

Riigihangete vaidlustuskomisjon
Endla 13/Lökke 5
vako@fin.ee



Advokaadibüroo ALTERNA OÜ
Delta Plaza Ärimaja
Pärnu mnt 141
11314 Tallinn, Estonia
Telefon: +372 680 6850
E-post: info@alternallaw.ee
www.alternallaw.ee

Esitatud e-posti teel

03.07.2017

Kolmas isik I: **Baltic Restaurants Estonia AS**
Registrikood: 11391363
Hõbeda 6, Tallinn

Hageja esindaja: **Vandeadvokaat Epp Lumiste**
Advokaadibüroo ALTERNA
Pärnu mnt 141, 11314 Tallinn
E-post: epp@alternallaw.ee
Tel: 680 6850

Vaidlustaja: **Toidutorn AS**
Registrikood: 10353188
Munga 12, 51007 Tartu
E-post: jaanus@toidutorn.ee
Tel: 5034594

Hankija: **Tartu Linnavalitsus**
Registrikood: 75006546
Raekoja plats 1a (Raekoda) 50089 Tartu

Hankija esindaja: **Leelo Sahk-Jansen**
E-post: leelo.sahk-jansen@raad.tartu.ee
Tel: 7361 115

Kolmas isik II: **P.Dussmann Eesti OÜ**
Registrikood: 10068915
Mustamäe tee4, Tallinn
E-post: dussmann@dussmann.ee

KOLMANDA ISIKU I SEISUKOHT
Vaidlustusmenetluses nr 99-17/184418

KOLMANDA ISIKU TAOTLUS:

- 1. Rahuldada vaidlustus osaliselt ning tunnistada Tartu Linnavalitsuse 13.06.2017. a korralduse nr 584 p 1.1 riigihanke I osas suhtes kehtetuks;**
- 2. Kohustada Tartu Linnavalitsust hindama riigihanke (viitenumber 184418) I osale esitatud pakkumusi uuesti.**

1. MENETLUSE EELNEV KÄIK

- 1.1.** Tartu Linnavalitsus (edaspidi **hankija**) viis läbi riigihanke (viitenumber 184418) „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutaja leidmiseks 01.07.2017 kuni 30.06.2023” (edaspidi viidatud kui **hange**).

- 1.2.** 18.04.2017. a kvalifitseeris hankija riigihanke I osa suhtes nii Baltic Restaurants Estonia AS-i (edaspidi ka **BRE** või **kolmas isik I**), AS-i Toidutorn (edaspidi **Toidutorn** või **vaidlustaja**) kui ka P.Dussmann Eesti OÜ (edaspidi ka **Dussmann** või **kolmas isik II**).
- 1.3.** **13.06.2017. a** korraldusega nr 584 tunnistas hankija edukaks pakkujaks Dussmanni ning otsustas kolmanda isikuga II sõlmida hankelepingu.
- 1.4.** Toidutorn esitas riigihangete vaidlustuskomisjonile (edaspidi **VAKO**) vaidlustuse, mille taotles hankija korralduse nr 584 kehtetuks tunnistamist ja vaidlustuse rahuldamist. Toidutorn on vaidlustuse täpsustuse kohaselt seisukohal, et hankijal oli kohustus kõrvaldada Dussmann hankemenetlusest juba pakkumuste kvalifitseerimise etapis. Täiendavalt on vaidlustaja seisukohal, et kui hankija oleks õiguspäraselt käitunud, siis oleks pidanud hankija sõlmima lepingu hoopis Toidutorniga.
- 1.5.** **29.06.2017. a** edastas VAKO BRE-le vaidlustuse ning sellele lisatud materjalid ning kohustas BRE-d esitama seisukohta hiljemalt 03.07.2017. a. Seega on käesolev seisukoht esitatud tähtaegselt.

2. ÕIGUSLIKUD PÕHJENDUSED

BRE märgib, et riigihangete seaduse (**RHS**) § 38 lg 2 nimetatud aluste kohaldamisel on hankijal diskretsioon ning seadusest tulenevalt ei ole hankijal kohustust nimetatud alustel pakkujat hankemenetlusest kõrvaldada. Samas nõustub BRE alljärgnevatel kaalutlustel vaidlustuses esitletud käsitlusega ning on seisukohal, et hankija korralduses peaksid sisalduma kaalutlused, miks vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid ei rakendatud. BRE selgitab oma seisukohta alljärgnevalt.

