



## OTSUS

<b>Vaidlustuse number</b>	99-17/184418
<b>Otsuse tegemise aeg</b>	19.07.2017
<b>Vaidlustuskomisjoni liige</b>	Ulvi Reimets
<b>Vaidlustus</b>	Toidutorn AS-i vaidlustus Tartu Linnavalitsuse riigihankes „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutaja leidmiseks 01.07.2017-30.06.2023“ (viitenumber 184418) P. Dussmann Eesti OÜ pakkumuse edukaks tunnistamise otsusele hanke osas 1
<b>Menetlusosalised</b>	Vaidlustaja - Toidutorn AS, seaduslik esindaja Jaanus Pulles, volitatud esindaja Anneli Aab Hankija - Tartu Linnavalitsus, seaduslik esindaja Jüri Mölder, volitatud esindaja Leelo Sakh-Jansen Kolmas isik 1 - P. Dussmann Eesti OÜ, seaduslik esindaja Anella Stimmer, volitatud esindaja Kaija Koik Kolmas isik 2 - Baltic Restaurants Estonia AS, volitatud esindaja Epp Lumiste
<b>Vaidlustuse läbivaatamine</b>	Istung 10.07.2017

## RESOLUTSIOON

1. RHS § 126 lg 1 p-i 4 alusel jätta Toidutorn AS-i vaidlustus rahuldamata.
2. Jätta vaidlustuse esitamiseks tasutud riigilõiv 1280 eurot Toidutorn AS-i kanda.

### EDASIKAEBAMISE KORD

Halduskohtumenetluse seadustiku § 270 lg 1 alusel on vaidlustuskomisjoni otsuse peale halduskohtule kaebuse esitamise tähtaeg 10 päeva arvates vaidlustuskomisjoni otsuse avalikult teatavaks tegemisest.

### ASJAOLUD JA MENETLUSE KÄIK

1. 16.03.2017 avaldas Tartu Linnavalitsus (edaspidi Hankija) riigihangete registris väljakuulutamise ja läbiviidava riigihanke „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutaja leidmiseks 01.07.2017-30.06.2023“ (viitenumber 184418) hanketeate (edaspidi HT).

Vastavalt HT B lisale on hanke jaotatud 5-ks osaks.

2. 25.06.2017 laekus Riigihangete vaidlustuskomisjonile (edaspidi vaidlustuskomisjon)

Toidutorn AS-i (edaspidi Vaidlustaja) vaidlustus. Vaidlustuskomisjon palus 26.06.2017 kirjaga nr 12.2-10/99 kõrvaldada puudused esitatud vaidlustuses.

Vaidlustaja kõrvaldas puudused 28.06.2017, esitas vaidlustuskomisjonile vaidlustuse uue tervikteksti ja järgmised taotlused:

- 1) tunnistada kehtetuks Tartu Linnavalitsuse 13.06.2017 korralduse nr 584 p 1.1. hanke osas 1 P. Dussmann Eesti OÜ (edaspidi Kolmas isik 1) pakkumuse edukaks tunnistamise kohta;
- 2) tunnistada kehtetuks hanke osas 1 hindamise aluseks olev hindamiskomisjoni 15.05.2017 protokolliline otsus, mis on ühtlasi aluseks Tartu Linnavalitsuse 13.06.2017 korralduse nr 584 p-le 1.1. (hanke osas 1 Kolmanda isiku 1 pakkumuse edukaks tunnistamine).

Vaidlustuse läbivaatamisel Vaidlustaja esindaja selgitas, et hindamiskomisjoni 15.05.2017 protokolliline otsus võib olla Hankija otsuseks RHS § 117 lg 2 p 13 mõttes.

### **MENETLUSOSALISTE PÕHJENDUSED**

**3. Vaidlustaja, Toidutorn AS, vaidlustuses põhjendatakse taotlusi järgmiselt:**

3.1 Vaidlustaja on seisukohal, et Tartu Linnavalitsuse 13.06.2017 korraldus nr 584 Kolmanda isiku 1 pakkumuse edukaks tunnistamise kohta hanke osas 1 on õigusvastane, kuna:

- 1) Hankija otsuses puuduvad põhjendused, kaalutlused Kolmanda isiku 1 mittekõrvaldamiseks esitatud asjaolude kohta;
- 2) Hankija oleks pidanud Kolmanda isiku 1 hankemenetlusest RHS § 38 lg 2 p 1 alusel kõrvaldama.

3.1.1. Vaidlustaja on seisukohal, et pärast seda, kui Hankija sai teada, et Kolmanda isiku 1 osas esinesid tema hankemenetlusest kõrvaldamise alused, oleks Hankija pidanud Kolmanda isiku 1 suhtes uuesti hindama, kas tema suhtes esinevad kõrvaldamise alused, s.h tegema seda enne pakkumiste sisulist hindamist. Samuti oleks Hankija pidanud esitama argumendid, mida Hankija kaalus otsustades Kolmanda isiku 1 mittekõrvaldamise.

Vaidlustaja leiab, et Hankija on kaalutusõiguse esitamata jätmise tõttu rikkunud RHS §-3 sätestatut.

Vaidlustaja teavitas Hankijat, seega oli Hankijal kohustus esitada kaalutlused.

Hankija otsustest ega vastustest ei nähtu, et Hankija oleks arvestanud diskretsiooninormi eesmärgiga. Hankija oleks pidanud endalt küsima, miks seadusandja on andnud talle õiguse kõrvaldada isik hankemenetlusest, kui selle isiku suhtes on tõendatud raske süüline eksimus kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu. Hankija kaalutusotsus peab tagama alusnormi eesmärgi saavutamise. Hankija ei tohi piirduda kaalutusnormi formaalse täitmisega.

3.1.2. Vaidlustaja on seisukohal, et KrMS § 202 alusel tehtud kohtumääruse jõustumisega on tõendatud fakt, et Kolmanda isiku 1 osas on seadusega kooskõlas tuvastatud altkäemaksu süüteo koosseis, õigusvastasus ja süü.

Hankijal oli võimalus pöörduda Kolmanda isiku 1 poole teabe saamiseks ja ka kohtu poole.

Hankija ei ole väitnud, et ta küsis KrMS § 202 osas pakkujalt, riigiorganilt vm asutuselt selgitust.

Altkäemaksu andmine eelnevas hankemenetluses on kvalifitseeritav raske süülise eksimusena kutsestandardite vastu, sõltumata sellest, kas isikul on sellekohane märgede karistusregistris, mis annab põhjendatud aluse pakkuja kõrvaldamiseks hankemenetlusest RHS § 38 lg 2 p 1 alusel. Hankelt kõrvaldamise eelduseks on süü ja teo asjaolude tuvastamine ja seda on riik KrMS § 202 kohaldades teinud.

3.2. Vaidlustaja on seisukohal, et Tartu Linnavalitsuse 13.06.2017 korraldus nr 584 Kolmanda isiku 1 pakkumuse edukaks tunnistamise kohta hanke osas 1 on õigusvastane. Kuna Hankija on teinud Vaidlustaja hanke osas 1 esitatud pakkumuse hindamisel olulisi kaalutusvigu, rikkunud võrdse kohtlemise põhimõtet. Hindamisprotokollis Vaidlustaja pakkumuse hindamise kohta fikseeritu on osaliselt kontrollimatu ja selgusetu. Vaidlustaja pakkumus oleks pidanud saama 84,2 punkti.

