

OTSUS**finantskorrektsiooni kohta****Asjaolud**

Ettevõtluse Arendamise Sihtasutus (edaspidi EAS või rakendusüksus) rahuldab 13.09.2016. a otsusega nr 1.1-5.1/16/1028 (edaspidi otsus) Tartu Linnavalitsuse (edaspidi toetuse saaja) taotluse projektile „Ilmatsalu tn kergliiklustee“ (nr EU50235, edaspidi projekt). Projekti kogumaksumus on 800 527,47 eurot, millest toetus on 680 448,35 eurot ja omafinantseering 120 079,12 eurot. Toetus anti siseministri 03. märtsi 2015. a määruse nr 9 „Toetuse andmise tingimused meetmes „Linnapiirkondade jätkusuutlik areng““ (edaspidi meetme määrus) alusel.

Rikkumine

Toetuse saaja avaldas riigihangete registris lihthanke „Omanikujärelevalve teenuse osutamine K.E.Baeri-Näituse-Ilmatsalu tn jalgratta- ja jalgteede rajamisel“ (viitenumber 174812) hanketeate 27.05.2016. Hanke tulemusena sõlmis toetuse saaja 27.07.2016 eduka pakkujaga AS-ga Teede Tehnokeskus käsunduslepingu ühe kuu maksumusega 2415 eurot ilma käibemaksuta (2898 eurot koos käibemaksuga).

Lepingu p 4.2 kohaselt kohustub insener teostama töid käsunduslepingu sõlmimisest kuni ehitustööde vastuvõtuakti vormistamiseni ja ehitustöödeks on planeeritud 125 päeva alates hankelepingu sõlmimisest. Hankelepingu eeldatav maksumus oli 10 000 eurot ilma käibemaksuta ja tegelik maksumus 19 320 eurot ilma käibemaksuta.

Vastavalt lepingu p 2.1 on „*käesoleva lepingu esemeks omanikujärelevalve teostamine K.E.Baeri-Näituse-Ilmatsalu tn jalgratta- ja jalgteede rajamisel (edaspidi Teenus) vastavalt Lepingu ning selle lisade tingimustele. Ehitustööde teostamiseks on sõlmitud kaks töövõtulepingut: Tartu Linnavalitsus sõlmib lepingu kergliiklustee rajamiseks ja AS Tartu Veevõrk sõlmib lepingu vee-, kanalisatsiooni ja sademeveetorustiku ehitamiseks. Käesoleva käsunduslepingu mahtu kuulub omanikujärelevalve teenuse osutamine mõlema Töövõtulepingu üle*“. Lepingu punkti 4.3 kohaselt „*juhul, kui ehitustöövõtuleping peatub (näiteks tehnoloogiline paus pikkusega üle ühe kuu jms), siis sellisel ajavahemikul on Inseneri tegevus peatatud ja tasu selle ajavahemiku eest ei maksta.*“. Ka lepingu p 6.3 kohaselt tööde peatamise ajavahemikul insenerile tasu ei maksta.

Vastavalt Tartu Linnavalitsuse 09.12.2016.a kirjale nr 4-6/RH-16/173 (allkirjastatud 12.12.2016) rakendati ehitustöodes arvestades ilmastikuolusid tehnoloogilist pausi ja ehitaja pidi korraldama tööde teostamise selleks sobivate ilmastikuolude saabumisel esimesel võimalusel, kuid mitte hiljem kui 31.05.2017.

Toetuse saaja on EAS-ile esitanud ehitustööde teostamise aktid 2016. aasta augusti, septembri, oktoobri ja novembri eest ning 2017. aasta mai kuu eest (maikuu akt on allkirjastatud 30.06.2017). Samade kuude eest on EAS-ile hüvitamiseks esitatud ka omanikujärelevalve arved, kuid lisaks selgus hanke kontrolli käigus, et omanikujärelevalve teenustasu on makstud

ka 2016. aasta detsembri ja 2017. a juuni eest, mida EAS-ile ei ole projektist hüvitamiseks esitatud ning 2017. aasta aprilli eest, mis on EAS-ile hüvitamiseks esitatud.