2.1. Kolmas isik I nõustub vaidlustajaga RHS § 38 lg 2 p 1 kohaldumise osas, kuna Dussmanni käitumises on tuvastatud raske süüline eksimus käitumisreeglite vastu.

- 2.1.1.** Vaidlustuses on Toidutorn esmalt tuginenud asjaolule, et hankija ei ole lähtunud seaduses sätestatud vabatahtlikest kõrvaldamise alustest (RHS § 38 lg 2 p 1 täpsemalt). RHS § 38 lg 2 p 1 kohaselt võib hankija kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja või taotleja, kelle suhtes või kelle esindaja suhtes on kutse- või ametiliidu aukohtu otsusega või muul sellesarnasel alusel tõendatud raske süüline eksimus kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu. Kolmas isik I mõonab, et tegemist on valikulise kõrvaldamise alusega ning hankijal ei olnud imperatiivset kohustust eelnimetatud sättest lähtuda.
- 2.1.2.** Samal ajal nõustub BRE aga vaidlustuses märgituga, et RHS § 38 lg 2 aluste kohaldamine on hankija kaalutusõigus. Ka riigihangete elektroonilises keskkonnas on rõhutatud, et RHS § 38 lg 2 nimetatud aluste puhul puudub hankijal kohustus pakkuja menetlusest kõrvaldada.¹ Kuna tegemist on kaalutusotsusega, siis peab hankija otsus olema eriliselt põhjalikult motiveeritud.
- 2.1.3.** HMS § 4 lg-s 1 on määratletud, et kaalutusõigus (diskretsioon) on haldusorganile **seadusega antud volitus kaaluda otsustuse tegemist või valida erinevate otsustuste vahel. Haldusorgan ei või langetada kaalutusotsust suvaliselt ja meelevaldselt.** BRE hinnangul peaksid hankija kaalutlused ja

¹ Vt <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/korvaldamise-alused>

põhjendused nähtuma haldusaktist endast. Riigikohtu pikaajalisele praktikale tugindes saab kindlalt väita, et põhjenduste hilisem esitamine ei muuda korraldust tagantjärele tõhusalt kontrollitavaks ning pole võimalik tõendada, kas kohtumenetluse jooksul esitatud põhjendused on samad, millest Korralduse andmisel tegelikult lähtuti (RHKHo 3-3-1-13-11, p 9; RKHko 3-3-1-49-08, p 11; RKHko 3-3-1-81-07, p 20). **Seega peaksid vaidlustatud korraldusest nähtuma kõik hankija kaalutlused, millest tulenevalt on Tartu Linnavalitsus pidanud põhjendatuks Dussmanni kvalifitseerimise olenemata viimasele süüdistuse esitamisest.**

