



Euroopa Liit
Euroopa struktuuri-
ja investeerimisfondid



Eesti
tuleviku heaks

Ühtekuuluvusfondi projekti

2014-2020.7.02.16-0001

“Purtse jõe, Kroodi oja ning Maadevahe ja
Priimetsa ABT jääkreostuse ohutustamine”

PROJEKTIAUDIT

toetuse saaja: Keskkonnaministeerium

rakendusüksus: SA

Keskkonnainvesteeringute Keskus

Lõpparuanne

CF-157/2019

06.12.2019



RAHANDUSMINISTEERIUM

KOKKUVÕTE AUDITI TULEMUSTEST

Auditi tulemus:

Auditi töörühm jõudis auditi toimingute läbiviimise tulemusena järeldusele, et toetuse saaja tegevus projekti rakendamisel ei ole olulises osas¹ vastavuses kehtivate õigusaktidega. Puudusi esines auditi ulatusse kuulunud hanke läbiviimises, mis tõi kaasa mitteabikõlblikke kulusid.

Märke struktuuritoetuse registris²:

- märkustega, olulised tähelepanekud.

Olulised tähelepanekud toetuse saajale:

[Oluline tähelepanek 4.1 – Rahvusvahelise hanke 188493 hanketeates on esitatud piiravad kvalifitseerimistingimused. Tuvastatud mitteabikõlblik kulu 208 107,82 eurot, millest auditi ulatusse kuulub 139 904,57 eurot.](#)

Projektaudit on läbi viidud vastavuses rahvusvaheliste siseauditeerimise kutsetegevuse standarditega.

Projektauditi lõpparuanne avalikustatakse Rahandusministeeriumi koduleheküljel.

Täname auditeeritavat auditi läbiviimise ajal osutatud kaasabi, vastutulelikkuse ja koostöö eest.

¹ Auditi töörühm on teostanud auditi toimingud asjatundlikult ja nõutava ametialase hoolsusega. Auditi tulemusena antakse auditeeritud objekti kohta **põhjendatud kindlustunne**, võttes arvesse võimalikku auditi riski, et isegi suhteliselt olulised ebatäpsused võivad jääda avastamata.

² **Olulised tähelepanekud** on leiud, mis omavad või võivad omada finantsmõju (st mitteabikõlblikud kulud). **Väheolulised tähelepanekud** on leiud, mis ei oma finantsmõju, kuid mille lahendamine aitab toetuse saajal vähendada riske projekti edukal elluviimisel.

A - OSA

1. Auditi objekt ja auditeeritud kulud

1.1 PROJEKTI ÜLDANDMED	
Rakenduskava	Ühtekuuluvuspoliitika fondide rakenduskava 2014-2020
Prioriteetne suund	2014-2020.7 Veekaitse
Meede	2014-2020.7.2 Saastunud alade ja veekogude korrastamine
Projekti number struktuuritoetuse registris (edaspidi SFOS)	2014-2020.7.02.16-0001
Projekti nimetus	Purtse jõe, Kroodi oja ning Maadevahe ja Priimetsa ABT jääkreostuse ohutustamine
Toetuse saaja ja partner(id):	Keskkonnaministeerium; kontaktisik Raimo Jaaksoo
Taotluse rahuldamise otsuse (otsuse muutmise) number ja kuupäev	Keskkonnaministri käskkiri 18.04.2016 nr 1-2/16/336; Keskkonnaministri 18.04.2016 käskkirja nr 1-2/16/336 muutmine 14.11.2016 nr 1-2/16/1126 Keskkonnaministri 18.04.2016 käskkirja nr 336 muutmine 04.05.2018 nr 1-2/18/334
Rakendusüksus	SA Keskkonnainvesteeringute Keskus
Projekti kulude abikõlblikkuse periood	01.01.2016. a – 31.12.2023. a
1.2 AUDITI LÄBIVIIMISE INFO	
Alus	Perioodi 2014-2020 struktuuritoetuse seaduse § 11 lg 3 ning Rahandusministeeriumi finantskontrolli osakonna struktuuritoetuse auditeerimise 2019. a tööplaan ³ .
Eesmärk	Hinnang struktuuritoetuse eesmärgipärasele ja õiguspärasele kasutamisele vastavalt Vabariigi Valitsuse 07.08.2014. a määruse nr 127 „Perioodi 2014-2020 struktuuritoetuse andmise ja kasutamise auditeerimine” § 4 lõikele 1.
Auditi läbiviija(d)	Indrek Alliksaar, KPMG Baltics OÜ, Vandeaudiitor nr 446 (auditi eest vastutav isik); Risto Viirg, KPMG Baltics OÜ, Vandeaudiitor nr 611 (auditi juht); Liina Lember, KPMG Baltics OÜ, Audiitor (auditi töörühma liige); Annete Kulakovski, KPMG Baltics OÜ, Audiitor (auditi töörühma liige); Hannes Vahemäe, KPMG Baltics OÜ, Audiitor (auditi töörühma liige)
Auditi läbiviimise aeg	17.05.2019. a – 06.12.2019. a (sh kohapealsed toimingud 25.06.2019. a ning 27.06.2019. a)

³ Tööplaan koostatakse lähtuvalt statistilise valimi moodustamise metoodikast, mille kohaselt on kõikidel projektidel võrdne võimalus valimisse sattuda.

Metoodika	Rahandusministeeriumi finantskontrolli osakonna "Projektauditi käsiraamat".				
Toimingud toetuse saaja juures	Kohapealsete toimingute käigus projekti rakendamisega seotud isikute intervjuerimine ning järgneva analüüs ja hindamine: <ul style="list-style-type: none"> • projekti tegelik teostamine, • projekti rakendamist kajastav dokumentatsioon, • kulude abikõlblikkus, • projektiga seotud raamatupidamise korraldus, • omafinantseeringu olemasolu, • struktuurifondide sümboolika kasutamine. 				
Valimi metoodika (kui kohaldub)	Auditi käigus auditeeriti 100% VMT-s nr 50292 deklareeritud kuludest, mistõttu valimit ei moodustatud.				
1.3 AUDITEERITUD KULUD (auditi ulatus)					
Deklareeritud kulude aluseks olevad väljamaksed (väljamaksetaotluse SFOS nr, kuupäev, abikõlblik summa eurodes)	SFOS nr 50292; 20.12.2018. a, 2 798 091,43 €				
Toetuse ja omafinantseeringu osakaal abikõlblikest summadest (%)	Ühtekuuluvusfond: 85% Riiklik toetus: 4,45% Omafinantseering: 10,55%				
Valimi suurus (eurodes; % deklareeritud abikõlblikust summast)⁴	2 798 091,43 €, 100%				
Tuvastatud mitteabikõlblikud kulud (eurodes): 208 107,82€(tähelepanek nr 4.1).					
Väljamaksetaotluse number: 50292	TOETUS			OMA-FINANTSEERING	KOKKU
	Kokku	EL fond	riiklik toetus		
Mitteabikõlblik summa auditeeritud kuludes (eurodes)	125 144,64 €	118 918,89 €	6 225,75 €	14 759,93 €	139 904,57 €
Mitteabikõlblik summa väljaspool auditi ulatust (eurodes):	61 007,81 €	57 972,77 €	3 035,04 €	7 195,44 €	68 203,25 €
Leitud vea määr (%) ⁵	5%				

⁴ Kui ei auditeeritud valimi alusel, märgitakse valimi suuruseks väljamaksetaotluse summa eurodes ja auditeeritud kulude osakaaluks 100%.

⁵ Mitteabikõlblike kulude osakaal tegelikult auditeeritud kuludest (%). Kui auditeeriti valimi alusel, siis mitteabikõlblike kulude osakaal valimi mahust.

2. Piirangud

Käesolev aruanne on koostatud sõltumatuse ja objektiivsuse põhimõtetest lähtudes.

Perioodi 2014-2020 struktuuritoetuse seaduse § 24 punkti 10 alusel on toetuse saaja kohustatud andma audiitori kasutusse tema nõutavad andmed ja dokumendid ning võimaldama audiitoril viibida projektiga seotud ruumides ja territooriumil. Eelnevast tulenevalt järeldavad audiitorid, et kõik auditi käigus esitatud andmed ning muu suuline ja kirjalik teave kajastavad projekti raames teostatud tegevusi korrektselt ja tegelikkusele vastavalt ning on piisavad projektidele hinnangu andmiseks. Täiendava, audiitoritele mitte esitatud / mitteteadaoleva informatsiooni korral oleksid audiitorite järeldused võinud olla teistsugused.

3. Järeltegevused

Toetuse saajal tuleb arvestada auditi aruande B-osas esitatud tähelepanekute ja soovitustega. Soovituste rakendamise osas teostab seiret ning viib läbi järeltegevusi rakendusüksus. Järeltegevuste tulemustest annab rakendusüksus tagasisidet SFOS-i vahendusel.

Auditeeriv asutus koondab korraldusasutuselt, sertifitseerimisasutuselt, rakendusasutuselt ja rakendusüksuselt saadud informatsiooni soovitude rakendamise kohta ning vajadusel küsib täiendavat informatsiooni.

Vajadusel viiakse läbi järelaudit.

B-OSA

AUDITI TULEMUSED

1. Struktuuritoetuse eesmärgipärane kasutamine

Struktuuritoetust on kasutatud olulises osas otstarbekalt ja sihipäraselt, vastavalt projekti eesmärkidele ja rakendamise tingimustele.

2. Raamatupidamises kajastamine

Auditi ulatuses olevad kulud vastavad olulises osas struktuuritoetuse saaja raamatupidamise andmetele.

3. Struktuuritoetuse maht ning ajastus

Struktuuritoetuse andmine on toimunud olulises osas ettenähtud mahus ja õigeaegselt ning omafinantseering on tagatud.

4. Hangete läbiviimine

Struktuuritoetuse saaja hanke läbiviimisel esineb puudusi. Auditi toimingute käigus tehti üks oluline tähelepanek.

Oluline tähelepanek 4.1 – Rahvusvahelise hanke 188493 hanketeates on esitatud piiravad kvalifitseerimistingimused. Tuvastatud mitteabikõlblik kulu 208 107,82 eurot, millest auditi ulatusse kuulub 139 904,57 eurot.

Kuni 31.08.2017. a kehtinud RHS § 3 p 3 järgi peab hankija kohtlema kõiki isikuid, kelle elu- või asukoht on Eestis, mõnes muus Euroopa Liidu liikmesriigis, muus Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigis või Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankepinguga (Government Procurement Agreement - GPA) ühinenud riigis, võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning jälgima, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud. Seega ei tohi hankija riigihankes osalemist keelata eespoolnimetatud riikidest pärinevatel isikutel ja samuti peavad kõigile neile isikutele riigihangetes seatavad piirangud olema proportsionaalsed ja asjakohased.

Keskkonnaministeerium on korraldanud rahvusvahelise hanke 188493, et hankida projekteerimis- ning ehitustöid.

Hankija on hanketeate tehnilise ja kutsealase pädevuse kvalifitseerimise tingimustes muuhulgas välja toonud:

- 1 Eesti äriregistris registreeritud pakkuja (koos pakkumuses osalevate alltöövõtjatega) peab omama kehtivat ohtlike jäätmete käitluslitsentsi;
- 2 pakkuja peab olema osutanud ja lõpule viinud projekteerimistöid projekteerimisettevõtjana Ehitusseadustiku ja selle rakendusaktide mõistes;

- 3 FIDIC lepingutingimuste tundmine projektijuhilt ((tõendatav varasemalt Töövõtja Esindaja (FIDIC Lepingutingimuste Alapunkt 1.1.2.5 ja 4.3 mõistes) funktsiooni tegeliku täitmisega vähemalt kahes hankelepingus), hanketeade p III.2.3.

Audiitorite hinnangul ei ole kahe esimese punkti puhul hanketeade võimalikele välispakkujatele üheselt mõistetav. Seda seetõttu, et hanketeatest ei nähtu konkreetselt, milliseid dokumente potentsiaalne välispakkuja peaks esitama, kui ta tahaks hankes osaleda näiteks üksinda, kaasamata Eesti koostööpartnerit. Antud juhul on punktis üks toodud kvalifitseerimise tingimuse sõnastus selline, mis annab juhised üksnes Eesti pakkujatele.

Audiitorid leiavad, et hanketeatest ei nähtu, et (välis)pakkuja, kellel puudus pakkumise hetkeks Eestis väljastatud ohtlike jäätmete käitluslitsents, oleks võinud selle taotleda ning esitada alles hankelepingu sõlmimise hetkel.

Lisaks sisaldab hanketeade viidet Ehitusseadustiku ja selle rakendusaktidele, mis audiitorite hinnangul on konkreetselt seotud Eesti siseriikliku õigusega. Seda seetõttu, et Eestis on üheks ehitus reguleeriva valdkonna õigusaktiks ehitusseadustik, ent mõnes muus riigis võib see olla nimetatud mõnd muud moodi. Seetõttu leiavad audiitorid, et see ei ole üheselt selge võimalikele välispakkujatele.

Eeltoodust tingituna soovivad audiitorid edaspidi hanketeade koostada vastavalt, et see oleks kõigile võimalikele pakkujatele üheselt mõistetav. See tähendab, et hankija peaks hanketeates välja tooma, kuidas saaks hankes osaleda välispakkuja, kellel ei ole Eestis väljastatud ohtlike jäätmete käitluslitsentsi. Samuti peaks hankija selgelt välja tooma, millistele tingimustele peavad vastama pakkuja poolt teostatud projekteerimistööd, et vältida ebamõistlikku koormust välispakkujatele kohaliku seaduse ja selle rakendusaktide mõistmiseks.

Tingimus, mis on seotud FIDIC-tüüpi lepingu tundmisega, on audiitorite hinnangul piirav nii kohalike kui ka välispakkujate suhtes seetõttu, et hankija ei või nõuda ettevõtjalt konkreetse lepingutüübi kogemust või tundmist, kuna see ei näita ettevõtja suutlikkust hankelepingut täita. Audiitorite hinnangul piirab FIDIC-lepingutüübi tundmise nõue valikukriteeriumina põhjendamatult konkurentsi, luues mõnele tootele eeliseid teiste ees. Viidet FIDIC kogemusele võib valikukriteeriumide kontekstis kasutada ainult erandkorras ja igal juhul tuleb konkurentsi avamise tagamiseks lisada sõnad „või sellega samaväärne“.

Kõnealuse riigihanke hanketeates ei ole viidet FIDIC-ule täiendatud sõnadega „või samaväärne“.

