05, p 49). Kohaldamise ülimuslikkus tähendab, et Euroopa Liidu õigusega vastuolus olev siseriiklik õigus tuleb konkreetses vaidluses kohaldamata jätta (vt. ka ühendatud kohtuasjad C-10/97 kuni C-22/97, Ministero delle Finanze vs. IN.CO.GE.'90).

Kohaldamise, mitte kehtivuse, prioriteedile vaatamata, tuleks EL-i õiguse rakendamisel pidada silmas, et madalama (siseriikliku) õigusega ei tohi määrata kõrgema (EL-i) õiguse sisu. Riigihankeõiguse terminoloogial on autonoomne tähendus, mistõttu RHS-i mõisteid ei saa reeglipäraselt sisustada siseriiklike või muu valdkonna õigusaktide kaudu.

Näiteks käsitleb siseriiklikult kehtiv lepinguõigus ehitustööde töövõtulepingut (VÕS § 625) teenuste osutamise lepinguna (VÕS-i 8. osa).

Eelnevast aga ei saa tuletada ehitustööde ja teenuste vahekorda riigihangete seaduses. Erinev on VÕS-i ja RHS-i järgi ka müügilepingute ja teenuslepingute eristamise dogmaatika. Samuti on vääri ning võib olla eksitav asjade hankelepingu mõiste sisustamine TsÜS § 49 lõikes 1 sätestatud asja määratluse kaudu – siseriiklikus tsiviilõiguses omaksvõetud definitsioon, mille kohaselt asi on kehaline ese, ei sobi riigihankeõigusele (vt. Simovart, M.A. Arvustus. Juridica, 2014, nr.10, lk 785).

Riigihangete seaduse eelnõu seletuskirjas on märgitud, et hankelepingu liik eelnõu mõttes ei määra selle liiki ega olemust võlaõigusseaduse tähenduses, vaid hankelepingule kohaldatakse üldiselt vastava lepingu liigi kohta sätestatud, st vastavate tehingute tegemisel peab hankija riigihangete seaduses sätestatud erisustega lähtuma tsiviilseadustiku üldosa seadusest, võlaõigusseadusest ja teistest lepinguõigust sisaldavatest õigusallikatest.

Hankelepingu mõiste puhul eelnõus on tegemist direktiividest tuleneva definitsiooniga, mida ei tuleks käsitleda võlaõiguslike lepinguliikide kõrvale uue lepinguliigi loomisena, vaid riigihangete seaduse kontekstis kasutatava instrumentaalse mõistena, mille võlaõiguslik (tsiviilõiguslik) sisu väljendub võlaõiguslikus lepingus.¹⁵

RHS § 14 lg 1 p 12 rakendamise seisukohast on määrav asjade, teenuste ja ehitustööde hankelepingute eristamine. Vastavalt RHS § 4 lg-le 1 võivad hankelepingu esemeks olla asjad (lg 4), teenused (lg 5) või ehitustööd (lg 3). Peatume asjade ja teenuste hankelepingutel. RHS § 4 lg 4 sätestab, et asjade hankelepinguga ostetakse, samuti üüritakse, renditakse või liisitakse asju kas asja omandamise õigusega või ilma. Hankelepingut, mis hõlmab lisaks ka asjade kohaletoomist või asjade paigaldustöid, loetakse samuti asjade hankelepinguks.

RHS § 4 lg 5 järgi tellitakse teenuste hankelepinguga Euroopa Komisjoni määruse (EÜ) nr 213/2008 (nn CPV määruse) VI ja VII lisas nimetatud teenuseid. Direktiivi 2004/ 18/EÜ art 1 lg 2 p-d b, c ja d lähtuvad hankelepingu liikide defineerimisel välistusmeetodist (suuremalt väiksemale ehk ülevalt alla): ehitustööd – asjad (tooted) – teenused. Nõnda nimetab direktiiv teenuste riigihankelepinguteks muid riigihankelepinguid kui ehitustööde või asjade hankelepingud, mille eesmärgiks on direktiivi II lisas toodud teenuste osutamine.

Eelnevast järeldub, et hankelepingu eseme määratlemine toimub formaliseeritult CPV (Common Procurement Vocabulary) klassifikaatoris kajastatud nomenklatuuri alusel.

¹⁵ vt. RHS eelnõu 816 SE I seletuskiri, 16.01.2006. – arvutivõrgus kättesaadav (20.01.2015): http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=060180002

Kaugküttevõrgu kaudu soojusenergia tarnimine klassifitseerub asjade hankelepinguks (vt. CPV 09324000-6 „Kaugküte“ ehk „Long-distance heating“, vt. ka CPV 09320000-8 „Steam, hot water and associated products“).

2.9.3. Sideteenused

Kohtla-Järve Linnavalitsuse 2013. aasta kassaraamatu väljavõtte kohaselt on hankija 2013. aastal tellinud sideteenuseid kogumaksumusega 20 002,75 eurot km-ga (16 668,96 eurot km-ta), sh. sideteenused Elion Ettevõtted AS-lt, reg. 10283074, summas 13 131,32 eurot km-ga, ja EMT AS-lt, reg. 10096159, summas 6871,43 eurot km-ga (01.09.2014 ühinesid Elion Ettevõtted AS ja EMT AS senise ainuaktsionäri Eesti Telekom AS-ga ning ühendatavad äriühingud kustutati äriregistrist).

Sideteenuste tellimiseks riigihanget korraldatud ei ole. Teenuste tellimisel ei tagatud ka pakkujate paljusust ja ei järgitud RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid. Seega oli tegemist riigihankemenetluseta otsetellimustega (otseostudega), mis on RHS-iga keelatud. 2013. aastal tellitud sideteenuste kogumaksumusest tulenevalt, oleks hankija pidanud sideteenuste tellimiseks viima läbi lihthanke (RHS § 16 lg 1, § 18² lg 2, § 15 lg 3). Järgnevateks perioodideks sideteenuste tellimisel palub Rahandusministeerium hankijal arvestada alltooduga.

Akuutsed menetlusreeglid, millest hankija on kohustatud hankelepingu sõlmimisel lähtuma, sõltuvad riigihanke eeldatavast maksumusest. Seepärast on eeldatava maksumuse määramisel riigihankepraktikas oluline tähendus. Eksimused eeldatava maksumuse määramisel võivad tuua kaasa lihthanke või hankemenetluse õigusvastase korraldamata jätmise või vale hankemenetluse liigi valiku. Mõlemad eksimused on alates 01.01.2015 väärtegudena karistatavad (vt. RHS § 111⁷ ja RHS § 111²).

Karistusõiguse üldosast tulenevalt seaduse mittetundmine ei välista tahtlust ega ettevaatamatust (KarS § 17 lg 3). KarS § 15 lg 3 sätestab, et väärteona on karistatav nii tahtlik kui ettevaatamatu tegu. KarS §-i 18 järgi seisneb ettevaatamatus kergemeelsuses või hooletuses.

Isik paneb teo toime kergemeelsusest, kui ta peab võimalikuks süüteo koosseisule vastava asjaolu saabumist, kuid tähelepanematus või kohusetundetus tõttu loodab seda vältida. Isik paneb teo toime hooletusest, kui ta ei tea süüteo koosseisule vastava asjaolu esinemist, kuid oleks seda tähelepaneliku ning kohusetundliku suhtumise korral pidanud ette nägema. Viimane on eriti aktuaalne RHS-is ette nähtud väärtegude puhul, sest mitmed riigihanke teostamise nõuete rikkumised võivad olla tingitud kohustatud subjekti tähelepanematusest või vähesest asjatundlikkusest.