- 2.1.4. Hankija põhjenduste esile toomine on seda olulisem olukorras, kus avalikkuselt kättesaadava informatsiooni kohaselt oli enne hanketeate avaldamist (st juba novembris 2016) teada, et Dussmannile ja tema seaduslikule esindajale on esitatud süüdistus altkäemaksu andmises (vt lisa nr 1 – Postimehe artikkel süüdistuse esitamisest). Kriminaalmenetlus jätkus ka pärast hanketeate avaldamist 16.03.2017. a ning alles 25. aprillis 2017. a sõlmis Dussmann kokkuleppe kriminaalmenetluse lõpetamiseks ja rahalise karistuse tasumiseks (vt lisa nr 2- EPL artikkel kokkuleppe sõlmimisest). Vaidlustusest nähtuvalt on Toidutorn juhtinud ka hankija tähelepanu Dussmanni kõrvaldamise aluste esinemisele, kuid vaidlustatud korraldusest ei nähtu hankija kaalutlusi RHS § 38 lg 2 p 1 kohaldamata jätmiseks.
- 2.1.5. BRE nõustub vaidlustajaga, et kriminaalmenetluse seadustiku (KrMS) § 202 kohaldamise eelduseks on teo karistatavuse üldiste eelduste tuvastamine. Erialases kirjanduses on selgitatud, et *Paragrahvi 202 kohaldamine eeldab, et eelnenud kriminaalmenetluse käigus on süüdistatava käitumises tuvastatud KarS § 2 lg-s 2 sätestatud teo karistatavuse üldised eeldused – st süüteokoosseis, õigusvastasus ja süü.*² Siinkohal tuleb märkida, et kokkuleppega nõustumisel loobub isik *talle inkrimineeritud kuritegudes kohtulahendi taotlemisest, sh enda võimalikust õigeksmõistmisest.*³ Kuigi nõusolekust ei saa veel järeldada isiku süüd tunnistamist, on käesoleval juhul siiski oluline, et Dussmann loobus enda õigeksmõistmise tunnistamisest ning otsustas kokkuleppe menetluse kasuks.
- 2.1.6. Kokkuvõtvalt tähendab eeltoodu, et Dussmanni käitumises on uurimisasutuse tegevuse tulemusena tuvastatud raske süüline eksimuse, mis seisnes juriidilise isiku poolt altkäemaksu andmises. Vaieldamatult on altkäemaksu andmine niivõrd raske kutsealaste nõuete rikkumine, et õigustaks pakkuja kõrvaldamist hankemenetlusest. **Järelikult esines alus Dussmanni kõrvaldamiseks hankemenetlusest, kuid hankija on otsustanud RHS § 38 lg 2 p 1 nimetatud alust mitte kohaldada.** Hankija kaalutlused ei nähtu aga vaidlustatud korraldusest.

2.2. Ajakirjanduses avaldatu pinnalt oleks hankijal pidanud tekkima põhjendatud kahtlus ning tal oli kohustus koguda täiendavaid tõendeid

- 2.2.1. Riigihangete läbiviimise elementaarseks põhimõtteks on hankija kohustus tagada, et riigihange on läbipaistev ja kontrollitav ning hankija peab avalikke vahendeid kasutama säästlikult ja otstarbekalt. BRE hinnangul tuleb käesoleval ajal RHS-i tõlgendada ja kohaldada kooskõlas Euroopa Liidu direktiividest tulenevate üldiste põhimõtetega.
- 2.2.2. BRE selgitab siinkohal, et Eesti Vabariigil oli kohustus võtta Euroopa Liidu direktiivid siseriiklikkuse õigusesse üle hiljemalt 18.04.2016. a. Euroopa Liidu üldtunnustatud põhimõtte kohaselt võib isik direktiivi sätetele tugineda, kui liikmesriik on rikkunud direktiivide ülevõtmise kohustust. Antud juhul puudub

² Vt Kriminaalmenetluse seadustik kommenteeritud väljaanne lk 480.

³ Samas

vaidlus, et Eesti ei võtnud direktiivi nr 2014/23 üle tähtaegselt. Kuivõrd Eesti riik on rikkunud direktiivide ülevõtmise kohustust, siis lasub nii VAKO-l kui ka kohtutel kohustus tõlgendada Eesti õigust Euroopa Liidu õigusega konformselt ehk võimalikult palju arvestada direktiividest tulenevaid üldpõhimõtteid.