Hankedokumentide koosseisus on „Osa III – Tellija Tingimused“, mille punktis 2.3 on järgmine klausel: *Juhul, kui Tehnilise kirjelduse dokumentatsioonis on nimetatud kindlat ostuallikat, protsessi, kaubamärki, patenti, tüüpi, päritolu või tootmisviisi, võib Pakkuja pakkuda kõigi teadaolevate näitajate poolest sellega samaväärset.*

Audiitorite hinnangul tehnilises kirjelduses nimetatud samaväärsuse lubatavus ei laiene hanketeates toodud kvalifitseerimistingimusele.

Audiitorid on seisukohal, et vähem piirav lahendus võimaldaks võimalikel pakkujatel esitada sarnaseid tõendeid teadmiste kohta lepingute järelevalve teostamisest vastavalt FIDIC lepingutingimustega samaväärsetele lepingutingimustele (nt AFNOR (Prantsusmaa), JCT (Ühendkuningriik), VOB (Saksamaa), ORNOM B2110 (Austria)), sest need näitavad sama taseme kutsealast pädevust nagu kõnealuses riigihankemenetluses nimetatud leping. Nõude sellise sõnastusega (FIDIC lepingutingimuste tundmine ilma samaväärse võimaluseta tõendada asjaomast kogemust) võis hankija takistada riigihankemenetluses osalemast võimalikke pakkujaid, kellel olid FIDIC tingimustega samaväärsed teadmised ning kes oleksid suutnud täita kõnealust riigihankelepingut. Hankija poolt hanketeates sätestatud tingimus on ebaproportsionaalne, kuna sama tulemus oleks saavutatud vähem piiraval viisil.

Eelpool toodust tulenevalt, esinevad tähelepanekus kirjeldatud puuduste osas Vabariigi Valitsuse 01.09.2014. a määruse nr 143 § 22 (edaspidi tagasimaksete määrus) lõikes 11 punktis 5 ja 6 toodud asjaolud, mille tõttu hankelepingutele eraldatavat toetust vähendatakse 25 protsenti, kui hankemenetluse korraldamisel on pakkuja kvalifitseerimiseks, pakkumuse vastavaks tunnistamiseks

või pakkumuse hindamiseks riigihanke alusdokumentides nimetatud kriteerium, mis on vastuolus riigihangete seadusega ja riigihankes seatud kvalifitseerimise tingimused ei ole vastavad ja proportsionaalsed riigihanke esemega. Sõltuvalt rikkumise raskusest võib kohaldada 5- või 10-protsendilist finantskorrektsiooni määra.

Audiitorid leiavad, et 5-protsendilise finantskorrektsiooni määra kohaldamine on põhjendatud, kuna hange viidi läbi e-hankena riigihangete registris ning avalikustamine on toimunud määral, mis võimaldas hankemenetluses osaleda ka teise Euroopa Liidu liikmesriigi territooriumil tegutseval ettevõtjal - hanketeade on avaldatud riigihangete registris ja TEDis. Riigihankes osales 7 pakkujat, sh üks välispakkuja, kes esitas ühispakkumuse Eesti ettevõtjaga. Viimasega on audiitorite hinnangul tagatud pakkujate paljusus ning piisav konkurents.

Auditi käigus tuvastatud puudusest tulenevalt on projekti kulusse kantud hankelepingu maksumusest 4 162 156,51⁶ eurost 5% ehk 208 107,82⁷ eurot mitteabikõlblik.

Risk toetuse saajale:

RHS-ist tulenevate nõuete mittetäitmine võib kaasa tuua toetuse osalise või täieliku tagasinõudmise.

Soovitus toetuse saajale:

Soovitame toetuse saajal teha tuvastatud mitteabikõlblike kulude osas tagasimakse summas 186 152,45 eurot, millest auditi ulatusse kuulub 125 144,64 eurot ning mitteabikõlblik omafinantseering summas 21 955,37 eurot, millest auditi ulatusse kuulub 14 759,93 eurot, projekti abikõlblikust omafinantseeringust maha arvata.

Toetuse saaja kommentaar:

Audiitor märgib tähelepanekus 4.1 järgmist (lk 6 - 7):

„Hankija on hanketeate tehnilise ja kutsealase pädevuse kvalifitseerimise tingimustes muuhulgas välja toonud:

- 1 Eesti äriregistris registreeritud pakkuja (koos pakkumuses osalevete alltöövõtjatega peab omama kehtivat ohtlike jäätmete käitluslitsentsi;*
- 2 pakkuja peab olema osutanud ja lõpule viinud projekteerimistöid projekteerimisettevõtjana Ehitusseadustiku ja selle rakendussätete mõistes;*
- 3. FIDIC lepingu tingimuste tundmine projektijuhilt.*

Ühelgi eelnimetatud kvalifitseerimistingimuse puhul ei ole hankija andnud võimalust esitada samaväärne või sarnane registreering või tunnistus. Samuti ei ole hankija andnud võimalust potentsiaalsetele välispakkujatele esitada oma asukohariigi õigusaktide kohaseid tõendeid, mis võimaldaksid hinnata välispakkujate võimekust hankelepingut täita. Audiitorite hinnangul piiravad hankija seatud tingimused põhjendamatult konkurentsi ja tekitavad ebavõrdset kohtlemist võimalike välispakkujate suhtes. Seda eelkõige seeläbi, et eelkirjeldatud nõuded piiravad võimalike välispakkujate ringi, kui neil puudub ohtlike jäätmete käitluslitsents ega ole teinud töid projekteerimisettevõtjana, mis vastaksid Eesti seadustele.

Keskkonnaministeeriumi (edaspidi KeM või hankija) kommentaarid ja vastuväited:

⁶ Hankelepingu nr 4-6/43/27 maksumusest 4 162 158,00 eurot väljamakstud summa.

⁷ Mitteabikõlblik kulu kokku, millest auditi ulatusse kuulub 139 904,57 eurot (sh CF toetus on 85% ehk 118 918,89 eurot ja riiklik finantseering 4,45% ehk 6 225,75 eurot ja omafinantseering 10,55% ehk 14 759,93 eurot) ja auditi ulatusest välja jääb 68 203,25 eurot.

1. Auditeeritavaks hankeks on riigihange „Projekteerimis-ehitustööd endiste Maadevahe ja Priimetsa asfaltbetoonitehaste jääkreostuse ohutustamiseks“, viitenumber 188493.
2. KeM ei nõustu toodud tähelepanekuga, kuna auditis märgitud väited ei ole põhjendatud ja on vastuolus nii riigihanke, viitenumber 188493, läbiviimise ajal kehtinud riigihangete seaduse (edaspidi **vana RHS**) ja Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2004/18/EÜ (edaspidi **direktiiv 2004/18/EÜ**), kui ka käesoleval hetkel kehtiva riigihangete seaduse (edaspidi **RHS**) ja Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiividega 2014/23 EL, 2014/24 EL (edaspidi **direktiiv 2014/23/EL** või **2014/24EL**).
3. Riigihange, viitenumber 188493 avaldati riigihangete registris **30.06.2017**. **Hanke esemeks olid** projekteerimis- ehitustööd endise Maadevahe asfaltbetoonitehase (Maadevahe ABT) ja endise Priimetsa asfaltbetoonitehase (Priimetsa ABT) jääkreostuse ohutustamiseks.

Peamised lepingu raames tehtavad tööd on kokku võetud Tellija Tingimustes ja selle lisades. Tellija Tingimuste lisade nimekiri on Tellija Tingimuste punktis 7.

- eelprojektis kontuuritud alalt väljakaevatud reostunud pinnas peab olema üle antud vastavaid keskkonnalubasid omavale jäätmeäitlajale ja esitatud seda tõendavad dokumendid (nt ohtlike jäätmete saatekirjad);
- välja kaevatud pinnase asemel tagasitäiteks kasutatav pinnas peab vastama Keskkonnaministri määruses nr 38 (Ohtlike ainete sisalduse piirväärtused pinnases <https://www.riigiteataja.ee/akt/13348997>) sätestatud sihtarvule;
- likvideeritakse mitmed rajatised, betoonijäädid ja prügi projektialal;
- töö lõppedes peavad kõik ohutustatud ja töö tegemiseks kasutatud alad olema taastatud looduslikku seisundisse, mis on samaväärne ala eelneva loodusliku seisundiga.

Vastavalt riigihanke esemele seati kooskõlas vana RHS-ga ka hankelepingu esemele vastavad ja proportsionaalsed kvalifitseerimistingimused.

4. Audiitorite etteheited: Hanketeate tehnilise ja kutsealase pädevuse p-le 2:

- 4.1. Audiitorid heidavad ette, et hankija ei ole andnud võimalust potentsiaalsetele välispakkujatele esitada oma asukohariigi õigusaktudekohaseid analoogseid tõendeid, mis võimaldaksid hinnata välispakkujate võimekust hankelepingut täita.
- 4.2. Hanketeate tehniline ja kutsealane pädevus p 2: „2. *Eesti äriregistris registreeritud pakkuja (ühispakkujad kui tervik) koos pakkumuses osalevate alltöövõtjatega (kui isikutega, kelle näitajate alusel tõendab pakkujaoma tehnilise pädevuse vastavust kvalifitseerimise tingimustele) peab omama kehtivat ohtlike jäätmete käitluslitsentsi, mis sisaldab ohtlike ainete saastunud pinnase käitlemist.*

Nõutud dokument: Hankija kontrollib Eestis registreeritud pakkujal litsentsi olemasolu keskkonnalubade infosüsteemi avalike andmete põhjal ise.“

Registris on hankija „Nõuded pakkujale – kvalifitseerimistingimused“ teises veerus „Dokumendi esitamine“ punkti 2 kohta märkinud? „Vajadusel“, mis tähendab, et ohtlike jäätmete käitluslitsents, mis sisaldab ohtlike ainete saastunud pinnase käitlemist ei olnud kohustuslik. Riigihangete registri omapärast tulenevalt pidi valiku tegema „Kohustuslik“ ja „Vajadusel“ vahel. Nende kahe erinevus on selles, et pakkuja pidi kvalifitseerimiseks esitama üksnes need nõuded, kus registris oli märges „kohustuslik“. Hankija märkis p 2 täitmiseks „vajadusel“ kuna p-s 2 toodud nõue puudutab ainult Eestis ettevõtjaid. Hankija oli teadlik, et pakkujaid võib tulla ka väljaspool Eestit ja sellepärast märkiski nõude täitmiseks „vajadusel“.

Registris on hankija „Nõudes pakkujale – kvalifitseerimistingimused“ kolmandas veerus „Ühispakkuja iga pakkuja kohta“ märkinud p 2 kohta „Ei“. See tähendab, et kui pakkujad

esitavad ühispakkumuse ja kui üheks pakkujatest on Eesti äriregistris olev ettevõtte, siis peab tal olema kehtiv ohtlike jäätmete käitluslitsents, teisel ühispakkujal seda olema ei pea.

Kuivõrd hankelepingu täitmise käigus tuleb käidelda jäätmeid, mille käitlemiseks on vajalik ohtlike jäätmete käitluslitsents, siis ei ole hanketeates kehtestatud nõue ebarproportsionaalne.

Hankijale jääb arusaamatuks audiitorite etteheide, et pakkujat ei saa esitada asukohariigi analoogseid tõendeid.

Eesti territooriumil olevate jäätmete käitlemist sh ohtlike jäätmete käitlemist reguleerib jäätmeseadus. Eesti Vabariigi territooriumil ei ole lubatud ühelgi teisel riigil oma riigi poolt väljastatud ohtlike jäätmete käitluslitsentsi alusel jäätmeid käidelda. Seda asjaolu peavad teadma kõik Euroopa ettevõtted kes tegutsevad jäätmevaldkonnas sõltumata asukohamaast Euroopas. Seda enam, et jäätmevaldkonda reguleeritakse Euroopa Liidu direktiividega, mis on kohustuslikud kõikidele liikmesriikidele. Ei ole mõeldav ega ka eluliselt usutav, et teise riigi jäätmekäitleja osaleb hankes ja tuleb teise riigi ohtlike jäätmete käitluslitsentsi alusel toimetama.

- 4.3. Audiitorite hinnang, et Eesti ettevõtetelt nõuti Eesti jäätmeseaduse kohast litsentsi, on piirav, kui välispakkujat ei saa iseseisvalt oma pakkumust esitada. Kui pakkujat ei mõistnud täpselt, mida tähendab ohtlike jäätmete käitluslitsents, siis pidi ta mõistma, et tegemist on kohustusliku loaga, mille on välja andnud avalik-õiguslik asutus ja mis kinnitab, et ettevõtte tohib käidelda ohtlike jäätmeid. Pakkujad pidid aru saama, et ohtlike jäätmete käitluslitsents ei pea olema välja antud Eestis, kuna seda hanketeates ei nõutud. Teiste riikide pakkujad pidid välja selgitama, kas on võimalik hankida sarnase sisuga luba, sest Eesti jäätmeseaduses nimetatud asutusi ei eksisteeri väljapool Eesti Vabariiki.
- 4.4. Hanketeate kohaselt peavad pakkujad esitama ohtlike jäätmete käitluslitsentsi. Välismaised pakkujad pidid aru saama, et hanketeates ei ole märgitud, millise riigi ohtlike jäätmete käitluslitsentsi nõutakse ning võisid esitada sarnase dokumendi, millega saab tõendada, et ta saab ohtlike jäätmeid käidelda oma asukohamaa õigusaktide kohaselt. Tegemist ei olnud Eesti jäätmeseadusest tuleneva nõudega omada samasugust ohtlike jäätmete käitluslitsentsi. Seega osutati hanketeates selgelt, et välismaised pakkujad peavad esitama ohtlike jäätmete käitluslitsentsi, mis on kohane nende asukohamaale.
- 4.5. Seega ei piiranud KeM pakkujatel osalemast hankes ja ohtlike jäätmete käitluslitsentis nõue on proportsionaalne ja asjakohane.

4. Audiitori etteheited hanketeate tehnilise ja kutsealase pädevuse p-le 4:

- 5.1. Audiitorid heidavad ette, et hankija ei ole andnud võimalust potentsiaalsetele välispakkujatele esitada oma asukohariigi õigusaktidekohaseid analoogseid tõendeid, mis võimaldaksid hinnata välispakkujate võimekust hankelepingut täita.
- 5.2. Hanketeate tehniline ja kutsealane pädevuse p 4: „4. Pakkujat (ühispakkujad kui tervik, või selles pakkumuses osalev alltöövõtja kui isik, kelle näitajate alusel tõendab pakkujat oma tehnilise pädevuse vastavust kvalifitseerimise tingimustele), peab viimase 60 kuu jooksul olema osutanud ja lõpule viinud (teostamine võib olla alanud enne ülalnimetatud perioodi) projekteerimisettevõtjana Ehitusseadustiku ja selle rakendusaktide mõistes (teenuse osutamine võib olla alanud enne ülalnimetatud perioodi) järgmisi projekteerimistöid: 1. vähemalt kolm (3) teostatud hankelepingut, milles kokku teostati projekteerimistöid vähemalt 10 000 m³ mahuga jääkreostuskolde likvideerimiseks
Nõutud dokument: Pakkujat esitab vormikohase (Vorm 4) loetelu teostatud projekteerimistöödest.“
- 5.3. Registris on hankija „Nõuded pakkujale – kvalifitseerimistingimused“ teises veerus märkinud „Dokumendi esitamine“ punkti 4 kohta „Kohustuslik“ nõude, mis tähendab, et pakkujat peab

viimase 60 kuu jooksul olema osutanud või lõpule viinud projekteerimisettevõtjana Ehitusseadustiku ja selle rakendusaktide mõistes projekteerimistöid.

