



kolonel Rauno Sirk
Riigi Kaitseinvesteeringute Keskus
info@kaitseinvesteeringud.ee

Teie 14.12.2018 nr 2-8/18/3756
Meie 21.12.2018 nr 12.2-1/9269-4

Järelevalvemenetluse alustamata jätmine

Austatud kolonel Sirk

Riigikogu liige Henn Põlluaas (edaspidi Teate esitaja) pöördus 07.12.2018 rahandusministeeriumi poole järelevalveteatega, milles palus rahandusministeeriumil alustada järelevalvemenetlust Riigi Kaitseinvesteeringute Keskuse (edaspidi nimetatud Hankija) tegevuse üle konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse „Pikamaa tankitõrjesüsteemi hankimine koos elutsükli tagamisega“ (viitenumber 200232) (edaspidi Riigihange) läbiviimisel.

Järelevalveteates kirjutas Teate esitaja, et riigihanke alusdokumendid on riigihangete seadusega (edaspidi RHS) vastuolus ning ei võimalda võrreldavate pakkumuste esitamist. Teate esitaja väitis, et Hankija on seadnud pakkujale kohustuseks esitada vastavusmaatriksi (lisa 7, vastavusmaatriks ja tehniline kirjeldus; edaspidi Lisa 7), mille täitmiseks tuleb pakkujal lähtuda pakkumuse esitamise tingimustes (Lisa 6) sätestatust. Muuhulgas tuleb pakkujal märkida Lisa 6 p-is 3.3.5. nimetatud pakkumuse vastavuse taseme kinnitus ja märkida vastavusmaatriksisse üks p-des 3.3.5.1.-3.3.5.4. märgitud võimalustest. Pakkujal on võimalik märkida, et tema poolt pakutav lahendus ületab (OC – *over compliant*) või vastab täielikult (FC – *fully compliant*) Riigihankes kehtestatud tingimustele, aga ka, „PC (*partly compliant*) pakutav lahendus on oma funktsionaalsusest vastav hankes esitatud tingimustele, esineb kõrvalekaldeid, mille kohta on detailsed selgitused esitatud pakkumuse koosseisus“ või „NC (*not compliant*) ei vasta hankes esitatud tingimustele“. Eeltoodu põhjal on Teate esitaja asunud seisukohale, et Hankijal on võimalik tunnistada vastavaks ka pakkumus, mis ei vasta Lisa 7 veergudes TT001-TT051 esitatud nõuetele.

Järelevalveteates märkis Teate esitaja, et Lisa 7 rea TT004.12 on valdkonnas tegutsevatele ettevõtjatele arusaamatu ning vastuoluline. Kõnealune vastavustingimus on sõnastatud järgnevalt: „*The missile shall be capable of defeating modern Main Battle Tanks.*“ Tõlgituna tähendab see, et rakett peab olema võimeline hävitama/alistama modernset lahingutanki. Teate esitaja heitis Hankijale ette, et viimane ei ole defineerinud, millist lahingutanki tüüpi termin „modernne“ tähistab. Teate esitaja väidab, et „alistamine võib tähendada, et üks rakett peab olema võimeline lahingutanki täielikult alistama, s.t et ühe lasuga on võimalik lahingutanki edasine tegevus välistada“, kui ka seda, et raketidega peab olema põhimõtteliselt võimalik modernset lahingutanki alistada ja et selleks võib kuluda teadmata arv laske või et see on võimalik vaid teatud distantsilt.

Järelevalveteates asus Teate esitaja seisukohale, et arvestades Eesti Vabariigi geograafilist asukohta ning poliitilist olukorda on kõige reaalsem oht Eestile Venemaa ning modernse lahingutanki all tuleks mõista eelkõige T-90 tüüpi lahingutanki. Sellest lähtuvalt väitis Teate

esitaja, et Lisa 7 reas TT028 märgitud tingimus, mille kohaselt peab laskemoon suutma läbistada vähemalt 700 mm ja sh ka plahvatustele reageerivat soomust, ei ole piisav. Lisaks leidis Teate esitaja, et Hankija on jätnud seadmata ka muud asjakohased tingimused (nt milliste vastumeetmetega tuleb arvestada).

Teate esitaja heitis Hankijale ette ka seda, et seades Riigihankes hindamiskriteeriumiks madalaima maksumuse, pole Hankija taganud reaalselt konkurentsi. Teate esitaja väitel võib majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel arvestada ainult hinda vaid juhul kui majanduslik soodsus sõltub ainult hinnast või kulust ning kõik muud tingimused on ammendavalt kindlaks määratud. Teate esitaja hinnangul ei ole Hankija suutnud hankelepingu eset üheselt mõistetavalt kirjeldada.

