

TEPPER & PARTNERID

A D V O K A A D I B Ü R O O

Käesolev vaidlustus koos lisadega on edastatud e-posti teel

Riigihangete vaidlustuskomisjon
Endla 13, 10122 Tallinn
E-post vako@fin.ee

18. augustil 2016. a

Vaidlustaja:

OÜ KIIRWARREN.KL
Registrikood 11169541
Järvekalda tee 1, Harkujärve küla
Harku vald, 76902 Harju maakond

Vaidlustaja esindaja:

Vandeadvokaat Kristina Uuetoa-Tepper
Advokaadibüroo Tepper & Partnerid
Lelle 24, 11318 Tallinn
Tel 6 671 550, e-post kristina@tepper.ee

Hankija:

Tartu Linnavalitsus
Registrikood 75006546
Raekoda, 50089 Tartu
Tel 7 361 279, e-post kadi.metsma@raad.tartu.ee

VAIDLUSTUS
riigihankes viitenr 176967

1. Üldised asjaolud

1.1. Tartu Linnavalitsus (**Hankija**) on kuulutanud välja avatud riigihanke „Foorisüsteemide hooldustööd Tartu linnas 01.01.2017-31.12.2020“ (viitenr 176967) (**Hange**). OÜ KIIRWARREN.KL (**Vaidlustaja**) sai Hankest teada 08.08.2016. a.

1.2. 16.08.2016. a muutis Hankija hanketeadet (**HT**) ja hankedokumente (**HD**).

1.3. HT p IV.3.4 kohaselt on pakkumuste esitamise tähtaeg 12.09.2016. a kl 10.00.

Vaidlustaja on seisukohal, et Hanke HT p III.2.3 alap-d 2-3 ja vastavalt seotud HD p-d 3.2.2-3.2.3 ning HD lisa 1 vorm 4 on õigusvastased ja rikuvad Vaidlustaja õigusi, kuivõrd Vaidlustaja soovib Hankes osaleda ning tal on õigus nõuda, et HT ja HD oleks kooskõlas õigusaktide nõuetega. Vaidlustaja taotleb Hankija kohustamist HT ja HD õigusaktidega kooskõlla viimiseks¹, põhjendades oma seisukohti kooskõlas Riigihangete seaduse (**RHS**) § 121 lg-ga 2 täpsemalt alljärgnevalt.

¹ Vaidlustusega on hõlmatud nii konkreetset osundatud kui ka need HT ja HD punktid, mis kordavad vaidlustatud punkti või seostuvad vaidlustatu sisuga, sh milliseid arvestades vaidlustuse eesmärki tuleks selle saavutamiseks samuti muuta

2. HT p III.2.3 alap 3² on vastuolus RHS-ga, eeskätt § 39 lg-ga 1 ja § 41 lg-ga 1

HT p III.2.3 alap 3 sätestab kvalifitseerimistingimuse: „Pakkuja peab olema täitnud viimase kolme aasta jooksul (2013-2015) **igal aastal** tähtaegselt ja nõuetekohaselt **vähemalt ühe** foorisüsteemide **paigaldus- ja hooldustöödega seotud lepingu**, igakuks maksumusega vähemalt 30 000 eurot koos käibemaksuga (**kokku 3 lepingut**). Nimetatud lepingud peavad olema täidetud korrektselt ja häid tavasid järgides. Pakkuja esitab vormi 4 kohase loetelu täidetud lepingutest koos informatsiooniga töö teostamise aja, maksumuse ja tellija kohta. Lisatud nõutava dokumendi vorm: Vorm 4“.

2.1. RHS § 39 lg 1 teine lause sätestab, et kvalifitseerimise tingimused peavad olema piisavad pakkuja hankelingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks ning vastavad ja proportsionaalsed hankelingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega. RHS § 41 lg 1 esimesest lausest tuleneb samaselt, et pakkuja tehnilise ja kutsealase pädevuse kontrollimiseks kehtestatakse kvalifitseerimistingimused kooskõlas hankelingu alusel ostetavate asjade, tellitavate teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja kasutusviisiga.