Registris on hankija „Nõuded pakkujale – kvalifitseerimistingimused“ kolmandas veerus „Ühispakkuja iga pakkuja kohta“ märkinud p 2 kohta „Ei“.

- 5.4. Hanketeate kohaselt peavad pakkujad esitama loetelu, kus on välja toodud viimase 60 kuu jooksul lõpule viinud projekteerimisettevõtjana ehitusseadustiku ja selle rakendusaktide mõistes. Välismaised pakkujad pidid hanketeate koheselt esitama projekteerimistöde loetelu, mille nad on teostanud oma asukohamaa õigusaktide kohaselt, kuid mis vastaksid nende asukohamaa ehitusnormidele. Tegemist ei olnud Eesti ehitusseadustikust tuleneva nõudega. Seega osutati hanketeates selgelt, et teostatud projekteerimistööd peavad olema tehtud oma asukohamaa ehitusvaldkonna ehitusnormide kohaselt.
- 5.5. Hanketeates ei ole viidatud Eesti ehitusseadustikule vaid ehitust reguleerivatele õigusaktidele üldiselt. Ehitusseadustiku geograafilisele asukohale ei ole hanketeates piiranguid seatud. Kui hanketeates oleks märgitud, et ehitusseadustik peab olema Eesti õigusakt, oleks tegemist piiratud tingimusega. Pakkujad pidid mõistma, et hankelepingu täitmiseks on vaja teada ehitussektorile kehtestatud norme, mis iganes riigi poolt need normid ka kehtestatud ei ole. Ei ole mõeldav, et KeM hankijana oleks kõik nõuded, mis on ehitustele kehtestatud, kvalifitseerimise tingimustena kirja pannud. Riigihangete registris on näha, et ühtki pakkujat ei jäetud kvalifitseerimata, sest ta ole esitanud teise riigi ohtlike jätmete käitluslitsentsi.
- 5.6. Seega ei piiranud KeM pakkujatel osalemast hankes ja nõue on proportsionaalne ning asjakohane.

6. Audiitorite etteheited hanketeate tehnilise ja kutsealase pädevuse p-le 6:

- 6.1. Audiitorid heidavad ette, et hanketeates esitatud tingimus on „*piirav nii kohalike kui ka välispakkujate suhtes seetõttu, et hankija ei või nõuda ettevõtelt konkreetse lepingutüübi kogemust või tundmist, kuna see ei näita ettevõtja suutlikkust hankelepingut täita. Seega ei ole hankedokumentides sätestatud tingimus sellisel kujul kohane ja vajalik, kuna pakkuja võimet hankelepingut täita on võimalik sama veenvalt tõendada kergema tingimuse abil*“.
- 6.2. Projektijuhile (Töövõtja esindajale) esitati 7 erinevat nõuet, kusjuures üks nõuetest (p5) on FIDIC lepingutingimuste tundmine (tõendatav varasemalt Töövõtja Esindaja (FIDIC Lepingutingimuste Alapunkt 1.1.2.5 ja 4.3 mõistes) funktsiooni tegeliku täitmisega vähemalt kahes hankelepingus).
- 6.3. Hanketeates nõudis hankija FIDIC lepingutingimuste tundmise kogemust, mitte FIDIC lepingutingimuste täitmise kogemust. Lepingutingimuste tundmine on teoreetiline, ehk projektijuht peab olema kokku puutunud FIDIC lepingutingimustega ehk lepingu haldamise teenusega. Seega andis hankija pakkujatele teada, millist käitumise tundmist ta projektijuhilt ootas. Kuigi kvalifitseerimise tingimuse puudutavad pakkujat, seadis hankija nõude pakkuja võtmeisikule ehk projektijuhile. Sisuliselt tähendab nõue lepingu haldamise teenust, mis vastaks hankija poolt seatud nõuetele.
- 6.4. FIDIC on Insenerkonsultantide Rahvusvaheline Föderatsioon (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseil*), mille liikmeteks on üle 90 riigi sh nii Euroopa Liidu kui ka Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigid ja Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga (*Government Procurement Agreement – GPA*) ühinenud riigid.

Insenerkonsultantide Rahvusvaheline Föderatsioon on välja töötanud lepingutingimused nn raamatud, mis reguleerivad täpsemalt erinevate tööde puhul tellija-, tööde teostaja- ning järelevalve vastutust. FIDIC lepingutingimused jaotatakse: **kollane FIDIC** (*“Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor”*) ehk, mis on mõeldud projekteerimise-ehitamise lepinguks ,

punane FIDIC ("Conditions of Contract for Building and Engineering Works, Designed by the Employer"), mis on mõeldud ainult ehitamislepingutele eelnevalt valminud projekti alusel, **roheline FIDIC** ("The Short Form of Contract: Agreement, General Conditions, Rules for Adjudication and Notes for Guidance"), mis on mõeldud lihtsate väikesemahuliste ehitustööde jaoks, **hõbedane FIDIC** ("Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects") ehk „võtmed kätte lump sum töövõtuleping ja valge FIDIC ("Consultant Model Services Agreement") ehk ainult konsultatsiooniteenus.

- 6.5. Hoolas pakkuja pidi aru saama, et hankija nõuab pakkuja projektijuhilt ehk töövõtja esindajalt teadmisi, mis vastaks ükskõik millise FIDIC lepingu tingimusele. Sisuliselt on FIDIC lepingu üldtingimused käitumisjuhiste kogumik.
- 6.6. Hankeleping, mille järgi hakkab edukas pakkuja lepingut täitma on kollane FIDIC ehk üld- ja eritingimused, mille kogumaht on pea 70 lehekülge, mille kohta on hankija teinud pea 20 leheküljel erisusi kollase FIDIC-u üldtingimustest. Isik, kes ei ole kursis niivõrd mahuka ja keerulise lepingu tingimustega, ei ole võimeline reageerima, kui peaks tekkima kiiret lahendust vajav situatsioon. Sisuliselt on tegemist FIDIC lepingutingimuste projektijuhtimise teenusega, mille sisuks on juhtida ehitustöid, suhelda inseneriga. 5.8. Hankija on näinud pakkujatele ette tellija tingimused, mis on 47 lehekülge, millel on omakorda 9 lisa ning mis on lisatud linkidena, sest suure mahu tõttu ei ole lisasid võimalik riigihangete registrisse üles laadida. Lisaks jääkreostuse likvideerimisele, on vaja sõlmida kinnistute omanikega isikliku kasutusõiguse lepingud, et edukas pakkuja saaks hakata jääkrestust ohustatama.

7. RHS tõlgendamine

- 7.1. KeM leiab, et hanketeates toodud nõuded on kõigile potentsiaalsetele, piisavalt arukatele, kogunud ja mõistlikult hoolsatele pakkujatele selged, ning pakkujad said osaleda hankes. Kui KeM oleks kvalifitseerimistingimused sisustanud, nii, et jätnud välja viited ehitusvaldkonna nõuetele, jättnud välja viited FIDIC lepingu tundmise kogemuse, ei oleks tagatud lepingu täitmine ja siis oleks KeM-ile tehtud etteheide, et lepingu täitmisega on probleeme ja sellega tegeleb ettevõtte, kes ei oma selleks piisavat kompetentsi.
- 7.2. Ühtlasi juhib KeM tähelepanu, et hankega alustati ajal, mil vaha RHS lubas kvalifitseerimisel nõuda kogemust. KeM ei saanud kuidagi ette näha, et pärast lepingu lõppu, uue RHS valguses on kvalifitseerimise tingimuste kehtestamine vabatahtlik ja kogemust enam nõuda ei tohi. Veelgi enam, kui antud asjaolu edasi arendada, siis peaks kõik vana RHS alusel läbiviidud hanked olema vastuolus uue RHS nõuetega. Hankemenetluses esitati kolmel korral, kokku 11 küsimust, kuid ükski küsimus ei puudutanud audits toodud etteheiteid Vana RHS sisaldas sätet § 56, mille kohaselt igal hankemenetluses osaleda soovival isikul ja huvitatud isikul, kellel on vastaval hetkel võimalus selles hankemenetluses osaleda, on õigus saada selgitusi või täiendavat teavet hanketeate või hankedokumentide kohta.
Ühtegi audits märgitud kolme hanketeate punkti kohta ei ole selgitusküsimusi esitatud ja neid hanketeate punkte ei ole vaidlustatud. Seega said kõik isikud, kes lugesid Eesti riigihangete registris või Euroopa Liidu teatajas olnud hanketeadet, et FIDIC lepingute tundmise kogemuse ei piira konkurentsi ja on proportsionaalsed ning asjakohased.
- 7.3. Vana RHS on vastu võetud vana direktiivi kohaselt. Direktiiv 2004/18/EÜ artikkel 48 sätestab nõuded ettevõtja tehnilisele ja/või kutsealasele suutlikkusele ja ei anna võimalust samavääruse märke tegemiseks. Küll aga annavad nii **direktiiv 2004/18/EÜ** (artikkel 48 p 3) kui ka vana RHS § 41 lg 6 võimaluse kui pakkuja kvalifikatsiooni tõendamiseks vajalik ja asjakohane, tõendada oma tehnilise ja kutsealase pädevuse vastavust konkreetse hankelepingu täitmise raames lisaks oma näitajatele ka teise isiku näitajatele ehk pakkujad saavad oma kvalifitseerimise tingimustele vastavust tõendada, tehes nii ühispakkumust kui ka kaastata alltöövõtjaid.

Seega on audiitorite etteheide, et hankija ei ole kvalifitseerimistingimuse puhu andnud võimalust esitada samaväärne või sarnane registreering ja tunnistus vana RHS-i ja **direktiiv 2004/18/EÜ** meelevaldne tõlgendamine.

- 7.4. **Direktiivi 2004/18/EÜ** artikli 44 lõike 2 koostoimes artikliga 48 alusel tuleb miinimumtingimused pakkuja tehnilise ja kutsealase suutlikkuse kohta esitada hanketeates. Miinimumtasemed peavad olema lepingu objektiga seotud ja proportsionaalsed.

Vana RHS § 41 lg 1 kohaselt **nõuab** hankija pakkuja või taotleja tehnilise ja kutsealase pädevuse kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kontrollimiseks hanketeates vastavalt hankelepingu alusel ostetavate asjade, tellitavate teenuste või ehitustööde olemusele, kogusele ja kasutusviisile järgmistest andmetest ja dokumentidest ühe või mitme tingimuse esitamist ning lg 2 kohaselt kui hankelepingu eeldatav maksumus ületab rahvusvahelist piirmäära peab hankija **hanketeates** muuhulgas alati nõudma § 41 lg 1 punktides 1 või 2 nimetatud teavet.

- 7.5. KeM kasutas hanketeates vana RHS § 41 lg 1 p-de 2-3 ja lg 3 sätteid.

- 7.6. Vana RHS § 39 lg 1 sätestab: "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." Seega sätestab § 39 g 1 hankija üldise kontrollikohustuse, selgitamaks välja, kas pakkuja vastab kvalifitseerimise tingimustele ja hankija ei saa kasutada kaalutusõigust ning oma suva järgi tegutseda. Seadus annab hankijale kohustuse, millest hankija ei saa kõrvale kalduda.

- 7.7. Kvalifitseerimistingimuste kehtestamine on hankija diskretsiooniotsus, mistõttu ei saa ükski haldusorgan täpselt ette kirjutada, millised tingimused olema peavad. Kvalifikatsioonitingimuste määramisel omab tähtsust hankelepingu ese, selle keerukus ja kestus ning eeldatav maksumus.

Tallinna Halduskohus on lahendis 3-09-2756 märkinud järgmist: "...kvalifitseerimistingimust saab pidada vastavaks ja proportsionaalseks, kui see on kohane ja vajalik. Kohane on tingimus siis, kui alusel saab hinnata pakkuja võimet lepingut nõuetekohaselt täita. Tingimus on vajalik siis, kui seda asjaolu ei ole võimalik sama veenvalt tõendada kergema tingimuse abil.

RHS § 3 punktides 3 ja 4 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtete kohaselt ei tohi kvalifitseerimise tingimused olla diskrimineerivad, ebavõrdset kohtlemist tekitavad ning välistada konkurentsi, kuna see ei oleks kooskõlas riigihanke efektiivse kasutamise nõudega."

Kohus märgib, et kvalifitseerimistingimuse proportsionaalsust pole võimalik mõõta murdosa täpsusega ning kvalifitseerimistingimuste määramiseks antud juhul ei peaks koostama spetsiaalset majandusanalüüsi.

- 7.8. Isegi kui kvalifitseerimistingimused on mitmeti mõistetavad, peab hankija nendest lähtuma ja asuma neid tõlgendama grammatiliselt või sisuliselt ehk laiendavalt, mitte kitsendavalt. Tõlgendamisel tuleb arvestada hankelepingu olemust ehk mida hankija soovis lepingu täitmisega saavutada. Tõlgendada tuleb alati laiemalt, et võimalikult paljud pakkujad saaks osaleda.

- 7.9. Seega kui mõni hankest huvitatud isik oleks esitanud mis iganes riigi jäätmevaldkonda või ehitusvaldkonda reguleeriva analoogse või sarnase või samaväärse dokumendi, oleks hankija küsinud selgitust ja pakkuja kvalifitseerinud

- 7.10. Riigikohus on lahendis 3-3-1-2-12 märkinud järgmist „ ... *hankemenetluses tuleb eristada hankelepingu esemele ja hankes osalevale isikule esitatavaid tingimusi (vt selle kohta ka*

Riigikohtu halduskolleegiumi 16. novembri 2011. a otsus asjas nr 3-3-1-65-11, p 26). Tehnilise kirjelduse koostab hankija selleks, et kirjeldada detailselt pakkujale või taotlejale hankelepingu eset, nt selle omadusi, olulisi tunnuseid, tehnoloogiaid, kvaliteedi-, keskkonnakaitselisi nõudeid. Seevastu pakkuja tehniline ja kutsealane pädevus näitab seda, kas pakkujal on piisav kohasuse aste, täitmaks hankelepingut nõuetekohaselt. Seega on tehniline kirjeldus suunatud hankelepingu eseme, mitte pakkuja tehnilise ja kutseala pädevuse kirjeldamiseks. Nõudeid pakkuja tehnilise ja kutsealase pädevuse kohta ei märgita hankelepingu eseme tehnilisesse kirjeldusse, vaid need tuleb määratleda HT-s (RHS § 39 lg-d 1 ja 3, § 41 lg 1).

