

Riigihangete osadeks jaotamisest¹

Vastavalt ELi riigihanke direktiividele ja seonduvale kohtupraktikale ei tohi hankija mis tahes riigihankelepingut, mida loetakse üheks hankeks, selle maksumusega seoses osadeks jaotada.

Mida osadeks jaotamise keeld tähendab?

Direktiivi 2004/18/EÜ art 9 p 3 ja RHS § 23 lg 1 ja 2 kohaselt ei või hankija jaotada riigihanget osadeks riigihanke teostamiseks kehtestatud korra või nõuete eiramiseks, eriti kui hankelepingu esemeks on funktsionaalselt koos toimivad või sama eesmärgi saavutamiseks vajalikud asjad, teenused või ehitustööd. Osadeks jaotatud riigihanke iga osa kohta hankelepingu sõlmimisel kohaldatakse kõigi osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimisele kohaldatavat korda.

Seega ei tohi hankija mis tahes riigihanget osadeks jaotada eesmärgiga vältida riigihankelepingu sõlmimisest tulenevaid kohustusi või ELi menetluseeskirjade täitmist, mis on rangemad. **Riigihanke osadeks jaotamine tähendab, et ühe riigihanke läbiviimiseks sõlmitakse enam kui üks leping ning riigihanke eeldatava maksumuse määramisel arvestatakse nende lepingute maksumust eraldi**, ning selle tulemusel eirab hankija RHSi nõudeid või ei täida antud hankemenetluse käigus suurema maksumusega lepingutele kehtivaid menetluseeskirju.

Sellest tulenevalt tähendab hankelepingute osadeks jaotamine alati rikkumist, mis on toime pandud eeldatava maksumuse arvestamisega seoses. Hankelepingu täitmine enam kui ühe lepingu sõlmimisega erinevatel aegadel on õigusvastane ainult siis, kui hankija ei ole eeldatava maksumuse arvutamisel liitnud lepingute maksumusi. Riigihanke osadeks jaotamise keelu rikkumiseks võidakse lugeda ka olukorda, kus hankija käitumises subjektiivset kavatsust või eesmärki seadust eirata ei tuvastatagi.²

RHSi § 23 lg-s 2 kehtestatud säte kujutab endast hankelepingute osadeks jaotamise keelu, mis on sätestatud lg-s 1, peegelpilti. Kui ühe riigihanke läbiviimiseks sõlmitakse enam kui üks leping, tuleb eeldatava maksumuse arvutamisel nende lepingute maksumused liita ning igale lepingule kohaldatavad eeskirjad peavad olema määratletud kooskõlas summeeritud eeldatava maksumusega.

Mida tuleb lugeda üheks riigihankeks, mille puhul eeldatav maksumus moodustub enam kui ühe lepingu summeeritud maksumusest?

Euroopa Kohus (edaspidi ka „kohus“) rakendab oma otsustes – mis annavad direktiividele tõlgenduse, mida liikmesriigi rakendusametused peavad järgima - funktsionaalset lähenemist, et selgitada, mida peab lugema üheks riigihankeks. Funktsionaalne lähenemine tähendab, et kohus määratleb ühe kokkukuuluva riigihanke teatud kriteeriumide alusel, mis seostuvad riigihanke sisuga ja mille taotlus on edendada direktiivide eesmärke (sõltumata sellest, kas hankija on kõnealuse riigihanke sõlminud ühe või enama lepingu vormis, nt riiklike finantsidega seotud põhjustel).

¹ Tõlgitud ja kohandatud tekst, originaal arvutivõrgust kättesaadav:

http://kozbeszerzes.hu/data/documents/2014/01/10/%C3%A9Atmutat%C3%B3_a_r%C3%A9szekre_bont%C3%A1s_tilalm%C3%A1r%C3%B3l_en.pdf