Viidatud sätete rakendamisel kehtivad vaieldamatult RHS §-s 3 sisalduvad riigihangete korraldamise üldpõhimõtted, millest lähtuvalt tuleb Hankijal tagada Hankel konkurentsi efektiivne ärakasutamine (RHS § 3 p-d 1 ja 4). Samuti on Hankijal kohustus kohelda kõiki isikuid, kelle elu- või asukoht on Eestis, mõnes muus Euroopa Liidu liikmesriigis, muus Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigis või Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelingu ühinenud riigis, võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning jälgida, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud.

Riigihangete vaidlustuskomisjon (**VAKO**) on enda praktikas väljendanud seisukohta, et RHS § 3 p-des 3 ja 4 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtted ja RHS § 39 lg-s 1 sätestatud kvalifitseerimistingimuste kehtestamise nõuded võivad vastanduda ning eriti terav võib selline vastandumine olla piiratud turu olukorras. „Vaidlustuskomisjoni arvates tuleb viidatud sätteid koosmõjus tõlgendada selliselt, et isikute võrdse kohtlemise ja konkurentsi efektiivse ärakasutamise nõudega on kooskõlas sellised kvalifitseerimise tingimustega pakkujatele või taotlejatele esitatavad piirangud, mis on vajalikud pakkuja või taotleja hankelingu täitmise võime tõendamiseks“³. Kvalifitseerimistingimus on vastav ja proportsionaalne, kui ta on kohane ja vajalik. Tingimus on kohane, kui sellele vastavus väljendab pakkuja võimet lepingut nõuetekohaselt täita. Tingimus on vajalik, kui pakkuja võimet hankelingu täita ei ole võimalik sama veenvalt tõendada kergema tingimuse abil⁴. Vaidlustuskomisjon rõhutas, et kehtestatud kvalifitseerimistingimuse vastavust RHS-le tuleb vaidluse korral tõendada hankijal ning asjakohased ei ole paljasõnalised väited⁵.

2.2. Vaidlustaja leiab, et HT p III.2.3 alap 3 ei vasta kvalifitseerimistingimuse kohasuse ja vajalikkuse kriteeriumitele osas, milles nimetatud kvalifitseerimistingimus nõuab mh, et pakkuja oleks täitnud 3 foorisüsteemide **paigaldus- ja hooldustöödega seotud lepingut**.

² ja vastavalt seotud HD p 3.2.3 ja HD lisa 1 vorm 4

³ VAKO 01.10.2013. a otsus vaidlustuses nr 225-13/146029 (p 6)

⁴ VAKO 14.04.2014. a otsus vaidlustuses nr 62-14/149254 (p 6)

⁵ VAKO 01.10.2013. a otsus vaidlustuses nr 225-13/146029 (p 8)

HD p 1.5 kohaselt on Hanke objektiks „Tartu linna foorisüsteemide, tõkkepuude, liikluskiirust ja intensiivsust fikseerivate seadmete, liikluse jälgimise ja salvestamise videoseadmete aastaringne **hooldustööde teostamine** hankedokumentides määratletud tingimustel 1. jaanuarist 2017. a kuni 31. detsembrini 2020.a.“, mitte aga foorisüsteemide paigaldustööd. HD lisaks 2 oleva töövõtulepingu (**Hankeleping**) p-s 5 sätestatud töövõtja kohustused seonduvad eelkõige foorisüsteemide, tõkkepuude, liikluskiirust ja intensiivsust fikseerivate seadmete, liikluse jälgimise ja salvestamise videoseadmete hooldustööde teostamisega vastavalt HD lisas 3 toodud hooldustööde teostamise tehnilistele- ja kvaliteedinõuetele, foorisüsteemide töörežiimi tagamise (sh fooriprogrammide ümberlülitamise, korrigeerimise), foorisüsteemide töö kohta andmete säilitamise, edastamise, aruannete koostamise, seadmetega seonduvate liikluskahjude menetlemise jmt-ga. Foorisüsteemide paigaldustöödega seondub kaudsalt üksnes Hankelepingu p 5.16, mille kohaselt peab Hankelepingu täitja paigaldama purunenud ja/või vigastatud fooride asemele **ajutised foorid ja muud vajalikud liikluskorraldusvahendid** kuni alalise liikluskorralduse taastamiseni. Vaidlustaja on seisukohal, et „ajutiste fooride ja muude vajalike liikluskorraldusvahendite paigaldamist“ ei saa samastada foorisüsteemide paigaldustöödega, mida valdkondliku praktika (aga ka Hankija senise praktika⁶) kohaselt tellitakse eraldi riigihangetes. Tähelepanuväärsena nõudis kuni 16.08.2016. a kehtinud HT redaktsiooni p III.2.3 alap 4, mis kehtestas analoogse kvalifitseerimistingimuse, samuti üksnes „foorisüsteemide hooldustöödega seotud lepingute“ täitmist.