7.11. Euroopa Kohus on kohtuasjas C-423/07 märkinud, et kui hanketeade on sõnastatud selgelt, annab see kõigile potentsiaalsetele, piisavalt arukatele, kogenud ja mõistlikult hoolsatele pakkujatele objektiivse võimaluse luua endale konkreetne ettekujutus teostatavatest töödest ja nende tegemise kohast ning võimaluse koostada sellest lähtudes oma pakkumus.

7.12. Ka on Euroopa Kohus märkinud, et direktiivi nõuded, mis puudutavad teavet direktiivis toodud valikukriteeriumite ehk kvalifitseerimise nõuete kohta, peavad olema riigihankelepingute sõlmimise teates ehk hanketeates. Hanketeates nõutud valikukriteeriumid ehk pakkuja kvalifitseerimise nõuded on koostatud lahtudes hanke eesmärgist ning mille alusel on võimalik isikutel, kes loevad hanketeadet, otsustada, et nad ei kuulu välistamist võimaldavate juhtumite alla. Seega eeldab direktiiv, et pakkuja tehnilist ja kutsealast pädevust puudutavad nõuded tuleb märkida hanketeates ja mis omakorda avaldati Euroopa Ühenduse Teatajas.

Läbi hanketeadete avaldamise nii Eesti kui ja Euroopa Ühenduse Teatajas aitab tagada hankemenetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise, kuna pakkujatele on juba ilma hankedokumentidega tutvumata teada, mida hankija nõuab nii pakkujate puudutava kvalifikatsiooni kui ka hankelepingu eseme osas. Samuti võimaldab selline avaldamine ka ette näha, millised on õiguslikud tagajärjed, kui pakkuja või hankelepingu ese ei vasta tingimustele.

7.13. Tallinna Ringkonnakohus on otsuses 3-16-895 märkinud järgmist: „*Riigikohus on rõhutanud, et hanketeate tingimuste tegeliku sisu väljaselgitamiseks tuleb hanketeate tingimusi tõlgendada (Riigikohtu halduskolleegiumi 13.06.2013. a otsus asjas nr 3-3-1-24-13, p 16). /.../ , et olukorras, kus hanketeates ei ole määratletud, millise meetodiga töötajate keskmist arvu arvutatakse, tuleb hanketeates sätestatud tingimusi tõlgendada nii, nagu mõistlik isik seda mõistma pidi (tsiviilseadustiku üldosa seadus § 75 lg 2).*

Tallinna Halduskohus on oma lahendis 3-16-277 märkinud järgmist: „*Kuna hankemenetluses ei ole esitatud küsimusi hankijale hanketeate /.../ kohta ja hankija ei ole seda ka iseseisvalt selgitanud, tuleb vaidlusaluse tingimuse sisustamisel eelkõige arvestada tsiviilseadustiku üldosaseaduse (TsÜS) § 75 lg 2 2. lausega, mis sätestab, et kui tahteavaldus on suunatud avalikkusele, tuleb seda tõlgendada nii, nagu mõistlik isik seda mõistma pidi. Nimetatud sätete kommentaaride kohaselt tuleb mõistliku isikuna mõista eelkõige isikuid, kes tahteavaldust usaldasid ja sellele tuginedes ka tegutsesid /.../. Reeglina lähtub mõistlik isik tahteavalduse tekstist. Kui kvalifitseerimise tingimus on mitmeti mõistetav, tuleb selle sisustamisel lähtuda ka hanke eesmärgist ja tõlgendada tingimust laiendavalt (nt Tallinna Ringkonnakohtu 21.12.2011 otsus nr 3-10-1495 ja 10.09.2010 otsus nr 3-09-3081).“*

Seega, on KeM hankes on analoogne situatsioon, nagu on märgitus Tallinna Ringkonnakohtu lahendis 3-16-895 ja Tallinna Halduskohtu lahendis 3-16-227. Kui mõni hankest huvitatud isik oleks esitanud analoogsed dokumendid, oleks KeM seda tõlgendanud. Kuna antud juhul tõlgendamise situatsiooni ei tekkinud, ei olnud vaja tõlgendamisega tegeleda.

7.14. Rahandusministeerium (edaspidi **RaM**) on avaldanud 29.08.2017 direktiivide 2014/23/EL ja 2014/24/EL otsekohaldatavuse käitumisjuhise (edaspidi **Käitumisjuhis**) (Link: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analusid-ja-uuringud>). Käitumisjuhises ei ole antud selgitusi millised nõuded on konkurentsi piiravad. Mis veelgi huvitavam on, on see, et kõik analüüsid, mis iganes ajal need ka koosatud on, on laetud üles ühel ja samal päeval ehk 29.08.2017.

- 7.15. Rahandusministeerium on tellinud õigusliku hinnangu FIDIC vs RHS analüüsi, kuid sisse süüvides on õiguslik hinnang antud FIDIC lepingute muutmise võimaluse kohta. Ja ei ühtegi analüüsi, kus oleks välja toodud, et FIDIC lepingu tingimuste tundmise nõudmine on riigihanke reeglite rikkumine.
- 7.16. KeMi- hinnagul on auditis toodud etteheidete aluseks võetud Rahandusministeeriumi 2018 aasta alguses kõikidele rakendusüksustele saadetud e-kiri, kus on välja toodud piiravate tingimuste loetelu, mille osas peavad rakendusüksused edaspidistel riigihangete kontrolltoimingute teostamisel olema tähelepanelikud. Rahandusministeerium teatas, et hankijad ei või nõuda pakkujatelt kvalifitseerimise tingimusena FIDIC lepingu kogemust, sest seda tingimust loetakse piiravaks.

Rahandusministeerium kodulehele, link: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/kkk/876>, rubriiki korduma kippuvad küsimused, kus on välja toodud kuni 31.08.2017 kehtinud ja alates 01.09.2017 kehtima hakanud korduma kippuvad küsimused ja nendele RaM-i poolt antud selgitused.

Kuni 31.08.2017 ei ole RaM kirjutanud ühtegi kommentaari, mille alusel saaks väita, et KeM hanke kvalifitseerimise nõuded on riigihanke eeskirjadega vastuolus.

Alles 13.04.2018 on RaM kirjutanud eelpool nimeatud lingil lakooniliselt järgmist: „

„12. Kas hankija võib nõuda ettevõtjalt konkreetse standardi või lepingutüübi kogemust või tundmist, nt FIDIC lepingu järgi ehitamise või projekteerimise kogemust?“

(lisatud 13.04.2018)

Ei, selline tingimus on piirav ega näita ettevõtja suutlikkust hankelepingut täita.“

Seega ei saanud KeM, kes kuulutas hanke välja 12.06.2017 kuidagi teada, et kunagi 2018 aasta algusest hakkab RaM hangetes olevaid nõudeid piiravateks lugema.

7. Finantskorrektsioon

- 7.17. Euroopa Komisjon on 2015 aastal andnud välja kogumiku „Praktilisi näpunäiteid kõige levinumate vigade vältimiseks Euroopa struktuuri- ja investeerimisfondidest rahastatavate projektide puhul“ (edaspidi **Näpunäited**). Näpunäidete lk 3 on järgmine lõik:

„VASTUTUSE VÄLTIMINE

Käesolevas dokumendis on esitatud juhised selle kohta, kuidas vältida vigu, mida sageli tehakse Euroopa struktuuri- ja investeerimisfondidest kaasrahastatavate projektide riigihangetes. Dokument ei ole õiguslikult siduv, kuid sellega püütakse anda üldisi soovitusi ja kajastada parimaid tavasid.

- 7.18. Teatavasti, kui mingi dokument on selle looja poolt tunnustatud näpunäideteks, ei oma see õiguslikke tagajärgi ja juhindudes näpunäidetest, ei saa hankijale ette heita, et hankija on rikkunud riigihanke reegleid.

- 7.19. Veelgi enam, kui dokument ei ole õiguskikult siduv, ei saa seda kasutada õigusliku tõlgendamisel. Näpunäidete lk 6 neljandas lõigus on järgmine lause: „*.../. dokumendis ei esitata ELi direktiivide õiguslikku tõlgendust /.../.*“ Seega antakse küll näpunäiteid, kui näpunäidetel ei ole õiguslikku kaalu ja seega ei saa ka väita, et tegemist on riigihanke reeglite rikkumisega.

Näpunäidete lk 6 punktis 6 räägitakse ebaseaduslikest ja/või diskrimineerivatest valikukriteeriumidest hanketeates või hankedokumentides, millega on rikutud vana direktiivi artikli 2 ja artikli 44 lg 1 nõudeid. Vältimiseks soovitatakse, et valikukriteeriumid ei tohi olla teistest liikmesriikidest pärit ettevõtjate suhtes ebaseaduslikud ega ebaõiglased.

- 7.20. Auditeeritavas hankes osales 7 pakkujat, ühispakkujatega koos 11 ettevõtet, sh üks ettevõte väljastpoolt Eestit. Kui vaadata hankes esitatud pakkumusi, siis selgub, et seitse pakkujat on kokku märkinud lepingu täitjateks 21 ettevõtet alltöövõtjatena, sh 3 välismaist. Seega on pakkumustes kaasatud kokku 31 ettevõtet, milledest keegi ei ole andnud märku, et kvalifitseerimise nõuded on piiravad. Hankija ei taha uskuda, et kui 31 ettevõtet, sh 3 välismaist ettevõtet on märgitud pakkumustes, on tegemist piiravate tingimustega ja hankija oleks pidanud veel ettevõtteid kuidagi juurde saama.
- 7.21. Euroopa Komisjoni 19.12.2013 otsusega C(2013) 9527 (edaspidi **komisjoni otsus**) sätestatakse ja kiidetakse heaks suunised selliste finantskorrektsioonide kindlaksmääramiseks, mida tuleb teha, kui ei ole järgitud riigihanke-eeskirju. Komisjoni otsus on leitav lingilt: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/cocof/2013/cocof_13_9527_et.pdf
- Komisjoni otsuse p 5 sätestab: „... Ajakohastatud suunised kajastavad koagemusi, mis on saadud eelmiste suuniste kohaldamisel, ning nendega soovitakse luua selgust korrektsioonimäärades, mida kohaldatakse kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega ja võttes arvesse Euroopa Liidu Kohtu praktikat. Käesolevad suunised aitavad rakendada ka Euroopa Parlamendi 2010. aasta kinnitussoovitust, et ühtlustada hankevigade käsitlemist järgmistes poliitikavaldkondades: põllumajandus ja loodusvarad, ühtekuuluvus ning energeetika ja transport. Samuti soovitakse ulatuslikumalt ühtlustada riigihanke-eeskirjade eiramise kvantifitseerimist Euroopa Kontrollikojas ja komisjonis.“
- 7.22. Komisjoni otsusega kinnitati „**Suunised selliste** finantskorrektsioonide kindlaksmääramiseks, mida tuleb teha ühisjuhtimise raames rahastatavate liidu kulutuste suhtes, kui ei ole järgitud riigihanke-eeskirju“ (edaspidi **Suunised**). Suunised on leitavad lingil: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/cocof/2013/cocof_13_9527_annexe_et.pdf .
- 7.23. Suuniste p 1.2.2 kohaselt peavad liikmesriigid järgima Euroopa Liidu toimimise lepingu eeskirju ja põhimõtteid, milledeks muuhulgas on teenuste osutamise vabadus, mittediskrimineerimine , võrdne kohtlemine, läbipaistvus, proportsionaalsus ja vastastikune tunnustamine.
- Arvestades Euroopa Kohtu lahendeid kohtuasjas C-412/04,4 liidetud kohtuasjades C-147/06 ja C- 507/035 ning kohtuasjas C-148/066 rikkumismenetluse kontekstis, peab aluslepingu eeskirjade ja põhimõtete mittejärgimise korral komisjon tõendama, et hange pakkus kindlat huvi ettevõtjale, kelle asukoht on mõnes muus liikmesriigis kui hankija asukoha liikmesriik, ja et nimetatud ettevõtjal ei olnud juurdepääsu asjakohasele teabele enne hankelepingu sõlmimist, et teatada oma huvist selle riigihanke vastu”.
- 7.24. Suunistes on märgitud Euroopa Kohtu kohtuasja C-507/03, mis sedastab järgmist: „*sellest, et komisjon lihtsalt viitab kaebusele, (...) ei piisa tõendamiseks, et asjaomane riigihange äratav kindlat piiriülest huvi, ja selle alusel liikmesriigi kohustuste rikkumise olemasolu järeldamiseks*”.
- 7.25. Euroopa kohus märgib, et kui tuvastatakse selge läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise põhimõtete eiramine lepingutes, on vaja teha kindlaks, kas esineb asjaolusid, mis toetaks piiriülest huvi, sealhulgas järgmist:
- lepingu ese
 - lepingu eeldatav maksumus, asjaomase sektori eripära (turu suurus ja struktuur, kaubandustavad jne),
 - tegevuse toimimise geograafiline asukoht,
 - tõendid pakkumuse kohta teistest liikmesriikidest või teistes liikmesriikides asuvate ettevõtjate väljendatud huvi.

Ka märgib Euroopa Kohus kohtuasjas C-507/03, et kui eksisteerib piiriülene huvi või esineb siseriiklike õigusaktide rikkumist, võib komisjon teha ettepaneku kohaldada finantskorrektsiooni, hinnates siseriiklike riigihankeseaduste rikkumisi, võtab komisjon arvesse riiklike pädevate asutuste tõlgendamiseeskirju.

Suuniste punkti 2 alapunktis 9 märgib riigihanke eiramiseks juhud kui hanketeates on sätestatud ebaseaduslikud ja/või diskrimineerivad valikukriteeriumid nagu näiteks kohustus omada riigis või piirkonnas kogemust.