² Vastavalt Euroopa Liidu Kohtu otsusele kohtuasjas C-574/10

Üks majanduslik ja tehniline funktsioon

Oma otsuses kohtuasjas C-16/98 avaldas kohus, et üks ja seesama majanduslik ja tehniline funktsioon on otsustav kriteerium ühe kokkukuuluva ehitustööde hankelepingu määratlemisel. Kohus väitis, et tuleb hinnata, kas erinevates lepingutes sisalduvatel ehitustöödel on üks ja seesama majanduslik ja tehniline funktsioon. Kohtuotsusest järeldub, et planeerimisprotsessi käigus peab lähtuma kõnealuste ehitustööde tulemuse majanduslikust ja tehnilisest funktsioonist, mille abil määratletakse, kas ehitustööd viiakse läbi ühe või enama lepingu raames. Vastavalt kohtu otsusele kohtuasjas C-574/10 peab ühe kokkukuuluva riigihankelepingu olemasolu hindamiseks kohaldama ehitustöödele kehtivaid **ühe majandusliku ja tehnilise funktsiooni** kriteeriume ka teiste valdkondade korral (vt kohtuotsuse punkti 41).

On oluline, et ühe kokkukuuluva riigihanke olemasolu hinnatakse **vastavalt antud juhtumi spetsiifilistele asjaoludele**. Lisaks peamistele kriteeriumidele, st üks ja seesama majanduslik ja tehniline funktsioon, võivad ka **muud kriteeriumid** antud juhul toetada riigihanke määratlemist. Eelkõige võivad sellisteks teguriteks olla

- ühtne planeerimine ja otsuste tegemine
- hankijana tegutseb sama isik
- samad õiguslikud alused ja tingimused lepingute sõlmimisel.

Ajaline korrelatsioon

Ajaline korrelatsioon on äärmiselt oluline tegur kokkukuuluva riigihanke määramisel, kuid see ei tähenda tingimata samaaegsust. Funktsionaalse lähenemise tõttu riigihanke määratlemisel, ei saa ajavahemik, mille jooksul läbiviidavad riigihanked liidetakse, olla täpselt määratletud üldreeglin, ilma et seejuures võetaks arvesse vastava riigihanke teemat ja tingimusi. Näiteks inseneriteenuste riigihanke korral, mis on seotud pikema aja jooksul läbiviidavate ehitustöödega, ei ohusta asjaolu, et sidusa ja pideva protsessi osaks olevad lepingud sõlmitakse igal aastal uuesti, riigihanke kokkukuuluvust. Kuid kui ehitustööde projekt mis tahes põhjusel katkestatakse ja selle jätkumiseks tuleb aastaid hiljem sõlmida uued lepingud, ei loeta seda enam samaks riigihankeks.

Vastavalt Euroopa Kohtu kohtupraktikale ei või hankija eelarve planeerimisega seotud mis tahes põhjused ohustada riigihanke ühefunktsionaalset olemust. Näiteks kui hankija sõlmib kaks lepingut konkreetse ülesande läbi viimiseks kahel järjestikusel aastal, sest rahaline kate hilisema allülesande läbi viimiseks saab kättesaadavaks alles teisel aastal, ei õigusta see lepingu maksumuse eraldi arvestamist.

Kuidas kontrollida, kas on tegemist ühe majandusliku ja tehnilise funktsiooniga?

Majanduslikku ja tehnilist funktsiooni võib alati kontrollida koos **vastava riigihanke teema ja tingimustega**. Konkreetne eeskiri selle kohta puudub, iga riigihanke puhul tuleb seda käsitleda eraldi.

Ehitustööde hankelepingud

Mis puudutab ehitustööde hankelepinguid, siis mõnes Euroopa Liidu riigis leitakse, et kui etappideks jagatud projekti üks osa on sobiv täitmaks iseseisvat tehnilist ja majanduslikku funktsiooni, võib sellist osa lugeda eraldi ehitustööde hankelepinguks (nt järjestikku ehitatavad teelõigud täidavad enda tehnilist funktsiooni, aga ka vastavat funktsiooni transpordis).

Rahandusministeerium aga on seisukohal, et ehitustööde hankelepingut, mis on ehitusloal jagatud mitmesse teostusetappi, tuleb lugeda üheks ja samaks ehitustööde hankelepinguks, kuna sama ehitusloa viitab ühele riigihankele. Samas ei välista ka enama kui ühe ehitusloa olemasolu, et tegemist on sellegipoolest ühe ja sama ehitustööde hankelepinguga.