3.2.1. Hankija komisjoni hinnang Vaidlustaja poolt pakutava toidu maitsele ja tekstuurile on subjektiivne ning kontrollimatu. Hindamisprotokolli osaks oleval hindamislehel toodud andmetest ja selgitustest jääb arusaamatuks, kas Vaidlustaja pakkumuse punkte toidu maitse osas alandati seetõttu, et kartulite maitse oli mõne komisjoni liikme arvates vesine või riis üle keedetud (mõne arvates mitte) ja mille põhjal „veesisust“ jms. hinnati. HD p 6.3.1. osas tervikuna ei ole Vaidlustaja hinde kujunemine jälgitav. Protokollist nähtub vaid, et „arvesse võeti positiivseid ja negatiivseid märkusi“.

Degusteerimisel oli HD p 6.3.1. kohaselt üheks hinnatavaks alakriteeriumiks pakutava toidu kogus (normikohane kogus taldrikul). Vaidlustaja leiab, et koguste hindamisel ei ole tagatud pakkujate võrdset kohtlemist.

Hindamisprotokolli lugedes jääb arusaamatuks, mille eest ja mis põhjusel hinnet ühel või teisel pakkujal vähendati või mis põhjusel anti kõrgem hinne toidu portsjonite vastavuse kohta.

Samuti puudub igasugune proportsionaalsus kaalutud toidu koguste ja hindamisel antud punktide osas.

Hindamisprotokolli kohaselt toimus toidukoguste kaalumine neljast pakkujast kahe suhtes, s.h. ka Vaidlustaja poolt pakutava osas. Samas kahe pakkuja poolt hindamiseks esitatud koolide toitlustamisel koguseid ei kaalutud. Nendest ühe pakkuja hindamisprotokollis on märges „toit antakse lauale laudkondade kaupa“ ja teise pakkuja hindamisel märgiti, et algklasside osas on toit portsjoneeritud laudkondade kaupa ja vanemad lapsed tõstavad ise.

3.2.2. Degusteerimisel oli HD p 6.3.1. kohaselt üheks hinnatavaks alakriteeriumiks toidu vastavus menüüle.

Hankija on hindamisel teinud fikseeritud faktidega vastukäivaid kaalutlusi ja andnud hinnangu mitte HD-st lähtuvalt. Näiteks sooja mahlajoogi osas on antud punkte kui puudavale artiklile menüüs, kuigi komisjoni liige on protokollis fikseeritult sooja mahlajooki degusteerinud.

3.2.3. Menüü hindamine mitmekülgsus põhitooraine osas HD p 6.3.3.

Antud kriteeriumi alusel jääb hinnete kujunemine ja hindamise käik ebaselgeks. HD p 5.6.1. kohaselt on pakkuja esitanud iga toidu ja joogi valmistamisviisi kirjelduse, s.h kasutatavate toorainete kogused iga toidu kohta eraldi. Hankija on korduvalt hindamislehel toonitanud põhimõtet, et põhitooraineks loetakse kõige suuremat osakaalu omav tooraine menüüs.

Samas ei ole Hankija hindamisel lähtunud üheselt arusaadavast põhimõttest ja HD-st.

3.2.4. Menüü hindamine salatite mitmekülsuse osas HD p 6.3.5. jääb ebaselgeks. HD p 5.6.1. kohaselt on pakkuja esitanud iga toidu ja joogi valmistamisviisi kirjelduse, s.h. kasutatavate toorainete kogused iga toidu kohta eraldi. Hankija on korduvalt hindamislehel toonitanud põhimõtet, et põhitooraineks loetakse kõige suuremat osakaalu omav tooraine menüüs. Hankija ei ole taas hindamisel lähtunud HD-st, vaid on hindamisprotokollis lähtunud mitte valmistamisviisi kirjelduses toodud detailsest ülevaatest kasutatavate toorainete osas, vaid kirjeldanud omapoolseid, HD-st mittelähtuvaid arusaamisi.

3.3. Vaidlustaja leiab, et kui Hankija oleks õiguspäraselt Kolmanda isiku 1 hankemenetlusest kõrvaldanud ja kui Vaidlustaja hanke osas 1 esitatud pakkumus oleks hindamisel saanud 84,2 punkti, oleks Hankija pidanud Vaidlustaja hanke osas 1 esitatud pakkumuse edukaks tunnistama.

#### **4. Hankija, Tartu Linnavalitsus, palub jätta vaidlustuse rahuldamata.**

4.1. 03.05.2017 teavitas Vaidlustaja esindaja Jaanus Pulles suuliselt hanke läbiviinud töötajat, et oli ajakirjanduses näinud artiklit, mille kohaselt Kolmandat isiku 1 süüdistatakse kriminaalasjas altkäemaksu andmises.

Tartu Linnavalitsus esitas e-posti teel 04.05.2017 kirjaliku järelepärimise karistusregistrisse (kuna sel hetkel riigihangete registri otsepäringut karistusregistrisse veel tehnilistel põhjustel teha ei saanud) Kolmanda isiku 1 ja juhatuse liikme kehtivate karistuste kohta. 09.05.2017 sai Tartu Linnavalitsus karistusregistrist vastuse teabepäringule, mille alusel nii Kolmandal isikul 1 kui ka selle juhatuse liikmel kehtivad karistused puuduvad.

4.1.1. Hankija leiab, et Vaidlustaja on minetanud kaebeõiguse pakkujate kõrvaldamise küsimuses. Otsus pakkujate kvalifitseerimise kohta tehti pakkujatele teatavaks 18.04.2017. Kuna kõrvaldamise asjaolude puudumise kontroll teostatakse pakkujate kvalifitseerimise protokollis, millele on viidatud kvalifitseerimise otsuses (Tartu LV linnavarade osakonna juhataja 18.04.2017 käskkirjas nr 88) sai Vaidlustaja teada, et Hankija kvalifitseeris Kolmanda isiku 1 (ei kõrvaldanud teda hankemenetlusest). Vaidlustajal oli võimalus esitada Kolmanda isiku 1 kvalifitseerimise otsuse peale vaidlustus 10 päeva jooksul.

4.1.2. Juhul, kui vaidlustuskomisjon asub seisukohale, et vaidlustus on esitatud tähtaegselt, taotleb Hankija jätta pakkuja kõrvaldamise küsimuses vaidlustuse rahuldamata.

Hankija leiab, et Harju Maakohtu 25.04.2017 määrus ei ole käsitletav kutse- või ametiliidu aukohtu otsusena. Maakohtu süüdimõistva otsuse tagajärjel on võimalik teha kõrvaldamise otsust vaid RHS § 38 lg-s 1 sätestatud alustel.

Seega ei esinenud põhjust kaalutlusõiguse teostamiseks, kas Kolmanda isiku 1 tegevuse puhul võiks olla tegemist raske süüalise eksimusega või mitte.

4.1.3. Vaidlustaja on esitanud vaidlustuses ka oma isiklikud seisukohad kriminaalmenetluse seadustiku tõlgendamise osas. Hankija leiab, et kriminaalmenetluse lõpetamine otstarbekuse kaalutustel ei tähenda automaatselt, et süüteokoosseis, õigusvastasus ja süüdistatava süü oleks tõsikindlalt tuvastatud, kuna KrMS § 202 alusel koostatud kriminaalmenetluse lõpetamise määrus ei rajane eelduslikult sellisel tõenduslikul baasil ja õiguslikul analüüsil, mis on nõutav kohtuotsuse puhul. Kuivõrd kriminaalmenetluses ei ole isikut süüdi tunnistanud ja Hankijal puudub pädevus anda hinnangut kriminaalasja raames kogutud tõenditele ja tuvastatud asjaoludele, siis ei saa Hankijale heita ette, miks ta ei ole pakkujat hankemenetlusest RHS § 38

lg 2 p 1 alusel kõrvaldanud. Hankijal puudub pädevus hinnata kriminaalmenetluses kogutud informatsiooni.

4.2. Hankija leiab, et hindamisprotokoll koos lisaga on koostatud kaalutlusvigadeta.

4.2.1. Komisjoni keskmine hinne toidu maitsele kujunes komisjoni liikmete poolt antud punktide keskmisest, hindamisel arvestati hindamislehel väljatoodud positiivseid ja negatiivseid märkusi.

