



Kontrollakt nr 12.2-4/9 29.11.2017 riigihangete teostamise kontrollimise kohta Aktsiaseltsis Kuressaare Soojus

Kontrollimise alus:	Rahandusministeeriumi 03.05.2017 kiri nr 12.2-4/03525
Kontrolliobjekti nimetus:	Aktsiaselts Kuressaare Soojus
Kontrolliobjekti registrikood:	10105549
Kontrolliobjekti juhtide nimed:	juhatuse liikmed Paul Leemet ja Jaan Mehik
Kontrollitav ajavahemik:	01.01.2016 – 31.12.2016
Kontrolli käigus andis selgitusi:	juhatuse liikmed Paul Leemet ja Jaan Mehik, insener Arvid Peel

1. Kontrollimise eesmärk ja ulatus

- 1.1. Kontrollimisele kuulus Aktsiaseltsis Kuressaare Soojus (edaspidi ka Hankija või AS Kuressaare Soojus) riigihangete läbiviimisel riigihangete seaduses (edaspidi RHS) sätestatud nõuetest kinnipidamine ajavahemikul 01.01.2016 – 31.12.2016.
- 1.2. Kontrollimise eesmärgiks oli muuhulgas tuvastada: kas Hankija on enne hanke- ja raamlepingute sõlmimist viinud läbi nõuetekohased riigihankemenetlused (lihthanked ja hankemenetlused); kas Hankija on riigihanke osadeks jaotamisel järginud riigihanke osadeks jaotamise korda (osadeks jaotatud riigihanke iga osa kohta hankelepingu sõlmimisel kohaldatakse kõigi osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimisele kohaldatavat korda); kas hankelepingute sõlmimine ja muutmine on toimunud nõuetekohaselt; kas hankija on järginud riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid.
- 1.3. Kontrollitaval ajavahemikul on Hankija alustanud riiklikus riigihangete registris (edaspidi ka eRHR) ja viinud läbi eRHR-is e-menetusena kolm (3) riigihanget: kaks avatud hankemenetlusega riigihanget, millest üks asjade riigihange (RH viitenumber 177906 "Soojustorustiku materjalide ost Talli ja Rehe tn soojustrassi jaoks") ja teine ehitustööde riigihange (RH 178849 viitenumber "Talli tänava soojustrassi ehitus") ning üks teenuste lihthange (RH viitenumber 179614 "Talli ja Rehe tänava soojustrasside ehituse omanikujärelevalve").
- 1.4. Seega kõik eRHR-is alustatud riigihanked olid korraldatud e-menetusena, millega RHS § 55 lg-st 7 tulenenud kohustuse saab lugeda täidetuks. RHS § 55 lg 7 kohaselt pidi hankija 2016. aastal võimaldama pakkumuste ja taotluste elektroonilist esitamist vähemalt 50% ulatuses hankija eelarveaastal planeeritavate riigihangete rahalisest mahust. Nõuded pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektroonilisele esitamisele ning elektrooniliselt esitatud pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste avamisele olid ette nähtud Vabariigi Valitsuse 06.05.2010 määruses nr 56 „Pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektroonilise esitamise ja elektroonilise oksjoni läbiviimise kord ning nõuded pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektroonilise esitamise ja elektroonilise oksjoni läbiviimise seadmetele“.

RHS § 55 lg-s 7 nimetatud kohustuse kehtestamisel [RT I, 31.12.2010, 2] oli seadusandja lähtunud eelkõige eesmärgist, et e-vahendite kasutamine riigihangetel võimaldab tõsta hankijate efektiivsust ja teadlikkust riigihangetest, kiirendada hankemenetlust ning parandada väikeettevõtete ligipääsu avalikele hangetele (vt. Seletuskiri riigihangete seaduse ja sellega seonduvate teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu [860 SE] teise lugemise juurde, lk 3). Rahandusministeerium on nõustamistegevuses selgitanud, et kuigi riigihangete all tuleb mõista kõiki hankija poolt ostetavaid asju ja tellitavaid teenuseid ning ehitustöid alates esimesest eurosendist (RHS § 2 lg 2), võib nõutud rahalise mahu täpne väljaselgitamine osutada praktikas keeruliseks ja protsenditäpsuse saavutamine ei ole ka eesmärk iseenesest. Hankijal oli võimalik lähtuda RHS § 55 lg-st 7 tuleneva kohustuse täitmisel vähemalt nendest riigihangetest, mis olid alustatud eRHR-is. Seega hankija üldjuhul ei eksinud, kui ta korraldas e-menetlusega riigihankeid vähemalt 50 protsendi ulatuses eRHR-is kajastatud riigihangete rahalisest mahust arvatuna. Rahandusministeerium juhib Hankija tähelepanu Riigikogus 14.06.2017 vastu võetud "Riigihangete seadusele" (edaspidi ka RHS u.r), mille § 45 lg-st 1 ja § 238 lg-st 3 tulenevalt peab alates 18.10.2018 kogu riigihankega seotud teabevahetus hankija ja ettevõtja vahel, sh. riigihanke alusdokumentide kättesaadavaks tegemine, pakkumuse, taotluse ja selgituste esitamine, toimuma üldjuhul elektrooniliselt. RHS u.r § 220 lg 1 sätestab, et (alates RHS u.r jõustumisest 01.09.2017) kuni 17.10.2018 peab hankija võimaldama riigihankega seotud teabevahetust hankija ja ettevõtja vahel, sh. hankedokumentide kättesaadavaks tegemist, taotluse, pakkumuse ja selgituste esitamist elektrooniliselt vähemalt 70% ulatuses registris alustatud riigihangete arvust.

- 1.5. 2016. aastal alustatud riigihangetes ei ole hankija suhtes vaidlustusi riigihangete vaidlustuskomisjonile esitatud. Samuti ei ole AS-i Kuressaare Soojus hanketegevusega seoses 2016. aastal Rahandusministeeriumile juhtumipõhise järelevalvemenetluse läbiviimiseks märgukirju esitatud.
- 1.6. Majandustehingute teostamisel, sh. maksumuselt riigihanke ja lihthanke piirmäärasid ületavate hankelepingute sõlmimisel, RHS-is sätestatud korrast kinnipidamist on kontrollitud AS Kuressaare Soojus 2016. aasta ostuarvete, raamatupidamisprogrammi väljavõtete, eRHR-is avaldatud andmete ning Hankija enda poolt edastatud dokumentide ja kontrollvisiidi käigus antud selgituste alusel.
- 1.7. Käesolevas kontrollaktis esitatud Hankija soetuste maksumused on märgitud ilma käibemaksuta.
- 1.8. Kontrollvisiit hankija juures toimus 08.09.2017.
- 1.9. Kontrollakti projekt edastati Hankijale tutvumiseks ja vastuväidete esitamiseks 27.11.2017. Hankija esitas omapoolse seisukoha kontrollakti projektile 29.11.2017, nõustades Rahandusministeeriumi tehtud märkuste, järelduste ja soovitusetega. Hankija selgitas, et kontrollakti projektis välja toodud eksimused ei olnud tahtlikud.

2. Riigihangete seaduses sätestatud korrast kinnipidamise kontrollimine

2.1. Hankijaks määratlemine

Kontrollitaval ajavahemikul (01.01.2016-31.12.2016) kehtinud RHS § 10 lg 1 p 6 sätestas, et käesolevas seaduses sätestatud korda on kohustatud järgima muu hulgas eraõiguslik juriidiline isik, mis vastab RHS § 10 lg-s 2 sätestatud tunnustele.

RHS § 10 lg 2 kohaselt on hankija RHS § 10 lg 1 p 6 tähenduses eraõiguslik juriidiline isik: (p.1) mis on asutatud eesmärgiga täita või mis täidab põhi- või kõrvaltegevusena ülesannet avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu, ja (p.2) mida põhiliselt rahastavad või mille juhtimis-, haldus- või järelevalveorgani liikmetest rohkem kui poole määravad või mille juhtimist muul viisil kontrollivad koos või eraldi RHS § 10 lg 1 p-des 1-5 või teised p-s 6 nimetatud isikud või mõne muu Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi vastavad isikud. Seega on RHS § 10 lg 2 p-des 1 ja 2 kumulatiivsetele tunnustele vastav äriühing avaliku sektori hankija ehk tavahankija RHS § 10 lg 1 tähenduses.

RHS § 10 lg 3 kohaselt tegutsemisel RHS §-des 83–89 nimetatud valdkondades on hankija RHS tähenduses ka: 1) isik, kellele on antud eri- või ainuõigus tegutseda §-des 83–89 nimetatud valdkondades; 2) äriühing, mille osa- või aktsiakapitalist rohkem kui poolt omavad või mille aktsiate või osadega esindatud häältest rohkem kui poolt valitsevad või mille juhatuse või nõukogu liikmetest rohkem kui poole määravad otseselt või kaudselt § 10 lg-s 1 nimetatud isikud või need isikud koos mõne muu Euroopa Liidu liikmesriigi vastavate isikutega.

Menetlusreeglite kohaldamine hankelepingu sõlmimisel sõltub hankija liigist ja vastav reeglistik on sätestatud RHS §-s 16. RHS § 16 lg 1 kohaselt tavahankija (RHS § 10 lg-s 1 nimetatud hankija) ei ole kohustatud RHS-is sätestatud korras hankemenetlust korraldama, kui hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on väiksem kui riigihanke piirmäär. RHS § 10 lg-s 1 nimetatud hankija peab kohaldama hankelepingu sõlmimisel 2. peatükis sätestatud korda, kui hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda. RHS § 16 lg 4 kohaselt võrgustikuhankija (RHS § 10 lg-s 3 nimetatud hankija) ei ole kohustatud RHS-is sätestatud korras hankemenetlust korraldama, kui hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on väiksem kui rahvusvaheline piirmäär. RHS § 10 lg-s 3 nimetatud hankija kohaldab 5. peatükis sätestatud korda, kui ta sõlmib hankelepingu, mille peamine eesmärk on seotud tema tegutsemisega §-des 83–89 nimetatud valdkondades ja hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda. RHS § 16 lg-st 3 tuleneb, et RHS § 10 lg-s 1 nimetatud hankija võib kohaldada hankelepingu sõlmimisel 2. peatükis sätestatud korra asemel 5. peatükis sätestatud korda, kui ta sõlmib hankelepingu, mille peamine eesmärk on seotud tema tegutsemisega §-des 83–89 nimetatud valdkondades ja hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda.

Hankija legaaldefiniitsiooni sätestav RHS § 10 põhineb Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivide 2004/18/EÜ (nn klassikalise/tavahankija direktiiv ehk ülddirektiiv) art 1 lg-1 9 ning 2004/17/EÜ (nn võrgustikuhankija direktiiv ehk sektoripõhine direktiiv) art 2 lg-tel 2 ja 3 (vt. Riigihangete seadus. Eelnõu. 816 SE. Seletuskiri. Euroopa Liidu õigusallikate ja Eesti seaduse eelnõu võrdlustabel). Riigikohus on osundanud, et RHS-i tõlgendamisel võib olla asjakohane arvestada hankedirektiivide regulatsiooniga isegi siis, kui hankelepingu eeldatav maksumus ei ületa riigihangete rahvusvahelist piirmäära ning sellest johtuvalt ei kuulu riigihangete direktiivide reguleerimisalasse (vt. RKHKo 16.11.2011, nr 3-3-1-65-11, p 35). Asjaolu, et riigihankedirektiivi järgmine ei ole allapoole rahvusvahelist piirmäära jäävate riigihangete korral (piiriülese mõju puudumisel) kohustuslik, ei takista direktiivi arvestamist direktiivil põhinevate RHS-i asjaomaste sätete tõlgendamisel (vt. RKHKo 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13, p 14). Euroopa Liidu esmasest õiguses sisalduvast liikmesriikide lojaalsuse põhimõttest juhindudes, samuti arvestades EL-i õiguse ülimuslikkuse põhimõttega (vt. EKo 15.07.1964, C-6/64, *Costa vs. ENEL*), kehtib EL-i ja siseriikliku õiguse vahekorras ka kooskõlalise tõlgendamise nõue (vt. RKPJKm 26.06.2008, nr 3-4-1-5-08, p-d 31-32).