Suuniste lk 5 ülevalt teises lõigus on märgitud järgmist: „Kui hanke või lepingu suhtes kohaldatakse varasemat või hilisemat direktiivi, tehakse korrektsioon võimaluse korral punkti 2 kohaselt või kõnealuses punktis kirjeldatud juhtumite analoogia põhjal. Lisaks võetakse eeskirjade eiramisi analüüsides viitealusena arvesse ka siseriiklike riigihankesätteid, millega kõnealused direktiivid on üle võetud.“

- 7.1. Perioodi 2014-2020 struktuuritoetuste seaduse § 46 lg 2 alusel kehtestas Vabariigi Valitsuse 01.09.2014. a määrusega nr 143 „Perioodi 2014–2020 struktuuritoetusest hüvitatavate kulude abikõlblikuks lugemise, toetuse maksmise ning finantskorrektsioonide tegemise tingimused ja kord“ (RT I, 04.05.2017, 2) (edaspidi **Määrus**), on kehtestatud finantskorrektsioonide protsendimäärad, kui toetuse saaja on rikkunud riigihangete sätteid. Määruse § 25 lg 4 kohaselt kuni 31. augustini 2017.a kehtinud riigihangete seaduse alusel korraldatud riigihangetele, mille kohta tuleb teha finantskorrektsiooni otsus, kohaldatakse selle tegemisel kuni määruse jõustumiseni (21.09.2018) kehtinud regulatsiooni.
- 7.2. Finantskorrektsiooni protsendimäärad seoses riigihangetega on toodud määruse §-s 22, kus on välja toodud rikkumise aluse, mis annavad aluse finantskorrektsiooniks. Määruses ei ole ühtegi sätet, mis puudutaks pakkujate kvalifitseerimist.
- 7.3. Audiitor märgib, et audiitori tähelepanekutes esinevad Määruse § 22 lg 11 punktis 6 toodud asjaolud ehk kui riigihankes seatud kvalifitseerimise tingimused ei ole vastavad ja proportsionaalsed.
- 7.4. Määruse seletuskirja (edaspidi Seletuskiri) (leitav lingilt: [file:///C:/trend%20micro/%C3%9Chendm%C3%A4%C3%A4ruse_SK%20\(2\).pdf](file:///C:/trend%20micro/%C3%9Chendm%C3%A4%C3%A4ruse_SK%20(2).pdf)) kohaselt, mis selgitab § 22 on antud järgmine selgitus: „*Riigihangete rikkumisi puudutavad sätted tuginevad EK juhendile. Eelnõus sätestatud finantskorrektsioonide kohaldamisel tuleb lähtuda ka EK juhendis välja toodud põhimõtetest ja selgitustest. Eelnõuga võetakse EK juhend üle riigisisesele õigusesse. Eelnõu sõnastuses kasutatakse termineid ja sõnastust, arvestades RHSi ning viidatakse konkreetsetele asjakohastele RHS sätetele, mis ühtib EK juhendis toodud juhtumiga. Eelkõige tuleb lähtuda RHSi konkreetsetest sätetest ja põhimõtetest ning riigihangete direktiivide kaudu tuleb tõlgendada RHSi ainult siis, kui siseriiklik säte ei ole piisavalt selge ja vajab direktiivi tähenduses tõlgendamist.*“ EK juhendi all mõeldakse Euroopa Komisjoni 19. detsembri 2013. a juhendile C(2013)9527, mida käesolevas vastuses märgitakse sõnadega komisjoni otsus.
- 7.5. Seletuskirja kohaselt on määruse § 22 lg 11 p 6 selgitus järgmine: „Punkt 6 sätestab, et finantskorrektsiooni tuleb rakendada juhul, kui seatud kvalifitseerimise tingimused ei vastanud RHS §-s 39 lõikes 1 toodule. Näiteks juhul, kui pakkujatelt nõutav käive või referentobjektide arv on olnud ebaproportsionaalselt suur. Samuti juhul, kui kvalifitseerimise tingimus ei olnud seotud riigihanke esemega - näiteks hoone ehitustööde tellimisel on kvalifitseerimise tingimustes nõutud varasemate tee-ehituste kogemust.“
- 7.6. KeM leiab, et, kui ei ole rikutud riigihanke reeglistikku, ei ole alust finantskorrektsiooniks.

Soovituse rakendamise eest vastutav isik ja kuupäev toetuse saaja juures:

Raimo Jaaksoo, 03.03.2020

Risk rakendusüksusele:

Juhul, kui rakendusüksus ei ole vajalikul määral toetuse saaja ja tema projekti partnerite kohustuste täitmist kontrollinud, on risk, et toetust ei ole kasutatud õiguspäraselt ja toetus tuleb osaliselt või täielikult tagasi nõuda.

Soovitus rakendusüksusele:

Soovitame RÜ-l algatada mitteabikõlblike kulude osas toetuse osalise tagasinõudmise protsess ning toetus summas 186 152,45⁸ eurot tagasi nõuda ja mitteabikõlblik omafinantseering summas 21 955,38⁹ eurot projekti abikõlblikest kuludest maha arvata.

Lisaks soovitame RÜ-l teostada täiendav kontroll RÜ menetletavate projektide osas, mille rakendamisel on läbi viidud riigihankeid ja tuvastada hanked, mille kvalifitseerimistingimused sisaldavad samalaadseid piiravaid tingimusi – FIDIC lepingutingimuste tundmise nõuet. Kontrolli tulemusena tuvastatud hangete osas soovitame algatada rikkumise menetlus ja mitteabikõlblike summade osas toetuse tagasinõudmise protsess.

Edaspidi soovitame jälgida, et hankija kehtestatud kvalifitseerimise tingimused oleksid proportsionaalsed hanke esemega ega piiraks konkurentsi.

Rakendusüksuse esialgne kommentaar 20.09.2019:

Käesolevaga esitab rakendusüksus Sihtasutus Keskkonnainvesteeringute Keskus kommentaarid aruande projektile 2.9.2019 CF-157/2019.

Auditi aruande projektis on heidetud toetuse saajale ehk hankijale ette järgmise kolme tingimuse kehtestamisega pakkujate asukohapõhist diskrimineerimist ja seatud tingimuste ebaproportsionaalsust riigihanke eesmärgi suhtes:

- 4 Eesti äriregistris registreeritud pakkuja (koos pakkumuses osalevate alltöövõtjatega) peab omama kehtivat ohtlike jäätmete käitluslitsentsi;
- 5 pakkuja peab olema osutanud ja lõpule viinud projekteerimistöid projekteerimisettevõtjana Ehitusseadustiku ja selle rakendusaktide mõistes;
- 6 FIDIC lepingutingimuste tundmine projektijuhilt.

Riigihankes viitenumbriga 188493 olid vastavalt seatud järgmised kvalifitseerimise tingimused:

- a. Eesti äriregistris registreeritud pakkuja (ühispakkujad kui tervik) koos pakkumuses osalevate alltöövõtjatega (kui isikutega, kelle näitajate alusel tõendab pakkujaoma tehnilise pädevuse vastavust kvalifitseerimise tingimustele) peab omama kehtivat ohtlike jäätmete käitluslitsentsi, mis sisaldab ohtlike ainete saastunud pinnase käitlemist.
- b. Pakkuja (ühispakkujad kui tervik, või selles pakkumuses osalev alltöövõtja kui isik, kelle näitajate alusel tõendab pakkujaoma tehnilise pädevuse vastavust kvalifitseerimise tingimustele), peab viimase 60 kuu jooksul olema osutanud ja lõpule viinud (teostamine võib

⁸ Sh auditi ulatusse kuuluv toetus summa 125 144,64 eurot.

⁹ Sh auditi ulatusse kuuluv omafinantseering 14 759,93 eurot.

olla alanud enne ülalnimetatud perioodi) projekteerimisettevõtjana Ehitusseadustiku ja selle rakendusaktide mõistes (teenuse osutamine võib olla alanud enne ülalnimetatud perioodi) järgmisi projekteerimistöid:

- c. Nõuded projektijuhi (Töövõtja Esindaja) kvalifikatsioonile on järgmised: FIDIC lepingutingimuste tundmine (tõendatav varasemalt Töövõtja Esindaja (FIDIC Lepingutingimuste Alapunkt 1.1.2.5 ja 4.3 mõistes) funktsiooni tegeliku täitmisega vähemalt kahes hankelepingus).

ETTEHEIDE A

1. Hankes on seatud tingimus Eesti äriregistris registreeritud pakkujale, et tema peab omama kehtivat ohtlike jäätmete käitluslitsentsi. Hankes ei ole seatud tingimust, et osaleda võivad vaid Eesti äriregistris registreeritud pakkujad. See tingimus ei ole seatud välispakkujatele ja ei saa seetõttu kuidagi riivata ka välispakkujate õiguseid. Eelnevast tingitult on aluseta ja põhjendamata etteheide, et kõnealune kvalifitseerimise tingimus piirab välispakkujate osalemist hankes, kuna tingimus ei kohaldu välispakkujatele ja see on ka selgelt väljendatud. Ette ei saaks heita ka Eesti pakkujate diskrimineerimist, kuna Eesti pakkujal on kohustus vastava teenuse osutamiseks omada ohtlike jäätmete käitluslitsentsi ja hankijal on kohustus vastavat tegevusluba nõuda tulenevalt 1.5.2007 jõustunud riigihangete seaduse (edaspidi *RHS*) § 41 lõikest 3. Välispakkuja oleks pidanud vastava tegevusloa hankima lepingu täitmise ajaks.
2. Seega on etteheide faktilise ja õigusliku aluseta ning põhjendamata.

ETTEHEIDE B

3. Hankes on seatud tingimus läbi viite ehitusseadustikule ja selle rakendusaktidele. Kui eesti keeles kasutatakse sõna „mõistes“, siis see tähendab millegi tähenduses, näiteks tavamõistes maja müük, kuid asjaõigusseaduse mõistes võõrandamistehing. Sellest oleks meelevaldne järeldada, et asjaõigusseaduse mõistes võõrandamistehing ei ole maja müük. *Mõiste* eesti keele seletava sõnaraamatu kohaselt on: arusaam(ine), käsitus. *Meie mõiste järgi on nii tugev tuul juba torm. Detsember on meie mõistes talvekuu. *Siinne veski, kunagises mõistes üsna suur, oli nüüd aplaagrisse lastud ... A. Tigane.* Projekteerimisettevõtja ehitusseadustiku ja selle rakendusaktide mõistes on ettevõtja, kes projekteerib. Projekteerimine on ehitusprojekti koostamine. Ehitusprojektile on kehtestatud üldised nõuded. Hankes seatud tingimust tuleb mõista tavakeelest lähtudes, kuid mitte omistades talle laiemat sisu kui vastava valdkonna regulatsioon. Igal juhul on hankes mõistlik üldtunnustatud mõisteid, mille alla kuulub ka projekteerija ja projekteerimine, sisustada nii kuidas seda teeb seadus, mitte sisustada mõistet ainult oma hankest lähtuvalt ja teha sellest arusaamine pakkujatele keeruliseks. Ehk mõistlik hankija sisustabki üldlevinud mõisteid kas viitega vastava valdkonna regulatsioonile või taasesitab valdkonna regulatsiooni, mitte ei sätesta oma mõistet. Meelevaldne on eeldada, et mõni pakkuja võis arvata, et projekteerimine ehitusseadustiku ja selle rakendusaktide mõistes ei ole projekteerimine. Kindlasti ei ole võimalik, et mõni pakkuja võis arvata, et projekteerimisettevõtja ehitusseadustiku ja selle rakendusaktide mõistes saab olla vaid Eestis registreeritud ettevõtja, selleks puudub küll igasugune alus ja põhjendus.
4. Seega on etteheide faktilise ja õigusliku aluseta ning põhjendamata.
5. Kahe esimese etteheite õigusliku alusena on viidatud *RHS* § 3 punktile 3. Tegemist on asukohapõhise diskrimineerimise keeluga. Hankijal on keelatud seada tingimusi, mis annaksid

eelise teatud riigi pakkujatele. Auditeeritud hankes ei ole pakkujatele seatud asukohast lähtuvaid piiranguid.

6. Pakkumuse tegi ka üks välispakkuja Savaterra Oy (1477650-4), kes kvalifitseeriti.

ETTEHEIDE C

Hankijal on õigus ja kohustus sisustada kvalifitseerimise tingimused vastavalt oma vajadustele ja hanke esemest lähtudes.

7. Selgitame, et hankija hankis koos ehitustöödega ehitusprojekti juhtimise teenust. Selline teenuse ja ehitustöö koos hankimine on õiguspärane.
8. Samamoodi on hankija nõudnud, ja seadus seda tolereerib, pakkujalt asjakohase kvaliteedijuhtimissüsteemi ja keskkonnajuhtimissüsteemi olemasolu, kuigi tegemist ei ole otseselt ehituslepingu täitmise võimekust tõendavate näitajatega. Hankijal on õigus seada proportsionaalsed kvalifitseerimise tingimused, mis tagavad hankelepingu kvaliteetse täitmise ja mitte piirduda sealjuures nt ehitustööde hanke korral ainult otseselt ehitustöödesse puutuvate nõudmistega.
9. Auditeerija heidab ette, et *tingimus, mis on seotud FIDIC-tüüpi lepingu tundmisega, on audiitorite hinnangul piirav nii kohalike kui ka välispakkujate suhtes seetõttu, et hankija ei või nõuda ettevõtjalt konkreetse lepingutüübi kogemust või tundmist, kuna see ei näita ettevõtja suutlikkust hankelepingut täita. Seega ei ole hankedokumentides sätestatud tingimus sellisel kujul kohane ja vajalik, kuna pakkuja võimet hankelepingut täita on võimalik sama veenvalt tõendada kergema tingimuse abil.*
10. Rikutud normiks tuleb ilmselt pidada RHS § 39 lõiget 1:
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.
11. Palume auditeerijal tingimata selgitada, kuidas ilma FIDIC kogemuse nõudeta saaksid olla kvalifitseerimise tingimused piisavad pakkuja hankelepingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks. Kuidas lepingut tundmata peaks olema võimalik lepingut nõuetekohaselt täita. Lepingutundmine näitab ju otseselt võimet lepingut täita. Küsimust ei ole selles, et pakkujalt selle tingimusega oodatakse tema kui ehitaja võimete tõendamist, vaid pakkujalt kui FIDIC lepingu alusel ehitusprojekti juhtimise teenuse osutajalt. Ehk kuidas peaks hankija seadust täitma ja piisvalt veenduma, et pakkuja suudab FIDIC lepingu tingimustel ehitusprojekti juhtida, kui ta ei või küsida tõendit, et pakkuja omab vastavat kogemust. Kui pakkuja on juhtinud ehitusprojekti mõne teise lepinguformaadi alused nt ETÜ, kuidas hankija peaks sellest lähtuvalt piisavalt tõendatuks lugema hankija võime juhtida projekti FIDIC lepingutingimuste kohaselt. Hankija ei loe piisavaks lihtsalt ehitusprojekti juhtimise kogemust, ükskõik millise lepingu alusel. See ei anna hankija jaoks piisava kvaliteedi tagamise garantiid. Kui hankija soovib hankida FIDIC lepingutingimustel projektijuhtimise teenust, siis ta ei saa maksta sisuliselt ükskõik, millise lepingu tingimustel projektijuhtimise teenuse eest, see oleks avalike vahendite väärkasutamine. Eelnevalt tulenevalt jääb arusaamatuks, et kui hankija võib osta FIDIC tingimustel projektijuhtimise teenust, miks hankijal peaks olema keelatud vastava teenuse kvaliteetset osutamist nõuda. Ja piisvalt kvaliteetse teenuse osutamise võime olemasolu tõendamiseks on hankijal õigus kehtestada pakkujale kogemuse nõue. Kuidas saaks see kogemuse nõue olla erinev hangitavast teenusest? Sellist kogemuse nõuet RHS ei luba seada. RHS § 41 lg 1 p 5 kohaselt võib nõuda pakkujalt andmeid vastava teenuse osutamise kohta, mitte ükskõik millise teenuse osutamise kohta. Seega

kui hankija soovib hankida FIDIC tingimustel projektijuhtimise teenust, kuidas ta tohiks nõuda kvalifitseerimise tingimusena ükskõik millise ehitusprojekti juhtimise kogemust, kui see osutatavasse teenusesse tegelikult ei puutu.