Kuivõrd 2016. aasta detsembrist kuni maini 2017 oli ehitustöodes tehnoloogiline paus, mida toetuse saaja 06.11.2017. a e-kirjas ka kinnitab, siis vastavalt lepingu p-le 4.3 ei oleks toetuse saaja tohtinud 2016.a detsembri ja 2017. a aprilli kuu omanikujärelevalve teenuse eest ka tasu maksta. Arvestades, et maikuus teostatud ehitustööde akt on allkirjastatud 30.06.2017 (kuigi ehitustööde vastuvõtuakti kohaselt lõppesid ehitustööd 30.05.2017), ehitustööde vastuvõtuakt on vormistatud 28.06.2017 ja allkirjastatud osapoolte poolt 04.07.2017 ja asjaolu, et käsunduslepingu p 4.2 kohaselt toimub tööde teostamine ehitustööde vastuvõtuakti vormistamiseni, loeb EAS juunikuul omanikujärelevalve teenuse eest tehtud makse siiski seaduspäraseks.

Seega, kuna toetuse saaja on omanikujärelevalve tasu maksnud 2016. a detsembri ja 2017. a aprilli eest, millal ehitustöid EAS-ile esitatud dokumentide põhjal ei tehtud ja oli kehtestatud tehnoloogiline paus, on EAS seisukohal, et hankija on tehnoloogilise pausi ajal teenuse eest tasudes hankelepingu tingimusi (edaspidi hankelepingu maksetingimused) muutnud. Kuna käesoleval juhul ei ole tegemist objektiivsete asjaoludega, mida hankijal ei olnud võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha ja hankelepingu muutmata jätmise korral ei satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi täitmine, on EAS seisukohal, et toetuse saaja ei oleks tohtinud hankelepingut muuta. Seega on toetuse saaja rikkunud riigihangete seaduse (edaspidi RHS) § 69 lg 3.

Toetuse saaja seisukoht

Toetuse saaja selgitab 10.08.2017. a e-kirjas järgmist: „*Omanikujärelevalve teenuse eest on makstud järgmiselt: august – detsember 2016 summas 12 075 eur + KM ja aprill – juuni 2017 summas 7 245 eur + KM. Ilmatsalu tn kergliiklustee ehituse kitsaskohaks oli tavapärasest varem saabunud talv ning sellest tingitud ilmastikuolud, mis ei võimaldanud kergliiklustee ehitustöid lõpetada tähtaegselt. Tehnoloogilise pausi ajal tegeles ehitaja objekti täitedokumentatsiooni koostamise ja komplekteerimisega, millega seoses kaasati ka omanikujärelevalve spetsialisti, kes panustas nii konsultatsiooni kui nõupidamistel osalemisega oma tööd ja aega. Seetõttu pidasime tellijana õiglaseks omanikujärelevalve teenuse eest tasuda detsembris täis kuu eest, kui toimusid reaalselt tegevused (sh tegevused, mis leidsid aset nõ kontorilaua taga).*

Seaduse järgi on tellija kohus järelevalve tagada ehitusprotsessi. Tellija on soovinud (avalik huvi) tööde võimalikult kiiret toimumist 2017 kevadel ja on taganud seetõttu järelevalve inseneri olemasolu ehitusprotsessis ja maksnud insenerile tasu tehtud töö eest, et ehitajal oleks võimalik järelevalvega suhelda ning tööd võimalikult kiiresti lõpetada. Omanikujärelevalve tasu on kaetud osaliselt toetuse osaliselt Tartu linna eelarve vahenditest.“

Toetuse saaja lisab 06.11.2017. a e-kirjas, et „*Ehitustöodes oli tehnoloogiline paus perioodil detsember 2016 - aprill 2017. Põhjendused insenerile tasu maksmise osas nimetatud perioodil ning juunis 2017 oleme edastanud 10.08.2017 ning selles osas täiendusi lisada ei soovi.“*

Õiguslik hinnang

Vastavalt perioodi 2014-2020 struktuuritoetuse seaduse (edaspidi STS) § 26 lg 1 kohustub toetuse saaja järgima projektiga seotud hangete korraldamisel kehtinud RHS-is sätestatud nõudeid tingimusel, et toetuse saaja on riigihanke kohuslane RHS-i mõistes. Meetme määrase

§ 26 lg 1 p 3 kohaselt on toetuse saaja hankijana kohustatud järgima hangete läbiviimisel RHS-is kehtestatud nõudeid.