RHS § 20 lg 1 p 1 kohaselt on riigihanke eeldatav maksumus ilma käibemaksuta arvestatud hankija poolt hankelepingu täitmisel eeldatavalt makstav kogusumma, arvestades muu hulgas tõenäolisi hankelepingu alusel tulevikus tekkivaid kohustusi ja hankelepingu uuendamist. Riigihanke eeldatava maksumuse arvestamisel peab lähtuma hankemenetluse või ideekonkursi alustamise või ehitustööde kontsessiooni teate registris avaldamise hetke keskmisele turuhinnale vastavast hinnatasemest (RHS § 20 lg 2).

Kuivõrd sideteenuste tellimine on oma olemuselt regulaarne, siis riigihanke eeldatava maksumuse määramisel tuleks lähtuda RHS § 21 lg-s 2 sätestatud reeglitest, kui hankelepingut ei sõlmita tähtajatult või pikemaks perioodiks kui 12 kuud (eelarveaasta). Vastavalt RHS § 41 lõikele 6 teenuste hankelepingu, milles ei sätestata hankelepingu kogumaksumust, eeldatav maksumus on: 1) tähtajalise hankelepingu korral, mille tähtaeg on 48 kuud või lühem, eeldatav kogumaksumus hankelepingu kehtivusaja jooksul; 2) tähtajatu hankelepingu korral või hankelepingu korral, mille tähtaeg on pikem kui 48 kuud, teenuste osutamise maksumus ühes kuus korrutatuna 48-ga.

Samuti tuleks arvestada RHS § 20 lg-s 6 toodud põhimõttega, mille kohaselt ühtegi riigihanke eeldatava maksumuse määramise aluse valikut ei või kasutada riigihanke teostamiseks kehtestatud korra või nõuete eiramiseks.

2.10. Riigihanke aruanne ja aruande lisa

RHS § 37 lg 1 kohaselt esitab hankija registrile 20 päeva jooksul pärast hankemenetluse lõppemist registri veebilehe kaudu riigihanke aruande. RHS § 37 lg 4 sätestab, et hankija esitab registrile 20 päeva jooksul pärast hankelepingu või raamlepingu lõppemist riigihanke aruande lisa [RT I, 31.12.2010, 2 – jõust. 01.01.2011].

Aruandluskohutus laieneb ka lihthangetele (RHS § 18² lg 9) ning lihtsustatud korras tellitavatele teenustele maksumusega üle 40 000 euro (RHS § 19 lg 6). Hankija ei ole esitanud õigeaegselt riigihanke aruannet ja/või riigihanke aruande lisa järgmistes riigihangetes (viitenumber): 145280; 144760; 143314; 142990; 142757; 142780; 141170; 147138.

Arvestades eRHR-is kajastatud hangete koguarvu (26), on aruandluse käigus toimunud märkimisväärselt palju eksimusi (igas kolmandas eRHR-is kajastatud riigihankes). Hankija põhjendas riigihanke aruande ja/või aruande lisa hilinenult esitamist personalimuudatustega ning sellest tingitult linnavalitsuse töös toimunud asutusesiseste ümberkorraldustega.

Hankija seletus registrile riigihanke aruannete ja aruande lisade esitamise viibimise põhjustest on Rahandusministeeriumile arusaadav, kuid hankija poolt nimetatu ei saa olla piisavaks asjaoluks, et aktsepteerida seaduses sätestatud kohustuse mittekohast täitmist. Edaspidi tuleb hankijal kanda hoolt selle eest, et töökorralduslike muudatuste tegemise tõttu ei kannataks asutuse seadusest tulenevate ülesannete õigeaegne ja nõuetekohane täitmine.

3. Tähelepanekud ja soovitused

3.1. Tähtajatud lepingud

Kohtla-Järve Linnavalitsuse 2013. aasta kassaraamatu väljavõtte kohaselt on hankija maksnud Ekovir OÜ-le, reg. 11003148, ohtlike jäätmete kogumispunkti käitlusteenuse osutamise eest 10 276,36 eurot km-ga (8 563,63 eurot km-ta). Teenuse osutamise aluseks on olnud hankija ning Ekovir OÜ vahel 01.01.2009 sõlmitud töövõtuleping nr 1144. Hankelepingu sõlmimiseks ei ole riigihankemenetlust korraldatud. Lepingu sõlmimisel ei tagatud ka pakujate paljusust ja ei järgitud sellekohaseid riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid.

Kuna töövõtulepingus puudub kogumaksumuse kokkulepe ja vastavalt lepingu p-le 9 pikeneb leping automaatselt iga 12 kuu võrra, kui kumbki pool ei teata teisele poolele lepingu ülesütlemisest, käsitleme kõnealust lepingut tähtajatu hankelepinguna RHS § 21 lõike 6 punkti 1 tähenduses. RHS § 21 lg 6 p 1 kohaselt teenuste hankelepingu, milles ei sätestata hankelepingu kogumaksumust, eeldatav maksumus on tähtajatu hankelepingu korral või -lepingu korral, mille tähtaeg on 48-st kalendrikuust pikem, teenuste osutamise maksumus ühes kalendrikuus korrutatuna 48-ga. Selliselt arvutatuna oleks 01.01.2009. a. sõlmitud töövõtulepingu nr 1144 eeldatav maksumus ületanud 20 000 eurot.

Vastavalt tollal kehtinud RHS §-i 16 lõikele 6 pidi hankija teatama oma veebilehel soovist sõlmida hankeleping, mille eeldatav maksumus ilma käibemaksuta ületas teenuste puhul 20 000 eurot, kuid oli madalam piirmäärast, millest alates tulnuks korraldada hankemenetlus [RTI2007, 15, 76; 06.01.2011, 1]. Kontrollijale teadaolevalte ole hankija vastava hankelepingu sõlmimise soovist oma veebilehel teada andnud.

Rahandusministeeriumi hinnangul eiraks töövõtulepingu edasikestmine riigihankeõiguse aluspõhimõtetest kantud head tava, sest leping sõlmiti ettevõtjate vahelist konkurentsi efektiivselt ära kasutamata, millega mindi mööda riigihangete korraldamise üldpõhimõtetest. Sisuliselt sõlmisid hankija ja Ekovir OÜ riigihankeõiguse tähenduses tähtajatu hankelepingu.

Euroopa Kohus on selgitanud, et tähtajatute hankelepingute sõlmimise praktika on riigihankeid reguleerivate Euroopa Liidu õigusnormide süsteemile ja eesmärgile iseenesest võõras. Kuigi tähtajatud hankelepingud ei ole ühenduse õigusega keelatud, võib selline praktika aja jooksul siiski kahjustada võimalike teenuseosutajate vahelist konkurentsi ja takistada hankemenetluse avalikustamist puudutavate riigihankeid reguleerivate direktiivide kohaldamist (vt. Euroopa Kohtu 19.06.2008 otsus asjas C-454/06, p 73).

Ka RHS-i kohaselt ei ole tähtajatute lepingute sõlmimine, tingimusel, et see on toimunud RHS-is ette nähtud reegleid ning menetlust järgides, sõnaselgelt keelatud, kuid arvestades Euroopa Kohtu praktikast, samuti asjaolu, et tähtajatute hankelepingute sõlmimise praktika on iseenesest võõras riigihankeõigust reguleerivate Euroopa Liidu õigusnormide süsteemile ning eesmärgile, soovib Rahandusministeerium tähtajatute lepingute sõlmimisest hoiduda.

3.2. Lepingute muutmine vs lepingute mittenõuetekohane täitmine

RHS § 69 lõigete 3 ja 4 kohaselt tuleb iga konkreetse hankelepingu muudatuse lubatavuse küsimuse lahendamisel selgitada: kas muudatus on tingitud objektiivsetest asjaoludest; kas hankija oleks selliseid objektiivseid asjaolusid saanud/pidanud hankelepingu sõlmimisel ette nägema; kas lepingu muutmata jätmisel satuks täielikult või olulisel määral ohtu lepinguga taotletud eesmärgi saavutamise ning kas konkreetse muudatuse näol on tegemist muudatusega, mis tingiks uue riigihanke korraldamise.