12. Selleks, et aru saada, mis vahe on lihtsalt projektijuhtimise teenusel ja projektijuhtimise teenusel FIDIC lepingutingimustel tuleb süveneda selle teenuse sisusse.
13. Esmalt tuleb märkida, et vaidlust ei ole struktuurivahendite rakendamissüsteemi ühelgi tasandil üles kerkinud sellest, et FIDIC lepingutingimuste kasutamine ehitustööde tellimiseks (ja ka muuks) on lubatud.
14. Teiseks märgime, et ehitustööde tegemise kogemus ja oskused ei sõltu kasutatavast lepinguformaadist, seega oleks ebaproportsionaalne nõuda ehitustööde hankelepingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks, et ehitustöid oleks teostatud FIDIC lepingu tingimustel.
15. Niisiis on hankijal õigus hankida ehitustööde FIDIC lepingutingimustel projektijuhtimise teenust. Sellise teenuse sisuks on ehitustöid juhtida ning Inseneri ja Tellijaga suhelda lähtudes FIDIC lepingutingimustest. Mitte lihtsalt juhtida ehitusprojekti või juhtida ehitusprojekti mõne muu lepingu tingimustest lähtudes. FIDIC lepingutingimustel projekti juhtimine erineb mõne muu lepingu tingimustel projekti juhtimisest selle poolest, et projekti juhtimisel ja elluviimisel tuleb viimse kui detailini lähtuda FIDIC lepingutingimustest. Piltlikult öeldes peab teenuse osutaja valdama FIDIC lepingu keelt. FIDIC lepingutingimustest on võimalik lähtuda vaid siis, kui isik tunneb FIDIC lepingutingimusi. FIDIC lepingutingimustest ei ole võimalik lähtuda tundes mingeid teisi lepingutingimusi. Kui nüüd hankija tahab veenduda isiku võimes tunda FIDIC lepingutingimusi, siis ta ei saa selles võimes kuidagi veenduda läbi selle, et isik tunneb mõningaid teisi lepingutingimusi. FIDIC lepingutingimused on mahukas ja kõikehõlmav käitumisreeglite kogum. Tellija-Insener-Ehitaja kolmnurk toimib ainult siis, kui kõik osapooled tunnevad neid käitumisreegleid. FIDIC tingimused ei ole automaatselt järgitavad, vaid nõuavad ehitajalt kaalutletud käitumist ja neid kaalutusreegleid ehk vahemikke tuleb tunda. Valesti käitumine tekitab nõudeõigusi ja vaidlusi. Kui ehitajal FIDICu kompetents puuduks, siis tuleks Insener teisiti hankida, et Insener oskaks toime tulla sellise lepingupartneriga ja juhtida ehitust olukorras, kus ehitaja FIDICu reeglitega kooskõlas käituda ei oska. See kõik teeks eesmärgi saavutamise põhjendamatult kallimaks ja ajamahukamaks, võimatuks tähtaegadest kinnipidamise. Põhjendatud oleks see võib-olla ainult juhul kui turul puuduks konkurents FIDIC lepingutingimusi tundvate ehitajate vahel. Aga kuna turul, nii Eesti kui rahvusvaheliselt, on piisav konkurents, ei saa piirangut pidada ebaproportsionaalseks.
16. RHS § 3 p 4 nõuab **olemasoleva** konkurentsi efektiivset ärakasutamist. Hankija kohustus ei ole soodustada konkurentsi juurdekasvu, st võimaldada avalikuks otstarbeks vajalikku objekti ehitada kogemusega isikul, et isik saaks turule siseneda.
17. Väita siinjuures, et hankija jaoks ei tohi vahet olla milliste lepingutingimuste alusel isik on enne ehitusprojekti ellu viinud on õigusliku aluseta. Hankijal on õigus otsustada millist teenust ta hankida soovib. Seda õigust kinnitab kohus nt 21.06.2016 otsuse nr 3-16-1094 punktis 15. Keegi ei saa võtta ära hankijalt kaalutusõigust hanke objekti valimisel ja kirjeldamisel. Viidatud otsuse punktis 16 selgitab kohus ka seda, et mingil moel piiravad konkurentsi mistahes hanketingimused, kuid mida suurem on turul konkurents seda suurem on hankija kaalutusõigus piirangute seadmisel.

Hankijal on õigus koos ehitustöödega hankida lepingu haldamise teenust

18. Hankijal on õigus määrata hanke ese oma vajadusest lähtuvalt. RHS § 4 kohaselt võib hankija ehitustööde hankelepinguga tellida teenuseid mille osutamine on hankelepingu esemeks olevateks ehitustöödeks vajalik. Kehtiva riigihangete seaduse kohaselt on kõikvõimalikud

segalepingud lubatud § 8 lg 6 kohaselt, arvestada tuleb §-des 18-21 sätestatud eeldatava maksumuse määramise reegleid.

19. Seega on hankijal õigus osta koos ehitustöödega ka lepingu haldamise teenust. Selle teenuse osutamist võib hankija nõuda ehitaja (pakkuja) esindajalt ehk ehitustööde projektijuhilt.
20. Kindlasti ei ole selline teenus vajalik lihtsama ehituslepingu ja ehitustöö puhul. Kuid kõnesoleval juhul soovib hankija kasutada FIDIC lepingutingimuste nn kollast raamatut, millega reguleeritakse projekteerimis-ehitustööde teostamist. Kollase raamatu regulatiivne maht on 69 lehekülge, lisaks on hankija konkreetsetes hankes kehtestanud eritingimusi 22 lehekülge.
21. Töövõtja poolt lepingu haldamise teenus tagab hankijale ehitustööde tähtaegades püsimise ja kvaliteedi. Kvaliteedi eelkõige läbi selle, et töövõtja peab täitma nt kõikidest tellija vigadest ja ettenägematusest Inseneri teavitamise kohustust, parendusettepanekute tegemise kohustust ja reguleeritud on juurdemaksmise süsteem, kui tellija ei ole suutnud ehitustööd piisavalt täpselt tellida. Kui töövõtja nt ei pea kinni teavitamise tähtaegadest, siis minetab ta õiguse tööd teisiti teha, saada ajapikendust või rahalist kompensatsiooni. Selline minetus võib viia lepingu katkestamiseni, kuna tegemist on väga rahamahuka lepinguga. Lepingu katkestamine läheb üldjuhul hankijale kalliks maksma. Töövõtja poolt teavitamise kohustuse korrektne täitmine garanteerib hankijale samuti Inseneri teenuse kvaliteedi sealjuures ajalist kadu vältides. Samuti on oluline tööde peatamise regulatsiooni põhjalik tundmine ja täitmine. (Näiteks, kui insener väljastab juhise (p 3.3), millega töövõtja pole nõus, siis peab töövõtja seda juhust ikkagi asuma täitma, kuid tulenevalt oma mittenõusolekust on tal õigus teatada vaide kavatsusest (täiendava rahastus ja/või tähtaja pikendus). Vaide kavatsusest tuleb teatada teatud aja jooksul, vastasel korral minetab ta nõudeõiguse. Nõude faktiline esitamise aeg ei ole piiratud.)
22. Kui nüüd hankijal on vajadus ja õigus tellida lepingu haldamise teenust, siis on tal õigus sellise teenuse osutajale seada vajadusele vastavad kvalifitseerimise tingimused. Kõnesolevas hankes on hankija nõudnud töövõtja projektijuhilt kahes FIDIC lepingus varasemat osalemist Töövõtja Esindajana. See tähendab, et isik peab olema ükskõik millise FIDIC formaadis lepingu täitmisel osalenud kas püsivalt töövõtja esindajana või tema asendajana aeg-ajalt. Kui Inseneri hinnangul ei ole nimetatud isik suuteline tegutsema Töövõtja Esindajana, peab Töövõtja isiku välja vahetama sobilikult vastu (lepingu p 4.3). Töövõtja Esindaja pühendab kogu oma aja Lepingu täitmise korraldamisele Töövõtja nimel.
23. Järelikult on hankijal seadusest tulenev õigus hankida ehitusprojekti juhtimise teenust FIDIC lepingutingimustel. Järelikult on hankijal õigus kehtestada ka vastav kvalifitseerimise tingimus. AGA sealjuures tuleb silmas pidada, et kvalifitseerimise tingimus oleks vastav ja proportsionaalne hankelepingu esemeks oleva teenuse olemuse, koguse ja otstarbega.

FIDIC kogemuse olemasolu nõude seadmine pakkuja ühele võtmeeksperdile on proportsionaalne kvalifitseerimise tingimus.

24. Hankija seadis FIDIC lepingutingimustel täidetud lepingu kogemusnõude pakkuja ühele isikule mitte pakkujale (või ühispakkujatele kui tervikule) kui ettevõtjale. Ebaproportsionaalseks võiks pidada FIDIC lepingutingimustel ehitustöö tegemise nõude seadmist pakkujale kui ettevõtjale, sest ehitustöö sisu ei saa sõltuda juriidilisest lepingu formaadist. Ehk konkreetsete lepingutingimuste kasutuskogemuse kaudu ei saaks kuidagi hinnata ega tagada ehitustööde kvaliteeti.
25. Niisiis on konkurentsi piiramise seisukohast põhimõtteline vahe, kas nõutakse FIDIC lepingutingimuste tundmist (kogemust) ühelt isikult, kes hakkab projekti juhtima ehk vastutab

lepingu formaalsete tingimuste täitmise eest või nõutakse pakkujalt FIDIC lepingutingimustel ehitustööde kogemust. Viimast tõenäoliselt ei saaks pidada proportsionaalseks kvalifitseerimise ega vastavustingimuseks, vähemalt praegu kehtivate riigihangete õiguse tõlgenduste valguses.

26. Kõnesoleval juhul soovib hankija nelja (3,5 miljonit pluss käibemaks) miljoni euro suuruse lepingu täitmisel kõnesoleva tingimusega tagada õigusliku kindluse ja koostöö juriidilise sujuvuse. Hankija soovib seda tagada nõudes pakkujalt ühe sellise võtmeeksperdi, kui füüsilisest isikust partneri, kaasamist pakkuja esindajana, kellel on varasem FIDIC lepingutingimustel ehitustööde lepingu täitmise kogemus ja kes oleks selles lepingulises suhtes pakkuja kogenud esindajaks. Kui pakkuja enda koosseisus sellist isikut hetkel ei tööta, siis nelja miljonilise lepingu täitmiseks ei saa kuidagi lugeda ebaproportsionaalseks nõudeks paluda ühe vastava juriidilise kogemusega töötaja palkamist või muul viisil kaasamist. Eriti arvestades, et hankijal on õigus proportsionaalsed nõuded seada pakkujale ja pakkuja meeskonna liikmetele. Samuti arvestades seda, et kõik pakkujad peavad hankelepingu täitmiseks meeskonnad komplekteerima, sest lepingu täitmiseks nõutavat personali ühel ettevõtjal olemas ei ole. Selle tõenduseks on seegi, et hankesse tehti ühispakkumusi või tugineti teise isiku näitajatele ja kasutatakse alltöövõttu.
 27. Selliseid isikuid on Eestis küllaldaselt. Näiteks aastatel 2007-2013 rahastas KIK ca 100 veeinfra projekti ca 500 miljoni euro eest. Nende projektide ehitustööde hankelepingud on valdavas osas sõlmitud FIDIC lepingutingimusi kasutades. FIDIC lepinguvorme kasutab ka nt Maanteeamet oma suurtes ehitushangetes. Keskkonnaministeerium ise on oma eelnevates suurtes hangetes kasutanud FIDIC lepingutingimusi. FIDIC lepingutingimused on eri riikides laialdaselt kasutuses, vt <http://fidic.org/members>. Maailmapank ja EBRD eelistavad FIDIC lepingutingimuste kasutamist infrastruktuuri projektide rahastamisel.
 28. Hankija on hankedokumentides andnud ka selge juhise millist käitumist ta ootab pakkujalt, kui pakkujal endal ei ole nn palgal nõuetekohast võtmeeksperdi:
 29. *Juhul, kui võtmeeksperdi tööandjaks on pakkumuses pakkujana, ühispakkujana või vormikohaselt fikseeritud alltöövõtjana mitteosalev isik, tuleb vastava võtmeeksperdi CV-le lisada tööandja vormikohane (Vorm 7) kinnitus võtmeeksperdi pakkumuses osalemise kohta.*
 30. *Nõutud dokument: Pakkuja esitab tööandja vormikohase (Vorm 7) kinnituse võtmeeksperdi pakkumuses osalemise kohta.*
 31. Hankija ei ole kvalifitseerumiseks nõutud lepingu spetsiifikat ega mahtu piiranud, sest oluline on FIDIC lepingutingimuste tundmise ja kasutamise kogemus, mitte konkreetse ehitustöö tegemise kogemus FIDIC tingimustel.
 32. Seega ei saa kuidagi leida ebaproportsionaalsust selliselt seatud tingimusest, nõutud on minimaalset, et hankija saaks usaldada isiku oskusi FIDIC lepingutingimuste kasutamisel.
- Hankedokumentides seatud kõnealuse nõude kohta ei esitatud ühtegi küsimust ning hankedokumente ei vaidlustatud.**
33. RHR teabevahetuse rubriigist nähtuvalt asjakohaseid küsimusi pakkujate poolt küsitud ei ole, kuigi küsimusi on hankedokumentide kohta.
 34. Hankedokumente ei vaidlustatud.

