

Riigihangete Vaidlustuskomisjon
Tartu mnt 85
Tallinn

Tallinn
8.01.2024

ESITATUD E-KIRJA TEEL
vako@fin.ee

NOVE

ADVOKAADIBÜROO

Advokaadibüroo NOVE OÜ
Registrikood: 12984303
Estonia pst 9, Solaris keskus
10143 Tallinn
Tel: +372 610 8010
nove@nove.ee
www.nove.ee

Andrus Kattel
Arsi Pavelts, PhD
Kristjan Tamm
Veikko Puolakainen
Mari Past
Indrek Niklus
Sten Tikerpe
Mart Parind

Marika Mugur
Heili Püümann
Veiko Vaske
Maret Kruus
Laura Raadik
Kristiina Koll
Madis Abel
Andra Olm

Riigihange: „Rail Baltica ja Eleringi Kiisa, Saku ja Tootsi gaasitorustike ümberehitustööd“
Viitenumber 262453

Vaidlustaja: **UAB MT Group**
Registrikood 302203568
Kareiviu 6, LT-09117 Vilnius, Leedu

Esindaja: vandeadvokaat Veiko Vaske
Advokaadibüroo NOVE
Estonia pst 9, 10143 Tallinn
Tel: 610 8010
E-post: veiko.vaske@nove.ee

Hankija: **osaühing Rail Baltic Estonia**
Registrikood 12734109
Veskiposti 2/1, 10138 Tallinn
E-post: hanked@rbe.ee

Kontakt eHRH-s: Kaire Kullik
Tel: 5815 0701

VAIDLUSTUS EDUKA PAKKUJA KÕRVALDAMISE OTSUSELE

1 TAOTLUS

UAB MT Group palub Riigihangete vaidlustuskomisjonil tunnistada kehtetuks osaühingu Rail Baltic Estonia hankekomisjoni 28.12.2023 otsus riigihankes „Rail Baltica ja Eleringi Kiisa, Saku ja Tootsi gaasitorustike ümberehitustööd“ (registri viitenumber 262453), millega kõrvaldati edukaks tunnistatud pakkuja UAB MT Group riigihankest, ja jätta menetluskulud hankija kanda.

2 FAKTILISED ASJAOLUD JA MENETLUSLIKUD AVALDUSED

1. Osaühing Rail Baltic Estonia (edaspidi *Hankija*) korraldab avatud hankemenetlusena riigihanget „Rail Baltica ja Eleringi Kiisa, Saku ja Tootsi gaasitorustike ümberehitustööd“ (registri viitenumber 262453), mille esemeks on Rail Baltica põhitrassiga ristuvate Rail Baltica

ja Eleringi Kiisa, Saku ja Tootsi gaasitorustike ümberehitustööde teostamine. Hankija korraldab Riigihanget RHS § 52 lg 3 mõttes nn pöördmenetlusena.

2. Riigihankes esitasid pakkumused viis pakkujat, millest madalaima maksumusega SIA Euro Energijas Serviss pakkumuse lükkas Hankija 20.11.2023 otsusega tagasi. Ülejäänud pakkumustest oli madalaima maksumusega ehk hankelepingu sõlmimise kriteeriumi kohaselt majanduslikult soodsaim UAB MT Group (edaspidi *Vaidlustaja*) pakkumus maksumusega 1 848 484 eurot. 18.12.2023 otsusega tunnistas Hankija Vaidlustaja pakkumuse edukaks.

3. Käesoleva vaidlustuse seisukohast on oluline, et Riigihankes kehtestas Hankija kvalifitseerimise tingimuse nr 4 pakkujate tehnilise ja kutsealase pädevuse hindamiseks, mille kohaselt nõuti pakkujalt RHS § 101 lg 1 p 9 alusel, et pakkujal peab olema või ta peab omama kasutusõigust tehnika kasutamiseks eritööde teostamiseks. Tingimusele vastavuse tõendamiseks nõudis Hankija esmalt hankepassis *vastavasisulise kinnituse* esitamist. Teiseks kehtestas Hankija tõendinõude, mis on sõnastatud järgmiselt: „Pakkuja esitab Hankija nõudmisel: a) tehnika nimekirja koos tootjate, mudelite ja tehniliste andmetega; b) kui Pakkuja kavatses vajamineva tehnika rentida, siis esitab Pakkuja vastava poolte poolt allkirjastatud eelkokkuleppe nõutavat tehnikat omava ettevõtjaga. Hankija soovitas hankemenetluse kiirema läbiviimise huvides esitada nimetatud dokumendid koos pakkumuse ja hankepassiga.“ [kõik vormistuslikud rõhutused allakirjutanu poolt – V.V.]