Eesti siseriiklik õigus põhineb riigihanke subjektide määratlemisel riigihankedirektiividel 2004/18/EÜ ja 2004/17/EÜ. Seega ehkki vaadeldaval perioodil kehtinud RHS ei liigitanud hankijaid sõnaselgelt avaliku ja võrgustikusektori hankijateks, on riigihangetealase regulatsiooni süsteemseks käsitlemiseks asjakohane lähtuda järgnevast direktiivipõhisest liigitusest: (i) *avaliku sektori hankijad* (RHS § 10 lg-d 1-2; 2004/18/EÜ art 1 lg 9) ja (ii) *võrgustikuhankijad* (RHS § 10 lg-d 1-3; 2004/17/EÜ art 2). Vahetegu tavahankijal ja võrgustikuhankijal on direktiivides funktsionaalne ega lähtu kitsalt isiku õiguslikust vormist. Nii laieneb direktiivi mõttes tavahankijale võrgustikusektoris tegutsemisel võrgustikuhankija reeglistik. Direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduspunkti 20 kohaselt vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste ala ostjate sõlmitud ning vastavate valdkondade reguleerimisalasse kuuluvaid riiklikke lepinguid reguleeritakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiviga 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. Direktiivi 2004/18/EÜ art 12 sätestab, et käesolevat *direktiivi ei kohaldata hankelepingute suhtes, mis on sõlmitud direktiivi 2004/17/EÜ alusel ühe või mitme kõnealuse direktiivi art-tes 3-7 nimetatud tegevusalaga tegelevate ostjate poolt ja nende tegevuste sooritamiseks*. Euroopa Kohus on selgitanud, olukorras, kus isik vastab samaaegselt hankija definitiivsetele tunnustele nii võrgustikudirektiivi kui ka ülddirektiivi mõistes, sõltub kohaldatavate menetlusreeglite valik sõlmitava hankelepingu peamisest eesmärgist:

„*Hangete puhul, mida korraldab direktiivi 2004/17 või direktiivi 2004/18 tähenduses avalik-õiguslik isik ja mis puudutavad tegevusi, millega see ostja tegeleb ühes või mitmes direktiivi 2004/17 artiklis 3-7 nimetatud sektoreist, tuleb kohaldada selles direktiivis ette nähtud menethusi. Kõik ülejäänud hanked, mida see organisatsioon korraldab seoses muude tegevustega, kuuluvad direktiivis 2004/18 ette nähtud menethuste kohaldamisalasse.*“ (vt. EKo 10.04.2008, C-393/06, *Ing. Aigner*, p 59). Sarnaselt on tavahankija ja võrgustikuhankija reeglistiku omavahelise konkurentsi küsimuse lahendanud siseriiklikud kohtud. Kui isik vastab RHS § 10 lg-s 3 sätestatud klassikalise võrgustikuhankija tunnustele ning sõlmib hankelepingu seoses võrgustikusektoris tegutsemisega, tuleb selle isiku suhtes kohaldada võrgustikudirektiivi ning siseriiklikus õiguses lähtuda RHS § 10 lg-s 3 sätestatud hankija määratlusest. Üksnes juhul, kui selgub, et vaidlusalune leping ei kuulu võrgustikudirektiivi kohaldamisalasse (lepingut ei sõlmita võrgustikudirektiivis sätestatud tegevuste teostamiseks), tuleb täiendavalt analüüsida, kas tegemist võib olla tavahankijaga (RHS § 10 lg 1), kes peab lepingu sõlmimisel järgima ülddirektiivi reeglistikku (vt. RKHko 05.11.2012, nr 3-3-1-39-12, p 26). Riigikohus on seisukohal, et küsimus sellest, kas klassikalise võrgustikuhankija tunnustele vastav isik vastab samaaegselt ka tavahankija definitsioonile, aktualiseerub vaid siis, kui sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk ei ole seotud võrgustikuvaldkonnas tegutsemisega (vt. RKHko 28.10.2013, nr 3-3-1-43-13, p-d 14-16). Eelöeldust on Tallinna Ringkonnakohus järeldanud, et kui hankija vastab nii RHS § 10 lg-s 1 sätestatud tavahankija kui ka RHS § 10 lg-s 3 sätestatud võrgustikuhankija tunnustele, siis käsitletakse teda võrgustikega seotud eesmärgil toimivas (riigi)hankemenetluses üksnes RHS § 10 lg-le 3 vastava hankijana (vt. TlnRKo 17.01.2014, nr 3-13-2218, p 11).

Käesolevaga muudab Rahandusministeerium oma senist tõlgenduspraktikat ja nõustub eestikeelses erialakirjanduses (vt. Minumets, D.; Kulm, P. Riigihangete õigus. 2014, lk-d 133-135) toodud käsitlusega, et olukorras, kus isik vastab üheaegselt nii võrgustiku- kui tavahankija tunnustele, sõltub relevantne menetluskord sellest, kas hankeeseme peamine eesmärk on seotud hankija tegutsemisega võrgustikusektoris: (i) kui sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk on seotud tava- ja võrgustikusektori hankija tunnustele vastava hankija tegutsemisega võrgustikusektoris, tuleb hankelepingu sõlmimisel lähtuda võrgustikuhankija piirmääradest ja reeglitest (RHS § 16 lg-test 4-5); (ii) kui sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk ei ole seotud tava- ja võrgustikusektori hankija tunnustele vastava hankija tegutsemisega võrgustikusektoris, tuleb hankelepingu sõlmimisel lähtuda tavahankija piirmääradest ja reeglitest (RHS § 16 lg-test 1-2). Seega isikule, kes vastab samaaegselt RHS § 10 lg 1 ja RHS § 10 lg 3 tunnustele, menetlusreeglite valikul RHS § 16 lg 3 ei kohaldunud, kui sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk on seotud tegutsemisega võrgustikusektoris.

Järelevalve teostajale on ilmselge, et AS Kuressaare Soojus, osutades Kuressaare linnas kaugkütteteenust e. soojusenergia jaotamise teenust (RHS § 83), vastab RHS § 10 lg-s 3 sätestatud võrgustikuhankija definitsioonile (vt. ka Minumets, D., *op. cit.*, lk 44). Hankija on ennast ise samuti käsitlenud võrgustikuhankijana. Järgnevalt analüüsime, kas Hankija vastab lisaks RHS § 10 lg-le 3 ka tavahankija tunnustusele vastavalt RHS § 10 lg-le 1. Tavahankijaid saab liigitada järgmiselt: (i) avaliku võimu esindajad, RHS § 10 lg 1 p-d 1-3 (riik, omavalitsusüksus, nende asutused); (ii) avalikule õigusele allutatud eraõiguslikud juriidilised isikud, RHS § 10 lg 1 p-d 4-6, lg 2 – s.o eraõiguslikud juriidilised isikud, kes (ii.a) täidavad ülesandeid avalikes huvides; kellel (ii.b) ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu ning keda (ii.c) kontrollivad rahastamise või juhtimise kaudu teised hankijad. Avaliku sektori hankijate primaarne ühistunnus seisneb selles, et nad on hankijad tulenevalt oma suhtest avaliku võimuga ja peavad lähtuma riigihanke-reeglistikust kõigi hangete puhul, sõltumata konkreetse hankelepingu eesmärgist. Vastavalt RHS § 10 lg 1 p-le 6 on riigihangete seaduses sätestatud korda kohustatud järgima muu eraõiguslik juriidiline isik, mis vastab lg-s 2 sätestatud tunnustele. RHS § 10 lg 2 kohaselt on hankijaks eraõiguslik juriidiline isik, mis on (a) asutatud eesmärgiga täita või mis täidab põhi- või kõrvaltegevusena ülesannet avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu, ja mida (b) põhiliselt rahastavad või mille juhtimis-, haldus- või järelevalveorgani liikmetest rohkem kui poole määravad või mille juhtimist muul viisil kontrollivad koos või eraldi lg 1 p-des 1–5 või teised p-s 6 nimetatud isikud või mõne muu Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi vastavad isikud.

Direktiivi relevantsetl tõlgendades peavad RHS § 10 lg-s 2 nimetatud avalikule õigusele allutatud eraõiguslikest juriidilistest isikutest hankijad direktiivi 2004/18/EÜ art 1 lg 9 kohaselt vastama järgmistele kumulatiivsetele tunnustele: (1) tegemist on juriidilise isikuga, mis (2) on asutatud eesmärgiga täita või (alternatiiv 2.1) mis täidab põhi- või kõrvaltegevusena (alternatiiv 2.2) ülesannet avalikes huvides, millel (3) ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu, ning (4) mida kontrollivad rahastamise kaudu või muul viisil riik, kohalik omavalitsus või teised avalik-õiguslikud isikud. Nimetatud tunnustest ei tekita esimene ja viimane antud juhul vaidlusi, mistõttu on kohane keskenduda tunnustele „tegutsemine avalikes huvides“ ning „tööstusliku või ärilise iseloomu puudumine“. Kõigepealt vajab sisustamist määratlemata õigusmõiste „avalikes huvides tegutsev“. Põhi- või kõrvaltegevusena avalike ülesannete täitmise kohta on Euroopa Kohus märkinud, et kahtluse korral peab antud terminit tõlgendama laiendavalt. Antud seisukoht tuleneb Euroopa Liidu riigihangete regulatsiooni eesmärgist tagada võimalikult suurel määral Euroopa Ühisturu avatus: „Direktiivi eesmärk on tagada ettevõtjate asutamisevabadus ja teenuste osutamise vabadus seoses ehitustööde riigihankelepingutega“ (vt. EKo 20.09.1988, C-31/87). Avalikes huvides ülesannete täitmise kohta, millel puudub tööstuslik või äriline iseloom, on Euroopa Kohus märkinud, et üldjuhul on tegemist selliste vajadustega, mis rahuldatakse muul viisil kui vastavaid teenuseid või kaupu vabalt turult ostes ning mida riik pakub kas ise või mille pakkumise üle ta soovib kontrolli säilitada. Isegi olulise konkurentsi olemasolu iseenesest ei tähenda, et puuduvad üldised huvid, mis ei ole tööstusliku või ärilise iseloomuga (vt. EKo 27.02.2003, C-373/00). Avalikes huvides ülesannete täitmisele viitavate tunnustena on muu hulgas esile toodud järgmisi: (a) avalik võim, s.o riik või riigist alamalseisvad haldusekandjad, on kehtestanud täpsed reeglid kõnealuse teenuse osutamiseks või kaupade pakkumiseks; (b) riik on reserveerinud selliste teenuste või kaupade pakkumise õiguse vaid enda nimetatud isikutele; (c) riik hüvitab nimetatud kaupade või teenuste pakkumisega seonduvad kulud; (d) riigil on pädevus kehtestada kõnealuste teenuste ja kaupade hinnad. Avalike ülesannete täitmisega seoses tuleb tähelepanu pöörata ka sellele, et tähtis ei ole asjaolu, kui suure osa isiku tegevusest avalikes huvides ülesannete täitmine moodustab. Sellele viitab ka RHS § 10 lg 2 p 1 sõnastus, mille alusel piisab sellestki, kui tegevus avalikes huvides on isiku kõrvaltegevus. Seega, kui avalike ülesannete täitmine, millel puudub tööstuslik või äriline iseloom, moodustab kõigest 1% isiku tegevusest, on tegemist ikkagi tavahankijaga. Lisaks kehtib sellisel puhul kõigi avaliku sektori hankijate kohta sätestatud reegel, et tavahankija peab kõik oma lepingud sõlmima riigihangetega, olenemata sellest, kas iga konkreetne leping on seotud avalikes huvides ülesannete täitmisega või mitte.