Vastavalt otsuse p 3.16 on toetuse saaja hankijana kohustatud järgima hangete läbiviimisel riigihangete seaduses kehtestatud nõudeid. Toetuse saaja kooskõlastab rakendusüksusega hankedokumentatsiooni, selle muudatused ja kõik hilisemad hankelepingu muudatused. Lõplik vastutus hangete õiguspärasuse eest lasub toetuse saajal.

Kuivõrd toetuse saaja on hankija, on ta kohustatud järgima RHS-is sätestatud nõudeid.

RHS § 1 kohaselt on riigihangete seaduse eesmärk tagada hankija rahaliste vahendite läbipaistev, otstarbekas ja säästlik kasutamine, isikute võrdne kohtlemine ning olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine riigihankel.

Vastavalt RHS §-le 3 on hankija kohustatud järgima riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid, sh kasutama rahalisi vahendeid säästlikult ja otstarbekalt ning saavutama riigihanke eesmärgi mõistliku hinnaga, tagades konkurentsi korral erinevate pakkumuste võrdlemise teel parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhte. Samuti peab hankija tagama riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse ja kohtlema kõiki isikuid võrdselt, mittediskrimineerivalt ning jälgima, et kõik isikutele seatavad piirangud oleks riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud.

RHS § 18² lg 8 kohaselt lähtub hankija hankelepingu sõlmimisel ja muutmisel käesoleva seaduse § 69 lõigetes 2-6 sätestatust.

Vastavalt RHS § 69 lg-le 3 võib hankija sõlmitud hankelepingu muutmises kokku leppida üksnes juhul, kui muutmise tingivad objektiivsed asjaolud, mida ei olnud hankijal võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha ja hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamise. Sama paragrahvi lg 4 kohaselt ei või hankelepingu muutmises kokku leppida, kui muutmisega taotletavat eesmärki on võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega.

EAS-i seisukoht

Kuigi toetuse saaja ei ole kirjalikult lepingu muutmist fikseerinud, on ta arveid tasudes siiski asunud oma tegevusega hankelepingus sätestatud tingimusi muutma. EAS on seisukohal, et 2016. a detsembrikuu ja 2017. a aprillikuu omanikujärelevalve teenuse eest tasumine ja seeläbi maksetingimuste muutmine ei ole seaduspärane, kuna tegemist ei ole ettenägematu asjaoluga, mida toetuse saajal ei olnud hankelepingu sõlmimise ajal võimalik ette näha. Sellest lähtuvalt on EAS seisukohal, et antud arvete tasumise tulemusena on toetuse saaja hankelepingu maksetingimusi muutnud ja see ei vasta RHS § 69 lg-le 3.

Maksetingimused on olulised hankelepingu tingimused, kuivõrd hanke finantseerimise tingimused avaldavad reeglina otsust mõju pakkujate ringile ning pakkumuste maksumustele. Pakkumuse tegemisel peab pakkuja kaaluma oma majanduslikke riske ja veenduma oma võimekuses olla seotud pakkumusega hankelepingu lõppemiseni. Samuti on Euroopa Komisjoni suunises¹ (edaspidi EK suunis) hankelepingu muudatusi reguleerivas punktis välja

¹ Euroopa Komisjon. Suunised selliste finantskorrektsioonide kindlaksmääramiseks, mida tuleb teha ühisjuhtimise raames rahastatavate liidu kulutuste suhtes, kui ei ole järgitud riigihanke-eeskirju.

toodud, et lepingu sõlmimise olulisteks elementideks on (kuid mitte ainult) hind, tööde olemus, tööde kestus, maksetingimused ja kasutatud materjalid. Pakkumuste tegemiste ajal olid kõik pakkujad võrdses olukorras ning lähtusid pakkumuse koostamisel teadmised, et olukorras, kus ehituse töövõtuleping peatub, siis sellisel ajavahemikul on ka omanikujärelevalve tegevus peatatud ja selle eest tasu ei maksta. Seega pidid pakkujad arvestama, et ehitustöodes võib ette tulla tehnoloogilist pausi ning sellel ajavahemikul neile tasu ei maksta, mis võis pakkujale kaasa tuua suurema finantskoormuse, kuna oli liigselt koormav ja raskendas ka ettevõtetel tööde ja sissetulekute planeerimist. Hilisem lepingu maksetingimuste muutmine tõi EAS-i hinnangul kaasa aga finantskoormuse vähendamise, kuna ka tehnoloogilise pausi ajal on töövõtjale tasu makstud. EAS pöördus toetuse saaja poole lisaks 02.11.2017 paludes esitada EAS-ile ehitustegevust tõendav dokumentatsioon juhul, kui antud kuudel (detsember 2016 ja aprill 2017) toimus siiski ehitustegevus ja seega ei rakendatud sellel ajal tehnoloogilist pausi. Toetuse saaja ei esitanud EAS-ile tõendavaid dokumente ja kinnitas, et 2016. a detsembrist kuni 2017. a aprillini oli kehtestatud tehnoloogiline paus. Seega ei saa EAS arvestada toetuse saaja väidet, et nimetatud kuudel siiski ehitaja ehitustegevust teostas ja omanikujärelevalve tasu maksmine oli õigustatud, kuna puudub sellekohane tõendav dokumentatsioon.