Asjade hankelepingud

Asjade hankelepingute korral saab ühe ja sama majandusliku ja tehnilise funktsiooni kindlaks teha selle järgi, et asjadel on sama otstarve ning need on ka sisult sarnased või täidavad oma funktsiooni kui koos toimivad omavahel seotud osad.

Sarnased asjad on sellised, mida kavatsetakse kasutada samal või sarnasel otstarbel, näiteks erinevad toiduained või kontorimööbel. Vastaval alal tegutsevatel ettevõtjatel on sellised asjad tavaliselt laos olemas. Paraku ei ole seoses riigihanke osadeks jaotamise keeluga ühtegi kohtuotsust, mis puudutaks otseselt asjade hanget. Eeltoodud määratlusest on aga selge, et mõistet „sarnane“ võib seadusandlikes tekstides hinnata kavandatud kasutusest ja funktsioonist lähtuvalt. Sellest tulenevalt ei ole asjade puhul need kaks aspekti sugugi alati teineteisest lahus ja paljudel juhtudel vastab sarnasus ühele funktsioonile, eeldusel, et puuduvad mis tahes objektiivsed põhjused, mis kindlalt tõendavad kõnealuste riigihangete funktsionaalset iseseisvust. Näiteks, kui hankija kuulutab oma ülesannete täitmiseks välja kontorimööbli riigihanke lähestikustel aegadel, siis selliste lepingute maksumusi ei tohi üksteisest eraldada põhjusel, et kõnealust kontorimööblit kasutatakse erinevate piirkondade kontorites. Teatud juhtudel võib teatud objektiivsetel asjaoludel iseseisvate sarnaseid asju puudutavate hankelepingute sõlmimine olla õigustatud. Näiteks, teatud asjade riigihangete teostatakse rahvusvahelise kaasrahastamise abil, mille puhul on tegemist konkreetse eesmärgi ja erinevate tingimustega.

Teenuste hankelepingud

Kui asjade puhul tähendab sarnasus ühtlasi ka tehnilise funktsiooni samasust, siis teenuste puhul ei ole sarnasus peamine hindamiskriteerium. Mis puudutab teenuseid, siis oma otsuses kohtuasjas C-574/10 leidis Euroopa Kohus, et erinevatesse etappidesse jagatud planeerimis- ja projekteerimisteenused moodustavad ühtse terviku, võttes arvesse, et need on seotud sama ehitustööde hankelepinguga ja neil on sarnane sisu. Sellest tulenevalt ühendab riigihankeid peamiselt nende ühine eesmärk – milleks oli eelpool viidatud juhul asjaolu, et need olid seotud samade ehitustööde hankelepinguga – ja selles kontekstis võib teenuste sarnasel sisul olla oluline roll kokkukuuluva riigihanke määratlemisel, kui see on kohaldatav. Vastavalt seadusandja toodud põhjendustele võivad kriteeriumid, mis toetavad sama eesmärki täitvate teenuste ühesugust olemust, sisaldada asjaolu, et need täidavad oma funktsiooni kui omavahel seotud osad, mis toimivad koos (nt uurimuse ja küsitluse, millel antud uurimus baseerub, koostamine). Kohtuotsusele tuginedes tuleb märkida, et kui esialgne eskiis, eelprojekt ja detailne projekt on tellitud hankija poolt sama ehitustööde hankelepingu jaoks, siis tuleb selliseid teenuseid lugeda eeldatava maksumuse osas üheks riigihankeks – välja arvatud juhul, kui konkreetsed asjaolud viitavad vastupidisele – alates esimese planeerimistö tellimisest, millest kogu protsess algab.

Teenuste puhul, mis on seotud selgelt erinevate valdkondadega (nt koolitustegevused, mis viiakse läbi erinevas kutsevaldkonnas või nõustamise pakkumine erinevates erialavaldkondades), saab sisu poolest kokkukuuluvaks lugeda need riigihanked, mis seonduvad sama eriala või kaubandusvaldkonnaga, kuid hindamine võib sisaldada ka vajaliku hariduse/kvalifikatsiooni küsimusi ja seda, kas ettevõtja oleks üldjuhul võimeline osutama selliseid teenuseid. Näiteks kui koolituse läbi viimise eest vastutav organisatsioon sõlmib koolituslepinguid keeleõppe alal ja sertifitseeritud audiitorite koolitamiseks, siis neid lepinguid ei saa lugeda üheks riigihankeks.