2.3. Asjaolu, et foorisüsteemide paigaldustööd toimuvad eraldi foorisüsteemide hooldustöödest, kinnitab mh Hankelepingu p 5.11, mille järgi kohustub töövõtja „hooldama hooldusperioodil paigaldatavaid uusi foorisüsteeme, tõkkepuud, liikluskiirust ja intensiivsust fikseerivaid seadmeid, liikluse jälgimise ja salvestamise videoseadmeid pärast paigaldamist. Hooldusperioodil paigaldatavad uued foorisüsteemid ja/või teised loetletud seadmed antakse seadmeid paigaldanud firma poolt hoolduseks üle Töövõtjale, üleandmise kohta vormistatakse akt, mis allkirjastatakse seadmete paigaldaja, Töövõtja ja Tellija poolt“. Samuti pole Hankija nõudnud foorisüsteemide paigaldustööde teostamise kogemust Hankija poolt varasemalt korraldatud samasisulise riigihanke „Foorisüsteemide hooldustööde teostamine Tartu linnas 01.01.2011-31.12.2013“ (viitenr 120893) hanketeate p III.2.3 alap-s 2.3.3, mis sätestas, et „Pakkuja peab olema täitnud viimase kolme aasta jooksul (2007-2009) tähtaegselt ja nõuetekohaselt kõik **fooride hooldustöödeks sõlmitud lepingud**, mille maksumus koos käibemaksuga ületab 500 000 Eesti krooni“ ega ka sama HT punkti alapunktis 4.2.4, mille täitmiseks tuli pakkujal esitada „**loetelu viimase kolme aasta jooksul foorisüsteemide hooldustöödeks sõlmitud lepingute kohta**, mille maksumus koos käibemaksuga ületab 500 000 Eesti krooni. Juhul kui mõnel aastal puuduvad üle 500 000 Eesti krooni maksumusega lepingud, peab pakkuja loetlema teisi lepinguid, et kinnitada vähemalt kolmeaastast töökogemust vastavas valdkonnas“.

2.4. Isegi kui Hanke objektiks olevate hooldustööde tegemise võime tõendamiseks oleks kvalifitseerimistingimuseks kohane ka foorisüsteemide paigaldustööde kogemus, ei ole seejuures põhjendatud nõuda, et ettevõtja peab olema HT p III.2.3 alap-s 3 nimetatud ajavahemikul täitnud kolm lepingut, mille raames on ettevõtja **üheaegselt** teinud nii foorisüsteemide paigaldus- kui ka hooldustöid. Pakkuja võime täita Hankelepingut ei sõltu

⁶ Vt nt riigihange „Tartu linnas Kroonuaia - Emajõe tänavate ristmiku foorisüsteemide rekonstrueerimine“ (viitenr 171069); riigihange „Tartu linnas Riia – Pepleri – Väike-Tähe tänavate ristmiku foorisüsteemide remont“ (viitenr 160416); riigihange „Tartu linnas Aardla-Jalaka tn ristmiku foorijuhitavaks ümberehitamine“ (viitenr 154627); riigihange „Tartu linnas Riia – Võru – Akadeemia - Tähe tänavate ristmiku foorisüsteemide remont“ (viitenr 149271) jne

sisuliselt kuidagi sellest, kas ta on eelnevalt teinud paigaldus- ja hooldustöid sama lepingu või erinevate lepingute raames. Vaidlustaja on eelnevalt põhjendanud (vt p 2.2), et valdkondliku praktika kohaselt tellivad hankijad foorisüsteemide paigaldus- ja hooldustöid reeglina eraldi, mistõttu piirab antud kitsendav tingimus ka otseselt konkurentsi.