Euroopa Kohus selgitas asjas nr C-44/96, et pole oluline, kas isikul on oma põhiülesande kõrval lubatud tegeleda muude tegevustega. Samuti pole oluline asjaolu, et üldiste huvidega seotud ülesande täitmine moodustab vaid suhteliselt väikese osa isiku tegevusest, s.t isik on avalikes huvides tegutsev ka siis, kui tegutsemine avalikes huvides moodustab väikseima osa tema tegevusest (vt. EKo 15.01.1998, C-44/96). Kohtuasja nr C-470/9 järgi on üldistes huvides tegutsemise nõue täidetud isegi siis, kui isik on avalikud kohustused võtnud endale alles pärast asutamist (vt. EKo 12.12.2002, C-470/99). Samuti on Euroopa Kohtu lahendist liidetud kohtuasjades nr C-223/99 ja nr C-260/99 näha, et avalikes huvides teenuste osutamist („needs in the general interest, not having an industrial or commercial character“) tõlgendatakse laiemalt, nii et see ei hõlma mitte ainult traditsioonilisi valitsusasutuste ülesandeid (vt. EKo 10.05.2001, C-223/99 ja C-260/99). Sätet, millega on määratletud, et „avalikes huvides tegutsev isik on mistahes isik, mis on asutatud üldistes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu“, tuleb tõlgendada nii, et ühenduse seadusandja eristas üldisi huvisid, millel ei ole tööstuslikku või ärilist iseloomu, ning tööstusliku või ärilise iseloomuga üldisi huvisid. Mõiste „üldised huvid, millel ei ole tööstusliku või ärilist iseloomu“ hõlmab ka ülesandeid, mida võib täita eraettevõtja. Konkurentsi olemasolust üksi ei piisa, et välistada võimalus, et riigi, piirkondliku omavalitsuse või teiste avalike huvides tegutsevate isikute kontrolli all olev või nende poolt rahastatav isik võib juhendada muudest kui majanduslikest kaalutlustest (vt. EKo 10.11.1998, C-360/96). Seega on tööstusliku või ärilise eesmärgi tuvastamisel Euroopa Kohus leidnud, et isiku õiguslikust vormist lähtuv tõlgendus hankijaks määratlemisel ei sobi ja lähtuda tuleb siiski tegevusest (funktsioonist). Tuleb uurida, kas osutatava teenuse puhul konkureerib kõnealune ettevõtja teiste ettevõtjatega vastaval kaubaturul või mitte.

Konkurents ei välista võimalust, et riik või omavalitsus võib pidada avalikes huvides vajalikuks teenuse osutamist isiku poolt, keda ta rahastab või kontrollib. Seega piisab sellest, et mingite avalikke huve teenivate ülesannete täitmisel konkurente ei ole. Ka pelgalt kasumi teenimise eesmärgist ei saa veel järeldada tööstuslikku ja ärilist iseloomu.

Näited tegevustest, mida Euroopa Kohus on pidanud tegutsemiseks avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku või ärilist iseloomu: (i) avaliku võimu esindajatest hankijate loodud trükikoja teenuseid osutav (samaaegselt ka vabal turul tegutsev) ettevõtja (C-44/96); (ii) ettevõtte, mille ülesandeks oli olmejäätmete käitlemine (C-360/96); (iii) matuseteenuse pakkuja (C-373/00); (iv) kinnisvaraarendusega tegelev ettevõtja, kelle ülesandeks oli kohaliku omavalitsuse territooriumil kontorihoonete rajamine eesmärgiga tekitada uusi töökohti ja parandada üldist majanduskliimat (C-237/99); (v) lisaks on Euroopa Kohus vaadelnud avalikule õigusele allutatud eraõiguslikust juriidilisest isikust hankijana ehk tavahankijana ülddirektiivi tähenduses kohaliku omavalitsuse omanduses olevat kaugküteteetvõtjat (C-393/06).

Kehtib eeldus, et üldistes huvides täidetavatel ülesannetel puudub tööstuslik või äriine iseloom. Siiski, seoses avalikes huvides ülesannetega on Euroopa Kohus märkinud, et eraõigusliku juriidilise isiku poolt avalikes huvides täidetavad ülesanded võivad samaaegselt olla tööstusliku või majandusliku iseloomuga, kui: (i) isik tegutseb tavapärasel turuolukorras (st teised isikud tegutsevad turul võrdsetel alustel kõnealuse isikuga); (ii) isiku tegevuse peamine eesmärk on kasumi teenimine; (iii) isik vastutab võimaliku kahjumi eest, mis võib tema majandustegevuse käigus tekkida. Viimatimetatud kriteeriumide täitmise tuvastamisel tuleb lähtuda tegelikust olukorrast, mitte pelgalt dokumentides formaalselt sätestatust. Nt. võib riigi poolt kontrollitava avalikes huvides ülesandeid täitva äriühingu põhikirjaline eesmärk olla kasumi teenimine, kuid tegelikkuses allub ta oma hindade osas riigi kehtestatud piirmäradele. Tavapärasel turuolukorras tegutsemisega seoses tuleb pöörata tähelepanu sellele, et eksisteeriks faktiline konkurents. Kui ettevõtte osutab küll teenust, mida formaalselt võiks osutada ka iga teine isik, ent on ette teada, et riik või omavalitsus tellib seda teenust vaid enda loodud äriühingult, siis on selge, et tavapärasest turuolukorrast rääkida ei saa ning selle äriühingu poolt avalikes huvides täidetavatel ülesannetel puudub tööstuslik või majanduslik (äriine) iseloom.

Järgnevalt hindame, kas Hankija vastab eelloetletud kriteeriumitele, tuginedes seejuures Euroopa Kohtu 10.04.2008 otsusele kohtuasjas nr C-393/06. Nimetatud kohtuotsuses leiti, et *Viini linna kaugküttega varustamiseks 1969. aastal loodud ettevõtet Fernwärme Wien tuleb pidada avalik-õiguslikuks isikuks, s.o tavahankijaks, ülddirektiivi 2004/18/EÜ tähenduses*. Euroopa Kohus on kohtuasjas nr C-237/99 toonud välja kolm kumulatiivset tingimust, mille üheaegsel esinemisel saab isikut pidada direktiivide mõistes „avalik-õiguslikuks isikuks“ (tavahankijaks – s.o avalikule õigusele allutatud eraõiguslikuks isikuks).

Nendeks tingimusteks, nagu eelnevalt märgitud, on: (1) isik on asutatud (või faktiliselt tegutseb) avalikes huvides ega tegele tööstuse või kaubandusega; (2) isik on juriidiline isik; (3) kontrollikriteerium (EKO 01.02.2001, nr C-237/99). Lähtudes ühenduse riigihankealaste direktiivide eesmärgist välistada muu hulgas võimalus, et riigi rahastatav või kontrolli all olev organisatsioon, kohalik omavalitsusüksused või teised avalik-õiguslikud asutused laseks ennast juhtida muudel kui majanduslikel kaalutlustel, tuleb mõistet „avalik-õiguslik isik“ tõlgendada laialt, st. alati funktsionaalselt (vt. EKO 13.12.2007, C-337/06), mistõttu mõiste „avalik-õiguslik“ ei ole sisustatav siseriikliku (nt TsÜS § 25 lg 2) õigusterminoloogia ja mõisteparaadi kaudu. Euroopa Kohtu praktikas on leitud, et kohalikele omavalitsusele kuuluv kaugküttega tegelev äriühing võib samaaegselt võrgustikuhankija staatusele olla ka tavahankijaks (EKO 10.04.2008, C-393/06, *Ing. Aigner*). Selle tuvastamiseks, kas äriühing tegeleb tööstuse või kaubandusega, tuleb arvesse võtta kõiki asjakohaseid faktilisi ja õiguslikke andmeid, eelkõige selgitada välja, kas kõnealune äriühing tegutseb avatud konkurentsi tingimustes (vt. EKO 22.05.2003, C 18/01, *Korhonen jt*, p-d 48-49 ja seal viidatud kohtupraktika).

Euroopa Kohus selgitas, et soojusküttesektor on märkimisväärselt sõltumatu, kuna kaugkütet on väga keeruline asendada muu energiaga, sest see nõuab olulisi ümberehitustöid ja võib mõjutada keskkonda.

Avaliku arvamuse, poliitilise ja ühiskondliku surve tõttu võib omanik, kelleks on kohalik omavalitsus, taluda ka kaugkütteettevõtja kahjumlikku tegevust. Kui äriühing on ainsaks ettevõtjaks, kes rahuldab asjaomasel kaubaturul üldistest huvidest tulenevaid vajadusi, võib ta lasta ennast hankelepingute sõlmimisel juhtida muudel kui majanduslikel kaalutlustel.

Arenenud konkurentsi puudumine annab tunnistust tõsiasjast, et tegemist on üldistest huvidest lähtuva vajadusega, mis ei ole olemuslikult seotud tööstuse või kaubandusega (vt. EKo 10.04.2008, C-393 /06, *Ing. Aigner*, p-d 44-46). Samuti ei ole tähtsust tõsiasjal, et lisaks oma üldistest huvidest tulenevale ülesandele tegeleb äriühing ka mingite muude kasumit taotlevate tegevustega. Tava-hankijaks määratlemise aspektist ei ole oluline, millist osa etendavad äriühingu tegevusalade kogumis tulundustegevused (vt. ka EKo 27.02.2003, C 373/00, *Adolf Truley*, p 56).

AS-i Kuressaare Soojus ainuaktsionäriks on Kuressaare linn (Kuressaare Linnavalitsuse kaudu). Kohaliku omavalitsuse korralduse seaduse (KOKS) § 35 lg-st 3 tulenevalt aktsiaseltsi, mille ainsaks aktsionäriks on vald või linn, asutamise, ühinemise, jagunemise ja ümberkujundamise ja lõpetamise otsustab ning põhikirja ja selle muudatused kinnitab kohaliku omavalitsuse volikogu. Aktsiaseltsi nõukogu liikmed nimetab, samuti muid aktsionäri õigusi teostab valla- või linnavalitsus. Seega on ühemõtteliselt selge, et AS-i Kuressaare Soojus puhul on RHS § 10 lg 2 p-s 2 sätestatud kontrolli-kriteerium täidetud. KOKS § 6 lg 1 kohaselt on kohaliku omavalitsusüksuse (KOV) ülesandeks korraldada antud vallas või linnas muu hulgas elamu- ja kommunaalmajandust. KOKS § 35 lg 1 sätestab, et vald või linn võib olla osanik või aktsionär äriühingus, samuti asutada sihtasutusi ja olla mittetulundusühingu liige, arvestades kohaliku omavalitsuse üksuse finantsjuhtimise seaduses (KOFs) esitatud tingimusi. Valla või linna eraõiguslikes isikutes osalemise ning kohaliku omavalitsuse üksuse finantsjuhtimise seaduse täitmise korraldamise tingimused ja korra kehtestab valla- või linnavolikogu. KOFs § 37 lg 1 kohaselt on KOV-il keelatud omandada aktsiaid, osi, muid omakapitaliinstrumente ja väärtpabereid, mida ei peeta likviidseteks varadeks vastavalt KOFs §-le 36, kui see ei ole vajalik KOKS § 6 lg-tes 1 ja 2 nimetatud või muudest seadustest tulenevate ülesannete täitmiseks. Seaduse seletuskirjas on selgitatud, et: "*Nimetatud säte lubab omavalitsusüksusel olla osanikuks või aktsionäriks omavalitsusüksuse arengu seisukohast olulises äriühingus*. Samas ei täpsustata, kuidas arengu seisukohast olulist äriühingut määratleda. Kuna KOKS § 3 p 7 kohaselt on kohaliku omavalitsuse üheks põhimõtteks osutada avalikke teenuseid soodsaimatel tingimustel, siis *on õigustatud osalemine ainult neis äriühingutes, mis täidavad KOKS §-s 6 nimetatud avalikke ülesandeid*. Eelnõu koostajad on seisukohal, et kindlasti ei saa pidada õigeks omavalitsuste osalemist näiteks kaubanduse või teenindusega seotud ärilistes ettevõtmistes, millega võetaks eelarve vahenditega selliseid ärriske, mis peaksid jääma erasektorisse, kes tegutseb valdkondades, kus toimib vaba turumajandus ja sellega seotud konkurents" (vt. Kohaliku omavalitsuse üksuse finantsjuhtimise seaduse eelnõu. 366 SE. Seletuskiri, lk 48).