4. Seega oli pakkujatel kohustus esitada hankepassis kinnitus eritöödeks vajaliku tehnika olemasolu või kasutusvõimaluse kohta ja hankija nõudmisel pakkujale kuuluva tehnika nimekiri ning kui pakkuja kavatses tehnika rentida, siis kirjalik eelkokkulepe tehnikat omava ettevõtjaga. Hankija soovitas, kuid ei kohustanud esitama nimekirja ja eelkokkulepet koos pakkumuse ja hankepassiga. Vaidlustaja esitas viidatud kvalifitseerimise tingimusele vastavuse tõendamiseks hankepassis kinnituse vahendite olemasolu kohta ja viitas ettevõtjale, kellelt ta kavatses kõnealused eritööde seadmed rentida kui vastavale tehnilisele üksusele (mis on hankepassi standardvormil ainus asjakohane lahter), kuid ei esitanud kirjalikku eelkokkulepet, kavatsedes esitada selle Hankija nõudmisel kvalifikatsiooni kontrollimise etapis. Ühtlasi esitas Vaidlustaja hankepassis kinnituse, et ta ei tugine kvalifikatsiooni tõendamisel teiste isikute vahenditele.

5. 28.12.2023 teavitas Hankija Vaidlustajat, et Hankija hankekorra p 25 b alusel 07.03.2023 moodustatud komisjon on hankekorra p 30-s antud volituste alusel teinud 28.12.2023 Riigihankes otsuse Vaidlustaja riigihankest kõrvaldada. Otsuse õigusliku alusena nimetas Hankija RHS § 104 lõikeid 4 ja 8.

6. Otsuse faktilise alusena tõi Hankija välja rea asjaolusid, millest õiguslikult relevantssed on kokkuvõtvalt järgmised:

6.1. Vaidlustaja on nii pakkumusega koos kui pakkumuse maksumuse põhjendatuse kohta esitatud küsimustele vastates esitanud allhankijana osalemise nõusoleku deklaratsiooni teise ettevõtja kohta. Hankija järeldas sellest, et Vaidlustaja tugineb kvalifikatsiooni tõendamisel alltöövõtjale.

6.2. Vaidlustaja ei ole esitanud nimetatud teise ettevõtja kohta hankepassi, mis teise isiku näitajatele tuginemise korral on RHS § 104 lg 4 kohaselt nõutav ning peab lg 4¹ kohaselt sisaldama kinnitust kõrvaldamise aluste puudumise kohta.

6.3. Kui hankepass puudub, ei oma hankija kaalutusõigust ettevõtja kõrvaldamise kohta ning ettevõtja tuleb kõrvaldada, kuna kõrvaldamise aluste puudumist tuleb suures osas kontrollida ettevõtja enda kinnituste põhjal.

6.4. Hankepassi esitamata jätmise korral ei saa hankija kohtupraktika kohaselt nõuda hankepassi täiendamist ega teostada kvalifikatsiooni sisulist kontrolli, kõrvaldada

sellist puudust, mis seisneb hankedokumentides nõutud dokumendi või andmete esitamata jätmises.