Järelevalve teates viitas selle esitaja RHS § 3 p-ile 3 ning leidis, et kuigi kaitse-ja julgeoleku valdkonnas võib olla teistest sektoritest vähem pakkujaid, siis peavad pakkujad „saama lepingu võitmise nimel ka tegelikult konkureerida“ ning hankija peab saama erinevaid pakkumusi võrrelda ja välja valima majanduslikult soodsaima pakkumuse. Viidates erinevatele tehnilises kirjelduses (Lisa 7) märgitud nõuetele nt BLOS ehk nägemisulatusest väljas olevate sihtmärkide tulistamise võimalus, raketi raskus, nõue, et rakett peab olema mõne NATO riigi kasutuses, jne., asus Teate esitaja seisukohale, et kuna tehnilisele kirjeldusele vastavaid tooteid on ainult kaks ning nendest on soodsam on madalama funktsionaalsusega vanem toode, siis on Hankija madalaima hinna kriteeriumi kasutamiseega välistanud ka vähese võimaliku konkurentsi ning et tegemist on suunatud hankega.

Otsustamaks järelevalvemenetluse alustamise vajalikkuse üle saatis rahandusministeerium Hankijale 12.12.2018 päringu.

Seoses Lisas 7 märgitud nõuetega märkis Hankija oma 14.12.2018 vastuses, et tegemist on miinimumtingimustega, mis on seatud RHS § 70 lõike 2 teise lause alusel. Lisaks selgitas Hankija, et Lisas 7 toodud veerg, „*non compliant*“ (edaspidi *NC*), on kehtestatud eesmärgiga lihtsustada pakkumuste vastavuse kontrollimise etappi ja vähendada halduskoormust, kuna juhul kui pakkuja pakkumus ei vasta mingis osas Hankija poolt sätestatud vastavustingimustele, saab pakkuja seda märkida Hankija poolt antud vormil. Veeru „*partly compliant*“ (edaspidi *PC*) osas märkis Hankija, et on „loonud võimaluse juhuks, kui pakkuja pakutav lahendus on tehniliselt teistsugune, kuid täidab tehnilises kirjelduses esitatud tingimuse eesmärgi. Selliselt on Hankijal võimalik läbirääkimiste käigus välja selgitada, kas pakkuja poolt pakutav lahendus vastab sisuliselt Hankija poolt kehtestatud nõuetele, küsides selleks täiendavaid dokumente või selgitusi.“

Rahandusministeerium ei nõustu Teate esitaja seisukohaga, justkui tähendaks asjaolu, et Hankija on Lisa 6 p-des 3.3.5.3. ja 3.3.5.4. jätnud pakkujatele võimaluse märkida Lissasse 7 vastusevariandid *PC* või *NC* seda, et riigihanke alusdokumendid oleksid omavahel vastuolus või et Hankija kavatses vastavaks tunnistada Lisas 7 sätestatud nõuetele mittevastava pakkumuse. Vastupidi, Hankija on Lisa 6 p-is 6.1. öelnud, et ta „tunnistab pakkumuse vastavaks, kui see vastab kõikidele hankedokumentides ja nende lisades kehtestatud tingimustele ja regulatsioonidele või kui pakkumuses ei esine sisulisi kõrvalekaldeid riigihanke alusdokumentides kehtestatud tingimustest.“. Lisa 6 p-is 6.2. on öeldud, et „pakkumus lükatakse tagasi, kui see ei vasta riigihanke alusdokumentides sätestatud tingimustele.“.

Hankija on oma vastuses märkinud, et Lisas 7 märgitud nõuete näol on tegemist miinimumtingimustega RHS § 70 lg 2 teise lause mõttes. Samale viitab ka Lisa 7 tulba pealkiri: „*Requirement description (minimum requirement)*“ (Tõlge: „Nõude kirjeldus (miinimumnõue)“). Koosmõjus Lisa 6 p-dega 6.1 ja 6.2 tähendab see, et Hankija saab vastavaks tunnistada vaid pakkumuse, mis vastab Lisas 7 sätestatud miinimumtingimustele. Juhul kui pakkumus Lisa 7 miinimumtingimustele ei vasta, siis lükkab Hankija pakkumuse tagasi, kuna kui Lisas 7 sätestatud tingimused on miinimumtingimused RHS § 70 lg 2 mõttes, siis on tegemist tingimustega, mille üle Hankija läbi rääkida ei saa.