Hankelepingu muutmise lubatavuse hindamisel peab hankija igal üksikul juhul kaaluma, kas eelpool viidatud nõuded on täidetud. Ainult juhul, kui on täidetud kõik RHS § 69 lg-st 3 ja lg-st 4 tulenevad kumulatiivsed eeldused, on hankelepingu muutmine lubatud ja õiguspärane.

Ühtlasi juhime tähelepanu, et hankelepingu täitmisel lähtuvad pooled lepingutingimustest ja võlaõigusseadusest. Erandlikult sekkub riigihangete seadus üksnes hankelepingu muutmisse, eesmärgiga tagada riigihangete korraldamise üldpõhimõtete sekundaarne kaitse. Kui töövõtja või müüja ei täida hankelepingut nõuetekohaselt (nt tähtaegselt), soovime alati kaaluda, kas tegemist võib olla töövõtja-/müüjapoolse lepingu rikkumisega. Lepingu rikkumise korral saab hankija kaaluda hankelepingust enesest ja võlaõigusseadusest tulenevate õiguskaitsevahendite kohaldamist.

Reeglina on esmaseks õiguskaitsevahendiks kohustuse täitmise nõue (VÕS § 101 lg 1 p 1 ja VÕS § 108), millega antakse lepingut rikkunud poolele võimalus rikkumine lõpetada. Selleks määratakse lepingut rikkuvale poolele täiendav (mõistlik) tähtaeg lepingulise kohustuse nõuetekohaseks täitmiseks (VÕS § 114).

Juhul, kui lepingupartner teatab, et ta ei ole suuteline lepingut tähtaegselt (st nõuetekohaselt) täitma, soovime hankijal mitte sõlmida kokkuleppel teise poolega tähtaja pikendamise osas hankelepingu muudatust, vaid kaaluda vastaspoolele kohustuste täitmiseks täiendava tähtaja andmist, et välistada seeläbi (hooletusest) hankelepingu võimalikku õigusvastast muutmist.

Hankelepingu muutmine nõudeid rikkudes on jätkuvalt karistatav. RHS § 111¹ lg 1 kohaselt karistatakse hankelepingu muutmise eest, kui see on toimunud riigihangete seaduses sätestatud nõudeid rikkudes, rahatrahviga kuni 300 trahviühikut.

Kohtla-Järve Linnavalitsuse hankekorraldusse puutuvalt vajab hea praktikana äramärkimist, et hankija on vormistanud hankelepingute muutmise otsustused linnavalitsuse motiveeritud üksikaktidena (korraldustena), millega linnapead on volitatud allkirjastama hankelepingu muutmise kokkulepet ning mis on avaldatud kõigile ja igapähele kättesaadavalt linnavalitsuse dokumendiregistris.

Eeltoodu tagab hankelepingu muutmise läbipaistvuse ja kontrollitavuse (nt. Kohtla-Järve Linnavalitsuse 19.11.2013 korraldus nr 963 "Riigihanke „Trükiteodete valmistamise teenuse sisseost“ töövõtulepingu muutmine").

Kuigi hankelepingu muutmise põhjendustes esines üksikuid puudujääke, millele kontrollkäigu ajal juhiti ka hankija tähelepanu, leiab Rahandusministeerium, et senist praktikast hankelepingu muutmise otsustuse vormistamisel kohaliku omavalitsusüksuse täitevorgani korraldusena tuleks jätkata.

3.3. Ehitustööde hankelepinguga on keelatud tellida ehitustöödega mitteseotud teenuseid (RHS § 4 lg 8) ning olemuslikult erinevate teenuste koondamine ühte hankelepingusse piirab juurdepääsu riigihankele ja kahjustab konkurentsi (RHS § 3 p 4)

2013. aastal viis hankija läbi avatud hankemenetlusena riigihanke "Hooldus-, korrashoiutööd ja teenused" (RH: 144513). Kuna hankelepingu eeldatav maksumus ületas riigihanke rahvusvahelist piirmäära, avaldati hanketeade ka Euroopa Liidu Teataja lisas (vt. TED 04.07.2013 nr 2013/S 128-220209 "Eesti-Kohtla-Järve: Tänavapuhastus- ja tänavapühkimisteenused").

Hanketeates [eRHR-i HT p-s II.1.6) ja TED-i p-s II.1.6)] oli hankelepingu ese määratletud, ühtseleriigihangeteklassifikaatorile viidates, kui "tänavapuhastus- ja tänavapühkimisteenused" (CPV 90610000-6) ja "aiandusteenused" (CPV 77300000-3). Hankedokumentides (HD) oli CPV koodide loetelu mõnevõrra laiem: "teehooldustööd" (CPV 45233141-9); "tänavapuhastusteenused" (CPV 90611000-3); "parkide hooldusteenused" (CPV 77313000-7); "liiklustähiste hooldusteenused" (CPV 50232200-2).

HT p-s II.1.5) esitatud hankelepingu lühikirjelduse kohaselt olid riigihanke esemeks erinevad avaliku linnaruumi hooldustööd ning teeremont kohalikel teedel (sh. teede, tänavate, bussipeatuste, bussiootepaviljonide, parkide, haljasalade ja haljastuse hooldus, talvine koristus, lume äravedu, liivatamine, soolatamine, istepinkide ja urnide lumest puhastamine, suvine koristus, niitmine, lillede istutamine ning hooldamine, puude ja põõsaste istutamine, puude ja põõsaste kujundamine, kärpimine, ohtlike ja vanade puude ja põõsaste mahasaagimine, mänguväljakute hooldamine, purskkaevude hooldustööd, liikluskorraldusvahendite korrashoid, tänavate auguremont, teekattemärgistus). Hankelepingu eseme üksikasjalikum kirjeldus ning nõuded tööde teostamisele olid toodud tehnilises kirjelduses (HD Lisa 2).

Seega kokkuvõtvalt võib hankelepingu esemeks olevad teenused ja tööd rühmitada järgmiselt: (i) teede hooldustööd; (ii) teede auguremont; (iii) haljasalade ja parkide korrashoid. Erinevalt viimasest on kaks esimest vaadeldavad ehitustööna RHS § 4 lõike 3 p 1 tähenduses (vt. CPV 45233141-9 "teehooldustööd" ja CPV 45233142-6 "teeremonditööd").

RHS § 4 lõike 3 p 1 sätestab, et ehitustööde hankelepinguga tellitakse CPV määruse V lisas nimetatud ehitustöö tegemist või ehitustöö tegemist koos projekteerimisega. CPV määruse lisa V järgi algavad ehitustööde kaheksakohalised CPV-koodid numbritega "45".

Seega on "teetööd" (CPV 45233140-2), "teehooldustööd" (CPV 45233141-9) ja "teeremonditööd" (CPV 45233142-6) käsitletavad RHS § 4 lg 3 p 1 mõistes ehitustöödena.

RHS § 4 lg 8 keelab hankijal koos ehitustööde hankelepinguga osta asju või tellida teenuseid, mille ostmine või tellimine koos ehitustöödega ei ole selle hankelepingu esemeks olevateks ehitustöödeks vajalik.