- 6.5. Sisulise kontrolli läbiviimisel ei pea hankija tal mingi teabe olemasolul eeldama selle teabe kasutada soovimist pakkuja poolt, kuna ta ei saa pakkuja eest kujundada pakkumuse sisu ega valida kvalifitseerimistingimuste täitmiseks vajalikke ressursse.
7. Vaidlustaja ei nõustu Hankija otsusega enda kõrvaldamise kohta, kuna puudub alus tema kõrvaldamiseks ja Hankija on ühtlasi teinud ennatliku ja ebaõige oletuse Vaidlustaja kvalifitseerumise osas ja esitab seetõttu käesoleva vaidlustuse.
8. Kuivõrd 10. päev alates vaidlustatud otsusest teatamisest RHS § 189 lg 1 mõttes langes puhkepäevale, on esimesel sellele järgneval tööpäeval, 8.01.2024 laekunud vaidlustus esitatud tähtaegselt.
9. Vaidlustusele ei ole lisatud riigihanke alusdokumente, pakkumust ega Vaidlustaja ja Hankija teabevahetust riigihangete registri vahendusel, kuna eeldatavalt on VAKO-I sellele juurdepääs registri kaudu.
10. Kolmandate isikute kaasamise korral vaidlustusmenetlusse palub Vaidlustaja käsitada oma ärisaladuse ulatust kooskõlas pakkumuses määratletuga ning mitte esitada kolmandale isikule ärisaladust sisaldavaid materjale ega käesolevale vaidlustusele lisatud Vaidlustaja ja teise ettevõtja vahelist lepingut (Lisa 1), mis sisaldab samuti infot Vaidlustaja ärisaladuse kohta (konkreetselt: koostööpartnerite ja nendega sõlmitud lepingute tingimuste kohta), mille sattumine konkurentide kätte kahjustaks Vaidlustaja ärihuve.
11. Vaidlustaja on tasunud vaidlustuselt kooskõlas riigilõivuseaduse § 258 lg 1 punktiga 1 riigihanke rahvusvahelist piirmäära mitteületavat eeldatavat maksumust arvestades riigilõivu summas 640 eurot, mida tõendab vaidlustusele lisatud maksekorralduse koopia (Lisa 2).
12. Vaidlustaja on nõus asja läbivaatamisega kirjalikus menetluses.
13. Allakirjutanu kinnitab, et on Vaidlustaja lepinguline esindaja vaidlustusmenetluses.

3 ÕIGUSLIKUD PÕHJENDUSED

14. Vaidlustus põhineb sellel, et vaidlustatud otsus on õigusvastane, kuna puuduvad mis tahes õiguslikud alused Vaidlustaja riigihankest kõrvaldamiseks. Isegi kui Hankija oleks saanud teise isiku hankepassi puudumise tõttu kaaluda Vaidlustaja suhtes negatiivse otsuse tegemist, oleks tal saanud tekkida õiguslik alus selle kaalumiseks alles Vaidlustaja kvalifikatsiooni kontrollimise faasis, milleni aga Hankija ei jõudnudki. Hankija on eiranud Vaidlustaja poolt hankepassis esitatud kinnitust, et Vaidlustaja ei tugine oma kvalifikatsiooni tõendamisel teistele ettevõtjatele, tehes ilma asjaolusid täpsustamata ennatliku ja põhimõtteliselt ebaõige järelduse Vaidlustaja poolt teise isiku näitajatele tuginemise kavatsuse kohta. Vaidlustaja ei ole soovinud tugineda oma kvalifikatsiooni tõendamisel teistele isikutele, ei olnud seetõttu kohustatud esitama ühegi teise isiku kohta hankepassi ja selle esitamata jätmine ei saa tuua kaasa ka mis tahes negatiivse otsuse tegemist Vaidlustaja suhtes.
15. Riigihankest kõrvaldamise otsus rikub Vaidlustaja subjektiivseid õigusi, kuna Vaidlustaja edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkujana jäi seetõttu ilma õiguspärasest võimalusest sõlmida pakkumuse alusel hankeleping ja teenida selle täitmisest tulu.

3.1. Teise ettevõtja hankepassi puudumisest ei saa ühelgi tingimusel tuleneda pakkuja kõrvaldamise alust

16. Vaidlustatud otsus on õigusvastane ainuüksi põhjusel, et teise ettevõtja hankepassi esitamata jätmine ei saaks isegi teoreetiliselt tuua kaasa pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamist. Jättes kõrvale asjaolu, et Vaidlustajal puudus käesoleval juhul kohustus esitada

teise isiku hankepassi (sellest täpsemalt vaidlustuse järgnevates osades), ei saaks Hankijal tekkida teise isiku hankepassi puudumisest õiguslikku alust Vaidlustaja kõrvaldamiseks.

17. Riigihankest kõrvaldamise alused on ammendavalt sätestatud RHS § 95 lõigetes 1 ja 4 ning nende seas ei ole sätestatud alust, mis oleks mingil viisil seotud kvalifikatsiooni tõendamiseks tuginetud teise ettevõtjaga seotud asjaoludega. Sealhulgas ei ole pakkuja kõrvaldamise aluseks ei formaalne puudus teise ettevõtja hankepassi puudumise näol ega sisuline puudus teisel ettevõtjal kõrvaldamise aluse sisulise esinemise näol.