35. Projektjuhile seatud FIDIC lepingutingimustel sõlmitud lepingute kogemuse nõude kohta ühtegi küsimust ei esitatud, samuti ei esitatud vastaval teemal vaidlustust.
36. Arvestades hanke maksumuse suurust (4 miljonit eurot) oli hanke vastu huvi suur. Sealhulgas oli ka suur oma huvide eest seismise huvi. Selline suur huvi üles näitamine suure rahalise mahuga hangetes on reeglisk. Seda kinnitas ka esitatud küsimuste maht.
37. Seetõttu ei ole usutav ja on hüpoteetiline, et kui nii suuremahulises hankes mõne pakkuja jaoks oleks FIDIC kogemusega projektijuhi leidmine olnud problemaatiline, siis ta isegi ei esitanud teabevahetuse rubriigis vastavat küsimust, vaid loobus pakkumuse tegemisest.

Kogemuse nõude seadmise õiguspärasusest lepingu tingimustes

38. Hankelepingu formaadi ja tingimuste sisustamisel on RHS jätnud hankijale laia kaalutusõiguse. Piirangud tulevad pigem võlaõigusseadusest (tüüptingimustega leping, maksetähtaeg). Hankijale oleks võimatu heita ette hankelepingus sellise tingimuse seadmist, mille kohaselt tuleb pakkujal projektjuhiks määrata isik, kellel on varasem FIDIC lepingutingimustel sõlmitud lepingu täitmise kogemus. FIDIC üldtingimuste punktis 4.3 ongi kirjas, et kui isik ei ole suuteline tegutsema Töövõtja Esindajana, peab Töövõtja esitama teise sobiva isiku nime ja andmed. Sellise lepingutingimuse õiguspärasust on Rahandusministeeriumi Riigihangete ja Riigiabi osakond kinnitanud.
39. Veelgi enam rahandusministeeriumi riigihangete lehelt KKK rubriigist leiab juhise seada kogemuse nõue hanke vastavustingimuste koosseisus. Seda seoses sellega, et hetkel kehtiv RHS redaktsioon ei luba isikule kogemuse nõude seadmist kvalifitseerimise tingimusena. Kõnealuse hanke läbiviimise ajal kehtinud RHS vana redaktsioon lubas pakkuja nn töötajatele kogemuse nõude seadmist (§ 41 lg 1 p 5).
40. Otstarbekusest, mis on üks riigihanke läbiviimise põhimõtetest, lähtudes, tulekski hankijal korraldada hankemenetlust nõnda, et see koormaks võimalikult vähe teda ennast ja pakkujaid. Seetõttu oleks selle põhimõttega tegelikult vastuolus nn üllatada pakkujaid mingisuguse nõudega sisuliselt alles pärast hankemenetluse läbiviimist ja lepingu sõlmimise faasis. Sel moel jätaks hankija ka endale suurema halduskoormuse, eelkõige täiendava kontrolli läbiviimise näol lepingu algfaasis. Eriti seetõttu, et kõnesoleva hanke läbiviimise ajal tõi see kaasa uue hankemenetluse läbiviimise vajaduse. Kindlasti ei oleks olnud otstarbekas lepingu faasi jätta võtmeisikutele seatud nõuete täitmise kontrollimist.
41. Seega on igal juhul formaalne heita ette kogemuse nõude seadmist mingisuguses konkreetses hankemenetluse faasis, aga vahetult järgnevas faasis lugeda sellise tingimuse seadmine lubatuks ja proportsionaalseks. Pakkuja peab kvalifitseerimise tingimustele ja vastavustingimustele vastama pakkumuste esitamise tähtpäeval, selline vahetegu, et lepingu sõlmimise hetkel oleks (kogemuse nõude) kohustus oluliselt vähem koormav on kunstlik ja ei tohiks kaasa tuua koormavat õiguslikku tagajärge. Kui kogemuse nõude seadmine on oma ebakohasuse tõttu sobimatu (põhjendamata tingimus) kvalifitseerimise- või vastavustingimuste seadmise etapis, siis ei saa olla õigustust lugeda lubatuks sellise tingimuse seadmine ka lepingutingimusena. Eriti arvestades, et leping võidakse sõlmida teatud juhul (üks pakkumus) pakkumuste esitamise tähtpäevaga samal päeval. Kõnesolev riigihanke tingimus ei eeldanud konkreetse isikuga nt töölepingu sõlmimist enne hankelepingu sõlmimist, ega tegelikult ka pärast hankelepingu sõlmimist. Eeldati vaid nõuetele vastava isiku (ja tema tööandja) nõusolekut osaleda hankelepingu täitmisel juhul, kui pakkuja peaks hankemenetluses edukaks osutama.

42. Ostarbekas ei oleks olnud sellise isiku esitamist nõuda alles lepingu täitmise faasis ja siis kontrollima hakata tema nõuetele vastavust. Pakkujat jaoks ei saa olla koormav leida nõuetele vastav isik sellises suures hankes kuu aega enne hankelepingu sõlmimist. Samuti ei saa isik oma tööd, ükskõik siis millise tööandja juures, üleöö ümber korraldada.
43. Hankelepingu tingimusena tuleb riigihanke alusdokumentide kontekstis nõuda selliste tingimuste seadmist, mis puutuvad konkreetset lepingu täitmist nt konkreetse ehitusobjekti maksumusest lähtuva vastutuskindlustuse omamine, registreeringud vmt, aga kindlasti mitte hankelepingu täitmise võimet kinnitavaid tingimusi.
44. Kui hankija ei oleks seadnud projektijuhile FIDIC lepingutingimuste kogemuse nõuet, siis oleks hankijat võimalik süüdistada hooletuses (ei ole seatud piisavaid tingimusi ehk ei ole järgitud RHS § 39 lg 1). Kõnealune hankeleping on suuremahuline ja töö teostamine ajakriitiline. Lepingut tuleb tunda ja täitma hakata vahetult pärast hankelepingu sõlmimist. Hankija poolt ei oleks mõistlik olnud sellise rahalise mahuga lepingu täitmisel ette näha pakkuja esindajale FIDIC lepingutingimustega tutvumise aega ja kui ka oleks, poleks see olnud piisav, sest tutvumine ei ole samaväärne kogemusega. Samuti on tegemist liiga keerulise tööga, et lepingut opereerida lasta isikul, kellel puudub vastav varasem kogemus selle lepinguformaadi kohaselt ehitustööde juhtimisel.
45. Seega on etteheide faktilise ja õigusliku aluseta ning põhjendamata.

TAGASINÕUDE PROTSENT

46. Eelpool toodud põhjustel ei ole KIK nõus, et projektis on mitteabikõlblikke kulusid. Isegi hüpoteetiliselt juhul, kui mingis osas kulusid saaks lugeda mitteabikõlblikuks (millega KIK ei nõustu) ei saaks tagasinõuet määrada 10% kuidagi õiguspäraseks lugeda, kuna selleks puuduvad igasugused sisulised põhjendused.
47. Seda esmalt seetõttu, et väljatoodud kolmest rikkumise episoodist kaks esimest on arusaamatud, aluseta ja põhjendamata.
48. Teiseks seetõttu, et arvestades hankelepingu maksumust ja ühe isiku palkamise kulude suhet, siis ei ole tõenäoline, et mõni potentsiaalne pakkuja kohus pakkumust tegemast. Sealjuures on absoluutselt välistatud võimalus, et sellist isikut pakkuja meeskonda palgata ei ole võimalik. Seetõttu on RHS rikkumist võimatu tuvastada ja tõendada, sealjuures teoreetiliseltki usutavaks pidada, mistõttu ei saa ka väita, et selline paljalt hüpoteetiline rikkumine saaks EL finantsvahenditele kahju teha.
49. Kolmandaks seetõttu, et hankes oli arvestatav konkurents, esitati 7 pakkumust. Sealjuures lähtub KIK Euroopa Komisjoni Regionaal- ja linnapoliitika Peadirektoraadi auditi lõpparuandest kontrollkäigu tunnuskoodiga 2016/EE/REGIO/C2/1560/1 tähelepanekute nr 6 ja 10 osas, mis puudutas FIDICu kasutamise kogemust valikukriteeriumina. EK audit tegi ettepaneku lugeda mitteabikõlblikuks 5% hankelepingu maksumusest, võttes arvesse konkurentsi taset (vastavalt siis 6 ja 11 pakkujat).
50. Lähtudes eelnevast ei tea KIK ühtegi põhjendust, mille alusel saaks tagasinõude määr olla 10% hankelepingu maksumusest. Auditaruande projektist ka neid põhjendusi ei nähtu.

JUHISTEST

51. KIKi hinnangul on auditeerija käesoleva käsitluse aluseks auditeeriva asutuse 2018. aasta jaanuaris kõigile rakendusüksustele edastatud e-kiri, kus on välja toodud piiravate tingimuste loetelu, mille osas rakendusüksused peavad edaspidistel kontrolltoimingute teostamisel

tähelepanelikud olema. Antud kirjas on piirava tingimusena nimetatud ka FIDIC lepingutüübi kogemuse või tundmise sätestamist hanke kvalifitseerimistingimustes. Kuigi on mainitud ka, et ei ole jõutud piiravate tingimuste osas veel lõpliku selguseni, on KIK võtnud auditeeriva asutuse suunised enda kontrollis kasutusele ning teavitanud koheselt ka kõiki oma toetuse saajaid.

52. Kaheldav on juhise kohaldumine kõnealusele auditeerimise objektile, kuna juhises on kirjas, et ehitustööde tegemise võime tõendamiseks ei tohi seada FIDIC kogemuse nõuet. Käesoleval juhul ei olegi nõuet seatud selleks, et veenduda pakkuja ehitamise oskuses, vaid selleks, et veenduda pakkuja projektijuhi (võtmeisiku) oskuses käituda lepingu täitmisel Töövõtja Esindajana.
53. Peame aga oluliseks välja tuua, et auditeeriva asutuse kirjas ning ka käesolevas auditis nimetatud tähelepanekute näol on rakendusüksuste jaoks tegemist täiesti uue käsitlusega kvalifitseerimistingimuste hindamisel arvestades hanke läbiviimise aega. Kuna käesoleval juhul on tegemist hankega, mis on läbi viidud enne vastava juhise saamist, siis KIKi hinnangul ei tohiks uus tõlgendus teha olematuks varasemat väljakujunenud praktikat.
54. Lisaks võib arvata, et viidatud juhise tugineb Euroopa Komisjoni Regionaal- ja linnapoliitika Peadirektoraadi auditi lõpparuandele kontrollkäigu tunnuskoodiga 2016/EE/REGIO/C2/1560/1. Nimetatud aruandes on soovitatud lisada FIDIC lepingutingimustele märge „või sellega samaväärne“. Tehnilise kirjelduse nõuded on omistatud ka kvalifitseerimise tingimusele. Nõue, mis puudutab tehnilist kirjeldust, ei ole otseselt üle kantav kvalifitseerimise tingimustesse. Lisaks on ilmselge, et ühe lepingu ülesehitus ja tingimused ei saa olla samaväärne teise lepinguga, siis oleks ilmselt tegu ebaseadusliku plagiaadiga. Seega on nimetatud auditi lõppjärelendus riigihangete õigusega vastuolus ja põhjendamata, mistõttu on eriti arusaamatu sellele tuginemine ja selles väljakujundatud seisukoha laiendamine kõigile hankemenetlustele, kus on sarnane tingimus seatud.
55. Selgitame lisaks: samavääruse võimalikkuse vastu räägib kõige kõnekamalt Inseneri funktsioon. Osaliselt võivad eri lepingutes olla sarnased protseduurid ja instituudid, kuid sel juhul võib see täitjates hoopis segadust tekitada. Praktikas ei saaks kogemuseta Töövõtja Esindaja arugi mida Insener temalt ootab. FIDIC lepingutingimused on komplitseeritud ja keeruline lepingu süsteem, mille edukaks täitmiseks peab toimima kolmnurk Tellija-Insener-Töövõtja. Ainult sel juhul saab Tellija seda, mida ta tegelikult lepingut kasutades ostab, ehk õigeaegselt ja kvaliteetselt valminud ehitise. Protseduuride kompleks on lepingutingimustega paika pandud. FIDIC lepingutingimused on aastakümnetega paika pandud kohustuste ja õiguste süsteem, mille rakendamiseks on tarvis kasutuskogemust, vastasel korral kaasneb hankija jaoks praktikas liiga suur risk, et Töövõtja Esindaja oma õigusi ja kohustusi ikkagi lõpuni ei tea ning hankija ei tohiks seda testima hakata nii suurtes lepingutes.

Rakendusüksuse täiendav kommentaar 28.10.2019:

Aruande projekti tähelepanekus nr 4.1 toodud etteheide on põhjendamata, arusaamatu ja õigusliku aluseta. Selleks, et rakendusüksus saaks alustada järeltegevusi aruande projektis soovitud kohaselt tuleb aruandes toodud väiteid sisuliselt põhjendada, praegusel kujul on etteheited põhjendamata ja vastavatele järeldustele jõudmine arusaamatu. Järeldused peavad tuginema tuvastatud faktilistele asjaoludele, välja tuleb tuua rikutud norm ning lahti tuleb kirjutada kuidas nendest asjaoludest on tingitud normi rikkumine.

Ebaselgeks jääb kas FIDIC kogemuse nõue pakkuja ehitustööde projektijuhile on oluline ehk finantsmõjuga tähelepanek või formaalne rikkumine ehk finantsmõjuta.

Välispakkujatele ei ole hankes esitatud piiravaid tingimusi, kuid see on auditeerijate hinnangul toonud kaasa olulise tähelepaneku ja mitteabikõlblikud kulud. Esimeses episoodis ei ole auditi aruandes toodud tingimused piiravad välispakkujatele seetõttu, et hanketeates on selgelt kirjas, et kõnealune nõue kohaldub vaid Eesti pakkujatele. Sellest tuleb järeldada, et selline nõue välispakkujatele ei kohaldu ehk välispakkujad ei pea esitama nõutud litsentsi ega mingisugust muud tõendit. Audiitorid leiavad ekslikult, et hankija oleks pidanud välispakkujale andma hanketeates selgeid juhiseid nõude kohta, mis neile ei kohaldu. Mittekohalduva nõude tõttu tõendada isikute (potentsiaalsete pakkujate) õiguste piiramist on võimatu, seetõttu ei saa rakendusüksus vastaval alusel finantskorrektsiooni teha.