Vaidlustaja sai maitse osas viis punkti kuuest võimalikust. Negatiivsete märkustena oli välja toodud: kartuli vesine maitse, asuu maitse tugevalt happeline ning salat pisut kaua seisnud (muutunud vesiseks). Hankija leiab, et punkti kujunemine maitse osas on piisavalt põhjendatud.

4.2.2. Vaidlustaja sai samuti viis punkti kuuest võimalikust punktist ja seda põhjusel, et õpilasele väljastatud portsjonid olid pisut alakaalulised menüüs lubatust, vastavalt hindamise tabelis kirjeldatule. Hankija on hindamislehel põhjendanud oma punktivalikut.

Nende pakkujate, kes pakuvad toitu väljastusletilt (marmiidilt) ja mille puhul õpilane võib tõsta endale meelepärase koguse, pakkumusi hinnati maksimumpunktidega. Toitlustaja oli 100% toidu lastele valmis pakkunud ja seda, kui palju õpilane endale toitu taldrikule tõstab, ei olnud mõtet kaaluda. Kui toit oli õpilastele kaussides (kartulikausid, salatite kausid, kastmekausid) lauale pandud ja õpilane võis vabalt endale tõsta meelepärase koguse, ka sel juhul oli toitlustaja 100% toitu õpilasele välja pakkunud ja ka sel juhul hinnati toidu kogust maksimumpunktidega. Kui kool oli soovinud algklassidele toidu pakkumist laual ja kaussides, siis ei olnud võimalik kaaluda taldrikutele pandud toitu, kuna seda võis õpilane vabalt võtta nii palju kui soovis.

Vaidlustaja vaidlustab ka väljastatud praadide kontrollkaalu, väites, et hindamislehel kirjeldatud toidu kogus taldrikul ei ühti toidu kaalumisel kaasosalenud söökla töötajate poolt kontrollkaalumisel nähtud portsjoni kaalude andmetega. Kuigi nimetatud Vaidlustaja väide on paljasõnaline ja tõendamata, esitab Hankija fotod mõlema kontrollkaalumise tõendamiseks.

4.2.3. Hinnati pakutava toidu vastavust menüüle (põhitoit, lisandid, leiva/saia valik, jook). Kuna Vaidlustaja puhul puudusid nii soe mahlajook kui ka sepik, anti 4 punkti kuuest võimalikust. Hindamislehel on punktide andmise kaalutlused kirjas. Hankija esitab lisas foto, millega tõendab, et Puškini koolis pakuti joogina teed ja piima. Degusteerimise ja söögivahetunni lõppedes tuli sööklasse Vaidlustaja esindaja Jaanus Pulles, misjärel toodi teeautomaati ka soe mahlajook. Üks komisjoni liige sai seda ka degusteerida. Kuid hindamisel komisjon seda ei arvestanud, kuna toidu ja joogi vastavust menüüle hinnati vahetunni alguses, kui õpilased asusid sööma. Oluline on hinnata toidu ja joogi vastavust sel hetkel kui klient (õpilane) on saalis, mitte vahetunni lõpu seisuga.

4.2.4. Vaidlustaja poolt esile toodu on üldsõnaline ja punktist ei nähtu, missugust hindamise kriteeriumit on Hankija rikkunud. Komisjoni hindamisprotokollis on lähtutud HD-s sätestatud hindamiskriteeriumitest, hindamislehel on esitatud kõik kaalutlused ja argumendid, mida ühel või teisel juhul kaaluti ja kuidas punktid kujunesid. Vaidlustajal puudub võimalus ise enda pakkumusele punkte anda.

**5. Vaidlustusmenetlusse Kolmanda isikuna 1 kaasatud P. Dussmann Eesti OÜ vaidleb vaidlustusele vastu.**

5.1. Hankija ei pidanudki otsuses, milles otsustati Kolmanda isiku i hanke osas 1 esitatud pakkumuste edukaks tunnistamine ja hankelepingute sõlmimine, täiendavalt kaaluma ega põhjendama Kolmanda isiku 1 kõrvaldamata jätmist ja kvalifitseerimist.

Hankija kaalus ja põhjendas Kolmanda isiku 1 kõrvaldamata jätmist ja kvalifitseerimist oma varasemates otsustes, täpsemalt Tartu Linnavalitsuse Linnavarade osakonna 18.04.2017 käskkirjas nr 88 „Riigihanke „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele tootlustamisteenuse osutaja leidmiseks 01.07.2017-30.06.2023“ taotlejate kvalifitseerimine“ ja selle aluseks olnud hankekomisjoni 18.04.2017 taotlejate kvalifitseerimise protokollilises otsuses.

Kui Vaidlustaja leidis, et Hankija on Kolmanda isiku 1 ebaõigesti kõrvaldamata jätnud, pidanuks Vaidlustaja õigeaegselt vaidlustama Hankija otsused Kolmanda isiku 1 kõrvaldamata jätmise ja kvalifitseerimise kohta (RHS § 117 lg-st 1 ja § 121 lg-st 1 tulenevalt hiljemalt 10 päeva jooksul oma õiguste rikkumisest või huvide kahjustamisest teadasaamisest arvates).

Vaidlustaja esitatud tõenditest nähtub, et Vaidlustajale olid asjaolud, millele Vaidlustaja Kolmanda isiku 1 kõrvaldamata jätmise ja kvalifitseerimise väidetava ebaõigsuse põhistamisel tugineb, teada juba hiljemalt 26.05.2017, ent sellele vaatamata ei vaidlustanud Vaidlustaja eelnimetatud Hankija otsuseid RHS-is sätestatud tähtaja jooksul.

5.2. Kolmas isik 1 on seisukohal, et Hankija on õiguspäraselt jätnud Kolmanda isiku 1 kõrvaldamata.

Kolmanda isiku 1 suhtes KarS § 297 lg 3 (alates 01.01.2015 § 298 lg 3) ja Kolmanda isiku juhatuse liikme suhtes KarS § 297 lg 2 p 1 (alates 01.01.2015 § 298 lg 2 p 1) alusel algatatud kriminaalmenetlus lõpetati Harju Maakohtu 25.04.2017 kohtumäärustega kriminaalasjas nr 1-17-3615 KrMS § 202 alusel avaliku menetlushuvi puudumise tõttu. Kolmanda isiku esindaja suhtes on tehtud peaaegu identne määrus, mis erineb Kolmandat isikut puudutavast määrusest üksnes selle subjekti, süüdistuse aluseks oleva õigusnormi (KarS § 297 lg 3 (alates 01.01.2015 § 298 lg 3) asemel KarS § 297 lg 2 p 1 (alates 01.01.2015 § 298 lg 2 p 1)) ja riigi tuludesse maksmiseks ettenähtud rahasumma poolest (5000 euro asemel 2000 eurot).

Nimetatud kohtumäärused ei kvalifitseeru aga kutse- või ametiliidu aukohtu otsuste ega muu sarnase alusena, millega oleks tõendatud Kolmanda isiku 1 või tema juhatuse liikme raske süüline eksimus kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu.

Euroopa Kohus on kohtuasjas nr C-465/11 märkinud, et „raske eksimuse“ tuvastamine eeldab ettevõtja käitumise konkreetset ja individuaalset hindamist.<sup>1</sup>

Ka Rahandusministeeriumi hinnangul eeldab „raske eksimuse“ tuvastamine põhimõtteliselt seda, et ettevõtja käitumist oleks konkreetset ja individuaalselt hinnatud.<sup>2</sup>

Nii õigusteoorias kui ka Riigikohtu praktikas on rõhutatud, et KrMS §-s 202 ette nähtud kriminaalmenetluse lõpetamise määrus ei rajane eelduslikult sellisel tõenduslikul baasil ja õiguslikul analüüsil, mis on nõutav kohtuotsuse puhul, mistõttu võib ilmned, et

<sup>1</sup> Euroopa Kohtu (3. Koda) 13.12.2012 otsus kohtuasjas Forposta SA ja ABC Direct Contact sp. z o.o. vs Poczta Polska SA (C-465/11) - kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1498825697758&uri=CELEX:62011CJ0465> (30.06.2017).