18. Kui isikul, kelle näitajatele tuginetakse, esineb RHS § 95 lg-s 1 või lg-s 4 sätestatud kõrvaldamise alus, ei ole selle õiguslikuks tagajärjeks mitte sellele isikule tuginenud pakkuja riigihankest kõrvaldamine, vaid RHS § 103 lg 6 kohaselt nõuab hankija (resp. võib nõuda lg 4 aluse puhul) pakkujalt selle ettevõtja asendamist, andes selleks viie tööpäeva pikkuse tähtaja. Kui pakkuja ettevõtjat tähtaegselt ei asenda, jätab hankija pakkuja kvalifitseerimata, kuid seda üksnes juhul, kui pakkuja ei täida esitatud kvalifitseerimise tingimusi iseseisvalt.

19. Teise ettevõtja, kellele pakkuja tugineb, hankepassi esitamata jätmise tagajärjeks ei saa samuti olla pakkuja enda riigihankest kõrvaldamine. Teise ettevõtja vahenditele on pakkujal võimalik RHS § 103 alusel tugineda üksnes teatud liiki kvalifitseerimise tingimustele vastavuse tõendamiseks, st tõendamaks enda vastavust majanduslikule ja finantsseisundile või tehnilisele ja kutsealasele pädevusele kehtestatud nõuetele. Seadus ei sätesta isegi teoreetiliselt võimalust, et pakkuja tugineks teise isiku näitajatele enda riigihankest kõrvaldamise aluste puudumise tõendamiseks. Järelikult ei saa pakkujal kõrvaldamise aluste esinemine sõltuda teisest ettevõtjast ega teise ettevõtja hankepassi puudumine ja sellest tulenevalt tema kõrvaldamise aluste puudumise kohta teabe puudumine anda alust pakkuja riigihankest kõrvaldamiseks. Seda kinnitab ka aktuaalne kohtupraktika.

20. Tartu Ringkonnakohus on 18.05.2023 otsuses haldusasjas nr 3-23-295 põhjalikult selgitanud kõrvaldamise aluste ja kvalifikatsiooni kontrollimise otsuste erinevust ja ajalist järgnevust. Ringkonnakohus selgitas (otsuse p 8): „[---] RHS-i ülesehitusest tulenevalt kontrollib hankija kõigepealt, kas ei esine pakkuja kõrvaldamise aluseid, ning kui neid esineb, siis kõrvaldab pakkuja menetlusest (RHS § 95-96). Selline pakkuja enam riigihankemenetluses kvalifitseerimise etappi ei jõua. Oluline on aga märkida, et kõrvaldamise aluseid kontrollitakse selles etapis konkreetsetl pakkuja suhtes, mitte teise isiku suhtes, kelle oskustööjõudu soovib pakkuja kasutada. Pärast kõrvaldamise etappi järgneb RHS-i ülesehituses nähtuvalt riigihankemenetluses kvalifitseerimise etapp (RHS-i 2. peatüki 3. jao 2. jaotis, §-d 98-106). Eelnevalt tsiteeritud normid [RHS §-d 103-104 – V.V.], kus reguleeritakse pakkuja poolt teise isiku oskustööjõu kasutamise tingimusi ja selle kontrollimist, paiknevad just neis paragrahvides.“

21. Seejärel rõhutas ringkonnakohus, et teise ettevõtja kõrvaldamise aluste kontrollimine hankepassi alusel ei saa ühelgi juhul puutuda asjasse pakkuja enda riigihankest kõrvaldamise aluste kontrollimisega, vaid üksnes järgnevas, kvalifikatsiooni kontrollimise etapis: „[---] halduskohus eksis, kui leidis, et vaidlusaluseid küsimusi tuli lahendada pakkuja kõrvaldamise etapis. Eelnevalt tsiteeritud ja refereeritud normidest tuleneb, et kui pakkuja soovib kasutada teise isiku oskustööjõudu, siis peab ta hankijale tõendama, et teisel isikul on vastava kvalifikatsiooniga oskustööjõud olemas ja nad on nõus nende kasutamisega pakkuja heaks (RHS § 103 lg 1). Seejärel kontrollib hankija, kas oskustööjõuga ettevõtja suhtes ei esine RHS § 95 lg-s 1 või 4 sätestatud kõrvaldamise aluseid (RHS § 103 lg 5). Ehkki jällegi kontrollitakse kõrvaldamise aluste olemasolu, ei toimu see kontroll RHS § 103 lg 5 asukohast nähtuvalt (see paikneb kvalifitseerimist reguleerivas jaotises) mitte kõrvaldamise etapis, vaid kvalifitseerimise etapis. Kui kõrvaldamise alus esineb, annab hankija pakkujale võimaluse selle ettevõtja

asendamiseks, kelle puhul esineb kõrvaldamise alus (RHS § 103 lg 6) või esineva maksuvõla tasumiseks (RHS § 103 lg 6¹).“