Kuna AS Kuressaare Soojus on asutatud eesmärgiga täita ja AS Kuressaare Soojus täidab vähemalt kõrvaltegevusena ülesannet avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu, on täidetud ka RHS § 10 lg 1 p-s 1 nimetatud kriteerium. Nimelt on AS Kuressaare Soojus asutatud avalikes huvides osutamaks soojatööstustele (iseäranis elanikkonnale) kaugkütte teenust.¹ Nimetatul puudub tööstuslik või äriline iseloom RHS § 10 lg 2 p 1 tähenduses, sest soojuse müügil ja kaugkütte teenuse osutamisel ei tegutse AS Kuressaare Soojus vaba turu tingimustes, konkurents kaugkütte turul puudub ning seega saab AS Kuressaare Soojus tegutseda arvestataval määral sõltumatult konkurentidest, varustajatest ja ostjatest.

¹ AS Kuressaare Soojus veebilehel avaldatu kohaselt on AS Kuressaare Soojus munitsipaaltegevuse õigusjärglane. Ettevõtte põhitegevus on soojusenergia tootmine, edastamine ja müük. Alates oktoobrist 1996 on ettevõtte registreeritud Äriregistris aktsiaseltsina Kuressaare Soojus registrikoodi 10105549 all. Ettevõtte kuulub 100% Kuressaare linnale. vt. http://www.kuressaaresoojus.ee/?page_id=6 (29.11.2017).

AS-i Kuressaare Soojus asutamisel ei olnud esikohal kasumi teenimise huvid. Kuigi ei ole välistatud, et kaugkütteteenuse osutamisega võib kaasneda kasum, mida saab jaotada dividendidena äriühingu osanikele, ei ole kasumi teenimine AS-i Kuressaare Soojus peamine eemärk.

AS Kuressaare Soojus on vertikaalselt integreeritud soojusettevõtja, kes tegeleb soojuse tootmise, jaotamise ja müügiga. Hankija ei ole kontrollijale järelevalvemenetluses väitnud ja Rahandusministeeriumil puudub sellekohane teave, et kaugkütte teenuse osutamiseks vajalik võrk ja infrastruktuur oleksid antud AS-ile Kuressaare Soojus kõigile huvilistele avatud avaliku konkursi, avaliku võistupakkumise (enampakkumise) või riigihanke (kontsessiooni) tulemusel. Kaugkütteseadus (KKütS) § 4 lg 2 sätestab, et võrguettevõtjast soojusettevõtja on üldhuviteenuse osutaja majandustegevuse seadustiku üldosa seaduse tähenduses. Õigus määrata kaugküttepiirkond oma haldusterritooriumi piires on kohaliku omavalitsuse volikogul. KKütS § 8 lg 1 kohaselt peab tarbija ostma soojust võrguettevõtjalt, kelle võrguga tema valduses olev tarbijapalgaldis on ühendatud. KKütS § 8 lg-st 2 tulenevalt on võrguettevõtja kohustatud oma võrgupiirkonnas müüma kõigile võrguühendust omavatele tarbijatele soojust vastavalt võrgu tehnilistele võimalustele. Seejuures müüdava soojuse piirhind kooskõlastatakse Konkurentsiametiga (KKütS § 9). Soojusenergia tootja ja soojusenergia müüja kohustus hinnad kooskõlastada on kaugkütteseaduses sätestatud tarbijate õiguste tagamise huvides, s.o, et ettevõtja ei saaks kuritarvitada oma monopoolset seisundit (vt. RKHKo 03.11.2010, nr 3-3-1-27-10, p 11).

Lisaks eelöeldule on Kuressaare linna ja AS-i Kuressaare Soojus vahel 29.11.2012 sõlmitud haldusleping Kuressaare linna avaliku tänavavalgustusvõrgu haldamiseks. Kõnealuse halduslepinguga (vt. p. 2.1) on linn andnud ja aktsiaselts võtnud täitmiseks haldusülesande tagada Kuressaare linna tänavavalgustusüsteemi haldamine, majandamine ja tänavavalgustuse avaliku teenuse osutamine ühes kaasnevate tegevustega. Ka viimati nimetatud kõrvaltegevus on kantud ülekaalukast avalikust huvist, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu, mistõttu ainuüksi kõnealune kõrvalteenus on piisav, et kvalifitseerida AS Kuressaare Soojus (lisaks võrgustikusektori hankijaks olemisele) tavahankijaks RHS § 10 lg 1 p 6 ja lg 2 tähenduses.

Tuginedes eeltoodule saab väita, et: (i) Hankija ei tegutse tavapärasel turu- ja konkurentsiolekordas, omades kaugkütte vallas turgu valitsevat seisundit; (ii) Hankija peamiseks eesmärgiks on üldistes huvides kõigi Kuressaare linna tarbijate varustamine kaugküttega; (iii) Hankija põhitegevuses puudub tööstuslik/äriline iseloom või on äriline tegevus mitteärilike eesmärkide kõrval marginaalse osatähtsusega, sest kasumit taotlevad eesmärgid on taandunud avalike huvide ja avalike ülesannete ees; (iv) Hankija ei vastuta võimaliku majanduskahju eest nii, nagu seda teevad vabaturutingimustes tegutsevad eraettevõtjad, sest ülekaalukas avalik huvi prevaleerib majanduslike kaalutluste ees. Euroopa Kohus on öelnud, et isik on tavahankija ka siis, kui tema tegutsemine avalikes huvides moodustab väikseima osa tema tegevusest (vt. EKo 15.01.1998, C-44/96). Hinnates kõiki asjaolusid kogumis ja nende vastastikkuses seoses, võib asuda seisukohale, et AS Kuressaare Soojus vastab RHS § 10 lg 1 p-s 6 ja lg-s 2 sätestatud tavahankija tunnustele. Samaaegselt vastab AS Kuressaare Soojus ka RHS § 10 lg-s 3 sätestatud võrgustikuhankija tunnustele. Seega peamise eesmärgi kaudu võrgustikusektoris tegutsemisega seotud soetuste (asjade, teenuste ja ehitustööde) puhul peab AS Kuressaare Soojus lähtuma võrgustikuhankijale kehtestatud piirmääradest ja asjaomastest menetlusreeglitest (RHS § 16 lg-d 4-5), kõikide muude soetuste korral tuleb kohaldada tavahankija piirmäärasid ja reegleid (RHS § 16 lg-d 1-2).

2.2. Hankekord ja hankeplaan

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

2016. aastal reguleeris riigihangete korraldamist AS-is Kuressaare Soojus lisaks seadusele RHS § 13¹ alusel juhatause liikme 30.12.2011 käskkirjaga nr 1-4/8 kinnitatud "AS-i Kuressaare Soojus hankekord" (edaspidi hankekord), mis oli käesoleva kontrollakti koostamise ajal jätkuvalt kehtiv. Hankekorra punkti 1.2.1 järgi koostatakse riigihanke alase töö kavandamiseks igaks aastaks riigihangete hankeplaani koos üldise ajakavaga. Vastavalt hankekorrale kajastatakse hankeplaanis üksnes hankemenetlusega riigihanket. Hankeplaanis ei kajastata lihthankeid ja lihthankest väiksema eeldatava maksumusega hankeid. Seejuures on hankekorrast lähtutud eeldusest, et lihthanke korraldamise kohustus tekib AS-il Kuressaare Soojus alates RHS § 15 lg 1 p-s 2 sätestatud riigihanke piirmäärast (40 000 eurot asjade ostmisel ja teenuste tellimisel ning 250 000 eurot ehitustööde hankelepingu sõlmimisel). Hankekorrast ei ole arvestatud käesoleva kontrollakti punktis 2.1 selgitatuga – väljaspool võrgustikuvaldkonda tehtavate kõikide soetuste korral peab Hankija kohaldama tavahankija piirmäärasid ja reegleid (RHS § 16 lg-d 1-2). See tähendab, et võrgustikuväliste soetuste puhul (nt. Kuressaare linna avaliku tänavavalgustusvõrgu haldamisega seotud asjade ostmisel ning teenuste ja ehitustööde tellimisel) tulnuks Hankijal kontrollitaval perioodil korraldada hankemenetlus riigihanke piirmäärast alates ja lihthangete lihthanke piirmäärast alates. AS Kuressaare Soojus peaks oma hankekorda vastavalt täiendama.

Hankekorra punkti 1.2.4 kohaselt tulnuks riigihangete hankeplaani märkida muu hulgas: (p.2) hankelepingu eeldatav maksumus ja hankemenetluse liik; (p.3) hanke eest vastutav isik; (p.5) hankelepingu täitmise eest vastutav isik. Järelevalvemenetluses esitatud hankeplaani käsitleks üksnes välisrahastusega projekti 2014-2020.6.02.16-0121 "Kuressaare Soojuse soojustorustike renoveerimine" (01.09.2016-31.07.2018) raames tehtavaid oste (riigihanket). Nimetatud hankeplaani ei vasta hankekorra punkti 1.2.4 alapunktidele 2, 3 ja 5, kuna hankeplaanis puuduvad andmed hankemenetluse liigi kohta (lahter täitmata), hanke eest vastutava isiku kohta ja hankelepingu täitmise eest vastutava isiku kohta (sellekohased lahterid puuduvad). AS Kuressaare Soojus ei ole hankekorda ega hankeplaani oma veebilehel avaldanud.

Rahandusministeerium juhib hankija tähelepanu vajadusele koostada ja jõustada uus hankekord ning järgida edaspidi hankeplaani koostamisel hankekorrast ette nähtud nõudeid. 01.09.2017 jõustus RHS u.r (RT I, 01.07.2017, 1) § 9, mille lg 4 p-de 1-6 kohaselt hankekorrast sätestatakse muu hulgas: 1) riigihanke planeerimise, sealhulgas iga-aastase hankeplaani koostamise ja kinnitamise kord ning tähtpäev; 2) riigihanke eest vastutava isiku määramine, sealhulgas hankelepingu täitmise eest vastutava isiku määramine; 3) alla lihthanke piirmäära jäävate asjade ostmise ning teenuste ja ehitustööde tellimise kord; 4) vajaduse korral sotsiaal- ja eriteenuste, sealhulgas maksumusega alla sotsiaal- ja eriteenuste riigihanke piirmäära, tellimise kord, välja arvatud kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas; 5) vajaduse korral kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas lihtsustatud korras tellitavate teenuste, sh. maksumusega alla kaitse- ja julgeolekuvaldkonna lihtsustatud korras tellitavate teenuste piirmäära, tellimise kord; 6) meetmed huvide konflikti ennetamiseks, tuvastamiseks ja kõrvaldamiseks riigihankel, kui need meetmed ei ole kindlaks määratud muus organisatsioonisiseses töökorraldust käsitlevas dokumendis. RHS u.r § 9 lg 6 sätestab, et hankekord ja hankeplaani on avalikud. Hankija peab avaldama hankekorra ja iga-aastase hankeplaani oma veebilehel (RHS u.r § 9 lg-d 7-8).