- 2.2.3. Riigihange nr 184418 oli teenuse kontsessiooni andmise hange, mistõttu on asjakohane lähtuda siseriikliku õiguse tõlgendamisel just direktiivi nr 2014/23 eesmärkidest. Direktiivi eesmärgiks on selle põhjenduse nr 61 kohaselt *kelmuste ja pettuste ning eelistamise ja korruptsiooni vastu võitlemiseks ning huvide konfliktide ärahoidmiseks asjakohaste meetmete võtmine, et **tagada kontsessiooni andmise menetluse läbipaistvus ja kõikide taotlejate ning pakkujate võrdne kohtlemine.** Nimetatud meetmete eesmärk peaks olema eelkõige huvide konflikti ja **muude tõsiste rikkumiste ärahoidmine.*** Direktiivi artikkel 35 kohustab hankijaid võtma meetmeid, millega võideldakse korruptsiooni vastu.
- 2.2.4. Järelikult tuleneb Euroopa Liidu õigusest hankija positiivne kohustus rakendada meetmeid korruptsiooni välistamiseks, ausa konkurentsi tagamiseks ja riigihanke läbipaistvuse tagamiseks. Eelnimetatud kohustus koostoimes RHS § 38 lg-ga 3 tähendab, et Tartu Linnavalitsus oleks pidanud Dussmannilt küsima selgitusi menetluse olemuse ja kriminaalmenetluse lõpetamise kohta. Kusjuures, hankijal oli võimalik pöörduda Harju Maakohtu poole ning asjaolude tuvastamiseks suhelda kohtunikuga, kes tegi määruse menetluse lõpetamise kohta.
- 2.2.5. Kuivõrd hankija on jätnud täitmata uurimiskohustuse, siis on hankija on Dussmanni ebaõigesti kvalifitseerinud, siis on Tartu Linnavalitsus korralduses nr 584 jõudnud valele järeldusele kolmanda isiku II edukaks tunnistamise osas. Kuna vaidlustatud korraldus ei sisalda hankija kaalutlusi RHS § 38 lg 2 p 1 rakendamata jätmiseks ja Dussmanni hankemenetlusest kõrvaldamise alused esinevad ka käesoleval ajal, siis kuulub hankija korraldus nr 584 tühistamisele.
- 2.3. Isegi kui hankija on menüüdele omistanud ebaõigesti hindeid ja lähtunud subjektiivsetest kaalutlustest, ei anna see pakkujale alust asuda hankija asemele**
- 2.3.1. Lisaks eeltoodule heidab vaidlustaja hankijale ette menüüle punktide omistamisel subjektiivset käitumist ja hankedokumentides sätestatud kõrvalekaldumist. Seejuures on Toidutorn asunud hankija asemel hindama pakkumusi (vt täpsustatud vaidlustuse p-d 36jj). BRE eeltooduga ei nõustu ning leiab, et pakkuja ei saa ise asuda hankija asemel kaalutusõigust teostama, mistõttu on ka ebaõige vaidlustuse p-s 46 märgitud järeldus, et Toidutorni pakkumisele oleks pidanud omistatama 84,2 punkti.
- 2.3.2. **BRE hinnangul on vaidlustusele lisatud hindamislehe alusel võimalik asuda kindlale seisukohale, et hankija on pakkumustele omistanud punkte subjektiivselt, hankija siseveendumuse kujunemine ei ole jälgitav ning rikutud on pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet.**
- 2.3.3. Hindamislehe kohaselt on Toidutorni poolt pakutud menüüs komisjoni enamuse hinnangul kartulid vesised ning riis ülekeedetud, samas üks komisjoni liige on väljendanud eriarvamust. Hindamislehe lk-l 4 on komisjon aga märkinud, et Toidutorni poolt pakutud kartul oli ootuspärane. Komisjoni järeldused on vastuolulised ning ilmselgelt subjektiivsed. Välja arvatud juhul, kui komisjon ootaski vesiseid kartuleid, kuid siis tekib küsimus väheste punktide omistamises. BRE hinnangul ei ole võimalik toidu maitset objektiivselt hinnata, sest iga inimese maitse eelistused on erinevad. Ühe inimese jaoks liiga vesine kartul on aga teise

isiku jaoks täpselt paras. **Menüü hindamisel peaks pakkujatele omistatud punktide kujunemine olema siiski objektiivselt mõõdetav.**