Seega on tegemist olulise rikkumisega, mida ei saa jätta tähelepanuta, sest antud olukorras on edukaks tunnustatud pakkujale loodud soodsamad tingimused kui hankedokumentides oli sätestatud. Juhul, kui pakkujad ei oleks pidanud arvestama võimaliku maksepausiga, oleks ka nende poolt esitatud pakkumuste maksumused võinud erineda käesolevas hankes esitatust.

Sarnases olukorras on EAS saanud Rahandusministeeriumi seisukoha, milles Rahandusministeerium on viidanud Kohtuasjale nr C-454/06 (*Pressetext*), kus Euroopa Kohus asus seisukohale, et menetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks tuleb kehtiva riigihankelepingu klauslite muutmist pidada uue riigihankelepingu sõlmiseks juhul, kui need muudatused on algse riigihankelepingu tingimustest oluliselt erinevad ja kui neist ilmneb poolte soov pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas. Riigihankelepingu kehtivuse ajal tehtud muudatust võib pidada oluliseks juhul, kui muudatusega tuuakse lepingusse tingimusi, mida ei olnud seatud algse hankemenetluse ajal ja mis oleks juhul, kui nad oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnustatud pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnustada edukaks mõne teise pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti. Kui lähtuda eelviidatud kohtuahendist, siis juhul kui hankemenetluse käigus oleks potentsiaalsetele pakkujatele antud teada maksetingimuste leebemaks muutmisest, siis oleks see võinud mõjutada antud hanke lõpptulemust. Antud juhul ei ole teada, millised oleksid olnud pakkujad, pakkumuste maksumused ning milline pakkuja oleks valitud edukaks, kui maksetingimusi oleks muudetud enne pakkumuste esitamise tähtaega. Seega ei ole toetuse saaja täitnud RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtteid, eriti võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtet.

Toetuse saaja on kohustatud hankeid hoolikalt planeerima. Ehitustööde teostamisel võib alati ette tulla ettenägematuid olukordi ning sügiseste ehitustööde puhul on võimalik ette prognoosida ka võimalikke ilmastikust tulenevaid pause. Seega peab toetuse saaja läbi mõtlema enne hanke läbiviimist, kas võimaliku tehnoloogilise pausi rakendumisel on vajalik omanikujärelevalve teenuse teostamine ja selle hankedokumentides ka sätestama ning sellest peab ta ka hankelepingus olles lähtuma. Seega vaatamata asjaolule, et toetuse saaja sõnul oli ka tehnoloogilise pausi ajal omanikujärelevalve teenus vajalik, pidi hankija siiski lähtuma hankedokumentides sätestatud maksetingimustest ega saa hankelepingut muuta vastuolus RHS § 69 lg-ga 3. RHS § 31 kohaselt peab hankija enne hankemenetluse alustamist koostama hankedokumendid, milles lg 2 p 2 kohaselt peab sisalduma kõik tulevase hankelepingu

tingimused või hankelepingu projekt. Hankelepingu oluliseks tingimuseks on maksetingimused, mis peavad olema hanke väljakuulutamisel hankedokumentides kehtestatud ning mida hankija võib RHS § 36 lg 1 tuginedes muuta kuni pakkumuste esitamise tähtpäevani.