<sup>2</sup> Vt E-riigihangete keskkonna KKK rubriik, alajaotus "Hankemenetlustest kõrvaldamise alused", vastus küsimusele nr 7. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/korvaldamise-alused> (30.06.2017).

süüdistusversioon, millele tuginedes on kriminaalmenetlus avaliku menetlushuvi puudumise tõttu lõpetatud, ei pea paika ning tegelikult pole isiku käitumises karistatava teo tunnuseid.<sup>3</sup>

Kolmanda isiku 1 hinnangul ei tohi sellised kohtumäärused peaaegselt just eelkirjeldatud põhjustel omada isiku jaoks süüdimõistva kohtuotsusega võrreldavaid õiguslikke tagajärgi ei kriminaalmenetluses ega väljaspool seda, muu hulgas riigihankemenetluses. Vastupidine oleks vastuolus Eesti Vabariigi põhiseaduse §-st 23 tuleneva ning KrMS §-s 7 konkretiseeritud süütuse presumptsiooniga.

Harju Maakohtu 25.04.2017 kohtumäärustest kriminaalasjas 1-17-3615 nähtub, et need ei sisalda mistahes Kolmanda isiku 1 ega Kolmanda isiku 1 juhatuse liikme tegevuse analüüsi ega mistahes õiguslikke hinnanguid Kolmanda isiku 1 ega Kolmanda isiku 1 juhatuse liikme tegevusele.

Seetõttu vastavad Harju Maakohtu 25.04.2017 kohtumäärused kriminaalasjas 1-17-3615 õigusteoorias ja Riigikohtu praktikas kirjeldatule ehk ei rajane sellisel tõenduslikul baasil ja õiguslikul analüüsil, mis on nõutav kohtuotsuse puhul, mistõttu ei ole kuidagi võimalik välistada võimalust, et süüdistusversioon, millele tuginedes kriminaalmenetlus avaliku menetlushuvi tõttu nimetatud kohtumäärustega lõpetati, ei pea paika, ning et tegelikult ei ole Kolmanda isiku 1 ja Kolmanda isiku 1 juhatuse liikme käitumises karistatava teo tunnuseid.

Seetõttu ei ole kuidagi võimalik käsitleda Harju Maakohtu 25.04.2017 kohtumäärusi kriminaalasjas 1-17-3615 kutse- või ametiliidu aukohtu otsuste või muu sarnase alusena, millega oleks tõendatud Kolmanda isiku 1 või tema juhatuse liikme raske süüline eksimus kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu.

Üldteada asjaoluna lõpetatakse praktikas kriminaalmenetlusi avaliku menetlushuvi puudumise tõttu sageli kompromissina olukorras, kus kahtlustatavad/süüdistatavad on küll veendunud oma süütuses, ent neil või nende esindajatel ei ole kas aega, raha, tervist vmt, et teha läbi kulukas ja aeganõudev üldmenetlus õigeksmõistva kohtuotsuseni, ning prokuratuur ei ole küll valmis võtma seisukohta, et kriminaalmenetluse alus täielikult puudub, ent ei pea samuti üldmenetlust otstarbekaks, kas siis seetõttu, et süü ei ole suur, tõenduslik olukord ei ole kiita või menetluse jätkamine ei ole selle aja- ja rahakulu arvestades muul põhjusel otstarbekas.

Arvestades, et altkäemaksujuhtumite vastu on Eestis reeglina suur avalik huvi ning nende puhul peetakse reeglina karistamise eri- ja üldpreventiivseid eesmärke oluliseks, võib eeldada, et altkäemaksujuhtumite puhul on prokuratuur ja kohtud valmis oportuuniteeti rakendama üksnes juhtumite puhul, kus süü on kas väga väike (s.t tegemist on kerge rikkumisega) või tõenduslik olukord ei ole kiita (s.t isiku käitumises karistatava teo tunnuste esinemine ei ole piisavalt tõendatud).

Kuivõrd Kolmanda isiku 1 ja tema juhatuse liikme suhtes on kriminaalmenetlus lõpetatud avaliku menetlushuvi puudumise tõttu KrMS § 202 alusel, on eelduslikult Kolmandat isikut 1 ja tema juhatuse liiget puudutav juhtum üks sellistest juhtumitest, mille puhul ei saa rääkida raskest rikkumisest või karistatava teo tunnuste esinemise piisavast tõendusest.

Selgi põhjusel ei ole võimalik käsitleda nimetatud kohtumäärusi kutse- või ametiliidu aukohtu otsuste või muu sarnase alusena, millega oleks tõendatud Kolmanda isiku 1 või tema juhatuse liikme raske süüline eksimus kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu.

---

<sup>3</sup> N. Aas. Kriminaalmenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. § 202 kommentaar, lk 485-486, p 17.4 ja Riigikohtu kriminaalkolleegiumi kohtuotsus kohtuasjas nr 3-1-1-84-10, p 34.

Olukorras, kus Kolmandat isikut 1 ega tema juhatuse liiget ei ole altkäemaksu andmises süüdi mõistetud, on Vaidlustaja vastupidisele osutavad väited süütuse presumptsiooni rikkuvad ja laimavad.

5.3. Hankija on Vaidlustaja pakkumust õigesti ja õiguspäraselt hinnanud, mistõttu puudub alus vaidlustatud otsuse kehtetuks tunnistamiseks Vaidlustaja toodud pakkumuste hindamisega seonduvatel kaalutlustel.

5.3.1. Kolmanda isiku 1 hinnangul on Vaidlustaja väited alusetud ning hindamisprotokollist nähtub detailiselt, mida erinevate hindamiskriteeriumide raames hinnati, missugused hinded iga üksiku hindamiskriteeriumi eest pakkujatele omistati ja millistel põhjustel.

5.3.2. Kolmanda isiku 1 hinnangul ei saa hinded selliste hindamiskriteeriumide nagu toidu maitse ja tekstuur puhul paratamatult olla täiesti objektiivsed, ent toitlustusteenuse tellimisel on sellised hindamiskriteeriumid olulised ja asjakohased ning alusetu on Vaidlustaja väide, justkui oleks vastavate hindamiskriteeriumide osas hinnete kujunemine kontrollimatu või ei oleks jälgitav. Hindamisprotokollist nähtub ühemõtteliselt, milliseid kaalutlusi hinnangu andmisel arvesse võeti ning kuidas hinne kujunes. Vaidlustaja ei ole esitanud ainsatki põhjendust, mis veenaks selles, et Vaidlustaja pidanuks nimetatud kategooriates saama rohkem punkte või mistahes teine pakkuja vähem punkte, ning et see oleks mõjutanud lõpptulemust.

5.3.3. Kolmanda isiku 1 hinnangul ebavõrdset kohtlemist ei esinenud. Kooskõlas HD p-ga 6.3.1 hinnati pakutava toidu kogust, s.t. normikohast kogust taldrikul. Olukorras, kus õpilased said võtta niipalju toitu kui soovisid, on põhjendatud toidukoguse eest maksimumpunktide andmine. Samuti on põhjendatud toidukoguse kaalumise olukorras, kus õpilased ei saanud ise toiduportsjonit valida ning toit portsjoneeriti taldrikule õpilaste eest. Vaidlustaja ei ole esitanud ainsatki põhjendust, mis veenaks selles, et Vaidlustaja pidanuks nimetatud kategooriates saama rohkem punkte või mistahes teine pakkuja vähem punkte, ning et see oleks mõjutanud lõpptulemust.