- 2.3.4. Subjektiivne hindamine on tuvastatav ka BRE poolt pakutud toidu menüüle hindeid omistades. Eelnimetatu on tõendatud muuhulgas asjaoluga, et hankija on märkinud, et „*tomatikaste maitse liialt porgandine*” (vt hindamisleht, lk 32) või „*pasta maitse ootuspärane*” (vt hindamisleht, lk 33). Komisjoni hindamisest jääb ebaselgeks, mida tähendab liialt porgandine või millise objektiivse kriteeriumi alusel hankija porgandi maitset hindas. Samuti ei sisalda ükski hankedokument hankija pasta maitse ootuste kirjeldusi. **Tegemist on ilmselgelt hindajate subjektiivsete ootustega ja maitse eelistustega.** Eeltooduga on ümberlükkamatult tõendatud, et menüü maitsele hinnete andmisel ei ole hankija lähtunud objektiivsetest hindamiskriteeriumitest.
- 2.3.5. Hankija on menüüde hindamisel rikkunud ka pakkujate võrdset kohtlemist. Nii vaidlustajale kui ka BRE-le on hankija omistanud vähem punkte, kuna kaalumiste tulemusel ei vastanud portsjonid menüüs kajastatule. Samas Dussmanni menüü osas kontrollkaalumist ei teostatud, kuigi hankijal oli selleks võimalus. Hindamislehe kohaselt on Dussmann algklassidele toidu protsjoneeritult laudadele pannud (vt hindamislehe lk 24). Seega oli hankijal igati võimalus kontrollida kas algklasside portsjonid vastavad siiski menüüs märgitud kogustele.
- 2.3.6. Põhjendamatu on Dussmannile maksimum punktide omistamine põhjendusel, et lapsed saavad ise võtta nii palju süüa kui soovivad (hinneteleht, lk 24). **Teiste pakkujate puhul lähtuti menüüle hinnete andmisel taldrikul oleva koguse vastavusest menüüs märgitud kogusele ja mitte lapse soovidest.** Samas Dussmanni puhul isegi ei kontrollitud eelnimetatud kriteeriumi täidetust. Hankedokumentidest ei nähtu samuti, et menüüle hinnete omistamise eelduseks on võimalus, et laps valib ise, kui palju ta süüa tahab. Veelgi enam, lapsed ei pruugi osata toidu koguseid hinnata ning seetõttu ei pruugi lapse poolt võetud toidukogus vastata tegelikkuses Sotsiaalministri määruses sätestatud nõuetele – st esineb oht, et laps sööb liiga palju või liiga vähe.
- 2.3.7. Komisjoni subjektiivsus on kõige ilmsem aga taimetoidu menüü hindamisel. Nimelt Toidutorni ja BRE puhul on komisjon märkinud, et *taimetoidumenüü puhul hinnatakse toorainete, ennekõike taimse valgu allikate vahelduvust* (vt hinneteleht lk 5 ja lk 34). Nii BRE kui ka vaidlustaja puhul on hankija esile toonud kolm taimse valgu allikat: Toidutorni puhul II nädala menüüs: oad, hernes ja kikerhernes ja BRE puhul hernes, maisiterad ja kuskuss (vt hinneteleht lk 35). Ometi omistas hankija vaidlustajale 10 punkti ja BRE-le vaid 5 punkti. Kolmanda isiku I hinnangul on tegemist hankija suvaotsusega, mis täielikult eirab haldusmenetluses kaalutusotsuste tegemise kohustuslikke põhimõtteid.
- 2.3.8. **Ülaltoodud põhjustel on hankija poolt teostatud menüü hindamine ebaõige ning vaidlustus kuulub osaliselt rahuldamisele. Küll aga ei nõustu kolmas isik I Toidutorniga, et vaidlustusmenetluses saab VAKO või pakkuja ise asuda pakkumusi hindama. Esitatud pakkumuste vastavust hankija soovidele saab ja peab siiski hindama hankija, kes on kohustatud järgima enda poolt seatud nõudeid. Seetõttu on põhjendatud vaidlustuse osaline rahuldamine ja hankija kohustamine uue kaalutusotsuse tegemiseks.**

3. MENETLUSLIKUD TAOTLUSED

3.1. Menetluslikud küsimused

- 3.1.1. **Esindusõigus.** Allakirjutanu kinnitab, et on BRE lepinguline esindaja käesoleva seisukoha esitamisel ja esindamisel vaidlustusmenetluses nr 99-17/184418.
- 3.1.2. **Asja läbivaatamise viis.** Baltic Restaurants Estonia AS on nõus asja läbivaatamisega VAKO istungil.

Austusega
Baltic Restaurants Estonia AS-i
volitatud esindajana

/allkirjastatud digitaalselt/

vandeadvokaat Epp Lumiste
Advokaadibüroo ALTERNA

Lisad:

- 1) Artikkel seoses Dussmannile esitatud kriminaalsüüdistusega;
- 2) Artikkel kokkuleppe sõlmimisest kriminaalmenetluses.

ALTERNA