2009. aastal viis hankija läbi avatud hankemenetlusega riigihanke "Remondi-, hooldus ja korrashoiutööd ning seotud teenused" (RH: 111269), mille ese oli identne 2013. aastal läbi viidud riigihankega "Hooldus-, korrashoiutööd ja teenused" (RH: 144513). 2009. aasta riigihanke "Remondi-, hooldus ja korrashoiutööd ning seotud teenused" (RH: 111269) lühikirjelduse kohaselt olid hankelepingu esemeks Kohtla-Järve linna Ahtme ja Järve linnaosade teede ja tänavate remondi- ja hooldustööd, parkide, haljasalade ja haljastuse hooldustööd, liikluskorraldusvahendite korrashoid, sademevetekanalisisatsiooni puhastusteenused, Raudi kalmistu hooldustööd.

2013. aastal korraldatud riigihankega "Hooldus-, korrashoiutööd ja teenused" (RH: 144513) telliti samu ehitustöid ja teenuseid, mille tellimiseks korraldati 2009. aastal RH 111269.

Riigihangete Ameti (RHA) 04.03.2009 kontrolliaktiga nr 6-6-09/31 kohustati Kohtla-Järve Linnavalitsust viima hanketeade (RH: 111269) kooskõlla RHS-is sätestatuga. Nimelt leidis RHA, et hankija on rikkunud RHS § 4 lg-s 8 sätestatud keeldu, mille kohaselt ehitustööde hankelepinguga ei tohi tellida teenuseid, mille tellimine koos ehitustöödega ei ole ehitustöödeks vajalik. RHA tugines oma seisukohas asjaolule, et HT p-s II.1.2) märkis hankija hankelepingu liigiks ehitustööde hankelepingu. Hankija tunnistas kõnealuse hankemenetluse kehtetuks.

Edaspidi korraldas hankija kõik samaesemelised riigihanked teenuste riigihangetena (vt. RH 112230: "Hooldus-, korrashoiutööd ja teenused"; RH 113794: "Hooldus-, korrashoiutööd ja teenused"). Sealjuures ei eraldanud hankija hankelepingutest teehooldustöid ja teeremonditöid. Hankija piirdus riigihanke nimetusest (kuid mitte tehnilisest kirjeldusest) sõna „remonditööd“ väljajätmisega ja viitas hanketeates seni märgitud CPV koodi 45233142-6 "teeremonditööd" asemel CPV koodile 45233141-9 "teehooldustööd".

RHS § 4 lõikest 7 tulenevalt saab teenuste hankelepinguks lugeda üksnes sellist teenuste ja ehitustööde segalepingut, mille puhul ehitustööde tellimine on kõrvalise iseloomuga ega ole hankelepingu peamiseks eesmärgiks. Seega ei ole hankelepingu liigi tuvastamisel määravaks hanketeates hankija poolt märgitu, vaid see määratakse alati hankelepingu peamise eesmärgi kaudu. Hankelepingu peamise eesmärgi väljaselgitamiseks tuleb teha kindlaks hankelepingu objekt e. lepinguese.

11.09.2013 sõlmitud töövõtulepingule lisatud edukaks tunnistatud pakkumuse maksumustabelist (lepingu lisa 1 „Töövõtja poolt esitatud tööde pakkumuse maksumus“) nähtuvalt on lepingu peamiseks eesmärgiks ehitustööd RHS § 4 lg 3 p 1 tähenduses ja seda vaatamata asjaolule, et hanke alusdokumentides ja hankelepingus on hankija vältinud sõna „ehitustöö“ nimetamist.

Teede ja tänavate hooldustööd, teede ja tänavate auguremont, greideri tööd ja killustikuga tasandamine on CPV määruse lisa V kohaselt ehitustööd (vt. CPV koode: "45233141-9 teehooldustööd"; "45233142-6 teeremonditööd"; "45233160-8 teed ja muud killustikpinnad"). Lisaks on ehitustöödeks liikluskorraldusvahendite korrashoiutööde hulgas sisalduvad liikluskorraldusvahendite paigaldustööd ja teekattemärgistustööd (vt. CPV "45233290-8 teemärkide paigaldamine"; CPV "45233294-6 lisateatetahvlite paigaldamine"; "45233293 tänavainventari paigaldamine" jms).

Eelnimetatud ehitustööde summaarne maksumus kogu hankelepingu maksumusest moodustab (iseги liikluskorraldusvahendite paigaldustöid arvestamata) üle ■■■ %, mis tähendab, et antud hankelepingu peamiseks eesmärgiks on ehitustööde tellimine.

Isegi juhul, kui ehitustööd ei oleks antud riigihankelepingu peamiseks eesmärgiks, ei saaks lepingus ette nähtud ehitustöid lugeda kõrvalise iseloomuga olevateks.

Nr	Tööde kirjeldus	Maksumus (eur, aastateks 2013-2017)
I.	Teede ja tänavate hooldustööd, kokku	
II.	Aastaringelt bussipeatuste hooldustööd	
III.	Parkide ja haljasalade ning haljastuse hooldustööd, kokku	
IV.	Puude hooldus, kokku	
V.	Pöösaste ja hekkide hooldus, kokku	
VI.	Rahvapargi 4, Järveküla tee 39, 39a 2014.a kujundus- ja harvendusraie	
VII.	Jõulupuude paigaldamine, mahavõtmine	
VIII.	Puude istutamine	
IX.	Lilled istutamine, lillekastide, lillepeenarde hooldustööd	
	(sh I.jall.istutus, kastmine, asendusistutus, hooldus, lillede koristus jne)	

X.	Purskkaevude hooldustööd (mai – okt)	
XI.	Linna allasutuste territooriumide hooldustööd, kokku	
XII.	Teede ja tänavate auguremont	
XIII.	Greideri tööd ja killustikuga tasandamine	
XIV.	Liikluskorraldusvahendite korrashoid	
XV.	Lökete ladumine ja koristamine	
	PAKKUMUSE MAKSUMUS KOKKU ILMA RESERVITA JA ILMA KÄIBEMAKSUTA	15 914 306,00

Kuna eelnevalt selgitasime, et hankelepingu peamiseks eesmärgiks on ehitustööde tellimine ja seetõttu tuleb lepingut käsitleda ehitustööde hankelepinguna,¹⁶ tuleb järgnevalt kontrollida, kas hankija on ehitustööde hankelepinguga ostnud asju või tellinud teenuseid, mille ostmine või tellimine koos ehitustöödega ei ole selle hankelepingu esemeks olevateks ehitustöödeks vajalik (RHS § 4 lg 8).

Riigihangete seaduse eelnõu seletuskirjas on selgitatud, et RHS § 4 lõike 8 eesmärgiks on vältida konkurentsi kahjustamist, näiteks olukorras, kus sama ehitustööde hankelepinguga teostatakse lisaks hoone ehitamisele ka mööbli, arvutustehnika vms ostmist ilma eraldi riigihanget korraldamata.¹⁷

Antud juhul on hankija koos ehitustööde hankelepinguga tellinud vähemalt järgmisi teenuseid: bussipeatuste hooldustööd; parkide ja haljasalade ning haljastuse hooldustööd; puude hooldus; põõsaste ja hekkide hooldus; kujundus- ja harvendusraie; jõulupuude paigaldamine ja mahavõtmine; puude ja lillede istutamine; lillekastide ja lillepeenarde hooldustööd; purskkaevude hooldustööd; lõkete ladumine ja koristamine.

Asjaolu, et ülalnimetatud teenustel, nt jõulupuude paigaldamisel ja mahavõtmisel ning lõkete ladumisel ja koristamisel, puudub vahetu seos hankelepingu esemeks olevate ehitustöödega on ilmne ega vaja täiendavat analüüsi. Seega saame järeldada, et hankija on eiranud RHS § 4 lõikes 8 sätestatud ning tellinud ehitustööde hankelepinguga teenuseid, mille tellimine koos ehitustöödega ei olnud hankelepingu esemeks olevateks ehitustöödeks vajalik.