5.3.4. Hindamisprotokollist nähtub ühemõtteliselt, et sooja mahlajooki faktiliselt õpilastele ei serveeritud, kuivõrd see toodi välja alles vahetunni lõpus. Samuti puudus seemnesepik. Seetõttu on igati põhjendatud seisukoht, et sisuliselt ei vastanud pakutav toit menüüle ning selle eest Vaidlustaja punktide vähendamine. Seda ei muuda kuidagi samuti Hindamisprotokollis fikseeritud asjaolu, et ühel komisjoni liikmel oli vahetunni lõpus siiski võimalik sooja mahlajooki degusteerida.

5.3.5. Kolmanda isiku 1 hinnangul on hindamisprotokoll põhitooraine mitmekülgsuse osas selge ning hinnete kujunemine ja hindamiskäik jälgitavad ja kontrollitavad. Koolilõuna ja XL menüü puhul põhjendatud lugeda köögivilju üldiselt üheks põhitooraineks, samamoodi nagu hakkliha on sõltumata selle kasutamise viisist põhjendatud lugeda üheks põhitooraineks. Vaidlustaja ei ole esitanud ainsatki põhjendust, mis veenaks selles, et Vaidlustaja pidanuks põhitooraine mitmekülgsuse eest saama rohkem punkte või mistahes teine pakkuja vähem punkte, ning et see oleks mõjutanud lõpptulemust.

5.3.6. Kolmanda isiku 1 hinnangul on hindamisprotokoll salatite mitmekülgsuse osas selge ning hinnete kujunemine ja hindamiskäik jälgitavad ja kontrollitavad. Hankija on asjaolud õigesti tuvastanud (sh tuvastanud kapsa sagedase kasutamise põhitoorainena, tuvastanud põhitooraine mahu alusel jne) ning andnud tuvastatud asjaoludele õige hinnangu (nt lugenud õigesti kapsa ja hapukapsa üheks ja samaks tooraineks, lugenud õigesti põhitooraineks selle tooraine, mida salatis koguseliselt kõige rohkem kasutatakse, õigesti ületanud vastuolud pakkumuses, jne). Vaidlustaja ei ole esitanud ainsatki põhjendust, mis veenaks selles, et Vaidlustaja pidanuks



salatite mitmekülgsuse eest saama rohkem punkte või mistahes teine pakkuja vähem punkte, ning et see oleks mõjutanud lõpptulemust.

5.4. Vaidlustaja pakkumus ei oleks osutunud edukaks ka juhul, kui Vaidlustaja pakkumus saanuks hindamisel 84,2 punkti.

**6. Vaidlustusmenetlusse Kolmanda isikuna 2 kaasatud **Baltic Restaurants Estonia AS** nõustub osaliselt vaidlustusega.**

6.1. Kolmas isik 2 märgib, et RHS § 38 lg 2 nimetatud aluste kohaldamisel on hankijal diskretsioon ning seadusest tulenevalt ei ole hankijal kohustust nimetatud alustel pakkujat hankemenetlusest kõrvaldada. Samas nõustub Kolmas isik 2 vaidlustuses esitletud käsitlusega ning on seisukohal, et Hankija otsuses peaksid sisalduma kaalutlused, miks vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid ei rakendatud.

6.1.1. Kolmas isik 2 nõustub Vaidlustajaga RHS § 38 lg 2 p 1 kohaldumise osas, kuna Kolmanda isiku 1 käitumises on tuvastatud raske süüline eksimus käitumisreeglite vastu.

Hankija põhjenduste esile toomine on seda olulisem olukorras, kus avalikkuselt kättesaadava informatsiooni kohaselt oli enne HT avaldamist (s.t juba novembris 2016) teada, et Kolmandale isikul 1 ja tema seaduslikule esindajale on esitatud süüdistus altkäemaksu andmises (Postimehe artikkel süüdistuse esitamisest). Kriminaalmenetlus jätkus ka pärast HT avaldamist 16.03.2017 ning alles 25.04.2017 sõlmis Kolmas isik 1 kokkuleppe kriminaalmenetluse lõpetamiseks ja rahalise karistuse tasumiseks (EPL artikkel kokkuleppe sõlmimisest). Vaidlustusest nähtuvalt on Vaidlustaja juhtinud ka Hankija tähelepanu Kolmanda isiku 1 kõrvaldamise aluste esinemisele, kuid vaidlustatud otsusest ei nähtu Hankija kaalutlusi RHS § 38 lg 2 p 1 kohaldamata jätmiseks.

Kolmas isik 2 nõustub Vaidlustajaga, et KrMS § 202 kohaldamise eelduseks on teo karistatavuse üldiste eelduste tuvastamine. Kokkuleppega nõustumisel loobub isik talle inkrimineeritud kuritegudes kohtulahendi taotlemisest, s.h enda võimalikust õigeksmõistmisest. Kuigi nõusolekust ei saa veel järeldada isiku süüd tunnistamist, on käesoleval juhul siiski oluline, et Kolmas isik 1 loobus enda õigeksmõistmise tunnistamisest ning otsustas kokkuleppe menetluse kasuks.

Kolmanda isiku 1 käitumises on uurimisasutuse tegevuse tulemusena tuvastatud raske süüline eksimus, mis seisnes juriidilise isiku poolt altkäemaksu andmises. Vaieldamatult on altkäemaksu andmine niivõrd raske kutsealaste nõuete rikkumine, et õigustaks pakkuja kõrvaldamist hankemenetlusest. Järelikult esines alus Kolmanda isiku 1 kõrvaldamiseks hankemenetlusest, kuid Hankija on otsustanud RHS § 38 lg 2 p 1 nimetatud alust mitte kohaldada. Hankija kaalutlused ei nähtu aga vaidlustatud korraldusest.

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

Kolmanda isiku 2 hinnangul tuleb käesoleval ajal RHS-i tõlgendada ja kohaldada kooskõlas Euroopa Liidu direktiividest tulenevate üldiste põhimõtetega.

Kuivõrd Eesti riik on rikkunud direktiivide ülevõtmise kohustust, siis lasub nii vaidlustuskomisjonil kui ka kohtutel kohustus tõlgendada Eesti õigust Euroopa Liidu õigusega konformselt ehk võimalikult palju arvestada direktiividest tulenevaid üldpõhimõtteid.

Euroopa Liidu õigusest tuleneb hankija positiivne kohustus rakendada meetmeid korruptsiooni välistamiseks, ausa konkurentsi tagamiseks ja riigihanke läbipaistvuse tagamiseks. Eelnimetatud kohustus koostöös RHS § 38 lg-ga 3 tähendab, et Tartu Linnavalitsus oleks pidanud Kolmandalt isikult 1 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.

Kuivõrd Hankija on jätnud täitmata uurimiskohustuse, siis on Hankija on Kolmanda isiku 1 ebaõigesti kvalifitseerinud, siis on Tartu Linnavalitsus korralduses nr 584 jõudnud valele järeldusele Kolmanda isiku 1 pakkumuse edukaks tunnistamise osas hanke osas 1.

6.2. Vaidlustaja on asunud Hankija asemel hindama pakkumusi. Kolmas isik 2 sellega ei nõustu ning leiab, et pakkujat ei saa ise asuda Hankija asemel kaalutlusõigust teostama, mistõttu on ka ebaõige vaidlustuses märgitud järeldus, et Vaidlustaja pakkumusele oleks pidanud omistatama 84,2 punkti.

Kolmanda isiku 2 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.