Kuna vastavas osas ei erine RHS-i u.r seni kehtinud RHS-i regulatsioonist ning AS Kuressaare Soojus on jätkuvalt käsitletav samaaegselt nii avaliku sektori kui võrgustikusektori hankijana, tuleks uue hankekorra koostamisel Hankijal arvestada käesoleva kontrollakti punktis 2.1 toodud selgitustega. Kui hankelepingu peamine eesmärk ei ole seotud Hankija tegutsemisega võrgustikusektoris, peab Hankija kohaldama hankelepingu sõlmimisele avaliku sektori hankija piirmäärasid ja menetlusreegleid.

2.3. Kvalifitseerimistingimused

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

Kvalifitseerimise tingimuste sätestamise eesmärgiks on tagada, et hankemenetluses osalejad on võimelised hankelepinguga võetavaid kohustusi täitma (vrd. VAKO 30.10.2008, nr 134-08/108402, p. 3.3).

Riigikohus on selgitanud, et hankija poolt hankemenetluses kehtestataivate nõuete seas eristuvad selgelt hankelepingu esemele ning hankes osalevatele ettevõtjatele esitatavad nõuded. Pakkujaja majandusliku ja finantsseisundi ning tehnilise ja kutsealase pädevuse (RHS § 39 lg 1) hindamisega seoses on seadusandja RHS §-des 39-42 piiritletud, milliste andmete ja dokumentide esitamist võib hankija nõuda (vt. RKHKo 16.11.2011, nr 3-3-1-65-11, p 26). Eelöeldu tähendab, et pakkujaja kvalifikatsiooni kontrollimiseks ei saa hankija nõuda pakkujalt seaduses otsesõnu nimetatata dokumentide esitamist. Seega võib hankija seada hankes osalevate ettevõtjate ringile piiranguid vaid seaduses sätestatud juhtudel (vrd. EKo 06.12.2008, C-213/07, *Michaniki*, p-d 43-44).

RHS ei kirjuta hankijatele ette sisulisi kvalifitseerimistingimusi. RHS §-d 40-41 määratlevad, milliseid andmeid ning dokumente on hankijal üldse õigus pakkujatelt kvalifikatsiooni kontrollimiseks küsida. Sisuliste kvalifitseerimistingimuste sõnastamisel on hankijatele jätud avar kaalutlusruum, mille teostamisel tuleb järgida RHS § 39 lg 1 lauses 2 sätestatud (vastavus ja proportsionaalsus) ning riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid. Oluline, et hanketeates oleks sõnaselgelt ette nähtud, millise konkreetse dokumendiga soovib hankija kontrollida pakkujaja puhul sisulise kvalifitseerimistingimuse täitmist. Riigikohtu halduskolleegium on osundanud, et riigihanke läbipaistvuse (RHS § 3 p 2) põhimõttega oleks vastuolus see, kui pakkujaja peab sisulistest kvalifitseerimistingimustest asuma tuletama temalt nõutavaid dokumente ja andmeid (RKHKo 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13, p 38).

Kvalifitseerimise tingimuste sisu, maht ja ulatus on derivatiivses sõltuvuses RHS §-des 40 ja 41 toodud andmete ja dokumentide loetelust. Hankija ei saa seada kvalifitseerimistingimusi, mida ei ole RHS-is nimetatud dokumentide põhjal võimalik objektiivselt kontrollida või nõuda pakkujatelt esitada dokumente, mille põhjal on sisulise kvalifitseerimistingimuse täitmise kontrollimine võimatu. RHS § 18² lg 4 lubab hankijal lähtuda lihthankes kvalifitseerimistingimuste kehtestamisel RHS §-des 39-41 sätestatust.²

Ebaseaduslik käibenõue

Hankija on avatud hankemenetlusega riigihangetes nr 177906 "Soojustorustiku materjalide ost Talli ja Rehe tn soojustrassi jaoks" ja nr 178849 "Talli tänava soojustrassi ehitus" eksinud RHS § 40 lg 1 p 3 vastu. RHS § 40 lg 1 p 3 kohaselt võib hankija nõuda pakkujaja või taotlejaja majandusliku ja finantsseisundi kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kontrollimiseks andmeid pakkujaja või taotlejaja kogu majandustegevuse netokäibe kohta või netokäibe kohta hankelepinguga seotud valdkonnas või hankelepingu esemele vastavas osas nende olemasolu korral kuni viimase kolme majandusaasta jooksul.

Avatud hankemenetlusega asjade riigihankes "Soojustorustiku materjalide ost Talli ja Rehe tn soojustrassi jaoks" (viitenumber: 177906) kehtestas Hankija pakkujaja majanduslikule ja finantsseisundile kvalifitseerimise nõude, mille järgi "pakkujal peab olema eelisoleeritud torumaterjalide müügi käive vähemalt 100 000 euri iga viimase nelja aasta kohta. Esitada viimase nelja aasta kohta käibetõend" (vt. HT osa III p 2.2).

² Riigihangete vaidlustuskomisjon (VAKO) leidis 11.07.2013 otsuse nr 151-13/143733 p-s 8, et: „Põhimõtteliselt on lihthanke läbiviimisel võimalik see, et hankija pakkujate kvalifitseerimise tingimusi üldse ei kehtesta ja seega ka kvalifikatsiooni ei kontrolli. Kuid antud juhul on Hankija HT-s kvalifitseerimise tingimused kehtestanud ja sellest tulenevalt tuli Hankijal pakkujate kvalifikatsiooni kontrollimisel lähtuda RHS §-des 39-41 sätestatust.“ – arvutivõrgus kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee/register/hange/143733> (29.11.2017)

Avatud hankemenetlusega ehitustööde riigihankes "Talli tänava soojustrassi ehitus" (viitenumber: 178849) kehtestas Hankija pakkuja majanduslikule ja finantsseisundile kvalifitseerimise nõude, mille järgi "pakkujal peab olema välistorustike paigalduse käive vähemalt 100 tuhat euri keskmiselt viimase nelja aasta iga aasta kohta. Esitada vormil (Vorm II) loetelu välistorustike töödest viimase nelja aasta kohta" (vt. HT osa III p 2.2).

Hankija on vastava õigusliku aluseta kehtestanud hanketeates nelja-aastase käibenõude, mis on vastuolus RHS § 40 lg 1 p-s 3 sätestatuga ning võib olla potentsiaalsete pakkujate ringi õigusvastaselt piirav.

Ebaseaduslik referentsnõue

Hankija on avatud hankemenetlusega riigihankes nr 177906 "Soojustorustiku materjalide ost Talli ja Rehe tn soojustrassi jaoks" eksinud RHS § 41 lg 1 p 2 vastu. RHS § 41 lg 1 p 2 kohaselt võib hankija nõuda pakkuja või taotleja tehnilise ja kutsealase pädevuse kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kontrollimiseks olulisemate, kuni viimase kolme aasta jooksul täidetud hankija poolt määratletud tunnustele vastavate asjade müügi või teenuste osutamise lepingute, sealhulgas otstarbekuse ja olemasolu korral asjade või teenuste hankelepingute nimekirja koos nende maksumuse, sõlmimise kuupäevade ja infoga teiste lepingupoolte kohta.

Avatud hankemenetlusega asjade riigihankes "Soojustorustiku materjalide ost Talli ja Rehe tn soojustrassi jaoks" (viitenumber: 177906) kehtestas Hankija pakkuja tehnilisele ja kutsealasele pädevusele kvalifitseerimise nõude, mille järgi "pakkuja peab olema osalenud ja tunnustatud edukaks vähemalt 5 sarnasel tarnel (sarnased on tarded, mis sisaldavad välistorustike materjalide tarneid vähemalt 200 jm ulatuses) viimase 4 aasta jooksul" (vt. HT osa III p 2.3.1).

Kuni viimase viie aasta referentsandmeid võib nõuda ja seega viimase viie aasta referentsnõudeid võib kehtestada ehitustööde hankelepingu korral (RHS § 41 lg 1 p 1), kuid asjade ja teenuste riigihankes on referentsnõude tähtaeg piiratud viimase kolme aastaga.

Samamoodi on mitmetimõistetav ja jääb arusaamatuks hanketeate sõnastus "tunnustatud edukaks sarnasel tarnel". Kontrollvisiidi käigus selgitati Hankijale, et RHS § 39 lg 5 sätestab, et hankija ei või jätta pakkujat või taotlejat kvalifitseerimata põhjusel, et tal puuduvad varasemad hankelepingud RHS § 4 tähenduses. Kvalifitseerimise tingimused, nagu ka muud hankija otsused ja toimingud riigihankes, ei tohi olla meelevaldsed. Lisaks riigihankeõigusest tulenevatele piirangutele on hankija (ka) riigihangete korraldamisel seotud õiguse üldpõhimõtete ja hea halduse põhimõttega (vt. RKHKo 15.03.2006, nr 3-3-1-5-06, p 15). RHS § 39 lg 5, koosmõjus sama paragrahvi lg-ga 1, keelab jätta kvalifitseerimata pakkuja või taotleja, kellel on kvalifitseerimise tingimustele vastav kogemus, kuid see kogemus ei ole saadud riigihangete tulemusel sõlmitud lepingute e. hankelepingute täitmisel (vt. VAKO 15.04.2014, nr 67-14/150347, p 9).

Kvalifitseerimata jätmise v. hankemenetlusest kõrvaldamine

Hankija on avatud hankemenetlusega riigihankes nr 177906 "Soojustorustiku materjalide ost Talli ja Rehe tn soojustrassi jaoks" jätnud Isoplus Fjernvarmeteknik A/S-i kvalifitseerimata põhjusel, et pakkuja ei olnud esitanud hankemenetluse algamise kuupäeva seisuga (kohalike) maksuvõlgade puudumist tõendavat dokumenti. Nimetatud kvalifitseerimata jätmise otsus ei ole korrektne. Pakkuja võis küll kuuluda hankemenetlusest kõrvaldamisele, kuid hankemenetlusest kõrvaldamist ei saanud samastada kvalifitseerimata jätmisega. RHS § 38 lg 2 p 2 näeb ette, et hankija võib kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja või taotleja, kes on jätnud hankija poolt pakkuja või taotleja hankemenetluses kõrvaldamise aluste puudumise kohta nõutud andmed või dokumendid esitamata, kui need andmed või dokumendid ei ole hankijale oluliste kulutusteta andmekogus olevate avalike andmete põhjal kättesaadavad. Andmed pakkuja kohalike maksuvõlgade kohta hankemenetluse algamise kuupäeva seisuga ei pruugi olla hankijale andmekogus olevate (avalike) andmete põhjal kättesaadav. Kõrvaldatud pakkuja edasises hankemenetluses ei osale. RHS § 38 lg 7 järgi pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamisel käesolevas paragrahvis sätestatud alustel teeb hankija sellekohase põhjendatud kirjaliku otsuse.