Täiendavalt peame vajalikuks märkida, et kuigi RHS-ist ei tulene selgesõnalist keeldu tellida ühe ja sama hankelepinguga olemuslikult erinevaid teenuseid, ei pruugi see olla kooskõlas RHS § 3 punktis 4 sätestatud üldpõhimõttega, mille kohaselt hankija peab tagama olemasoleva konkurentsi efektiivse ärakasutamise riigihankel.

¹⁶ Kuna ehitustööde tellimine ei ole antud juhul kõrvalise iseloomuga, siis tulenevalt RHS § 4 lg 3 p-st 1 ja § 4 lg-st 7 oleks vaadeldava lepingu puhul tegemist ehitustööde hankelepinguga ka siis, kui ehitustööde tellimine ei oleks hankelepingu peamiseks eesmärgiks. Segalepingu kvalifitseerimiseks ehitustööde hankelepinguks piisab sellest, kui tellitakse CPV määruse V lisas nimetatud ehitustöö tegemist, mis ei ole kõrvalise iseloomuga.

¹⁷ vt. RHS eelnõu 816 SE I seletuskiri, 16.01.2006. – arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou2&op=ems2&eid=816&assembly=10&u=20150120103913> (20.01.205) RHS-i eelnõu seletuskirjaga tutvumisel on oluline tähele panna, et RHS-i eelnõu § 4 lõikest 8 jäeti teise lugemise käigus välja lauseosa «või mille ostmine või tellimine koos ehitustöödega ei ole vajalik ehitise õigusaktides ega standardites sätestatud nõuetele vastavuse tagamiseks».

Esiteks leiame, et riigihankes "Hooldus-, korrashoiutööd ja teenused" (RH 144513) on hankija tellinud ühe ja sama hankelepinguga olemuslikult erinevaid teenuseid, mida vastaval kaubaturul tegutsevad ettevõtjad üldjuhul kokkukuuluvatena ei paku. Näiteks ei saa pidada kokkukuuluvateks: (i) liikluskorraldusvahendite hooldust;¹⁸ (ii) puude ja lilledel istutamist; (iii) purskkaevude hooldust ja pisiremonti (iv) ning majandustegevusena lõkete ladumist ehk küttekoldevälise tule tegemist (küttekoldevälise tule tegemise tuleohutusnõuded sätestab TuOS § 15).

Enamgi veel, tegemist on erinevaid valdkondi puudutavate teenustega, mida osutavad üldjuhul erinevad ettevõtjad, mille osutamine eeldab erinevat erialast ettevalmistust, kogemust ja oskusteavet ning erinevaid töövahendeid. Nimetatud teenuste osutamine võib nõuda ka erinevaid eriõigusi (tegevusload, registreeringud jms). Nõnda sätestas elektrihoiutuse seaduse (EIOS) § 18 lg 5¹⁹, et elektritööd võis majandustegevusena teha majandustegevuse registris registreeritud elektritöö ettevõtja elektritöö juhi või EIOS § 14 lõikes 3 nimetatud juhul käidukorraldaja pädevustunnistusel märgitud ulatuses. Kuna purskkaevude hooldustööde ja pisiremondiga võis kaasna elektritöö tegemine, eeldas see töö teostajalt vastava eriõiguse olemasolu.²⁰

Vabaturutingimustes asjaomaseid teenuseid osutavad ettevõtjad on enamasti spetsialiseerunud mõnele kitsale valdkonnale: nt. reeglina ei osuta puude ja lilledel istutamisega tegelevad ettevõtjad purskkaevude hooldus- ja remonditeenust ega liikluskorraldusvahendite hooldust. See tähendab, et eelduslikult on ainult vähestel ettevõtjatel võimekus teostada ning pakkuda kõiki hankelepinguga hõlmatud tegevusi koos.

Hanketeate p-s III.2.3 kehtestas hankija pakkuja tehnilisele ja kutsealasele pädevusele nõuded, mille kohaselt pidi pakkuja omama nii referentskogemust kui tehnilist varustust kõigi hankelepingu tehnilisse kirjeldusse kuuluvate ehitustööde ja teenuste osutamiseks.

Pakkuja pidi olema viimase kolme aasta (2009-2011) jooksul teostanud riigihanke objektile sarnaseid töid kogusummas vähemalt 15 980 000 eurot [HT p III.2.3)2]. Pakkujal pidi olema vähemalt kolmeaastane teede, tänavate, parkide ja haljasalade hooldustööde kogemus linnatingimustes [HT punkt III.2.3)3]. Pakkujal pidid olema riigihanke teostamiseks vajalikud tööriistad, seadmed ja masinad [HT punkt III.2.3)4].

Samuti pidi pakkujal olema hankelepingu täitmiseks vähemalt üks täistööajaga keskhariidusega töödejuhataja/meister, kellel on vähemalt kolmeaastane tänavapuhastustööde töökogemus ja vähemalt üks täistööajaga või lepinguga aiandusala eriharidusega või samaväärse (aiandus, maastikuarhitektuur, agronoomia või metsandus) haridusega töödejuhataja/meister, kellel on vähemalt kolmeaastane haljastuse hooldustööde juhtimise töökogemus [HT punkt III.2.3)5].

Rahandusministeeriumile teadaolevalt on Kohtla-Järve Linnavalitsus ainus hankija Eestis, kes on koondanud kõik ülalnimetatud tööd ja tegevused ühte riigihankesse, kohaldamata ühe hankemenetluse raames riigihanke osadeks jaotamise regulatsiooni (s.o RHS §-i 24). eRHR-ist ei nähtu, et perioodil 2009-2011 oleks korraldatud lisaks Kohtla-Järve Linnavalitsuse riigihankele viitenumbri 113794 teisi sellesarnase objektiga ja sarnases mahus riigihankeid.

¹⁸ Nagu eelnevalt selgitatud, RHS § 4 lg 3 p 1 kohaselt käsitletakse liikluskorraldusvahendite korrashoiu kirjelduses sisalduvat liikluskorraldusvahendite paigaldust, mis nõuab TeeS § 25¹ lg 1 p-s 6 (v.a liiklusemärgid) ette nähtud tegevusluba, ehitustööna (CPV "45233290-8 teemärkide paigaldamine"). Teenusena on RHS § 4 lõike 5 järgi käsitletavat liiklusemärgide hooldustööd, mis ei seisne liikluskorraldusvahendite paigaldamises (CPV 50232200-2: "Liiklustähiste hooldustegevused"). Liiklusemärgide hooldamine, kui see toimub tee omaniku tellimisel, tegevusluba ei nõua (TeeS § 25¹ lg 2 p 6).

¹⁹ riigihanke "Hooldus-, korrashoiutööd ja teenused" (RH: 144513) läbiviimise ajal kehtinud redaktsioonis [RT I 2007, 12, 64; 2010, 31, 158].

²⁰ alates 01.07.2014 on MTR-i registreeringu nõue asendatud majandustegevusteate esitamise kohustusega (vt. EIOS §-i 32 – RT I, 29.06.2014, 15).

Kuigi HT p-dest III.2.3)2 ja III.2.3)3 ei tulenenud otsest nõuet, et vastav referents peab olema saavutatud ühe lepingu raames, on ilmselge, et selle nõude täitmine on komplitseeritud ettevõtjatel, kelle tegevus ei hõlma üheaegselt teede hooldust ja teeremonti, haljastustöid, purskkaevude hooldust, lõkete ladumist jms.

Üldtuntuks saab pidada ka asjaolu, et liikluskorraldusvahendite või purskkaevude hooldusele spetsialiseerunud ettevõtjatel üldjuhul puudub aianduslase hariduse ja kogemusega töödjuhataja [vt. HT p III.2.3)5].