6.2.1. Hindamislehe kohaselt on Vaidlustaja poolt pakutud menüüs komisjoni enamuse hinnangul kartulid vesised ning riis üle keedetud, samas üks komisjoni liige on väljendanud eriarvamust. Hindamislehe lk-l 4 on komisjon aga märkinud, et Vaidlustaja 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. Kolmanda isiku 2 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.

6.2.2. Hankija on menüüde hindamisel rikkunud ka pakkujate võrdset kohtlemist. Nii Vaidlustajale kui ka Kolmandale isikule 2 on Hankija omistanud vähem punkte, kuna kaalumiste tulemusel ei vastanud portsjonid menüüs kajastatule. Samas Kolmanda isiku 1 menüü osas kontrollkaalumist ei teostatud, kuigi Hankijal oli selleks võimalus. Hindamislehe kohaselt on Kolmanda isiku 1 algklassidele toidu portsjoneeritult laudadele pannud (hindamislehe lk 24). Seega oli Hankijal igati võimalus kontrollida kas algklasside portsjonid vastavad siiski menüüs märgitud kogustele.

## **VAIDLUSTUSKOMISJONI PÕHJENDUSED**

7. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et pakkumuste hindamine ja hindamiskriteeriumite alusel punktide andmine pakkumustele on vaidlustatav pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kaudu, mistõttu ei ole hindamiskomisjoni 15.05.2017 protokollilise otsuse näole tegemist Hankija otsusega RHS § 117 lg 2 p 13 mõttes.

Seega, Vaidlustaja on vaidlustanud Tartu Linnavalitsuse 13.06.2017 korralduse nr 584 alap-i 1.1., milles Hankija on tunnistanud hanke osas 1 edukaks Kolmanda isiku 1 pakkumuse. Vaidlustaja leiab, et see otsus on vastuolus RHS-iga, sest:

- otsuses oleks pidanud olema esitatud Hankija kaalutlused, miks Hankija Kolmandat isikut 1 hankemenetlusest RHS § 38 lg 2 p-i 1 alusel ei kõrvaldanud;

- Hankija oleks pidanud Kolmanda isiku 1 Hankemenetlusest RHS § 38 lg 2 p-i 1 alusel kõrvaldama;
- Hankija on läbipaistmatult ja kontrollimatult hinnanud Vaidlustaja pakkumust;
- Hankija on Vaidlustaja pakkumusele andnud punkte ebaõigesti, Vaidlustaja pakkumus oleks pidanud hindamisel saama 84,2 punkti (mitte 75 punkti).

8. Vaidlustuskomisjon ei nõustu Hankija ja Kolmanda isikuga 1, et Vaidlustaja oleks pidanud seonduvalt RHS § 38 lg 2 p-i 1 Hankija poolt kohaldamata jätmisega vaidlustama Kolmanda isiku 1 kvalifitseerimise otsust.

8.1. RHS § 38 lg-d 1 ja 2 ei sätesta, missugusel ajahetkel peab hankija pakkuja suhtes kõrvaldamise aluste esinemist kontrollima ja vajadusel tegema Hankemenetlusest kõrvaldamise otsuse.

Isegi kui praktikas on tavapärane ja riigihangete registris vormistatavad protokollid näevad ette, et hankija kontrollib kõrvaldamise aluste esinemist koos kvalifikatsiooni kontrollimisega, ei sätesta RHS hankijale kohustust kohaldada pakkuja suhtes Hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid mingis konkreetsetes Hankemenetluse etapis. Hankemenetlusest kõrvaldamise alused ei ole seadusest tulenevalt pakkuja kvalifitseerimata jätmise ega tema pakkumuse tagasilükkamise aluseks, vaid toovad kaasa iseseisva õigusliku tagajärje.

Järelikult ei ole hankija rikkunud seadust, kui ta ei ole kohaldanud kohustuslikke pakkuja suhtes Hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid (§ 38 lg 1), kui Hankemenetlus veel kestab. Samal põhjusel ei ole õiguslikku alust järeldada, et hankija peab kohaldama valikulisi Hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid (§ 38 lg 2) mingis konkreetsetes Hankemenetluse etapis.

8.2. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et pakkuja Hankemenetlusest kõrvaldamata jätmist on huvitatud isikul võimalik vaidlustada pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamise kaudu.

Pakkumuse edukaks tunnistamise eesmärk on sõlmida edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkujaga hankelepingle ja hiljemalt pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse tegemise ajahetkeks on teistele pakkujatele selge, et hankija ei kavatse pakkujat, kelle suhtes esineb või võib esineda Hankemenetlusest kõrvaldamise alus, Hankemenetlusest kõrvaldada. Kuna Hanketeates, Hankedokumentides või pakkumuse esitamise ettepanekus pakkumuste hindamise kriteeriumide sätestamise eesmärk on nimetada, milliste kriteeriumide alusel hankija hankelepingle sõlmib (RHS § 31 lg 3 ja lg 4) ja pakkumuse edukaks tunnistamise protseduuriga valib hankija välja pakkumuse, milline on hindamiskriteeriumide kohaselt hankijale soodsaim (RHS § 50 lg-d 2 ja 3), et sõlmida selle esitajaga pärast 14 päeva möödumist hankelepingle (RHS § 69 lg 1), siis ei saa hankija ilmselgelt sõlmida hankelepingle isikuga, kelle suhtes esinevad Hankemenetlusest kõrvaldamist kaasa toovad asjaolud.

8.3. Vaatamata sellele, et Vaidlustaja oli teadlik, et Kolmanda isiku 1 osas võib esineda RHS § 38 lg 2 p-is 1 sätestatud Hankemenetlusest kõrvaldamise alus, ei saanud ta sel põhjendusel vaidlustada Kolmanda isiku 1 kvalifitseerimise otsust, sest Hankemenetluses osaleva isiku Hankemenetlusest kõrvaldamise aluste tuvastamine ei ole RHS-i tähenduses aluseks pakkuja kvalifitseerimise (ega ka tema pakkumuse vastavaks tunnistamise) otsuse kehtetuks tunnistamiseks.

8.4. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et Vaidlustaja vaidlustus Kolmanda isiku 1 hanke osas 1 esitatud pakkumuse edukaks tunnistamise otsusele on tähtaegne, seda otsust võib vaidlustada ka põhjendusel, et edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkuja, s.t. käesoleval juhul Kolmanda isiku 1, suhtes esineb Hankemenetlusest kõrvaldamise alus.

**9.** Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et Hankija ei pidanud vastavaid põhjendusi, kaalutlusi RHS § 38 lg 2 p-s 1 sätestatud koosseisu puudumise ja RHS § 38 lg 2 p-s 1 sätestatud alusel Kolmanda isiku 1 kõrvaldamata jätmise kohta esitama pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse põhjendustes.

*RHS § 50 lg 2 kohaselt kui hankija sõlmib hankelepingu majanduslikult soodsaima pakkumuse alusel, hindab ta pakkumusi vastavalt hanketeates või hankedokumentides nimetatud hankelepingu esemega seotud pakkumuste hindamise kriteeriumidele omistatud suhtelisele osakaalule. Hankija tunnistab põhjendatud kirjaliku otsusega edukaks pakkumuste hindamise kriteeriumide kohaselt kõige soodsama pakkumuse.*

Seega juhul, kui hankeping sõlmitakse majanduslikult soodsaima pakkumuse alusel peavad pakkumuse edukaks tunnistamise otsuses olema esitanud põhjendused hindamiskriteeriumide alusel punktide andmise kohta pakkumustele. Hankija tegevus RHS § 38 lg 2 p-s 1 sätestatud asjaolude väljaselgitamiseks (kas asuda kaaluma vajadust kõrvaldada Kolmas isik 1 hankemenetlusest või mitte) ei ole käsitletav RHS § 50 lg 2 alusel tehtava pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse põhjendamata jätmisena, mis mõjutaks otsuse sisu ja muudaks selle läbipaistmatuks ning kontrollimatuks (RHS § 3 p 2).