Rahandusministeerium viitab lepingu muutmise analüüsis², et kohus tõi Presstext kohtuasjas välja kolm näidet, millal oleks tegemist olulise muudatusega: muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud esialgse hankemenetluse ajal ja mis oleks võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse; muudatusega laiendatakse riigihanke eseme ulatust olulisel määral ka sellistele teenustele, mida ei olnud esialgu ette nähtud; muudatusega kallutatakse majandusliku tasakaalu hankelepingu täitja kasuks viisil, mida ei olnud esialgse lepingu tingimustes ette nähtud. Sõlmitud hankelepingu muutmise kumulatiivseteks eeltingimusteks on objektiivsus, ettenägematus ning nn ohukriteerium, mille tõttu lepingu muutmata jätmise seaks ohtu hankelepingu täitmise. Kui kasvõi üks eelviidatud tingimustest ei ole täidetud, puudub ka õiguslik alus hankelepingu muutmiseks.

Kuigi 2016. a detsembri ja 2017. a juuni omanikujärelevalve teenuse osutamise arveid ei ole toetuse saaja EAS-ile hüvitamiseks esitanud ehk osad arved on toetuse saaja pidanud projekti eelarve piiratud tõttu katma oma eelarve vahenditest, ei anna see EAS-i hinnangul õigustust RHS-i rikkumiseks. EAS leiab, et vaatamata asjaolule, et kogu hanke maksumust ei ole EAS-i poolt hüvitatud, on rikkumine mõjutanud eelpool otsuses kirjeldatust lähtuvalt kogu hanget ning EAS peab sellele reageerima. Kuna maksetingimuste muutmise osas ei ole täidetud ei objektiivsuse, ettenägematuse ega ka nn ohukriteerium, siis seega ei saa hankelepingu maksetingimuste muutmist lugeda RHS § 69 lg 3 kohaselt õiguspäraseks.

Lähtudes eeltoodust on EAS seisukohal, et muutes hankelepingust RHS § 69 lg-st 3 tulenevaid tingimusi eirates, ei ole toetuse saaja täitnud talle STS § 26 lg-s 1 pandud kohustust järgida projektiga seotud hangete korraldamisel RHS-is sätestatud nõudeid.

Finantskorrektsioon

STS § 45 lg 1 p 3 kohaselt tehakse finantskorrektsiooni otsus toetuse vähendamiseks või tühistamiseks Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruse (EL) nr 1303/2013 artikli 143 alusel juhul, kui toetuse saaja on jätnud osaliselt või täielikult täitmata kohustuse või nõude ja see on mõjutanud kulu abikõlblikkust. STS-i seletuskirjas laiendatakse mõistet „mõju abikõlblikkusele“ määratledes, et mõju võib olla ka kaudne, st rikkumisel võib olla mõju kulude abikõlblikkusele. Väljendi „võib mõjutada“ all peetakse silmas olukorda, kus toetuse saaja ei järgi menetluskorda või ei täida kohustust või nõuet ning täitmata jätmisega kaasnevat kahjusummat ei ole võimalik üheselt võlaõigusseaduse tähenduses tuvastada – näiteks kui on kahjustatud EL konkurentsipoliitikat või rahaliste vahendite säästlikku kasutamise põhimõtet.

Liikmesriikidele otsekohalduva „Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruse (EL) nr 1303/2013, millega kehtestatakse ühissätted Euroopa Regionaalarengu Fondi, Euroopa Sotsiaalfondi, Ühtekuuluvusfondi, Euroopa Maaelu Arengu Euroopa Põllumajandusfondi ning Euroopa Merendus- ja Kalandusfondi kohta, nähakse ette üldsätted Euroopa Regionaalarengu Fondi, Euroopa Sotsiaalfondi, Ühtekuuluvusfondi ja Euroopa Merendus- ja Kalandusfondi kohta ning tunnistatakse kehtetuks nõukogu määruse (EÜ) nr 1083/2006“ (*edaspidi ühissätete määrus*) artiklis 4 on nimetatud toetuse andmise üldpõhimõtted, mille kohaselt on toetuse maksmise

² <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analuisid-ja-uuringud>

eelduseks kulude tekkimisel asjakohase riigisisese ja EL õiguse järgimine. Toetuse saaja kohustused saavad toetuse saajale siduvaks tema suhtes kohalduva otsuse või siduva lepingu alusel. Ka Euroopa Kohus on oma otsuses liidetud kohtuasjades C-383/06–C-385/06³ öelnud, et toetuse saajal ei teki toetuse andmise otsusest või toetuse välja maksmisest õiguspärasest ootust, et määratud või saadud toetuse summat ei vähendata või toetust ei küsita tagasi, kui toetuse saaja ei järgi toetuse saamise tingimusi. Toetuse saajal tekib õiguspäraselt ootus toetuse säilimisele alles tagasinõude tegemise lõpptähtaja saabumisega.