Lisaks toonitame, et RHS ei nõua hanketeatesse kõikide pakkujatele kohalduvate õigusaktide ümberkirjutamist ega nendele viitamist. See ei oleks isegi võimalik. Pakkuja peab ise majandus-kutsetegevuses osaleva isikuna tundma valdkonda reguleerivaid õigusakte, sealhulgas selliseid, mis annavad pakkujale õiguse teenust vastavas valdkonnas osutada. Meelevaldne ja õigusliku aluseta on hankijalt nõuda nt et hankedokumentidesse oleks ümber kirjutatud MSÜSist tulenev ajutise teenuse osutamise õigus (ELTL art 57, MSÜS § 22 lg 5). Tegemist on üle ELi üheselt reguleeritud valdkonnaga, mis on loomulikult üle võetud ka Eesti õiguskorda, ning teadlikkust selle õiguse olemasolust peab saama pakkujatelt eeldada. Eriti arvestades seda, et hankijal ei ole õigust hankedokumentides selliste õiguste kohaldumist piirata ega modifitseerida.

Teiseks mõiste sisustamine läbi viite ehitusseadustikule ei ole objektiivselt välispakkujaid piirav, ammugi mitte RHS kohaselt keelatud, mistõttu ei saa seda hankijale ette heita, veel vähem sanktsioneerida finantskorrektsiooniga. Kogu hankedokumentatsioon on eesti keeles. Ehitussektoris majandus-kutsetegevuses osalev isik, olgu ta hankija koduriigi või välispakkuja peab olema võimeline leidma ja lugema Eestis ehitamisel kohalduvat seadusandlust. Isegi kui hankija ei sisustaks ühtegi mõistet läbi viite seadusele, tuleb nii pakkumuse esitamiseks kui teenuse osutamiseks tutvuda asukohariigi vastava seadusandlusega.

Auditeerija leiab, et tingimus, mis on seotud FIDIC-tüüpi lepingu tundmisega, on auditeerijate hinnangul piirav nii kohalike kui ka välispakkujate suhtes seetõttu, et hankija ei või nõuda ettevõtjalt konkreetse lepingutüübi kogemust või tundmist, kuna see ei näita ettevõtja suutlikkust hankelepingut täita.

Ehitustööde tegemise võime tõendamiseks ei ole hankedokumentides FIDIC kogemust nõutud. Rakendusüksus ei saa nõustuda sellega, et FIDIC lepingutingimustega töötamise kogemus ei näita pakkuja suutlikkust hankelepingut täita. Rakendusüksus on seda põhjendanud oma esitatud vastuse punktides 15-17, 20, 21, 44. FIDIC lepingutingimused on väga mahukas ja keeruline reeglite kogum, mille hea tundmine on võimalik vaid läbi kogemuse. Oleks meelevaldne ja ebaloogiline väita, et ehitustööde tegemisel ei oma tähtsust ehitustööde juhi kogemust, samuti on vale väita, et lepingutingimuste tundmine ei oma tähtsust lepingutingimuste rakendamisel, vastupidi see omab määravat tähtsust. Seega FIDIC lepingutingimuste tundmine näitab (tõendab hankija jaoks) töövõtja võimet FIDIC lepingutingimusi hankelepingu täitmisel kasutada.

Auditeerija leiab, et hankija poolt hanketeates ja hankedokumentides sätestatud tingimus on eaproportsionaalne, kuna sama tulemus oleks saavutatud vähem piiraval viisil, nimelt oleks pidanud FIDIC kogemuse nõudele lisama märke „või sellega samaväärne“, siis oleks olnud konkurents avatud ka sellistele pakkujatele, kellel FIDICu kogemust ei ole.

Rakendusüksus ei ole nõus väitega, et FIDIC kogemuse nõude seadmine Töövõtja Esindajale on eaproportsionaalne arvestades hanke eset ja seetõttu ka konkurentsi piirav. Rakendusüksus on

veendunud FIDIC kogemuse nõude Töövõtja Esindajale seadmise piisavuses, vastavuses ja proportsionaalsuses. Rakendusüksus on esitanud oma veendumuse tõenduseks faktilised asjaolud ning neile asjaoludele tuginevad argumendid.

Auditeerijal tuleb sisustada millistest asjaoludest ja loogikast lähtuvalt FIDIC kogemuse nõue on piisav ja vastav, kuid ei ole proportsionaalne või ei ole põhjendatud, asjakohane ega proportsionaalne. Ehk ebaproportsionaalsus tuleb tuvastada, kui see on tuvastatud alles siis saab eeldada kahju tekkimist struktuurifondidele.

Samaväärsusest.

Auditiitorid on seisukohal, et vähem piirav lahendus võimaldaks võimalikel pakkujatel esitada sarnaseid tõendeid teadmiste kohta lepingute järelevalve teostamisest vastavalt FIDIC lepingutingimustega samaväärsetele lepingutingimustele. FIDIC lepingutingimustega ei ole olemas samaväärseid lepingutingimusi, ei saagi olla. Vastavad põhjendused on auditi aruande projektile esitatud, ühtegi neist ei ole ümber lükatud (p 54, 55). Selline soovitus on ebaseaduslik ja valelik, sest isegi juhul kui hankija lisaks sõna „FIDIC“ järgi viite „või sellega samaväärne“ ei tohiks hankija midagi samaväärseks lugeda. Auditeerija ei saa ette heita hankijale seda, et hankija ei ole ebaseaduslikku ja eksitavat tingimust seadnud.

(KIK selgitab põhjalikumalt miks ei saa olla olemas samaväärset lepinguformaati. Lepingust teebki lepingu selle regulatsioon ehk mida ja kuidas reguleeritakse. Tegemist on intellektuaalse omandiga. Kui keegi reguleerib asju samamoodi ehk kopeerib mingit lepingut, siis on tegemist intellektuaalomandi vargusega. Samaväärseks ei saa pidada üht lepingut teisega pelgalt seetõttu näiteks, et tegemist on ka mahuka projekteerimis- ja ehitustööde lepinguga. Sest lepingud erinevad üksteisest selle poolest, et nad reguleerivad erinevaid olukordi erinevalt ning see ongi lepingute mõte ja põhiolemus, mistõttu ei saa olla samaväärset lepingut ilma, et see oleks plagiaat. Ja seetõttu, et FIDIC lepingutingimustes reguleeritakse olukordi teisiti kui teistes lepingutes, seepärast ongi hankijale oluline veenduda Töövõtja Esindaja oskustes FIDIC lepingutingimuste kohaselt ehitusprojekti juhtida.)

Ebaproportsionaalsusest.

FIDIC lepinguga töötamise kogemuse nõue ehitustööde projektijuhile ei ole ebaproportsionaalne. Auditi aruandes ei ole välja toodud milline võiks olla lubatav ja vähem piirav nõue, mis oleks sama eesmärgi täitnud. Nõue seati ühele isikule, vähemale ei ole võimalik. Nõude seadmisel ei piiratud FIDIC lepingutingimuste kasutamise kogemust konkreetse FIDIC formaadiga (valge, punane, kollane, hõbedane ...) ega konkreetse ehitustöö või teenusega (infra või hoone ehitus, omanikujärelevalve ...). Auditi väide on sisuliselt, et nõude seadmata jätmine on ainus lubatav viis. Kuid see ei vasta enam hankija kohustusele (RHS § 3 p 1 ja 3, § 39 lg 1) kasutada avalikke vahendeid säästlikult ning seada isikutele asjakohased piirangud, mis tõendaksid pakkuja võimet hankelepingut nõuetekohaselt täita.

KIK ei ole nõus, et projektis on mitteabikõlblikke kulusid. Isegi hüpoteetilisel juhul, kui mingis osas kulusid saaks lugeda mitteabikõlblikuks (millega KIK ei nõustu) ei saaks tagasinõuet määrada 5% kuidagi õiguspäraseks lugeda, kuna selleks puuduvad igasugused sisulised põhjendused.

Seda seetõttu, et hankes oli täielikult tagatud konkurents ja kõikide piisavalt võimekate pakkujate ligipääs hankele. Ei ole mingit põhjendust sellele, et hange oleks pidanud olema avatud veel suuremale konkurentsile.

Hankes seatud tingimused olid piisavad (põhjendatud), vastavad (asjakohased) ja proportsionaalsed potentsiaalsete pakkujate selekteerimiseks. Tingimused ei oleks saanud hanke eset arvestades olla leebemad. Kõik kvalifitseerimise tingimused olid lubatavad RHS kohaselt.

Faktiliselt oli konkurentsi piiramine välistatud läbi selle, et (a) välispakkujatele oli hankele tagatud samaväärne juurdepääs asukohariigi pakkujatega; (b) arvestades hankelepingu maksumust ja ühe isiku palkamise kulude suhet, siis ei ole võimalik, et mõni potentsiaalne pakkuja kohkus pakkumust tegemast; (c) sealjuures on absoluutselt välistatud võimalus, et sellist isikut pakkuja meeskonda palgata ei ole võimalik; (d) hankes oli arvestatav konkurents.

Seetõttu on RHS rikkumist võimatu tuvastada ja tõendada, sealjuures teoreetiliseltki usutavaks pidada, mistõttu ei saa ka väita, et selline paljalt hüpoteetiline rikkumine saaks EL struktuurifondidele kahju teha.

Lähtudes eelnevast ei tea KIK ühtegi põhjendust, mille alusel saaks tagasinõude määr olla 5% hankelepingu maksumusest. Auditaruande projektist ka neid põhjendusi ei nähtu.

Eeltoodust tulenevalt ei ole KIKi hinnangul projekti elluviimisel rikutud RHSi. Isegi hüpoteetilisel juhul, kui mingis hüpoteetilises olukorras saaks FIDIC kogemuse nõuet lugeda ebaproportsionaalseks ja konkurentsi piiravaks (millega KIK ei nõustu), ei saanud asjaomase konkreetse auditeeritud projekti elluviimisel sellega eespool esitatud põhjustel kaasneda tegelikku ega potentsiaalset finantsmõju struktuurifondidele, millest tulenevalt puudub alus finantskorrektsiooniks.

Rakendusüksus palub loobuda auditi tähelepanekust kui põhjendamata ja õigusliku aluseta tähelepanekust, või vähemalt lugeda auditi tähelepanek mitteoluliseks (st finantsmõjuta tähelepanekuks)

Soovituse rakendamise eest vastutav isik ja kuupäev rakendusüksuses:

Sander Klaos, 03.03.2020

Audiitorite täiendav kommentaar

Esialgne aruande projekt edastati toetuse saajale ja rakendusüksusele tutvumiseks ja kommenteerimiseks 2.09.2019. Nimetatud aruande projektile saadud kommentaaride (RÜ-lt 20.09.2019 ja TS-lt 27.09.2019) valguses on audiitorid tähelepanekut muutnud.

Audiitorid hindasid saadud kommentaare arvestades tähelepaneku esimeses kahes punktis toodud kvalifitseerimistingimused võimalikele välispakkujatele ebaselgelt sõnastatuks. Kolmandas punktis toodud projektijuhilt FIDIC lepingutüübi tundmise nõude osas jäid audiitorid aga oma esialgse hinnangu juurde.

Arvestades kommentaare, hindasid audiitorid madalamaks ka tagasinõude määra - esialgse 10% asemel hindasid audiitorid asjakohaseks tagasinõude määraks 5% projekti kulusse kantud hankelepingu maksumusest. Muudetud tähelepanekuga aruande projekt edastati uuesti tutvumiseks ja kommenteerimiseks nii toetuse saajale kui ka rakendusüksusele 21.10.2019.

Käesolevas lõpparuandes on toodud RÜ esialgsed kommentaarid ja muudetud tähelepaneku valguses täpsustatud kommentaarid. Toetuse saaja oma esialgseid kommentaare täpsustada ei soovinud ning kinnitas, et nõustub RÜ täpsustatud kommentaaridega.

Audiitorid on tutvunud toetuse saaja ja RÜ kirjalike kommentaaridega ning ka korraldusasutuse ja RÜ suuliste selgitustega. Audiitorid jäävad siiski tähelepanekus toodud hinnangu juurde, et hankija poolt hanketeates ja hankedokumentides sätestatud FIDIC lepingutüübi tundmise nõude tingimus on ebaproportsionaalne ja konkreetsele lepingutüübile viitamine piirab konkurentsi ning ei ole seetõttu õiguspärane.

Vaidlustuskomisjon on oma otsuses¹⁰ öelnud, et hankija kaalutusõigus kvalifitseerimise tingimuste kehtestamisel on piiratud RHS §-s 3 nimetatud riigihanke korraldamise põhimõtetega ja RHS § 39 lg 1 teises lauses sätestatuga – kvalifitseerimise tingimused peavad olema piisavad pakkuja või taotleja hankelepingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks ning vastavad ja proportsionaalsed

¹⁰ 29.05.2009. a otsus nr 93-109/112348

hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et kuigi kvalifitseerimise tingimuste kehtestamine on hankija kaalutusotsus, peab hankija suutma nende sisulisust põhjendada. Pakkujate kvalifikatsiooni kontrollimise eesmärgiks on sõlmitava hankelepingu täitmise võime kontrollimine. Seega tuleb pakkujate kvalifitseerimise tingimuste õiguspärasuse üle otsustamisel hinnata, kas tingimus on eeldatavalt asjakohane ja piisav selleks, et kõik sellele vastavad isikud võiksid eelduslikult olla võimelised sõlmitavat hankelepingut täitma ja nende isikute ring ei oleks põhjendamatult kitsendatud. Kvalifitseerimise tingimust võib pidada õigusvastaseks, kui see ei ole oma mahu või olemuse tõttu hankelepingu täitmise võime eeldusena vajalik või ei anna hankelepingu mahtu arvestades piisavat teavet pakkuja võimekuse kohta või välistab teatud pakkujate osalemise, kelle sisulises kompetentsuses ei saa olla küsimust, kuna pakkuja varasem tegevus võib olla isegi mahukam ja keerulisem. Kuna kvalifitseerimise tingimuste kehtestamine on hankija õigus, võib vaidlustuskomisjoni arvates kvalifitseerimise tingimust pidada õigusvastaseks juhul, kui eelpool nimetatud puudused on ilmsed. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et varasem lepingu näidisvormi kasutamine ei näita pakkuja ega ka tema projektijuhi kogemust ja ei taga pakkuja vastutust sõlmitava hankelepingu alusel kvaliteetse teenuse osutamise eest.

5. Riigiabi andmine

Meede ei sisalda riigiabi andmist ega vähese tähtsusega abi.

6. Teavitamine ja avalikustamine

Struktuuritoetuse saaja on toetuse kasutamisest teavitamisel ning avalikustamisel järginud olulises osas kehtivaid õigusakte.

Kinnitame lõpparuande 30 leheküljel.

Auditi eest vastutav isik:

Indrek Alliksaar
Juhatuse liige
KPMG Baltics OÜ

Auditi juht:

Risto Viirg
Audiitor
KPMG Baltics OÜ

Tallinn, 06.12.2019. a