Olukorras, kus teised hankijad sarnaseid „komplekshankeid“ ei korralda, sõlmides, erisuguste teenuste tellimiseks eraldi hankelepingud, tuleks asuda seisukohale, et refereeritud kvalifitseerimistingimuste najal võis Kohtla-Järve linna senine lepingupartner saada potentsiaalsete konkurentide ees teatud eelise.²¹ Seda eriti, arvestades asjaomase riigihanke pikaajalisust²² ja suuremahulisust²³, mis sulgeb vastavate teenuste turu väikeste ning keskmise suurusega ettevõtjatele.

Kuigi ühispakkumuse esitamise võimalus (RHS § 12 lg 4), nagu ka võimalus tugineda teiste isikute (nt. alltöövõtjate) näitajatele ja vahenditele (RHS § 40 lg 3 ja § 41 lg 6), vähendab riigihankele juurdepääsu takistava tõkke intensiivsust, ei pruugi need õigused siiski korvata pakkumuse esitamisele kehtestatud tõkke ebasoodsaid mõjutusi täies ulatuses ning seega ei muuda kõnealused õiguslikud vahendid ülalnimetatud eelist olematuks.

Ettenähtavalt on ühispakkujate või alltöövõtjate leidmine huvitatud isiku jaoks koormavam, tihti rahaliselt ka kulukam, kui üksikpakkumuse esitamine. RHS § 12 lõige 4, § 40 lõige 3 ja § 41 lõige 6 ei pruugi huvitatud isikute võimalusi konkurentsivõimelise pakkumuse esitamiseks täienisti tasakaalustada.

Siinkohal juhime tähelepanu, et väikeste ja keskmise suurusega ettevõtjatele (VKEdele) riigihangetele juurdepääsu hõlbustamise nõue on kooskõlas Euroopa Liidu riigihankepoliitikaga.

Nii märgitakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2014/24/EL preambuli p-s 59, et ostude koondamist tuleb siiski hoolikalt jälgida, et vältida ostujõu ülemäärast koondumist ja konkurentsivastast koostööd ning säilitada läbipaistvus ja konkurents, samuti VKEde turulepääsu võimalused.

Direktiivi 2014/24/EL preambuli punktis 78 on sõnaselgelt osundatud, et riigihanked tuleks kohandada VKEde vajadustele ning avaliku sektori hankijaid tuleks ergutada kasutama komisjoni talituste 25. juuni 2008. aasta töödokumendis „Euroopa parimate tavade juhend, millega lihtsustatakse VKEde juurdepääsu riigihankelepingutele“ [SEC(2008)2193]ette nähtud parimate tavade koodeksit.

Sel eesmärgil ja konkurentsi suurendamiseks, on direktiivis märgitud, tuleks avaliku sektori hankijaid eelkõige kutsuda üles jaotama suured riigihankelepingud osadeks.

²¹ Mitmeid aastaid osutab Kohtla-Järve linnale kõnealuseid teenuseid üks ettevõtja. 2009. aasta ja 2013. aasta riigihangetes, mille maksumused kokku ületasid 28 miljonit eurot, osales alati ainult üks pakkuja – AS N&V, reg. 10003028, kelle pakkumus oli ootuspäraselt ka edukas. Kohtla-Järve Linnavalitsuse korraldatud kümneid miljoneid eurosid maksvates „hooldus-, korrashoiutööde ja teenuste“ riigihangetes konkurentsi ei täheldata.

²² Riigihankes "Hooldus-, korrashoiutööde ja teenused" (RH: 144513) sõlmis hankija AS-iga N&V töövõtulepingu nr 2-8.3/234 kestusega 01.10.2013-30.09.2017 (48 kuud).

²³ Ülalviidatud hankelepingu maksumuseks kujunes 16 710 021,30 eurot km-ta (koos km-ga 20 052 025,56 eurot. Võrdluseks olgu märgitud, et Kohtla-Järve linna arvestusüksuse kõik maksutulud olid 2013.a. kokku 16 948 000 eurot [vt. Kohtla-Järve Linnavolikogu 24.09.2014 määrusega nr 40 kinnitatud "Kohtla-Järve linna eelarvestrateegia aastateks 2015-2018" Tabel 3, lk 9. – RT IV, 01.10.2014, 14].

Selline osadeks jaotamine tuleks, direktiivi 2014/24/EL kohaselt, teha kvantitatiivsel alusel, et eri hankelepingute suurus vastaks paremini VKEde suutlikkusele, või kvalitatiivsel alusel, kooskõlas erinevate asjaomaste tegevusalade ja spetsialiseerumisega, et kohandada eri hankelepingute sisu täpsemalt VKEde spetsialiseerunud sektoritele vastavalt ja kooskõlas erinevate järgnevate projektietappidega.

Direktiivis viidatud Komisjoni talituse töödokumendis „Väikeste ja keskmise suurusega ettevõtjate riigihankelepingutele juurdepääsu hõlbustavate Euroopa parimate tavade juhend“ („European Code of Best Practices Facilitating Access by SMEs to Public Procurement Contracts“) on esmase ülesandena toodud välja hankelepingute mahuga seotud probleemide lahendamine.

Komisjoni töödokumendis on märgitud, et riigihangetes osalemisest huvitatud VKEd kurdavad sageli, et neid arvatakse hankelepingute saajate seast *de facto* välja üksnes seetõttu, et nad ei ole suutelised esitama pakkumust kogu lepingu(mahu) kohta. Riigihanke-direktiivid lubavad sõlmida hankelepinguid eraldi osade teostamiseks (tingimusel, et riigihanke erinevate osade eeldatavad maksumused summeeritakse, vt. Direktiivi 2004/18/EÜ art 9 lg 5 ning RHS §-d 23-24).

Riigihangete jagamine osadeks hõlbustab selgelt VKEde juurdepääsu nii kvantitatiivselt (osade suurus võib paremini vastata VKE tootmisvõimsusele) kui ka kvalitatiivselt (osade sisu võib täpsemini vastata majandusharule, millele VKE on spetsialiseerunud). Hankelepingute osadeks jagamine ja seeläbi VKEde osaluse soodustamine tugevdab ka konkurentsi, mis on hankijatele kasulik (vt. viidatud töödokumendi p-i 1.1, lk-d 6-7).

Samuti on töödokumendis osundatud, et VKEde osaluse suurenemine riigihangetes toob kaasa tihedama konkurentsi riigihankelepingute saamisel, mis tagab hankijatele parema hinna ja kvaliteedi suhte.

Lisaks sellele võimaldavad konkurentsivõimelisemad ja läbipaistvamad riigihanketavad VKE -del avada oma kasvu- ja uuenduspotentsiaali, mõjutades positiivselt Euroopa majandust (vt. viidatud töödokumendi lk 2).²⁴

Seega on probleemipüstitus mitte kvalifitseerimistingimuste vastavuses hankeesemele, samuti mitte kvalifikatsioonitingimuse proportsionaalsuses, vaid avaralt sisustatud hankeeseme kooskõlas riigihanke üldpõhimõtetega.

Pakkujate kvalifikatsioonile esitatud tingimused võivad küll vastata hankeobjektile, kuid juhul, kui hankeobjekti moodustamisel on reaalse ning tõhusa konkurentsi tagamise vajadus tahaplaanile jäetud, koondades olemuslikult erinevad teenuseliigid ühte hankelepingusse, pärsib see ettevõtjate avalike õiguste (ettevõtlusvabaduse) tegelikkuse kasutamist, tasalülitab konkurentsi ja võib tekitada turumoonutusi.