2.4. Vastuolud riigihanke alusdokumentides ning hankelepingu sõlmimisel kõrvalekaldumine hanketeates kehtestatud tingimustest

17.10.2016 avaldas Hankija eRHR-is hanketeate (HT), millega alustas avatud hankemenetlust riigihankes "Soojustorustiku materjalide ost Talli ja Rehe tn soojustrassi jaoks" (RH viitenumber 177906). Pakkumuste esitamise tähtpäevaks oli määratud 02.11.2016 (vt. HT osa IV p. 3.4). Hanketeates (HT osa II p. 3) määratles Hankija hankelepingu kestuse kuupäevaliselt ("Kavandataav alguskuupäev: 03.11.2016"; "Kavandataav lõppkuupäev: 21.12.2016") ning see erines HD koosseisus esitatud HL-i projektis sätestatust (HL-i projekt, p. 2.2. "Lepinguperiood on alates lepingu sõlmimisest kuni 31.03.2017.a."). Riigihanke aruande kohaselt on hankeleping sõlmitud 24.11.2016 lepingu täitmise tähtpäevaga 31.03.2017. Seega olid HD tingimused HT-ga vastuolus ning kuigi HL sõlmiti kooskõlas HD-ga, hälbis Hankija hankelepingu sõlmimisel HT-s märgitust. Kirjeldatud vastuolud hanke alusdokumentides ei ole riigihanke üldpõhimõtetega (RHS § 3 p-d 2-3) kooskõlas.

Avatud hankemenetlus on üheetapiline hankemenetlus, mis algab hanketeate avaldamisega eRHR-is (RHS § 29 lg 2) ja mille korral võib pakkumuse esitada iga huvitatud isik (RHS § 25 lg 1). Avatud hankemenetluses koostatakse hankedokumentid enne hankemenetluse alustamist (RHS § 31 lg 1). Hanke alusdokumentides peavad sisalduma kõik tulevase hankelepingu tingimused või hankelepingu projekt (RHS § 31 lg 2 p 3). RHS § 31 lg-st 2 tulenevalt ei korrata hankedokumentides teavet, mis on hanketeates juba esitatud. Hankedokumentis ja selle osaks olevas hankelepingu projektis peavad sisalduma ainult need lepingutingimused, mida ei ole hanketeates eraldi välja toodud (vt. RHS § 31 lg 2 p 3).

Seega ennetamaks võimalikke vastuolusid on seadusandja ette näinud, et hankedokumentides ei korrataks hanketeates juba märgitud: hankedokumentides esitatakse ainult see osa tulevase hankelepingu tingimustest, mida ei ole hanketeates eraldi nimetatud.

Ent kui hankija on siiski reguleerinud ühtesid ja samasid küsimusi (nt. garantiiperiood, hankelepingu kestus vms) nii hanketeates kui ka -dokumentides, sh. tulevase hankelepingu projektis, ei tohi need olla teineteisele vasturääkivad. Vastuolud hanke alusdokumentides võivad eksitada riigihankes osalemisest huvitatud isikuid (s.o potentsiaalseid pakkujaid), mistõttu esineb oht, et erinevad pakkujad tõlgendavad hanketingimusi erinevalt ning vastuoludest tingitud väärtõlgendus ja vääritimõistmine võib mõjutada nii pakkumuste maksumusi kui ka pakkujate arvu. Näiteks võib mõni ettevõtja loobuda pakkumuse esitamisest pelgalt sel põhjusel, et hankija on viinud ta vastuolulise hankelepingu täitmise tähtajaga eksitusse ja ettevõtja ei saa pakkumust esitada, sest tema poolt (eksklikult) arvatud hankelepingu täitmise ajal on ta hõivatud muude töödega.

Tulevase hankelepingu tingimuseks on kahtlemata ka hankelepingu esemeks olevate ehitustööde alustamise ning lõpetamise tähtpäevad, kui hankija on sidunud hankelepingu kestuse riigihanke alusdokumentides nimetatud kindlate kuupäevadega. Hankija ei pea siduma hankelepingu kestust (hankelepingu täitmise tähtaega) kindlate kuupäevadega, vaid võib piirduda aastates, kuudes, nädalates või ka päevades määratletud tähtajaga, mida hakatakse lugema hankelepingu sõlmimisest arvates. Siiski, kui hankija on lepingu täitmise tähtaja määratlenud kuupäevaliselt, on hankija nimetatud kuupäevadega seotud. Hanketeates märgitud hankelepingu täitmise kuupäevad (tähtpäevad) ei ole kindlasti tähtsusetud formaalsused, sest nimetatud tähtpäevad võivad mõjutada mõnda riigihankes osalemisest potentsiaalselt huvitatud isikut pakkumuse esitamisest hoiduma või sellest loobuma, samuti mõjutada tegema pakkumust teistsuguse hinnaga (nt. arvestades lepingu mittetähtaegse täitmisega kaasneva võimaliku leppetrahvikohustusega). Eelõeldu tähendab, et juhul, kui hanketeates toodud lepingu täitmise tähtpäevad oleksid kattunud hankelepingu tegeliku täitmise kuupäevadega, võinuks pakkujate ring ja/või laekunud pakkumuste maksumus ja sellest johtuvalt ka riigihanke tulemus olla hoopis teistsugune. Vähemalt ei saa sellist võimalust tagantjärele tõsikindlalt välistada.

Hankemenetluses on täpselt kindlaksmääratud ning formaliseeritud menetlusreeglitel ja hanketingimustel oluline roll pakkujate võrdse kohtlemise eesmärgi (RHS § 3 p 3) tagamisel.

Sellest tulenevalt peab pakkujatele muu hulgas olema üheselt selge, milline on tulevase hankelepingu täitmise tähtaeg (vrd. RKHKo 10.05.2007, nr 3-3-1-100-06, p 14). Ebapiisavalt koostatud riigihanke alusdokumendi eest vastutab hankija (vt. RKHKo 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13, p 39).

Vastuolud riigihanke alusdokumentides on ühemõtteliselt lubamatud. Selline väärapraktika on vastuolus RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtetega, ennekõike riigihanke läbipaistvuse ja riigihanke kontrollitavuse nõudega (RHS § 3 p 2), seades ühtlasi ohtu pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise (RHS § 3 p 3). Hankeprotsessis on juhtiv roll hankijal. Seetõttu vastutab eksitavalt vastuoluliste hanketingimuste, sh. hankelepingu täitmise tähtaja, eest hankija ning pakkuja hoolsuskohustus ja võimalus küsida hankijalt selgitusi ei muuda hankija riisikot olematuks. Hanketeates märgitud lepingu täitmise kestus, sh. algus- ja lõpukuupäev, ei tohi olla huvitatud isikuid eksitav, sest see võib mõjutada ettevõtjaid riigihankes osalemisest ka loobuma.

Riigikohtu halduskolleegium on samuti rõhutanud hanketeates märgitu olulisust ning hanketeate ja -dokumentide võimalike kollisioonide korral eeldanud hanketeatest lähtumist: „Läbi hanketeate aidatakse tagada hankemenetluse läbipaistvus ja pakkujate võrdne kohtlemine, kuna pakkujatele on juba ilma (mahuka) hankedokumentatsiooniga tutvumata teada, mida hankija nõuab nii pakkujat puudutava kvalifikatsiooni kui ka hankelepingu eseme osas“ (vt. RKHKo 22.02.2012, nr 3-3-1-2-12, p 15.3). Eelöeldu näitab, et RHS-ist tuleneb riigihanke alusdokumentidele selge prioriteetsusjärjekord, mille kohaselt hankedokumendid peavad olema kooskõlas hanketeatega.

Rahandusministeeriumi hinnangul rikkus Hankija, hanketeatest erinevatel tingimustel hankelepingut sõlmides, riigihangete seadust. RHS § 4 lg 2 sätestab, et hankija võib sõlmida hankelepingu üksnes riigihangete seaduses sätestatud tingimustel ning korras. Kohtupraktikas on täheldatud, et erinevalt sõlmitud hankelepingu muutmisest erandlikel asjaoludel (RHS § 69 lg-d 3-4) ei näe riigihangete seadus ette võimalust, et hankija saaks enne hankelepingu sõlmimist muuta hanke alusdokumente või nende lahutamatuks osaks olevat hankelepingu projekti (vt. RKKKo 10.10.2014, nr 3-1-1-46-14, p 11.1). Enamgi veel, RHS § 58 lg 3 järgi on avatud hankemenetluses hankijal keelatud pidada läbirääkimisi, mistõttu hankelepingu (projekti) kavandatud tingimused ei tohi pärast pakkumuste esitamist ja enne hankelepingu sõlmimist muutuda. RHS § 36 lg 1 võimaldab hanke alusdokumente, sh. hanketeadet ja -dokumente, muuta üksnes enne pakkumuste esitamiste tähtpäeva.

Seega juhul, kui hankelepingu sõlmimine hanketeates sisaldunud tingimustel muutub hankija jaoks objektiivsetel põhjustel vastuvõetamatuks, on ainus alternatiiv hanketingimuste õigusvastasele muutmisele hankija enda algatusel hankemenetluse kehtetuks tunnistamine RHS § 29 lg 3 p 6 alt 3 alusel (nt. TrtRKO 21.06.2010, nr 3-09-1297, p-d 12-14; VAKO 23.08.2013 otsus nr 193-13/139462, lk-d 6 ja 7). Seadusandja on siin lähtunud sellest, et hankeleping tuleb igal juhul sõlmida kooskõlas hanke alusdokumentidega või jätta üldse sõlmimata. Hanke alusdokumentidest erineva sisuga lepingu sõlmimine ei ole ühelgi põhjusel seaduslik, sest hankelepingu sõlmimise kohta ei ole RHS § 69 lg-ga 3 analoogset regulatsiooni, mis lubaks teatud erandlikel juhtudel sõlmida hankelepingu hanke alusdokumentidest hälbiva sisuga (vt. RKKKo 10.10.2014, nr 3-1-1-46-14, p 11.3).

Juhul, kui hankija soovib säilitada võimaluse pärast eduka pakkumuse väljaselgitamist riigihanke tingimusi muuta, tuleb selline võimalus koos vastavate detailsete reeglitega riigihanke alusdokumentides selgesõnaliselt ette näha (vt. RKHKo 12.10.2011, nr 3-3-1-31-11, p-d 16 ja 21). Riigikohtu käsitus tugineb Euroopa Kohtu otsusele asjas nr C-496/99, mille kohaselt, kui hankija soovib mingil põhjusel pärast eduka pakkumuse väljavalimist mõningaid hanketeate tingimusi muuta, peab ta selle olema juba hanketeates sõnaselgelt sätestanud. Lisaks sellele peavad hanketeates sisalduma üksikasjalikud reeglid hankelepingu (projekti) muutmiseks, mis annab kõikidele pakkujatele kindla õigusliku raamistiku, millega nad peavad arvestama oma pakkumuste esitamisel. Nimetatud nõue on vajalik kõikide potentsiaalsete pakkujate võrdseks kohtlemiseks.

Vastasel korral rikutaks nii võrdse kohtlemise kui ka läbipaistvuse põhimõtet ning riigihanke objektiivsus ei oleks enam tagatud (vt. EKo 29.04.2004, C-496/99, komisjon vs. CAS Succhi di Frutta SpA, p-d 118 ja 121).

Nõustudes ühtlasi ka Riigikohtu kriminaalkolleegiumi tõlgendusega, et hankeleping tuleb igal juhul sõlmida kooskõlas hankedokumentidega või jätta üldse sõlmimata, sest hankelepingu sõlmimise kohta ei ole RHS § 69 lg-ga 3 analoogset regulatsiooni, mis lubaks teatud erandjuhtudel sõlmida hankelepingu hankedokumentidest hälbiva sisuga (vt. RKKKo 10.10. 2014, nr 3-1-1-46-14, p 11.3), väljendab Rahandusministeerium seisukohta, et kui hankija on näinud juba hanketeates ja -dokumentides ette detailse regulatsiooni juhuks, kui hankelepingut ei õnnestu sõlmida hanketeates märgitud kuupäevaks, ei ole hankelepingu sõlmimine märgitust hilisemal kuupäeval vaadeldav hankelepingu sõlmimisena hanke alusdokumentides sätestatust erinevatel tingimustel. Seda põhjusel, et sellisel juhul oleksid hankelepingu sõlmimise ja täitmise tähtpäevad kooskõlas hanke alusdokumentides ette nähtud tingimustega (nt. oleks hankija riigihanke alusdokumentides näinud ette tingimuse, mille kohaselt hankelepingu sõlmimise viibimisel lükkuvad lepingu sõlmimise ning täitmise kuupäevad vastava arvu päevade võrra edasi, muutmata lepingu täitmiseks ettenähtud tähtaega ehk lepingu täitmise ajalist kestust).