STS § 46 lg 1 kohaselt, juhul kui finantskorrektsiooni otsuse tegemisel ei ole kohustuse või nõude täitmata jätmise laadist tulenevalt võimalik selle rahalise mõju suurust hinnata, kuid esineb põhjendatud oht, et kohustuse või nõude täitmata jätmine tõi kaasa rahalise mõju, siis vähendatakse toetust käesoleva paragrahvi lõike 2 alusel kehtestatud õigusaktis sätestatud ulatuses.

Vabariigi Valitsuse 01. septembri 2014. a määruse nr 143 „Perioodi 2014-2020 struktuuritoetusest hüvitatavate kulude abikõlblikuks lugemise, toetuse maksmise ning finantskorrektsioonide tegemise tingimused ja kord“ (edaspidi ühendmäärus) § 22 lg 1 kohaselt juhul, kui toetuse tagasinõudmise aluseks olevate asjaolude põhjal ilmneb, et toetuse saaja on eiranud oma kohustusi või talle kehtestatud nõudeid ning selle tulemusena tekkinud kahju suurust ei ole võimalik hinnata või selle hindamine on ebamõistlikult aja- või ressursimahukas, vähendatakse toetust vastavalt lõigetes 2–14 sätestatule. Vastavalt ühendmääruse eelnõu seletuskirjale sisaldab § 22 lg 1 üldisi aluseid protsendi alusel finantskorrektsiooni otsuse tegemiseks. Lõigetes 2–14 sätestatud riigihangete rikkumise juhtumite korral puudub rakendusüksusel otsustusdiskretsioon, kas finantskorrektsiooni otsus teha või mitte. See tähendab, et nende juhtumite korral tuleb STS 2014 - 2020 § 45 lg 1 p 3 alusel rakendusüksusel finantskorrektsiooni otsus teha.

Rakendusüksusel on õigus kaalutleda, kui suures ulatuses finantskorrektsioon teha. Arvestades EL õiguse ülimuslikkust siseriikliku õiguse ees ja nõuet, et nii haldusorganil kui ka kohtul on kohustus tagada EL õiguse tõhus rakendamine, tuleb STS 2014 - 2020 § 45 lg 1 nimetatud kaalutusõigust teostada eelkõige EL õiguse kontekstis. Seega tuleb finantskorrektsiooni otsus teha ehk otsustus ja tagajärje diskretsioon puudub, kui on tekkinud finantskahju. Finantskahju teke ei pea olema reaalne ehk konkreetne summa, st otsene. Riigihangete rikkumiste korral ei ole üldjuhul võimalik konkreetset kahjusummat välja arvutada, kuna tegemist on potentsiaalse ja teoreetilise (kaudse) kahjuga, mis võib tekkida õigusnormi rikkumisel ja konkreetsete asjaolude põhjal loetakse rikkumine tõendatuks. Ka Euroopa Kohtu kohtuasjades C-383/06-C-385/06 jõutakse järeldusele, et kui rikutakse hankereegleid, siis sellest piisab järeldamiseks, et toetust ei ole kasutatud abikõlblikuks loetava kulu osas säästlikult, kahjustades sellega EL reguleeritud konkurentsipoliitikat ning seeläbi ka EL eelarvet ja siseturgu. EAS on seisukohal, et rikkumise tulemusena on tekkinud kahju, kuid selle suurust ei ole EAS-il võimalik hinnata, kuivõrd ei ole teada, milliseks oleks kujunenud pakkujate ring ja nende pakkumuste maksumused, kui hankija oleks maksetingimuste muudatused sätestanud hankemenetluse käigus. Seega tuleb EAS-il teha finantskorrektsiooni otsus toetuse vähendamiseks, kuna on jäetud täitmata kohustus järgida hangete korraldamisel RHS-is sätestatud korda ja see on mõjutanud kulu abikõlblikkust.