2.5. HT p III.2.3 alap 3 on täiendavalt õigusvastane osas, mille kohaselt peab ettevõtja kvalifitseerumiseks olema täitnud „*igal aastal [---] vähemalt ühe lepingu, igaüks maksumusega vähemalt 30 000 eurot koos käibemaksuga (kokku 3 lepingut)*“. Vaidlustaja leiab, et samaväärselt tõendaks pakkuja võimet täita Hankeleping kvalifitseerimistingimus, mille kohaselt oleks kehtestatud üksnes 3 aasta jooksul täidetud lepingu(-te) kogumaksumusnõue ja/või tingimus, mille kohaselt lepingu(-te) täidetud osa ühe aasta kohta ei või olla väiksem kui 30 000 eurot koos käibemaksuga, mitte aga nii nagu antud hetkel – kehtestatud on lepingute minimaalne arv (3 tk) ja lepingute arvuline jagunemine konkreetset viisil – vähemalt 1 leping aastas. Teisisõnu – samaväärse võimekusega Hankelepingu täitmiseks on ka pakkuja, kes on täitnud 3 aasta jooksul ühe lepingu, mille maksumus on vähemalt 90 000 eurot koos käibemaksuga, aga samuti pakkuja, kes on täitnud kolme aastase ajavahemiku jooksul 2 lepingut, mis kokku ületavad nt 90 000 eurot koos käibemaksuga, kuid mõlemad lepingud on täidetud nt ühel aastal (2015). Kohane on osundada, et tavapäraselt ostetaksegi taolist teenust mitte üheaastaseks, vaid pikemaks perioodiks, ka Hanke tulemusena sõlmitakse Hankeleping kolmeaastaseks perioodiks.

3. HT p III.2.3 alap 2 on vastuolus RHS-ga, eeskätt § 3 p-dega 3 ja 4 ning § 39 lg-ga 1 ja § 41 lg-ga 8

3.1. HT p III.2.3 alap 2 kohaselt peab pakkujal „*olema fooriobjektide hooldamiseks vajalik riist- ja tarkvara. Pakkuja esitab vastavate tööriistade, seadmete ja tarkvara loetelu ja tehnilised näitajad. Juhul, kui nimetatud tööriistad, seadmed, masinad ja tarkvara ei kuulu pakkuja, esitab pakkuja koos kinnitusega kolmanda isikuga sõlmitud kokkuleppe, mille alusel on pakkujal võimalik hankelepingu sõlmimise korral nimetatud tööriistu, seadmeid ja masinaid kasutada.*“ Hankija on selgitanud, et peab fooriobjektide hooldamiseks vajaliku tarkvara all silmas fooride jälgimise tarkvara (vt eRHR-i teabevahetuse sektsioonis 08.08.2016. a esitatud küsimuste p-te 5, 5.1 ja vastavaid Hankija 11.08.2016. a selgitusi). Hankija selgituste p-de 5.3 ja 5.3.2 kohaselt ei oma Hankija HT p III.2.3 alap-s 2 nimetatud tarkvara kasutusõigust, vaid see kuulub praegusele teenuseosutajale IB Foor OÜ-le⁷. Analoogselt vaidluses asus VAKO seisukohale, et eeldada ei saa, et teistel pakkumuse esitamisest huvitatud isikutel oleks võimalik sõlmida eelleping praeguse teenuse osutajaga selle süsteemi kasutusse võtmiseks⁸.

3.2. Kuivõrd HT p III.2.3 alap-s 2 nõutav fooride jälgimise tarkvara ei ole faktiliselt turult vabalt soetatav, tuleks praegusel kujul kehtiva kvalifitseerimistingimuse kohaselt ettevõtjal Hankel kvalifitseerumiseks kõnealune tarkvara iseseisvalt välja arendada ning seda pakkumuste esitamise eeldusena. Vaidlustaja leiab, et HT p III.2.3 alap-s 2 sisalduv kvalifitseerimistingimus on seetõttu õigusvastane (võimaldab pakkujatena kvalifitseeruda üksnes ettevõtjatel, kes pakkumuste esitamise tähtajaks (vt p 1.3) juba omavad nõutavat fooriobjektide hooldamiseks vajalikku tarkvara või kes esitavad oma kvalifikatsiooni tõendamiseks kinnituse koos kolmanda isikuga sõlmitud kokkuleppega, mille alusel on pakkujal võimalik hankelepingu sõlmimise korral nõutavat tarkvara kasutada). Kuivõrd

⁷ Riigihanke “Foorisüsteemide hooldustööde teostamine Tartu linnas” (viitenr 145597) tulemusena 28.11.2013. a sõlmitud töövõtulepingu alusel