Ülalnimetatud riigihanke alusdokumentides puudus detailne regulatsioon, mis oleks hankelepingu sõlmimisel võimaldanud Hankijal hanketeates märgitust kõrvale kalduda. Seega, hanketeatest erineva sisuga hankelepingut sõlmides, rikkus Hankija seaduses sätestatud riigihangete teostamise nõudeid. Hoolimata teo toimepanemise ajal kehtinud seaduse järgi nõutud väärtetunnuste puudumisest (RHS § 111³ lg 1 kohaselt oli karistatav üksnes hankedokumentides, ent mitte hanketeates, sätestatust erinevatel tingimustel hankelepingu sõlmimine), ei olnud õiguspärane Hankija tegevus, mis seisnes hanketeates sätestatust erinevatel tingimustel hankelepingu sõlmimises.

Hankija peaks edaspidi hoiduma, esiteks, vastuoludest riigihanke alusdokumentides, ja teiseks jälgima, et hankelepingud sõlmitaks üksnes riigihanke alusdokumentides, eelkõige hanketeates, ette nähtud tingimustel. Alates 01.09.2017 kehtiva RHS u.r § 214 lg 1 järgi on riigihanke alusdokumentides sätestatust erinevatel tingimustel hanke- või raamlepingu sõlmimine karistatav väärtetona. Sama teo eest, kui selle on toime pannud (alates 01.09.2017) juriidiline isik, – karistatakse rahatrahviga kuni 32 000 eurot.

2.5. Pakkumuste avamine peab toimuma hanke alusdokumentidega määratud ajal

RHS § 31 lg 2 p 14 kohaselt peab hankedokumentides sisalduma pakkumuste avamise täpne koht ja aeg, kui RHS-is ei ole sätestatud teisiti või vastav teave ei ole nimetatud hanketeates. Vastavalt RHS § 46 lg-le 1 avab hankija pakkumused hanketeates, hankedokumentides või pakkumuse esitamise ettepanekus näidatud ajal ja kohas. E-menetlusena läbiviidatavate riigihangete osas ei sätesta RHS erisusi seoses pakkumuste avamise tähtpäeva määramise ja sellest kinnipidamise kohustusega. Seega ka e-menetluse korral peab pakkumuste avamine toimuma hanke alusdokumentidega määratud ajal.

Rahandusministeerium on nõustamisfunktsiooni täitmisel selgitanud, et pakkumuste avamise aeg on hankija enda otsustada ja hanketeates või hankedokumentides sätestada – seda ka e-menetlusena korraldatavas riigihankes. E-riigihangete keskkond on arendatud selliselt, et oleks võimalik pakkumuste avamise protseduuri mugavalt korraldada läbi e-keskkonna. RHS § 46 lg 4 alusel peab hankija võimaldama pakkuja(te)l või nende volitatud esindajatel viibida pakkumuste avamise juures. Seaduses ei ole pakkujate avamise juures viibimise osas ette nähtud erisusi, mistõttu ka e-hankes peab pakkujatel või nende esindajatel soovi korral olema võimalik avamise juures viibida ning seega peab hanke alusdokumendis olema täpsustatud nii pakkumuste avamise aeg kui ka koht.

Kuigi hankija ei ole kohustatud lihthanke korraldamisel lähtuma RHS § 31 lg-st 2 ja §-st 46, on hankija RHS § 3 p-des 2-3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest tulenevalt kohustatud järgima enda poolt kehtestatud tingimusi ka lihthankes (RHS § 18²), lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihankes (RHS § 19) ja alla lihthanke piirmäära jäävas riigihankes.

Vastuspidiisel juhul ei oleks tagatud riigihanke läbipaistvus ja kontrollitavus ning seataks ohtu isikute võrdne kohtlemine. Seega peab hankija alati olema seotud enda poolt kehtestatud riigihanke alusdokumentidega – kui hankija eirab iseenda kehtestatud korda, võidakse sellega ühtlasi rikkuda riigihanke aluspõhimõtteid, nt. riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse ning riigihankes osalevate või osalemisest huvitatud isikute võrdse kohtlemise nõudeid, aga ka hea halduse tava.³

Rahandusministeerium tuvastas järelevalvemenetluse käigus, et lihthankes "Talli ja Rehe tänava soojustrasside ehituse omanikujärelevalve" (RH viitenumbri 179614) ei ole pakkumuste avamine toimunud Hankija poolt lihthanke teates määratud ajal. Pakkumused on avatud lihthanke teates märgitust mitu tundi hiljem.

Lihthanke teate kohaselt oli Hankija kohustatud avama pakkumused 02.12.2016 kell 10:00 (vt. LHT osa IV p. 3.7). eRHR-ist („hanke süsteemsed teavitused“) nähtub, et pakkumuste avamine toimus alles kell 13:05. Kuigi hankija ei ole kohustatud lihthanke korraldamisel lähtuma RHS §-st 46, on hankija RHS § 3 p-des 2-3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest tulenevalt kohustatud järgima enda poolt kehtestatud tingimusi ka lihthankes (RHS § 18²). Antud juhul ei ole hankija LHT osa IV p-s 3.7 kehtestatud pakkumuste avamise aega järginud.

2.6. Riigihanke aruanne ja aruande lisa

RHS § 37 lg 1 kohaselt esitab hankija registrile 20 päeva jooksul pärast hankemenetluse lõppemist registri veebilehe kaudu riigihanke aruande. Hankemenetluse lõppemise alused on loetletud ammendavalt RHS § 29 lg 3 p-des 1–7. RHS § 29 lg 4 kohaselt riigihanke ühe hankemenetluse raames osadeks jagamisel lõpeb hankemenetlus pärast iga osa suhtes mõne lg-s 3 sätestatud aluse esinemist või juhul, kui lg 3 punktis 6 nimetatud otsus hankemenetluse kehtetuks tunnistamiseks tehakse kogu hankemenetluse kohta. Hankija esitab registrile riigihanke aruande 20 päeva jooksul pärast hankelepingu sõlmimist ka juhul, kui hankelepingu maksumus ilma käibemaksuta ületab 10 000 eurot asjade või teenuste puhul või 30 000 eurot ehitustööde puhul (RHS § 37 lg 2). RHS § 37 lg 4 paneb hankijale kohustuse esitada registrile 20 päeva jooksul pärast hankelepingu või raamlepingu lõppemist riigihanke aruande lisa. Kui hankija on jaganud riigihanke ühe hankemenetluse raames osadeks, esitab ta riigihanke aruande 45 päeva jooksul pärast mõne osa suhtes hankelepingu sõlmimist, kui selleks hetkeks ei ole kõigi osade suhtes esinenud mõni RHS § 29 lg-s 3 sätestatud hankemenetluse lõppemise alustest. Ülejäänud osade kohta esitab hankija eraldi riigihanke aruande 45 päeva jooksul pärast mõne § 29 lg-s 3 sätestatud hankemenetluse lõppemise aluse esinemist nendest osadest mõne suhtes. Aruandluskohutus laieneb ka liht-hangetele (RHS § 18² lg 9) ning lihtsustatud korras tellitavatele teenustele maksumusega üle 40 000 euro (RHS § 19 lg 6).

Riigihanke aruanne oli esitatud hilinemisega järgmiste riigihangete puhul: RH 177906 "Soojustorustiku materjalide ost Talli ja Rehe tn soojustrassi jaoks" (Hankeleping sõlmiti 24.11.2016, kuid riigihanke aruanne on esitatud alles 20.01.2017); RH 178849 "Talli tänava soojustrassi ehitus" (Hankeleping sõlmiti 29.12.2017, kuid riigihanke aruanne on esitatud alles 20.01.2017).

³ Hankemenetlus toimub RHS-is määratud avalik-õiguslike toimingute kaudu (RKHKm 20.12.1999, nr 3-3-1-48-99, p 3; RKHKm 06.02.2001, nr 3-3-1-69-00, p 1; RKHKm 15.11.2010, 3-3-1-57-10, p 22). Kuigi hankemenetlus ise ei ole küll haldusmenetlus HMS § 2 lg 1 tähenduses ning riigihangetele HMS-is ette nähtud regulatsioon üldiselt ei laiene, on hankija riigihangete korraldamisel seotud õiguse üldpõhimõtete ja hea halduse põhimõttega (RKHKo 15.03.2006, nr 3-3-1-5-06, p 15), millest omakorda võib järeldada, et õiguse- ja haldusmenetluse üldpõhimõtete üldine kasutamise kohustus valitseb ka riigihankemenetluses. Seega võivad isikute õigused olla rikutud riigihankemenetluses õiguse üldpõhimõtete ja hea halduse tava mittejärgimise tõttu. Riigihanke üldpõhimõtted kehtivad igas riigihankes, olles universaalsed. Ükski hankija saa olla oma kaalutlustes absoluutselt vaba (meelevaldne), vaid peab alati arvestama ja kaaluma huvitatud isikute õiguspäraseid huve.

Riigihanke aruande lisa oli esitatud hilinemisega järgmiste riigihangete puhul: RH 177906 "Soojustorustiku materjalide ost Talli ja Rehe tn soojustrassi jaoks" (Hankeleping lõppes 03.03.2017, kuid aruande lisa esitati registrile alles 10.04.2017).

Rahandusministeerium palub Hankijal olla edaspidi registrile asjaomaste teadete esitamisega hoolsam. Seda enam, et 01.09.2017 jõustunud RHS u.r §-st 83 tulenevalt on hankemenetluse ja hankelepingu lõppemisest teavitamise tähtaega pikendatud 30 kalendripäevani.

2.7. Riigihanke õigusvastane osadeks jaotamine ja lihthanke korraldamata jätmine

Lähtudes käesoleva kontrollakti p-s 2.1 toodud selgitustest, oleks AS Kuressaare Soojus pidanud ajavahemikul 01.01.2016-31.12.2016 seotuste tegemisel kohaldama relevantseid piirmäärasid ja menetlusreegleid tulenevalt sellest, kas konkreetse soetuse peamine eesmärk oli või ei olnud seotud võrgustikusektoris tegutsemisega. Nimelt tulnuks võrgustikuga seotud soetuste puhul korraldada lihthange asjade ja teenuste korral alates 40 000 eurost ning ehitustööde tellimisel alates 250 000 eurot (RHS § 18² lg 2 ls 2). Võrgustikuga mitteseotud asjade ostmisel ja teenuste tellimisel tulnuks lihthange korraldada alates 10 000 eurost ning võrgustikuga mitteseotud ehitustööde tellimisel alates 30 000 eurost (RHS § 18² lg 2 ls 1). Hankija ei ole nimetatut alati järginud.