³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:116:0006:01:ET:HTML>

Vastavalt ühendmääruse § 22 lg-le 14 vähendatakse hankelepingule eraldatavat toetust kuni 10 protsenti, kui hankemenetluse korraldamisel ilmneb riigihangete seaduses sätestatud nõuete rikkumine, mida ei ole lõigetes 2-11 ja 13 nimetatud, või kui tegemist on riigihangete korraldamisega, kus hankelepingu maksumus jääb alla riigihangete piirmäära või kui on tegemist lihtsustatud korras teenuste tellimisega või ideekonkursi korraldamisega. Sõltuvalt rikkumise raskusest võib kohaldada 25-protsendilist tagasinõude määra. Ühendmääruse seletuskirjas on täiendavalt avatud rangema määra kohaldamise tingimusena RHS §-s 3 nimetatud üldpõhimõtete olulise riive olemasolu - millisel juhul rakendatakse 25% finantskorrektsiooni määra.

EAS kaalus toetuse saaja korraldatud riigihankes esinenud rikkumise raskust ja asus seisukohale, et hankija ei ole hankelepingu muutmisel lähtunud RHS-ist, mis on kaasa toonud kahju ning seadnud pakkujad ebavõrdsesse olukorda. Olukorras, kus toetuse saaja ei ole RHS-i kohaselt kõiki potentsiaalseid pakkujaid võrdselt kohelnud, on ta rikkunud RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtteid ning on tõenäoline, et toetuse saaja pole taganud struktuuritoetuse säästlikku ja läbipaistvat kasutamist ning Euroopa Liidu finantsshuvisid on oluliselt kahjustatud. Maksetingimuste muutmine on EAS-i hinnangul oluline lepingutingimuste muutmine, mistõttu on EAS seisukohal, et rikkumise tulemusena on tekkinud kahju, kuid selle suurust ei ole võimalik hinnata, kuivõrd pole teada, milliseks oleks kujunenud eelpool nimetatud hanke tulemus ja hankelepingu maksumus, kui hankija oleks hankemenetluse käigus teavitanud kõiki potentsiaalseid pakkujaid maksetingimuste muutmisest.

EAS arvestab rikkumise raskuse kaalutlemisel, et sarnase rikkumise korral avatud hankemenetlusega hankes on ühendmääruse § 22 lg 11 p-s 18 sätestatud, et juhul, kui hankemenetluse korraldamise tulemusena sõlmitud hankelepingut on muudetud vastuolus RHS § 69 lg-tega 3 ja 4 ning hankelepingu muutmine on olnud oluline, tuleb hankelepingule eraldatavat toetust vähendada 25%. Lisaks tuleb hankelepingu kogusumma suurenemisel vähendada toetust 100% suurenenud summast. Kuna käesolevas hankes esinev rikkumine on analoogne ja hankelepingu muutmine on oluline ning hankelepingu kogusummat on alusetult suurendatud, siis arvestab EAS rikkumise raskuse kaalutlemisel analoogia korras ka nimetatud sätet.

EAS arvestab samuti, et hankelepingu raames on tehnoloogilise pausi ajal tasutud maksetingimusi eirates kahel korral ehk kokku summas 4830 eurot ilma käibemaksuta, mis moodustab esialgse lepingu maksumusest ligi poole. Samuti on oluline rõhutada, et lisaks sellele, et hankijal puudus alus 2 arve tasumiseks pakkujale, puudus tal ka õigus saada aprillikuu arve summas 2415 eurot ilma käibemaksuta eest projektist hüvitist. Kuigi EAS ei ole 2016. a detsembri arvet projektist hüvitanud on selles osas samuti RHS-i rikutud ja see on avaldanud mõju eelpool kirjeldatud põhjustel ka kogu hankele, mistõttu ei saa EAS jätta rikkumist tähelepanuta.

Eeltoodust lähtuvalt ja arvestades maksetingimuste muutmisega edukale pakkujale loodud soodsama olukorra ulatust ja asjaolu, et rikutud on RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtteid, eriti võrdse kohtlemise põhimõtet, maksetingimusi eirates teostatud maksed moodustavad ligi poole esialgse hankelepingu maksumusest ning ei ole teada, milline oleks olnud pakkujate ring ja nende pakkumuste maksumus, juhul kui muudetud maksetingimused oleksid sätestatud juba hankedokumendi lisas olevas hankelepingu projektis, leiab EAS, et on põhjendatud vähendada hankelepingule eraldatavat toetust 25%, kuna see on proportsionaalne rikkumise raskusega ja võimaliku tekkinud kahju suurusega.