Sellest tulenevalt peab hankija teenuste hankelepingute korral, pidades silmas üht ja sama majanduslikku ja tehnilist funktsiooni, tegema esmajärjekorras kindlaks, kas teenustel on sama eesmärk. Kui see on nii, siis tuleb hinnata teisi kriteeriume, mis toetavad teenuste samasugust olemust.

Keerulisem on kirjeldada ühe riigihanke piire üldiselt kui tuvastada neid põhjendatult konkreetsetes olukorras. Tõepoolest, hankija peab otsustama kokkukuuluva riigihanke üle, võttes arvesse konkreetseid asjaolusid, rakendades õiguslikke meetmeid konkreetsele juhtumile. Sellega seoses tahame juhtida rakendusasutuste tähelepanu iseäranis **õiguste nõuetekohase jõustamise põhimõttele**. Riigihanke peamine roll peab olema konkurentsi tagamine avaliku sektori tehtud soetamistes. Seejuures tuleb erilist tähelepanu pöörata ELi toetusega läbiviidavatele riigihangetele, mille puhul on riigihangete eraldi käsitlemist järelkontrolli käigus keeruline õigustada, juhul kui üheainsa projekti raames sõlmib hankija mitu sarnase või sama sisuga lepingut sama ettevõttega ning vastavate lepingute sõlmimine ei vasta kehtestatud korrale lähtuvalt nende eeldatavast kogumaksumusest.

Euroopa Kohtu praktika

Euroopa Kohtu otsuses kohtuasjas **C-16/98** seoses geograafiliselt jaotatud riigihangetega, mis algasid samal ajal ja teostati riiklike elektrifitseerimis- ja tänavavalgustustöödena, otsustas kohus – lähtuvalt ühesuguse majandusliku ja tehnilise funktsiooni kriteeriumist – et need riigihanked, mis puudutasid elektrifitseerimistöid, oleks pidanud liitma ühe hanke alla. Vastupidi, erinevate omavalitsuste tänavavalgustustöödega seotud ehitustööde osadeks jaotamine ei ole tingimata üksteisega seotud ega sõltu antud juhul üksteisest – ehkki sellistel tänavavalgustustöödel on muidu sama majanduslik ja tehniline funktsioon – ning kohus ei kinnitanud, et sellel konkreetsel juhul need tänavavalgustustööd *oleksid täitnud sama ülesannet*. Kohus väitis, et „järelkult tuleb seda, kas tegemist on ühe ehitustööga, hinnata sellist laadi tööde puhul seoses kõnealuse üldkasutatava elektri jaotus- ja tänavavalgustusvõrgu täidetavate majanduslike ja tehniliste funktsioonidega“ (lõik 38). Iga riigihanke puhul „tuleb hankeid hinnata lähtuvalt nende kontekstist ja iseärasustest“ (lõik 65).

Juhtumi käigus, mis tõi kaasa kohtuasja **C-271/08**, sõlmisid teatud kohalikud omavalitsused raamkokkulepped ühe või enama teenusepakkujaga – mis olid määratud kollektiivlepingus kohaliku omavalitsuse tööandjate ühenduse ja ametiühingute vahel – seoses tööandjapensioniskeemiga ja kõnealused raamkokkulepped määratlesid tingimused, mille alusel töötajad võisid võtta ühendust teenusepakkujatega enda isikliku pensionilepingu sõlmimiseks. Kohus leidis, et kohalik omavalitsus oleks pidanud arvesse võtma kõikide teenusepakkujaga eraldi sõlmitud raamlepingute summeeritud maksumust, kuna juhul, kui lepingute sisu on sama, tähendab eeldatava maksumuse arvestamine sõltuvalt lepingute arvust antud juhul lepingu kunstlikku osadeks jaotamist.