22. Seega kinnitab ka kohtupraktika üheselt, et teise ettevõtja, kellele pakkuja oma kvalifikatsiooni tõendamisel tugineb, kõrvaldamise aluste olemasolu, puudumine või selle kohta teabe ebapiisavus ei saa mis tahes viisil mõjutada pakkuja enda kõrvaldamise aluste esinemist, olla asjakohane pakkuja kõrvaldamise aluste kontrollimise etapis ega järelikult tuua kaasa pakkuja riigihankest kõrvaldamist. Hankija on teinud põhimõtteliselt vale otsuse, milleks puudus sõltumata faktilistest asjaoludest (Vaidlustaja rõhutab, et tal puudus ka kohustus teise isiku hankepassi esitamiseks) igasugune õiguslik alus, kuna Hankija oleks enda poolt otsuses nimetatud asjaolusid saanud kaaluma hakata alles järgmises hankemenetluse faasis, Vaidlustaja kvalifikatsiooni kontrollimisel, kuhu aga Hankija hankemenetlusega ei jõudnudki. Kuna kõrvaldamise otsuse tegemiseks õiguslik alus puudus ja tegemist ei ole pelgalt kaalutusveaga, st otsus on sõltumata Hankija kaalutlustest igal juhul õigusvastane, ei saaks sellist otsust jätta kehtima ka menetlusökonomiast tulenevalt. Vaidlustus tuleb seega igal juhul rahuldada ja Hankija otsus kehtetuks tunnistada.

3.2. Hankijal ei oleks teoreetilist alust jätta Vaidlustajat ka kvalifitseerimata ilma veendumata, et Vaidlustaja tegelikult kvalifitseerimistingimustele ei vasta

23. Järgnevalt selgitab Vaidlustaja, et isegi kui Hankija oleks teinud tema suhtes samadel kaalutluste kvalifitseerimata jätmise otsuse, oleks ka see õigusvastane järgmistel põhjustel.

24. Esiteks, kui eeldada, et Vaidlustajal oleks olnud kohustus teise ettevõtja hankepassi esitada (millega Vaidlustaja ei nõustu) ja võtta aluseks Hankija väide, et tal puudus hankepassi puudumise tõttu võimalus teise ettevõtja kõrvaldamise aluste puudumist kontrollida, ei oleks see saanud tuua automaatselt kaasa Vaidlustaja kvalifitseerimata jätmist, vaid Hankija oleks pidanud kontrollima ja veenduma, et Vaidlustaja ei täida kvalifitseerimise tingimusi iseseisvalt. Sellist kontrolli Hankija ei teostanud ega saanud seega ka kvalifikatsiooni puudumises veenduda.

25. RHS ei reguleeri otseselt õiguslikku tagajärge olukorras, kus teise ettevõtja hankepassi ei ole esitatud. Nagu tuleneb Tartu Ringkonnakohtu eelviidatud otsusest, ei saa selle õiguslikuks tagajärjeks olla pakkuja enda riigihankest kõrvaldamine, kuna teise ettevõtjaga seotud asjaolusid kõrvaldamise aluste kontrolli käigus veel ei käsitletagi. Puudub aga mõistlik alus eeldada, et kõrvaldamise aluste kohta teabe puudumise õiguslik tagajärg peaks olema erinev või ammugi rangem kõrvaldamise aluse faktilise tuvastamise õiguslikust tagajärjest. Nii on pakkuja enda kõrvaldamise aluste kohta teabe puudumise õiguslikuks tagajärjeks samuti tema riigihankest kõrvaldamine kas RHS § 95 lg 4 p 9 või § 104 lg 9 alusel, nagu ka kõrvaldamise aluse faktilise esinemise korral.