Toetuse saaja on eelpool nimetatud hankelepingu alusel tekkinud kulusid kajastanud väljamakse taotlustes nr VM041644, VM041820, VM042061, VM042180 ja VM043287 eelarves planeeritud maksimaalses mahus, summas 16 500 eurot koos käibemaksuga. **Lähtuvalt eeltoodust loeb EAS väljamakse taotlustes kajastatud hankelepingu alusel esitatud kuludest mitteabikõlblikuks 25% ehk 4125 eurot, millest toetus on 3506,25 eurot ja omafinantseering on 618,75 eurot ning vähendab mitteabikõlbliku summa ulatuses projekti eelarvet.**

STS § 28 lg 2 kohaselt makstakse toetus välja pärast maksmise aluseks olevate tingimuste ja kohustuste täitmise kontrollimist, võttes arvesse käesoleva seaduse § 45 lg-s 1 ja 4 nimetatud finantskorrektsiooni otsuseid. STS § 30 lg 3 kohaselt vähendatakse finantskorrektsiooni otsuses nimetatud toetuse summa võrra maksetaotlusega taotletud toetuse summat. Vastavalt STS § 46 lg-le 3 vähendatakse finantskorrektsiooni otsuse tegemisel toetust ja omafinantseeringut vastavalt finantskorrektsiooni otsuse tegemise ajal taotluse rahuldamise otsuses, toetuse andmise tingimuste käskkirjas, rahastamisvahendi rakendamiskäskkirjas või rahastamisvahendi rakendamise lepingus kehtivale proportsioonile.

Resolutsioon

EAS, arvestades eeltoodut ja võttes aluseks HMS § 64, § 66 lg 2 p 1 ja 3, lg 3, § 67 lg 4 p 2 ja p 3, § 68 lg 2, § 70 lg 1, STS § 25 lg 1, § 26 lg 1, § 28 lg 2, § 45 lg 1 p 3, § 46 lg 1- 3, ühendmääruse § 22 lg 1 ja 14, § 23 lg 1 ja meetme määruse § 26 lg 1 p 3 ja § 28 lg 1-3

otsustab

1. lugeda projekti raames mitteabikõlblikuks **4125 eurot**, millest toetus on 3506,25 eurot ja omafinantseering on 618,75 eurot;
2. vähendada väljamakse taotlusega nr VM043287 taotletud hankelepingu alusel esitatud kulusid 25% ehk summas **1227 eurot**, millest toetus on 1042,95 eurot ja omafinantseering on 184,05 eurot;
3. tasaarveldada tagasinõudmisele kuuluv toetus summas **2463,30 eurot** (3506,25-1042,95 eurot) järgmise projekti raames esitatava väljamakse taotlusega;
4. vähendada projekti eelarvet kulukohas „Järelevalve“ käesoleva otsuse punktis 1 märgitud mitteabikõlbliku toetuse ja omafinantseeringu osas;
5. muuta EAS-i 13.09.2016. a otsuse nr 1.1-5.1/16/1028 punkti 2 alljärgnevalt:
„rahuldada taotleja (edaspidi nimetatud ka toetuse saaja) taotlus projektile, mille eesmärgiks on ehitada Tartu linna 3,26 km pikkune kergliiklustee suunal Kesklinn - Baeri tn - Näituse tn – Ilmatsalu tn. Projekti kogumaksumus on **796 402,47 eurot** (seitsesada üheksakümmend kuus tuhat nelisada kaks eurot ja nelikümmend seitse senti), millest toetuse saaja omafinantseering on minimaalselt **119 460,37 eurot** (üks sada üheksateist tuhat nelisada kuuskümmend eurot ja kolmkümmend seitse senti) ja toetus on maksimaalselt **676 942,10 eurot** (kuussada seitsekümmend kuus tuhat üheksasada nelikümmend kaks eurot ja kümme senti);“. Otsuse punkt jõustub tagasiulatuvalt alates 13.09.2016.

Käesoleva otsuse peale võib esitada vaide EAS-i kaudu Rahandusministeeriumile 30 päeva jooksul, arvates otsusest teadasaamise päevast või päevast, mil isik pidi teada saama oma õiguste rikkumisest (STS § 51).

(allkirjastatud digitaalselt)

Ettevõtluse Arendamise Sihtasutus

Koostaja: Tiina Tamberg
ekspert
tiina.tamberg@eas.ee