Konkurentsi kahjustamine kahjustab alati ka avalikke huve. Riigihanke üheks eesmärgiks ja üldpõhimõtteks on konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine riigihankel, mis omakorda loob hankijale võimalused eelarveliste rahavahendite läbipaistvaks, otstarbekaks ja säästlikuks kasutamiseks. Ent avalike vahendite kuluefektiivne kasutus võib muutuda pakkujate vahelise tegeliku konkurentsita häirituks.

²⁴ vt. antud teemakäsitluse kohta – The Access of SMEs to Public Procurement Contracts. Final Report: 2004; Evaluation of SME Access to Public Procurement Markets in the EU. Final Report: 2007; Evaluation of SMEs Access to Public Procurement Markets in the EU. Final Report: 2010. Viidatud materjalid on avaldatud Euroopa Komisjoni ettevõtluse ja tööstuse peadirektoraadi veebilehel. Opening public procurement to SMEs. – vt. arvuti-võrgus: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/public-procurement/> (21.01.2015)

Kvalifitseerimistingimuste proportsionaalsust hinnatakse võrdluses hankeesemega (RHS § 39 lg 1 ls 2), mistõttu pakkuja majanduslikule ja finantsseisundile või tehnilisele ja kutsealasele pädevusele esitatavate nõuete vaidlustamine ei pruugi olla tulemuslik, kui riigihankele juurdepääsu tõkked on tingitud konkurentsi ebamõistlikult kahjustavalt määratletud hankeobjektist (näiteks eri valdkondi puudutavate teenuste koondamine ühte hankelepingusse). Seega eeldab õiguskaitse tõhusus ja asjakohasus, et huvitatud isik, kelle juurdepääsu riigihankele on mittelegitimselt piiratud, saaks vaidlustada ning et vaidlustust lahendav organ saaks kontrollida ka riigihanke eseme kooskõla RHS § 3 p-s 4 sätestatud konkurentsi tagamise põhimõttega.

Paraku on hankevaidlustele mainitud aspektidest lähenemine osutunud kohtupraktikas mitmes mõttes problemaatiliseks. Siinkohal mööname, et hankijal on hankeeseme määratlemise üle ulatuslik otsustusõigus²⁵ ja hankijal puudub kohustus koostada tehniline kirjeldus selliselt, et pakkumuse saaksid alati esitada kõik soovijad²⁶. Siiski ei tohi hankija tegevus hankeobjekti määratlemisel toimuda meelevaldselt ja huvitatud isikuid põhjendamatult diskrimineerivalt.

Hankemenetluse korraldamisel teostab hankija riigivõimu PS § 3 lg 1 ls 1 tähenduses. Hankemenetlus toimub RHS-is määratud avalik-õiguslike toimingute kaudu (RKHKm 20.12.1999, nr 3-3-1-48-99, p 3; RKHKm 06.02.2001, nr 3-3-1-69-00, p 1; RKHKm 15.11.2010, 3-3-1-57-10, p 22). Kuigi hankemenetlus ise ei ole küll haldusmenetlus HMS § 2 lõike 1 tähenduses ning riigihangetele HMS-is ette nähtud regulatsioon üldiselt ei laiene, on hankija riigihangete korraldamisel seotud õiguse üldpõhimõtete ja hea halduse põhimõttega (RKHKo 15.03.2006, nr 3-3-1-5-06, p 15), millest omakorda võib järeldada, et õiguse- ja haldusmenetluse üldpõhimõtete üldine kasutamise kohustus valitseb ka riigihankemenetluses.

Seega võivad isikute õigused olla rikutud riigihankemenetluses õiguse üldpõhimõtete ja hea halduse tava mittejärgimise tõttu.

Riigihanke üldpõhimõtted kehtivad igas riigihankes, olles universaalsed. Ükski hankija saa olla oma kaalutlustes absoluutselt vaba (meelevaldne), vaid peab alati arvestama ja kaaluma huvitatud isikute õiguspäraseid huve.

Kontrolli läbiviimisel juhtis kontrollija hankija tähelepanu riigihankel konkurentsi efektiivse ärakasutamise kohustusele (RHS § 3 punkt 4). Konkurentsi tagamine, võrdne kohtlemine, riigihanke läbipaistvus ja kontrollitavus – need on Euroopa Liidu õigusest tulenevad riigihangete universaalsed alusprintsipiidid, mida tuleb järgida igas riigihankes.

Kontrollija palus hankijal selgitada: (i) kuidas on RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetega, iseäranis konkurentsi tagamise nõudega, kooskõlas RH 144513 "Hooldus-, korrashoiutööd ja teenused", kus ühte riigihankelepingusse (riigihanget seesmiselt osadeks jagamata) on koondatud olemuslikult erinevad teenused ja ehitustööd, mida koos pakuvad vaid üksikud ettevõtjad; (ii) kas hankija on eelnevalt analüüsinud, mitu ettevõtjat vastaval teenuste kaubaturul (geograafiline piirkond Kohtla-Järve või Ida-Virumaa) osutavad või on võimelised osutama kõiki riigihankesse nr 144513 koondatud ehitustöid ja teenuseid koos.

Hankija vastas, et tema arvates on hankesse kuulunud CPV 45233141-9 „Teehooldustööd“ puhul tegemist teenuste tellimisega. Hankija sõnul analüüsis ta teenuseid ja tuli järeldusele, et: „[k]ui kõiki teenuseid eraldi tellida, siis ei saa tulemuslikku tööd, kuna erinevad firmad erinevatel aegadel hakkavad teostama erinevaid töid, siis töid on väga raske koordineerida ning seoses sellega jõuti järeldusele, et kogu töö peaks tegema üks ettevõtte“. Lisaks märkis hankija, et: „[p]õhjuseks teha üks riigihange on see, et kui teenindab üks firma, siis kulud linna jaoks on väiksemad“.

²⁵ TlnRko 01.03.2011, nr 3-10-3225, p 17.

²⁶ TrtHko 09.10.2009, nr 3-09-1624, lk 9.

Rahandusministeerium ei jaga hankija vastuses märgitud seisukohti. Kordamata käesolevas kontrollaktis eelnevalt juba selgitatud märgime siiski, et RHS § 4 lõike 3 punkti 1 tähenduses on CPV 45233141-9 „Teehooldustööd“ tellimisel tegemist ühemõtteliselt ehitustöödega. Tegu on ehitustööde CPV-koodiga (vt. CPV määruse V lisa), mida ei saa käsitleda teenusena RHS § 4 lg 5 mõistes. Teenuste hankelepinguga tellitakse CPV määruse VI ja VII lisas nimetatud teenuseid.

Hankija soov, et „kogu töö teeks üks ettevõtte“ on asjakohatu, sest hanke alusdokumentides ei ole allhangete piiramist ette nähtud. Erisuguste ehitustööde ja teenuste koondamisel ühte hankelepingusse on küll kahjustatud väikeste ja keskmise suurusega ettevõtjate juurdepääsu riigihankele, kuid ei ole kuidagi piiratud alltöövõtu kasutamist, sh. referentsnõuetele vastava suurettevõtja poolt.

RHS § 31 lg 7 kohaselt võib teenuste või ehitustööde hankelepingu sõlmimise korral hankija sätestada nõude, et pakkuja osutaks olulise osa teenustest või teeks olulise osa ehitustöödest (täidaks olulise osa hankelepingust) ise, kuid selline nõue peab olema sätestatud hankedokumentides ning allhanke piiramine peab olema hankelepingu olemusest lähtuvalt vajalik hankelepingu täitmise kvaliteedi tagamiseks, hankelepingu täitmise kontrollitavuse tagamiseks või muul objektiivsel põhjusel ning kooskõlas vastavas valdkonnas kehtivate heade äritavadega. Allhanke piiramist ei saa kohaldada allhankele pakkujaga seotud ettevõtjalt.