26. Teisel isikul, kellele pakkuja tugineb, kõrvaldamise aluse esinemise õiguslikuks tagajärjeks on aga RHS § 103 lg 6 kohaselt ettevõtja asendamise kohustus hankija nõudmisel. Pakkuja kvalifitseerimata jätmise saab teise ettevõtja kõrvaldamise aluse esinemine kaasa tuua ainult kahe kumulatiivse tingimuse esinemisel: pakkuja jätab ettevõtja tähtaegselt asendamata ja ei vasta iseseisvalt kvalifitseerimise tingimustele. Kooskõlas seaduse mõttega oleks eesmärgipärane kohaldada sama õiguslikku tagajärge analoogia korras ka juhul, kui teise ettevõtja kõrvaldamise aluste puudumist ei ole hankijal võimalik hanketeate alusel kontrollida.

27. Kohtupraktika kinnitab, et pakkuja kvalifikatsiooni kontrolli eesmärk on tuvastada kvalifikatsiooni puudutavad asjaolud sisuliselt. Selle põhimõttega oleks vastuolus lahendus, mis vabastaks hankija kohustusest tuvastada, et pakkuja iseseisvalt kvalifitseerimistingimustele ei vasta ja viiks pakkuja kvalifitseerimata jätmiseni üldse ilma

sisulise kontrollita. Igal juhul oleks ebaproportsionaalselt range tagajärg jätta pakkuja teise ettevõtja hankepassi esitamata jätmise tõttu automaatselt kvalifitseerimata sõltumata sellest, kas ta tegelikult kvalifitseerimise tingimustele iseseisvalt vastab või mitte. Vaidlustaja vastab kvalifitseerimise tingimustele käesoleva riigihanke tingimuste kontekstis iseseisvalt, mida selgitame alljärgnevalt.

3.3. Vaidlustaja ei ole soovinud teise ettevõtja vahenditele tugineda

28. Lisaks sellele, et Hankija tegi Vaidlustaja suhtes negatiivse otsuse ilma veendumata, kas Vaidlustaja iseseisvalt kvalifitseerimise tingimustele vastab, tegi Hankija teiseks fundamentaalse vea eeldades, et Vaidlustaja üldse soovis oma kvalifikatsiooni tõendamisel teise ettevõtja vahenditele tugineda. Kuigi Hankija rõhutas oma otsuse põhjenduste viimases lõigus, et ta *ei saa eeldada teabe kasutada soovimist pakkuja poolt, kujundada pakkuja eest pakkumuse sisu ega valida pakkuja eest kvalifitseerimistingimuste täitmiseks vajalikke ressursse ja näitajaid*, on Hankija ometi käitunud täpselt vastupidiselt, tehes Vaidlustaja esitatud dokumentidest ennatlikke järeldusi ja muutes Vaidlustaja pakkumuse sisu oletuste põhjal.

29. Tehnilisele ja kutsealasele pädevusele esitatud kvalifitseerimise tingimus, mida tsiteerisime asjaolude kirjelduse all ja mille osas Hankija oletas Vaidlustaja tuginemist teise ettevõtja vahenditele, näeb RHS § 101 lg 1 p 9 alusel ette nõude eritöödeks vajalike vahendite (seadmete) või nende kasutusõiguse olemasoluks. Siinkohal on oluline märkida, et nimetatud kvalifitseerimistingimusest ei saa mõistlikult aru saada teisiti, kui et nii seadmete olemasolu pakkujal endal kui nende kasutusõiguse olemasolu rendilepingu alusel loeb Hankija kvalifikatsiooni tõendamiseks pakkuja enda vahenditega ning seadmete kasutamine rendilepingu alusel ei tähenda pakkuja tuginemist renditeenuse pakkuja kui teise ettevõtja vahenditele RHS § 103 mõttes.

30. See tuleneb selgelt riigihanke alusdokumentide süstemaatilisest tõlgendusest. Dokumendis „Juhised pakkujale“ on p-s 6.2 piiratud tehnilise ja kutsealase pädevuse nõuete osas teise ettevõtja vahenditele tuginemise võimalust üksnes juhtudeks, *kui hankelepingu või selle osa täitmiseks on vajalik sellise hariduse, kutsekvalifikatsiooni või kogemuse olemasolu ning ettevõtjad, kelle vahenditele tuginetakse, täidavad vastavat hankelepingut või selle osa isiklikult*. Rendilepingule viitamise võimalus, mille kvalifitseerimistingimus sõnaselgelt ette näeb, ei eelda olemuslikult rendileandjal mingi hariduse, kutsekvalifikatsiooni ega kogemuse olemasolu ega ka hankelepingu osalist täitmist rendileandja poolt. Järelikult ei ole Hankija pidanud rendilepingule viitamist tuginemiseks teise isiku vahenditele.