Menetlusreeglid ehk see, kas hankija peab korraldama lihthanke, hankemenetluse või mitte, sõltub hankelepingu eeldatavast maksumusest. Hankelepingu eeldatava maksumuse määramise reeglid on sätestatud RHS §-des 20-22, samuti tuleb arvestada RHS §-s 23 sätestatud riigihanke osadeks jaotamise reeglitega. Riigihanke õigusvastane osadeks jaotamine tähendab, et ühe riigihanke läbiviimiseks (kokkukuuluvate asjade ostmiseks või olemuslikult kokkukuuluvate teenuste ja ehitustööde tellimiseks) sõlmitakse enam kui üks leping ja riigihanke eeldatava maksumuse määramisel arvestatakse nende lepingute maksumust eraldi, mille tulemusel eirab hankija RHS-i nõudeid või ei täida antud hankemenetluse käigus suurema maksumusega lepingutele kehtivaid menetluseeskirju. Sellest tulenevalt tähendab hankelepingute osadeks jaotamine riigihanke-eeskirjade rikkumist, kui hankija ei ole eeldatava maksumuse arvutamisel liitnud (kokkukuuluvate) lepingute maksumusi.⁴ Riigihanke (õigusvastase) osadeks jaotamise keelu rikkumiseks võidakse lugeda ka olukorda, kus hankija käitumises subjektiivset kavatsust või eesmärki seadust eirata ei tuvastatagi (vt. EKo 15.03.2012, C-574/10, *komisjon vs. Saksamaa Liitvabariik*, p 49). Riigihanke osadeks jaotamine ei ole keelatud, kuid hankija peab osadeks jaotamisel järgima RHS §-s 23 sätestatud. See tähendab, et hankija ei tohi jaotada riigihanget osadeks riigihangete seaduses riigihanke teostamiseks kehtestatud korra või nõuete eiramiseks, eriti kui hankelepingu esemeks on funktsionaalselt koos toimivad või sama eesmärgi saavutamiseks vajalikud asjad, teenused või ehitustööd. Riigihanke osadeks jaotamisega on tegemist siis, kui hankija tellib või ostab (formaalselt) eraldi korraldatavate riigihangetega funktsionaalselt koos toimivaid või sama eesmärgi saavutamiseks vajalikke asju, teenuseid või ehitustöid. RHS § 24 alusel võib riigihanke osadeks (õiguspärane) jaotamine toimuda ka ühe hankemenetluse raames. Riigihanke osadeks jaotamine on õiguspärane tingimusel, et riigihanke iga osa kohta hankelepingu sõlmimisel on hankija kohaldanud kõigi osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmisele kohaldatavat korda. Rahandusministeerium on selgitanud, et niinimetatud suvaline hangete osadeks jagamine on vastuolus riigihankedirektiivi (2004/18/EÜ) kasuliku mõjuga.

⁴ vt. E-riigihangete infoportaalis avaldatud kohandatud tõlkematerjal „Riigihangete osadeks jaotamisest“ – arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulikke-vaev-analuusid-ja-uuringud> (29.11.2017)

Originaaltekst (ingl. k): *Guideline of the (Hungarian) Public Procurement Authority on the enforcement of the prohibition on the splitting of public procurements. Public Procurement Bulletin, nr 141/2013, 29.11.2013.* – arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.kozbeszerzes.hu/mutat/1438/> (29.11.2017)

Sellega kaasneks nimelt sageli kunstlik piirmäärdest allapoole jäämine, millega piiratakse RHS-i ning direktiivi kohaldamisala. Euroopa Kohus rõhutab oma väljakujunenud kohtupraktikas hanke-direktiivide tähtsust teenuste vabale liikumisele ja ausale konkurentsile Euroopa Liidu tasandil. Riigihangete meelevaldne ning tarbetu „tükeldamine” õhnestaks neid eesmärgi.⁵ Seega vastamaks küsimusele, kas hankija peab lähtuma menetlusliigi valikul kõigi riigihanke osade summeritud maksumusest, tuleb sisuliste kriteeriumide põhjal tuvastada, kas kõnealuste hangete puhul on tegelikult tegemist ühe ühtse hankega. Ühtsele hankele viitavad asjaolud võivad muu hulgas olla järgmised: (i) riigihangete üheaegne (ajaliselt lähestikku langev) alustamine (sh. üks eelarveaasta), (ii) hanke alusdokumentide sarnasus; (iii) hangete toimumise geograafilise koha ühtsus ja üheainsa hankija olemasolu. Riigihanke jagamine osadeks peaks põhinema faktilistel majanduslikel või tehnilistel asjaoludel, mida hankija peab vajaduse korral tõendama.

Võrgustikuga mitteseotud ostud

Elektrienergia

AS-i Kuressaare Soojus kuluandmete kohaselt tasus Hankija 2016. aastal Eesti Energia AS-le Kuressaare linna avaliku tänavavalgustusvõrgu käitamiseks ostetud elektrienergia eest erinevate arvete alusel kokku 20 319,72 eurot. Hankija võttis järelevalvemenetluse käigus omaks, et elektrienergia ostmiseks ei ole riigihanget korraldatud.

Elektrienergia avatud turu tingimustes on hankija kohustatud elektrienergia ostmisel korraldama riigihanke, lähtudes hankelepingu eeldatava maksumuse arvestamisel ja vastava menetlusliigi valikul RHS-ist, kui seadusest ei tulene teisiti (nt. soojusetootmiseks vajaliku elektrienergia ostmisel ei pea riigihanget korraldama, vt. RHS § 90 lg 8). Kuivõrd kõnealune elektrienergia ostmise oli vajalik Kuressaare linna avaliku tänavavalgustusvõrgu käitamiseks, s.o mitte soojus-energia tootmiseks, siis RHS § 90 lg-s 8 sätestatud erand antud juhul ei kohaldu.

Arvestades, et Eesti Energia AS-le elektrienergia eest tasutud summa (20 319,72 eurot) ületas RHS § 15 lg-s 3 sätestatud lihthanke piirmäära (10 000 eurot), pidanuks Hankija korraldama tänavavalgustuse jaoks vajaliku elektrienergia ostmiseks lihthanke. Lihthanke korraldamata jätmisega eiras hankija RHS § 16 lg-st 1, § 18² lg-st 2 ja § 15 lg-st 3 tulenevaid nõudeid.

Alates 01.01.2015 on hankelepingu sõlmimine riigihangete seaduses nõutud lihthanget või hankemenetlust korraldamata väärteona karistatav (vt. RHS § 111⁷). Hankelepingu või raamlepingu sõlmimine nõutud menetlust korraldamata on karistatav ka RHS u.r § 215 järgi. Siiski, arvestades alates 01.09.2017 kehtivaid kõrgemaid piimäärasid (RHS § u.r § 15 lg 1 ja § 14 lg 1 p 1 kohaselt peab avaliku sektori hankija korraldama lihthanke asjade või teenuste hankelepingu korral maksumusega alates 30 000 eurot), ei too kõnealune rikkumine antud juhul kaasa väärteomenetluse alustamist, sest KarS § 5 lg 2 kohaselt on seadusel, mis välistab teo karistatavuse, kergendab karistust või muul viisil leevendab isiku olukorda, tagasiulatuv jõud isiku suhtes, keda ei ole selle teo eest jõustunud otsusega karistatud.

Tegemist on igäihe põhiõigusena sätestatud *nulla poena sine lege* põhimõtte loogilise jätkuna (PS § 23 lg 2). Kuigi põhiseaduse kõnealuses sättes räägitakse otsesõnu vaid kergema karistuse kohaldamise kohustusest, tuleb seda sätet siiski tõlgendada laiendavalt. Kergemat karistust sätestava seadusena tuleb mõista ka seadust, mis välistab üldse teo karistatavuse või asendab kriminaalkaristuse väärteokaristusega (vt. RKÜKo 02.06.2008, nr 3-4-1-19-07, p 20; RKKKo 08.05.2015, nr 3-1-1-30-15, p 7).

⁵ vt. E-riigihangete infoportaal. KKK, lk 8: Riigihanke piirmäärad ja eeldatav maksumus. – arvutivõrgus kättesaadav: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/faq_files/kkk_27.7.2017.pdf (29.11.2017)

Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on isiku süüditunnistamine ja karistamine KarS § 5 lg-te 1 ja 2 kohaselt võimalik üksnes juhul, kui tema tegu on olnud jätkuvalt karistatav igal ajahetkel arvates teo toimepanemisest kuni kohtuotsuse jõustumiseni. Riigikohtu kriminaalkolleegium on selgitanud, et juhul, *kui pärast teo toimepanemist muutub seadus, mis kohustab ametiisikut korraldama ehitustööde riigihanget varasemast kõrgema tellimuse kogumaksumuse puhul, tuleb riigihanke korraldamata jätmise hindamisel lähtuda uuest piirmäärast* (RKKKo 05.05.2006, nr 3-1-1-21-06, p 10.2).

Võrgustikuga seotud ostud

Puiduhakkur

AS-i Kuressaare Soojus kuluandmete kohaselt tasus Hankija 2016. aastal OP System AB-le puiduhakkurmasina ERJO 9/80 RC FLISHUGG ostuhinnana ühe arve alusel 55 016,15 eurot. Hankija võttis järelevalvemenetluse käigus omaks, et puiduhakkuri ostmiseks ei ole riigihanget korraldatud. Kuna kõnealune ost sooritati võrgustikusektoris tegutsemisega seoses ja arvestades, et tasutud summa (55 016,15 eurot) ületas RHS § 15 lg 1 p-s 2 sätestatud riigihanke piirmäära (40 000 eurot), pidanuks Hankija korraldama puiduhakkuri ostmiseks lihthanke. Lihthanke korraldamata jätmisega eiras hankija RHS § 16 lg-st 4, § 18² lg-st 2 ja § 15 lg 1 p-st 2 tulenevaid nõudeid. Alates 01.01.2015 on hankelepingu sõlmimine riigihangete seaduses nõutud lihthanget või hankemenetlust korraldamata väärtelena karistatav (vt. RHS § 111⁷). Hankelepingu või raamlepingu sõlmimine nõutud menetlust korraldamata on karistatav ka RHS u.r § 215 järgi. Siiski, arvestades alates 01.09.2017 kehtivaid kõrgemaid piirmäärasid (RHS § u.r § 15 lg 8 ja § 14 lg 1 p 2 kohaselt peab võrgustikusektori hankija korraldama lihthanke asjade või teenuste hankelepingu korral maksumusega alates 60 000 eurot), ei too kõnealune rikkumine antud juhul kaasa väärtelomenetluse alustamist, sest KarS § 5 lg 2 kohaselt on seadusel, mis välistab teo karistatavuse, kergendab karistust või muul viisil leevendab isiku olukorda, tagasiulatav jõud isiku suhtes, keda ei ole selle teo eest jõustunud otsusega karistatud. Vt lisaks eelmine punkt elektrienergia ostmise kohta.

3. Järeldused

Kontrollimise käigus tuvastati teatud kõrvalekaldumisi RHS-is sätestatud korrast, näiteks seoses lihthanke korraldamata jätmisega, riigihanke konkurentsile avatust kahjustavate kvalifitseerimistingimustega, samuti seoses vastuoludega hanke alusdokumentides ja hankelepingu sõlmimisel kõrvalekaldumisega hanketeates kehtestatud tingimustest, pakkumuste avamisega hanke alusdokumendis ettenähtust hiljem ning hankija viivitusega riigihanke aruande ja aruande lisa esitamisel. Hankija riigihankekorralduses esineb puudujääke, kuid puudujäägid on haldussuutlikkuse ja asjatundlikkuse suurendamise teel ületatavad. Vajab eraldi äramärkimist, et AS Kuressaare Soojus on kontrolli käigus tuvastatud rikkumisi tunnistanud ja puudustest aru saanud, mis loodetavasti loob vajalikud eeldused rikkumist tinginud põhjuste kõrvaldamiseks ning edaspidistest eksimustest hoidumiseks.

(allkirjastatud digitaalselt)

Estella Põllu
osakonnajuhataja asetäitja
Riigihangete ja riigiabi osakond

Järelevalvetoiminguid teostanud ametnik:

Mihhail Antonov

jurist riigihangete järelevalve alal
Riigihangete ja riigiabi osakond

611 3468; mihhail.antonov@fin.ee