⁸ VAKO 14.04.2014. a otsus vaidlustuses nr 62-14/149254 (p 6.4.2)

kehtivat HT p III.2.3 alap-s 2 sisalduvat kvalifitseerimistingimust suudab täita vaid üks pakkuja (praegune teenuseosutaja IB Foor OÜ), siis on HT p III.2.3 alap 2 eelnevalt viidatud osas vastuolus RHS § 3 p-des 3 ja 4 sätestatud proportsionaalsuse nõudega ning olemasoleva konkurentsi ärakasutamise nõudega⁹. RHS § 41 lg 1 p 8 kohaselt hankija võib nõuda pakkuja kinnitust töö-või liiklusvahendite, seadmete ja tehnilise varustuse olemasolu kohta või vastava kirjaliku kokkuleppe olemasolu vajaliku tehnika omandamiseks või kasutusse võtmiseks, mida pakkuja või taotleja saab hankelepingu täitmisel kasutada. Vaidlustaja on seisukohal, et „*kirjaliku kokkuleppe olemasolu omandamiseks/kasutusse võtmiseks*“ tuleb siinkohal sisustada kokkuleppena, mille alusel vastav tarkvara arendatakse hankelepingu täitmise ajaks. Eeltoodust tulenevalt ning lähtudes RHS § 39 lg-st 1 on põhjendatud HT p III.2.3 alap 2 muuta selliselt, et kvalifitseerimistingimustele vastavaks loetakse ettevõtja, kes esitab kinnituse võimekusest fooriobjektide hooldamiseks vajalik tarkvara iseseisvalt välja arendada (sh asjakohasuse korral tuleks esitada vastav kirjalik kokkulepe tarkvara arendamiseks kolmanda isiku poolt). HT p II.3 kohaselt on Hankelepingu täitmise periood 01.01.2017-31.12.2020. a, mistõttu on nõutava tarkvara väljaarendamine Hankelepingu täitmise algusajaks objektiivselt võimalik. Olukorras, kus Hanke objektiks olevate hooldustööde tegemine pole ilma HT p III.2.3 alap-s 2 nimetatud tarkvarata võimalik ja tarkvara on olemas ühel isikul, tuleb Hankijal kehtestatavate tingimuste kaudu tagada reaalne võimalus ka teistel vastavat pädevust omavatel huvitatud isikutel pakkumust esitada¹⁰. RHS-i sätteid ei ole alust tõlgendada selliselt, et kvalifitseerumise eeldusena on hankija alati õigustatud nõudma kõigi hankelepingu täitmiseks vajalike toodete valmis kujul olemasolu pakkumuse esitamise ajaks. Vastupidi.

4. Menetluslikud küsimused

- 4.1.** Arvestades, et Vaidlustaja sai Hankest teada 08.08.2016. a, on käesolev vaidlustus esitatud tähtaegselt (RHS § 121 lg 1).
- 4.2.** Vaidlustaja soovib vaidlustuse arutamist istungil.
- 4.3.** Vaidlustaja jätab endale õiguse esitada täiendavaid seisukohti jne sõltuvalt eeskätt Hankija vastusest.
- 4.4.** Arvestades pakkumuste esitamiseks kehtivat tähtaega (12.09.2016. a), ei taotle Vaidlustaja käesoleval hetkel Hanke hankemenetluse peatamist, kuid ei välista asjakohase taotluse esitamist edasiselt.

Lähtudes eeltoodust ning juhindudes RHS § 126 lg 1 p-st 5,

p a l u m e :

- 1. Kohustada Tartu Linnavalitsust viima riigihanke „Foorisüsteemide hooldustööd Tartu linnas 01.01.2017-31.12.2020“ (viitenr 176967) hanketeade ja -dokumendid vaidlustuses käsitletud osades vastavusse õigusaktidega ettenähtud nõuetega.

⁹ Samas (p 6.4.3)

¹⁰ Samas (p 7)

2. Mõista Tartu Linnavalitsuselt välja OÜ KIIRWARREN.KL kasuks riigilõiv.

Lugupidamisega

/allkirjastatud digitaalselt/

Kristina Uuetoa-Tepper
Vandeadvokaat

Lisad:

1. Volikiri
2. Riigilõivu tasumist tõendav maksekorraldus