31. Vaidlustaja kavatseski tugineda kvalifikatsiooni tõendamisel enda vahenditele eritööde teostamiseks, mida ta kasutab rendilepingu alusel ja oli sõlminud teise ettevõtjaga kirjaliku eellepingu vastavate vahendite rendilevõtmiseks koos konsultatsiooniteenusega (Lisa 1), et esitada see vastavalt kvalifitseerimistingimuse sõnastusele Hankijale *Hankija nõudmisel* kvalifikatsiooni kontrollimise etapis. Seda võimalust Vaidlustajal aga Hankija ennatliku otsuse tõttu ei tekkinudki.

32. Tõele vastab küll Hankija otsuse põhjendustes esitatud väide, et koos pakkumusega esitas Vaidlustaja ka rendileandja kinnituskirja, mis oli pealkirjastatud kui *Declaration of Consent to Participate as Sub-Supplier* ehk nõusolek osaleda allpakkujana, mis sisaldas mh ettevõtja nõusolekut, et Vaidlustaja tohib tugineda tema vahenditele oma kvalifikatsiooni tõendamisel ja valmisolekut osaleda hankelepingu täitmisel, kuid seda dokumenti tuleb mõista Vaidlustaja poolt hankepassis esitatud kinnituse valguses, et ta ei soovi kvalifikatsiooni tõendamisel teise ettevõtja vahenditele tugineda. Ettevõtja kui Vaidlustaja pikaaegne koostööpartner andis Vaidlustajale nõusoleku võimalikult laias sõnastuses, et vaidlustaja saaks vastavalt oma äranägemisele riigihankes osaleda (arvestades mh keelebarjääri, mis

loob Vaidlustajale täiendavaid riske Eesti riigihankes osalemisel), kuid see ei tähenda, et teise ettevõtja kinnitust saaks mõista vastuolus Vaidlustaja kui pakkuja enda tahteavaldustega.

33. Esiteks ei tähenda asjaolu, et teine ettevõtja on andnud Vaidlustajale nõusoleku oma vahenditele tugineda, et see muudaks Vaidlustaja hankepassis antud kinnitust ja Vaidlustaja oleks kohustatud teise isiku vahenditele tuginema, kui ta seda ei vaja. Nagu selgitasime, kvalifitseerimise tingimus nägi ette võimaluse tõendada eritöödeks vajalike vahendite olemasolu renditud seadmetele kui enda, mitte teise ettevõtja vahenditele tuginedes, ja Vaidlustaja kinnitas hankepassis sõnaselgelt, et ta ei tugine teise ettevõtja vahenditele. Kui Hankija nägi vastuolu Vaidlustaja enda kinnituse vahel hankepassis ja teise isiku kinnituse vahel, oleks ta pidanud minimaalselt küsima Vaidlustajalt selle kohta selgitusi ning ei saanud teha vastuolus Vaidlustaja enda kinnitusega kohest järeldust, et Vaidlustaja kasutab võimalust teise isiku vahenditele tugineda. Kohtupraktika toetab seisukohta, et hankija kohustus on kontrollida pakkuja kvalifikatsiooni sisuliselt ja selleks on hankijal pädevus täpsustada pakkumuses esitatut. Nagu Riigikohus selgitas otsuses nr 3-3-1-24-13, *erinevalt pakkumuse tehnilistest üksikasjadest ning pakkumuses ära toodud hinnast ja muudest lepingutingimustest ei ole täiendavad andmed või selgitused pakkuja kvalifikatsiooni kohta andmeteks, mis saaksid esitatud pakkumust sisuliselt muuta*. Ka Hankija on otsuses ise rõhutanud, et kehtiv õigus ei võimalda hankepassis esitamata andmete küsimist ega esitamist, kuid võimaldab hankepassis esitatu täpsustamist ja selgitamist. Näilist vastuolu hankepassis esitatu ja lisadokumendina esitatud kinnituskirja vahel Hankija aga selgitama ei vaevunud.