Kohtuasjas **C-574/10** seoses spordi- ja avalike ürituste halli renoveerimisega tellis kohalik omavalitsus samalt agentuurilt igal aastal vahemikus 2008 kuni 2010 erinevaid töid seoses planeerimise, tehnilise järelevalve ja spetsialiseerunud inseneride valimisega järgmise teostusetapi jaoks. Kohus leidis, et kõik planeerimis- ja inseneriteenuste jaoks sõlmitud lepingud, mis seonduisid sama ehitustööga, moodustasid tehniliselt ja majanduslikult kokkukuuluva ühiku, isegi kui iga etapi lepingud olid sõlmitud eraldi tööde läbiviimise käigus. Kohus rõhutas, et kõik teenused olid seotud sama hoone sama renoveerimisprojektiga ja kõik teostatud tööd olid sisuliselt projekteerimistööd sama tasustamismeetodiga, isegi kui esines mõningaid erinevusi erinevate etappidega seotud tööde vahel. Sellest tulenevalt kehtib kõnealuste teenuste puhul sisuline kokkukuuluvus ja tehnilisest ja majanduslikust vaatepunktist funktsionaalne järjepidevus, mida ei tohi lõhkuda ega katkestada teenuste osadeks jagamisega.

Kokkukuuluva riigihanke kontseptsiooni ja toetuste abil läbi viidavate projektide vaheline seos

Kokkukuuluva riigihanke kontseptsiooni määratletakse vastavalt kohtu poolt välja töötatud **individuaalsetele kriteeriumidele kooskõlas riigihangete direktiivide eesmärkidega**. Samu kriteeriume kohaldatakse seal, kus kõnealused lepingud moodustavad osa projektist, millele kehtib

ELi riigiabi poliitika (edaspidi „projekt“). Sellest tulenevalt ei ole riigiabi projekt mitte mingil juhul võrdväärne ühtse riigihanke raamistikuga.

Tõsiasi, et teatud hanked võidakse läbi viia ühe projekti raames, võib aga olla asjakohane, kui tehakse kindlaks sama funktsiooniga lepingud, mis on ühe riigihanke osa, millele kehtib riigihangete seadus.

Juhul kui hankija seisab silmitsi olukorraga, kus ta ei saa kindlalt otsustada, kas vastavaid lepinguid tuleb käsitleda kokkukuuluva riigihankena või mitte, on kaalumisel mõttekas võtta arvesse, et ELi toetuse abil läbi viidavate projektide puhul uuritakse järelkontrollides üht projekti ja riigihanget, mis selle projekti raames läbi viidi, ning otsus mitte teostada hankemenetlust võib kaasa tuua kohustuse toetus täies ulatuses tagasi maksta ja muud õiguslikud tagajärjed.

Millisel juhul tuleb eeldatava maksumuse arvutamisel arvesse võtta aasta jooksul tehtud ostude maksumust?

RHSi § 21 lg 2 sätestab, et asjade või teenuste hankelepingu, mis on oma olemuselt regulaarne või mida kavatakse kindla tähtaja jooksul uuendada, eeldatav maksumus on:

- 1) eelnenud 12 kuu või eelmise majandus- või eelarveaasta vältel sõlmitud järjestikuste samalaadsete hankelepingute kogumaksumus, võttes võimaluse korral arvesse ka eeldatavaid muutusi ostetavates või tellitavates kogustes või hinnas järgmise perioodi vältel või
- 2) esimese hankelepingu sõlmimisest arvates järgmise 12 kuu või majandus- või eelarveaasta jooksul sõlmitavate järjestikuste samalaadsete hankelepingute eeldatav kogumaksumus.

Hankijad peavad tavaliselt hankima teatud asju ja teenuseid selleks, et olla suutelised täitma oma ülesandeid või tagama oma organisatsiooni toimimise. Sellised hankevajadused tekivad ettenähtavalt regulaarselt ja neid uuendatakse perioodiliselt (nt kontoritarbed, pidevaks toitlustamiseks vajalikud toiduained, regulaarne transport või puhastusteenused jne). Sellistel juhtudel tuleb arvesse võtta aasta jooksul tehtavate ostude maksumus, isegi kui vastava lepingu kestus ei ületa üht aastat.