Hankija ei ole Kolmandat isikut 1 hankemenetlusest kõrvaldanud. Kuna RHS § 38 lg-st 7 tulenevalt peab hankija tegema põhjendatud kirjaliku otsuse üksnes pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamisel, siis ei pea hankija kõrvaldamise aluste kontrolli teostamisel, kui kõrvaldamise alused pakkuja suhtes puuduvad, tegema otsust pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamata jätmise kohta.

Seega sisuliselt oli Hankija käesoleval juhul kohustatud Kolmanda isiku 1 suhtes teostatud RHS § 38 lg 2 p-s 1 sätestatud asjaolude kontrolli puudutavat tegevust esmakordselt kirjeldama ja esitama vaidlustusmenetluses.

**10.** Alljärgnevalt vaidlustuskomisjon võtab seisukoha selles, kas Hankija pidi asuma kaaluma Kolmanda isiku 1 RHS § 38 lg 2 p 1 alusel hankemenetlusest kõrvaldamist.

RHS § 38 lg 2 p-is 1 sätestatud aluste väljaselgitamine ei ole kaalumine. Selleks, et asuda kaaluma pakkuja hankemenetlusest sel alusel kõrvaldamist, pidi olema tuvastatud, et esinevad vastavad alused.

**10.1.** RHS § 38 lg 2 p 1 kohaselt hankija võib 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.*

Seega tuli Hankijal asuda kaaluma Kolmanda isiku 1 hankemenetlusest kõrvaldamist siis, kui:

- 1) Kolmas isik 1 või tema esindaja olid eksinud kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu;
- 2) see eksimus on raske süüline;
- 3) see raske süüline eksimus kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu on tõendatud kas kutse- või ametiliidu aukohtu otsusega või muul sellesarnasel alusel.

RHS § 38 lg 2 p-i 1 alusel hankemenetlusest kõrvaldamise kaalumise eeldus on see, et raske süüline eksimus peab olema tõendatud.

Käesoleval juhul ei ole Kolmanda isiku 1 ega tema esindaja suhtes teinud otsust kutse- või

ametiliidu aukohus.

Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et RHS § 38 lg 2 p-is 1 nimetatud muuks sellesarnaseks aluseks ei ole kohtumäärus KrMS § 202 alusel kriminaalmenetluse lõpetamise kohta. Hankijal endal aga ei ole õigust tuvastada ja tõendada isiku osas, kelle suhtes on kriminaalmenetlus KrMS § 202 alusel lõpetati, kriminaalmenetlusest lähtuvat rasket süülist eksimust.

10.2. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et Harju Maakohtu 25.04.2017 määrus, millega lõpetati kriminaalmenetlus Kolmanda isiku 1 suhtes KarS § 297 lg 3 (alates 01.01.2015 § 298 lg 3) järgi kuriteo toimepanemises avaliku menetlushuvi puudumise tõttu, ei tõenda Kolmanda isiku 1 poolt kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu rasket süülist eksimust.

Määruse koostamisel juhendus kohus KrMS § 202 lg-test 1, 2, 3 ja §-st 206.

Juriidilise või füüsilise isiku nõustumine kriminaalmenetluse lõpetamisega KrMS § 202 alusel tähendab, et isik loobub talle kahtlustuses/süüdistuses etteheidetud kuritegudes kohtulahendi taotlemisest, seega ka võimalikust õigeksmõistmises, kuid ühestki õigusaktist ei tulene, et isik on sel alusel kriminaalmenetluse lõpetamisega nõustumisel oma süüd tunnistanud, et sel alusel kriminaalmenetluse lõpetamise määrusega on isik süüdi tunnistanud.

Viidatud kohtumääruses puudub mistahes õiguslik hinnang Kolmandale isikule 1, mistõttu ei saa nõustuda Kolmanda isiku 2 seisukohaga, et uurimisasutuse tegevuse tulemusena on tuvastatud Kolmanda isiku 1 raske süüline eksimus.

10.3. Vaidlustuskomisjon nõustub Hankijaga, et Hankijal puudub pädevus anda hinnangut kriminaalasja raames kogutud tõenditele ja tuvastatud asjaoludele.

Isegi siis, kui Hankija hakkaks välja selgitama Kolmanda isiku 1 ja tema juhatuse liikme kriminaalasja asjaolusid ja tal oleks juurdepääs kõikidele vastavatele dokumentidele, ei saa Hankija otsustada, kas Kolmas isik 1 ja tema juhatuse liige on KarS § 297 lg 3 (alates 01.01.2015 § 298 lg 3) ja KarS § 297 lg 2 p 1 (alates 01.01.2015 § 298 lg 2 p 1) alusel süüdi.

Kui kohtumäärusest, millega on kriminaalmenetlus KrMS § 202 lg 1, 2, 3 ja § 206 alusel lõpetatakse, saab järeldada, et isik, kelle osas määrus on tehtud, on teo toime pannud, ei saa Hankija olla õigusemõistjaks ja otsustada selle isiku süü üle.

10.4. Vaidlustuskomisjon jääb oma varasemas otsuses (19.02.2014 vaidlustusasi nr 15-14/147135, p 21) esitatud seisukoha juurde, et KrMS § 202 lg 1 alusel tehtud kohtumäärus (ja ajakirjanduses avaldatud andmed) ei ole käsitletavad RHS § 38 lg 2 p-s 1 välja toodud tõenditena raske süülise eksimuse kohta kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu.

10.5. Lähtudes sellest, et kutse- või ametiliidu aukohtu otsusega ega muul sellesarnasel alusel ei ole tõendatud Kolmanda isiku 1 ja tema esindaja raske süüline eksimus kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu ning sellest, et Hankija ise ei saanud seda tõendada, ei pidanud Hankija asuma kaaluma Kolmanda isiku 1 hankemenetlusest RHS § 38 lg 2 p 1 alusel kõrvaldamist.

**11.** Vaidlustaja leiab, et tema hanke osas 1 esitatud pakkumust on hinnatud valesti, pakkumus oleks pidanud saama 84,2 punkti (vaidlustuskomisjoni arvutuse kohaselt 84,1 punkti (30+20+10+7,5+5+3,1+8,5)).

HD p 6.3.1. kohaselt on hindamiskriteeriumiks *koolis pakutav toit, mida degusteeritakse (kokku võimalik saada maksimaalselt 30 punkti): hinnatakse toidu maitset ja lõhna (maksimaalne*

*punktide arv 6), hinnatakse toidu tekstuuri (maksimaalne punktide arv 6), hinnatakse pakutava toidu kogust, st normikohast kogust taldrikul (maksimaalne punktide arv 6), hinnatakse pakutava toidu vastavust menüüle: põhitoit, lisandid, leiva/saia valik, jook (maksimaalne punktide arv 6), hinnatakse toidu välimust (maksimaalne punktide arv 6);*

*Hankijal on õigus valida kool, kus toitu degusteeritakse. Kui pakkuja ei paku käesoleval ajal üheski Tartu koolis toitlustusteenust, tuleb pakujal tagada Tartus pakutava toidu degusteerimise võimalus.*

Vaidlustaja on vaidlustanud enda pakkumusele antud järgmised punktid:

- toidu maitse ja lõhn (maksimaalne punktide arv 6), Vaidlustaja pakkumus on saanud 5 punkti;
- toidu tekstuur (maksimaalne punktide arv 6), Vaidlustaja pakkumus on saanud 5 punkti;
- pakutava toidu kogus, st normikohane kogus taldrikul (maksimaalne punktide arv 6), Vaidlustaja pakkumus on saanud 5 punkti;
- pakutava toidu vastavus menüüle: põhitoit, lisandid, leiva/saia valik, jook (maksimaalne punktide arv 6), Vaidlustaja pakkumus on saanud 4 punkti.