34. Teiseks ei tähenda ka ettevõtja kinnitus või valmisolek alltöövõttu teostada ja hankelepingu täitmises osaleda, et pakkuja peaks seda võimalust tingimata pakkumuse esitamisel kasutama. Vaidlustaja kinnitas hankepassis, et ta ei kavatse alltöövõtjaid kasutada. Analoogselt eeltooduga, kui Hankija nägi vastuolu Vaidlustaja enda kinnituse ja teise isiku kinnituse vahel, oleks ta saanud küsida Vaidlustajalt selle kohta selgitust ega saanud ilma pikemata lugeda teise isiku nõusolekut alltöövõtjana osaleda Vaidlustaja tahteavalduseks.

35. Kolmandaks ei ole alltöövõttu kasutamine kuidagi vahetult seotud teise isiku vahenditele tuginemisega ja alltöövõttu tohib riigihanke alusdokumentide kohaselt kasutada ka pakkuja, kes teise isiku vahenditele ei tuginenud ja pakkumuses alltöövõttu kasutamist ei kinnitanud. Hankija ei ole alltöövõtjate kasutamist hankelepingu täitmisel piiranud ja selles osas võib pakkuja kujundada hankelepingu täitmise meetodit nii enne hankelepingu täitmist kui selle ajal. Nimelt, alusdokumendi „Juhised pakkujale“ p 9.2 kohaselt peab edukas pakkuja esitama Hankijale hankelepingu täitmisel osalevate alltöövõtjate nimed hankelepingu *täitmise alustamise ajaks*, olemata seotud pakkumuses nimetatuga. Alusdokumendi „Hankelepingu projekt“ punkt 5.3 sätestab samuti, et hankelepingu täitmise alustamise kuupäevaks peab pakkuja esitama Hankijale *selleks ajaks teadaolevate* alltöövõtjate andmed ning näeb ette korra, kuidas tuleb teavitada täiendavate alltöövõtjate lisandumisest. Pakkumuse esitamise hetkel Vaidlustaja alltöövõttu kasutada ei plaaninud, kuid ei välista alltöövõtjate kaasamist, sh seadmete rendileandja kui oma pikaajalise koostööpartneri kaasamist alltöövõtjana vastavalt vajadusele. Teise ettevõtja vahenditele tuginemisega RHS § 103 mõttes sellel aga õiguslik seos puudub.

36. Seega on Hankija teinud järelduse Vaidlustaja tuginemise kohta teise isiku vahenditele oma kvalifikatsiooni tõendamiseks ennatlikult, vastuolus Vaidlustaja hankepassis esitatud avaldustega ja seega heitnud Vaidlustajale alusetult ette teise isiku hankepassi esitamatajätmist. Hankija oleks pidanud kontrollima Vaidlustaja vastavust kvalifitseerimise tingimustele pärast tema kõrvaldamise aluste puudumise tuvastamist ja soovi korral nõudma Vaidlustajalt kooskõlas kvalifitseerimise tingimusega eritöödeks kasutatavate seadmete loetelu ja kirjaliku eelkõkkuleppe esitamist. Nagu tõendasime lisatud dokumendiga (Lisa 1), oli Vaidlustaja enne pakkumuse esitamist vastava eelkõkkuleppe seadmete rendileandjaga

sõlminud ja oli valmis tõendama oma kvalifikatsiooni enda vahenditele tuginedes, nagu oli kinnitatud ka hankepassis.

37. Seega on Hankija, eirates Vaidlustaja enda poolt hankepassis esitatud avaldusi, teinud pakkumuses sisalduva näilise, kuid lihtsasti ületatava vastuolu lahendamiseks meelevaldse õigusliku järelduse ja Vaidlustaja kõrvaldamise aluste kontrollimisel teinud otsuse ebaõigel faktilisel alusel, mis sealjuures ei saakski täita ühegi riigihankest kõrvaldamise aluse koosseisu. Seetõttu on Hankija jätnud õigusvastaselt Vaidlustaja kvalifikatsiooni sisuliselt kontrollimata. Hankija otsus Vaidlustaja kõrvaldamise kohta on õigusvastane ja tuleb kehtetuks tunnistada.

Lisad: 1. Vaidlustaja kirjalik eelkokkulepe eritööde seadmete rentimiseks [sisaldab ärisaladust];
2. Riigilõivu maksekorraldus.

Lugupidamisega

Veiko Vaske
Vandeadvokaat