Sobivaks saab lugeda on üksnes seda abinõud, mis soodustab eesmärgi saavutamist. Vaieldamatult ebaproportsionaalne e. mittesobiv on sobivuse mõttes abinõu, mis ei soodusta seatud eesmärgi saavutamist. Kui hankija on hankelepingu objekti määratlemisel lähtunud soovitud eesmärgist „et kogu töö teeks üks ettevõtte“, siis selle eesmärgi saavutamiseks valitud abinõu (olemuslikult erinevate teenuste koondamine ühte hankelepingusse) ei ole sobiv, sest HD-s ei ole alltöövõttu piiratud. Kuivõrd alltöövõttu ei ole piiratud, samuti ei luba RHS § 12 lg-d 4 ja 6 piirata ühispakkumuse esitamist, ei ole välistatud, et pakkuja kaasab lepingujärgsete tööde teostamisele kolmandaid isikuid. Eeltoodust tulenevalt ei ole valitud abinõu kaudu hankija soovitud eesmärk saavutatav (abinõu ebasobivus). Hankeobjekti avar määratlemine piirab, iseäranis VKE-de, juurdepääsu riigihankele ja kahjustab seetõttu konkurentsi, kuid ei taga, et hankelepingut tervikuna või olulist osa sellest täidaks üks ettevõtte (pakkuja ise).

Samuti ei ole riigihankele juurdepääsu piiramise õigustamiseks piisav hankija üldsõnaline väide, et kõiki teenuseid eraldi tellides, ei saa tulemuslikku tööd, kuna erinevad ettevõtjad alustavad töödega erinevatel aegadel, mis raskendab tööde koordineerimist. See, millal riigihankes ette nähtud tööde teostamisega alustatakse ja millise ajakava alusel töid tehakse, on alati hankija määrata ega sõltu ühelgi viisil sellest, kas erinevad tööd on koondatud ühte hankelepingusse või sõlmitakse riigihankelepingud sektoripõhiselt (nt. kvalitatiivsel alusel riigihanke osadeks jaotamine ühe hankemenetluse raames – vt. RHS § 24).

Hankija mugavus, mida saab eeldada ühe lepingupartneriga suhtlemisel ja arveldamisel, ei kaalu üldjuhul ülesse vaba konkurentsi piiramisest põhjustatud ettevõtlusvabaduse kitsendusi ning sellega kaasnevat kahju avalikele huvidele.

Paljasõnaline ja eluliselt mitteusutav on hankija väide, et „kui teenindab üks firma, siis kulud linna jaoks on väiksemad“.

Väiksemad võivad olla hankelepingu administreerimiskulud (nt. pangatasud juhul, kui need sõltuvad ülekannete arvust), kuid võrreldes ettevõtjate vahelise tihedama konkurentsi ning konkureerivate pakkumuste paljususe korral eelduslikult väiksema hankelepingu maksumuse arvelt saavutatava kokkuhoiuga, on hankija halduskulude kasv marginaalne või koguni olematu. Suurema pakkujate arvu ning väiksema hankelepingu maksumuse vaheline põhjuslik seos on eluliselt ja kogemuslikult ilmne, ent hankija on lähtunud vastassuunalisest eeldusest, mis on oletuslik ning pigem erandlik.

Rahandusministeerium soovib hankijal edaspidi tõsiselt kaaluda teeremondi ja teehoolduse ning haljastustööde riigihanke jaotamist osadeks ühe hankemenetluse raames, võttes riigi-

hanke eeldatava maksumuse määramisel arvesse kõigi osade eeldatava kogumaksumuse ning sätestades hanketeates, kas ta lubab pakkujal esitada pakkumuse ühele, mitmele või kõigile osadele (RHS § 24). Lisaks juhime hankija tähelepanu RHS § 23 lg-s 3 sätestatud n-ö väikeste osade erandile, mida hankija saab rakendada juhul, kui osadeks jaotatava riigihanke kõigi osade summeeritud eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda.

Seonduvalt riigihanke "Hooldus-, korrashoiutööd ja teenused" (RH: 144513) alusdokumentidega toome veel ühe tähelepanekuna välja, et HT p-s III.2.3)³ on hankija kehtestanud järgmise nõude: „Pakkujal peab olema vähemalt kolmeaastane teede, tänavate, parkide ja haljasalade hooldustööde kogemus linnatingimustes. Pakkuja esitab tõenduse.“

Leiame, et selliselt sõnastatud kvalifitseerimise tingimus ei ole korrektne. Seda põhjusel, et hankija ei ole nimetanud dokumenti, mille alusel HT punktis III.2.3)³ kehtestatud tingimuse täitmist kontrollitakse. Osundame kohtuotsusele, milles Riigikohtu halduskolleegium selgitas, et: „Riigihanke läbipaistvuse (RHS § 3 punkt 2) põhimõttega oleks vastuolus see, kui pakkujad peavad sisuliselt kvalifitseerimistingimustest asumatuleta nõutavaid dokumente ja andmeid. Puudulikult koostatud hanke alusdokumendi eest vastutab eranditult alati ning üksnes hankija“ (RKHKo 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13, p-d 38-39).

Eeltoodu tähendab, et hankija peab kvalifitseerimistingimuse seadmisel alati ära näitama ka konkreetse dokumendi, mille põhjal antud tingimuse täitmist kontrollitakse ja mille esitamist pakkujalt nõutakse. See, milliseid andmeid ja dokumente on hankijal õigus pakkujatelt nende kvalifikatsiooni kontrollimise raames küsida, on määratletud RHS §-des 40 ja 41.

4. Järeldused

- 4.1. Hankija riigihankekorralduses esineb puudujääke. Kontrollimise käigus tuvastati rikkumisi, mis olid seotud: e-hangete korraldamata jätmisega; sisetehingu kohustuslike eelduste puudumisega; riigihanke õigusvastase osadeks jaotamisega; riigihankemenetluse korraldamata jätmisega; ebaseaduslike kvalifitseerimistingimustega; hankelepingu sõlmimisega riigihanke alusdokumentidest erinevatel tingimustel; munitsipaaläriühingute eest riigihangete korraldamisega seaduse nõuetele vastava volituseta; maksuvõlgade puudumise kontrolli ebakohasusega ning riigihangete registrile riigihanke aruande ja aruande lisa esitamise korrast mittekiinnipidamisega.
- 4.2. Tuvastatud puudujäägid on käsitletavad planeerimisvigadena ning kompetentsupuudustena, mis on haldussuutlikkuse tõstmise ja asjatundlikkuse suurendamise teel ületatavad. Kontrolli käigus ilmnenuid süsteemset laadi rikkumiste osas saab täheldada hankija praktika paranemist. Näiteks on hankija alates 2014. aasta II poolest teostanud maksuvõlgade puudumise kontrolli RHS § 38 lg 1 p-s 4 ja lg-s 1¹ sätestatud tingimustel juba eRHR-i kaudu (teabevahetuse tööleht: maksuvõlad hanke alustamise päeval ja maksuvõlad valitud kuupäeva seisuga).
- 4.3. Vajab eraldi äramärkimist, et Kohtla-Järve Linnavalitsus on kontrolli käigus tuvastatud rikkumisi tunnistanud ja puudustest aru saanud, mis loodetavasti loob vajalikud eeldused rikkumist tinginud põhjuste kõrvaldamiseks ning edaspidistest rikkumistest hoidumiseks.

(allkirjastatud digitaalselt)

Kristel Mesilane
osakonnajuhataja asetäitja
Riigihangete ja riigiabi osakond

Järelevalvetoiminguid teostanud ametnik:

Mihhail Antonov
jurist riigihangete järelevalve alal
Riigihangete ja riigiabi osakond
611 3468; mihhail.antonov@fin.ee