Vaidlustaja on seisukohal, et tema pakkumus oleks pidanud selle kriteeriumi järgi saama maksimaalsed punktid.

HD p 6.3.3. kohaselt on hindamiskriteeriumiks menüü mitmekülgsus põhitooraine osas nädala kohta (maksimaalne punktide arv 10): *(koostisosade ja roogade osas: üksluine menüü, 1-2 peamisest põhitoorainest koosnev menüü – 0p, vahelduv menüü, 3-4 peamisest põhitoorainest – 5 p, väga mitmekülgne, igal päeval erinev põhitooraine – 10 p)*

Vaidlustaja on vaidlustanud enda pakkumusele antud punktid koolilõuna ees I nädalal: maksimaalne punktide arv 10, Vaidlustaja pakkumus on saanud 5 punkti.

Vaidlustaja on seisukohal, et tema pakkumus oleks pidanud selle kriteeriumi järgi saama maksimaalsed punktid.

HD p 6.3.5. kohaselt on hindamiskriteeriumiks menüü mitmekülgsus salatite osas nädala kohta (maksimaalne punktide arv 10): *(üksluine salati valik, 1-2 peamisest põhitoorainest – 0p, vahelduv, 3-4 peamisest põhitoorainest – 5 p, väga mitmekülgne, igal päeval erinevast põhitoorainest salat – 10p).*

Vaidlustaja on vaidlustanud enda pakkumusele antud järgmised punktid:

- koolilõuna (I nädal) (maksimaalne punktide arv 10), Vaidlustaja pakkumus on saanud 0 punkti;
- koolilõuna (II nädal) (maksimaalne punktide arv 10), Vaidlustaja pakkumus on saanud 0 punkti;
- taimetoidumenüü (I nädal) (maksimaalne punktide arv 10), Vaidlustaja pakkumus on saanud 0 punkti;
- taimetoidumenüü (II nädal) (maksimaalne punktide arv 10), Vaidlustaja pakkumus on saanud 0 punkti.

Vaidlustaja on seisukohal, et tema pakkumus oleks pidanud selle kriteeriumi järgi saama kõikide eest 5 punkti.

11.1. Lähtudes sellest, et Vaidlustaja on Kolmanda isiku 1 hanke osas 1 esitatud pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustanud üksnes põhjendusel, et Vaidlustaja pakkumust on

hinnatud läbipaistmatult ja kontrollimatult ning sellele oleks tulnud anda 84,2 punkti, ei riku Hankija otsus hanke osas 1 tunnistada edukaks Kolmanda isiku 1 pakkumus Vaidlustaja õigusi ega kahjusta tema huve.

Vaidlustuskomisjon peab kontrollima vaidlustatud Hankija otsuse vastavust RHS-ile üksnes Vaidlustaja põhjenduste alusel ja ei saa väljuda vaidlustuse raamest ning hakata käesoleval juhul kontrollima, kas vaidlustatud Hankija otsus on RHS-iga vastuolus ka mõnel muul põhjendusel, mida Vaidlustaja pole vaidlustuses esitanud.

11.2. Hanke osas 1 esitatud pakkumustele on Hankija hindamisel andnud punkte järgmiselt:

- 1) Kolmas isik 1 – 88,7 punkti;
- 2) Kolmas isik 2 – 75,25 punkti;
- 3) Vaidlustaja – 75 punkti;
- 4) Sildo Luke OÜ – 59,8 punkti.

Kuna Kolmanda isiku 1 osas on tõendamata RHS § 38 lg 2 p-s 1 ette nähtud raske süüline eksimus kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu, mistõttu Hankija ei pidanud kaaluma Kolmanda isiku 1 hankemenetlusest kõrvaldamist ja isegi siis, kui Vaidlustaja hanke osas 1 esitatud pakkumus saaks hindamisel 84,2 punkti, ei osutuks see edukaks.

11.3. Vaidlustusmenetlus lähtub isiku subjektiivsete õiguste kaitse põhimõttest. RHS § 117 lg 1 sätestab, et pakkuja võib vaidlustada hankija tegevuse, kui ta leiab, et RHS-i rikkumine hankija poolt rikub pakkuja õigusi või kahjustab tema huvisid, esitades vaidlustuskomisjonile sellekohase vaidlustuse.

Seega peab vaidlustuse rahuldamiseks iga konkreetse taotluse osas olema täidetud kaks tingimust: vaidlustatav hankija otsus (RHS § 117 lg 2) peab olema õigusvastane ja rikkuma samaaegselt ka vaidlustaja õigusi. Vaidlustuskomisjon ei pea kontrollima hankija otsuse seaduslikkust, kui ta jõuab järeldusele, et see ei puuduta vaidlustaja õigusi.

Kohtupraktikas on korduvalt leidnud kinnitust, et isikute hankemenetluses osalemise ainus seaduslik eesmärk on majanduslik huvi sõlmida hankeleping (nt Tallinna Halduskohtu 22.08.2012 otsuses haldusasjas nr 3-12-1149, p 18, on kohus asunud seisukohale, et ühe äriühingu lubatavaks õiguseks või huviks vaidlustuse esitamisel ei saa olla teise äriühingu tõrjumine hankemenetlusest, kui ta ise sellest mingit konkreetset kasu ei saa). Seega on riigihanke vaidlustusmenetluses kaitstav õigushüve RHS § 117 lg-st 1 tulenevalt õiguspärane hankelepingu sõlmimise võimalus ja vaidlustuse rahuldamine peab aitama kaasa vaidlustaja õiguste kaitsele või rikutud õiguste taastamisele. Vaidlustatavad ei ole need hankija otsused, mis seda eesmärki ei teeni.

11.4. Seisukohale, et vaidlustusmenetluse käigus saab ja tuleb kontrollida vaidlustuse lubatavust kõikides vaidlustusmenetluse etappides ja et vaidlustusmenetlus on mõeldud kaitsma üksnes vaidlustaja subjektiivseid õigusi, on asunud Tallinna Halduskohtu 07.06.2013 otsuses haldusasjas nr 3-13-966 (p-d 11 ja 12) ning 22.08.2012 otsuses haldusasjas nr 3-12-1149 (p-d 16-19). Viidatud otsustes on kohtud olnud eriarvamusel sellest, kas juhul, kui vaidlustus ülejäänud osas vaidlustaja õigusi ei riku, tuleb see jätta RHS § 122 lg 3 p-i 6 alusel läbi vaatamata (otsuse nr 3-13-966 p 12) või rahuldamata (otsuse nr 3-12-1149 p 19).

Vaidlustuskomisjon leiab, et kui vaidlustajal vaidlustuse esitamise õiguse puudumine hankija otsuste vaidlustamiseks selgub vaidlustusmenetluse käigus, siis tuleb vaidlustus hankija otsustele osas, mis ei saa rikkuda vaidlustaja huve, jätta rahuldamata RHS § 126 lg 1 p-i 4 alusel. Seda, et kaebeõiguse kontrollimisel otsuse tegemisel tuleb kaebeõiguse puudumisel

jätta kaebus rahuldamata, on märkinud ka Riigikohus (vt nt 16.12.2015 määrus asjas nr 3-3-1-55-15, p 9).

**12.** Eelpooltoodu alusel jääb rahuldamata Vaidlustaja taotlus tunnistada kehtetuks Hankija otsus hanke osas 1 Kolmanda isiku 1 pakkumuse edukaks tunnistamise kohta.

**13.** Vaidlustuse rahuldamata jätmisel jääb esitatud riigilõiv 1280 eurot Vaidlustaja kanda.

(allkirjastatud digitaalselt)

Ulvi Reimets