Kuid eeltoodud eeskiri ei välista asjade ja teenuste individuaalseid hankeid, kui tekib vajadus eraldi hanke järele, vastupidiselt regulaarsetele hangetele, ettenägematul viisil. Näiteks, kui asutus esitab suure raamatute aastatellimuse oma raamatukogule igal aastal, ettenähtavalt, siis ei tohi aastatellimuste maksumust osadeks jaotada. Kui aga konkreetsel põhjusel (nt konverentsi jaoks) ja sõltumatult antud aasta ettenähtud hangetest ostetakse mõned raamatud väiksema maksumusega, määratletakse sarnaste asjade regulaarsete hangete eeldatava maksumus individuaalselt, võttes arvesse asjaolu, et hangetel puudub ühesugune funktsioon. Veel üks näide: kui hankija sõlmib igal aastal lepinguid puhastusteenuste ostmiseks enda hallatud valduses, siis selliste vajaduste korral, mis tekivad regulaarselt ja ettenähtavalt, kehtib riigihange, mille korral arvestatakse puhastusteenuste aastast summeeritud maksumust, välja arvatud juhul, kui sõlmitava lepingu kestus ületab 12 kuud. Kui aga käesoleval aastal saab hankija ettenägematul viisil vastutavaks valduse haldamise eest, millele kehtib eraldi puhastusteenuste leping, siis sellisel juhul RHSi § 21 lg 2 selle hanke maksumuse määratlemisele ei kohaldu.

Kuidas tõlgendada RHSi § 23 lg 3?

RHSi § 23 lg 3 annab võimaluse eraldada väikese maksumusega lepingud riigihankest, soodustades sellega väikeettevõtete pääsemist turule ning lihtsustades hankijate olukorda. Antud sätet tuleb tõlgendada kui sellist, mis hõlmab ainult riigihankelepinguid, mis maksumus on üle rahvusvahelise piirmäära, kuna eraldatavatele väikese maksumusega lepingutele kehtib siseriiklikule korrale vastav

riigihanke kohustus. Selle sätte kohaselt võib ühe või enam lepingut, mis on eraldatud rahvusvahelist piirmäära ületavast hankelepingust ja jäävad alla seadusega kehtestatud piirmäära (punktid 1 ja 2), sõlmida riikliku menetluskorra kohaselt. Samas piirab seda asjaolu, et sellisel viisil eraldatud osade summeeritud maksumus ei tohi ületada 20% terve riigihanke kogumaksumusest.

Juhime siiski hankijate tähelepanu õiguste nõuetekohase jõustamise põhimõttele, seda ka seoses eraldatud lepingute eeldatava maksumuse määramisega. Juhul kui riigihanke raames tehakse soetuseid, mille maksumus ei ületa 20% ja on sisu alusel tervikust eraldatavad, võib kohaldada RHSi § 23 lg 3. Kuid hankija ei tohi kavatsuslikult kunstlikult jaotada osadeks lepingut, mis on sisu poolest selgelt kokkukuuluv. Esiteks peab hankija määratlema sisu alusel eraldatud lepingute eeldatava maksumuse selle asemel, et kohandada eeldatavat maksumust menetlussüsteemile.

Mis puudutab ELi toetusega läbi viidavaid hankeid, siis on eriti oluline pöörata tähelepanu asjaolule, et asutamislepingus sätestatud nõudeid läbipaistvusele järgitaks ka nende riigihankelepingute puhul, mis jäävad alla ELi piirmäära.³ Sellest tulenevalt kujutab see endast ELi asjakohaste kontrollide käigus märkimisväärset riski, kui hankija jaotab RHSi § 23 lg 3 alusel kunstlikult osadeks teatud osad riigihankelepingus, mis ületab ELi piirmäära – seega on piiriülese tähtsusega - selleks, et täita neid osi menetluses ilma eelnevalt hanketeadet avaldamata.

³ Vt komisjoni tõlgendav teatis:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC0801\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC0801(01)&from=EN)