Pakkumuse vastavus miinimumtingimustele peab olema kindlaks tehtud enne pakkumuse vastavaks tunnistamise otsuse tegemist ning vajadusel on Hankijal RHS § 46 lg 4 alusel küsida selleks täiendavaid dokumente või selgitusi. Juhul kui peale täiendavate selgituste ja dokumentide esitamist esineb pakkumuses siiski selliseid kõrvalekaldeid, mille tõttu poleks Hankijal võimalik pakkumust vastavaks tunnistada, siis ei saa Hankija tunnistada pakkumust vastavaks ning asuda läbirääkimiste käigus välja selgitama, kas pakkuja poolt pakutav lahendus ikkagi vastab sisuliselt Hankija poolt kehtestatud miinimumnõuetele või mitte. Läbi saab Hankija rääkida siiski vaid vastavaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkujaga selliste nõuete üle, mida Hankija ei ole märkinud miinimumnõueteena.

Rahandusministeerium nõustub Teate esitajaga osas, milles Teate esitaja väidab, et Lisa 7 reas TT004.12 sätestatud tingimus on sõnastatud suhteliselt laialt ning et selle tõttu tuleb Hankijal reas TT004.12 märgitud tingimusele vastavaks tunnistada nii rakett, mis suudab modernse lahingtanki hävitada ühe lasuga kui ka selline rakett, millega on põhimõtteliselt mingilt teatud distantsilt võimalik modernnet lahingtanki alistada.

Küll aga ei saa nõustuda Teate esitajaga osas, milles viimane väidab, et Lisa 7 rea TT004.12 tingimus oli valdkonnas tegutsevatele ettevõtjatele arusaamatu ning vastuoluline, riigihanke tingimused on omavahel vastuolus ja selle tõttu pole tagatud konkurentsi efektiivne ärakasutamine (RHS § 3 p 3) ja hankija rahaliste vahendite säästlik ja otstarbekas kasutamine (RHS § 3 p 5). Nõustuda ei saa ka Teate esitaja väidetega justkui oleks tehnilises kirjelduses seatud nõuete ja madalaima hinna kriteeriumi kasutamise tõttu tegemist suunatud hankega, kus pole tagatud reaalne konkurents, kuna pakkuda on võimalik ainult kahte võimalikku toodet ning edulootus on vaid sellel pakkujal, kes pakub soodsamat vanema generatsiooni raketti.

Hankija pole kohustatud tehnilises kirjelduses märkima täpset tanki tüüpi, millele ta soovib tankitõrjesüsteemiga vastu astuda. Vastupidi, Hankijal on õigus otsustada, millistele tehnilistele parameetritele vastavaid tooteid tal on vaja soetada ning on paratamatu, et kõik pakkujad selliseid tooteid ei paku. See, et Riigihankes ei saa osaleda kõik pakkujad ei tähenda, et Hankija peaks asuma soetama selliste parameetritega tooteid, mida ta ei vaja. Samale seisukohale on asunud ka kohtud, leides et hankijal on õigus määrata, millist teenust ta soovib saada. Seejuures on hankijal kohustus vältida pakkujate ebavõrdset kohtlemist ja hanke esemele ebavajalike piirangute seadmist. Samuti ei pea hankija garanteerima, et kõik huvitatud isikud saaksid hankel osaleda. Hankija objektiivsetest vajadustest lähtuva lisatingimuse seadmine ei ole konkurentsi kahjustav ja üksnes asjaolu, et kaebajal tuleb teha võimalikke lisakulutusi, ei muuda hanketingimust konkurentsi piiravaks.¹

Nagu ka Teate esitaja on järelevalve teates möönnud, siis vastab tehnilisele kirjeldusele vähemalt kaks toodet. Asjaolu, et Riigihankes laekus vaid üks osalemise taotlus ning sellest tulenevalt saab ka pakkumuse esitada vaid üks ettevõtja, ei ole tingitud nn madalaima hinna kriteeriumist. Nimelt võib konkrentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse korral esitada hankemenetluses osalemise taotluse iga ettevõtja. Kuivõrd konkrentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus algab hanketeate avaldamisega registris ning hankijal tuleb riigihanke alusdokumendid koostada ja teha need ettevõtjatele hankemenetluse algamisest arvates elektrooniliselt piiranguteta tasuta kättesaadavaks (RHS § 77 lg 1 ning 74 lg 1), siis oli kõigil Riigihankest potentsiaalselt huvitatud ettevõtjatel võimalik juba peale hanketeate avaldamist tutvuda riigihanke alusdokumentidega, sh tehnilise kirjeldusega ning otsustada, kas nad soovivad esitada taotluse Riigihankes osalemiseks. Kui huvitatud ettevõtja otsustas taotlust mitte esitada, siis pole tal peale taotluste esitamise tähtpäeva möödumist võimalik esitada ka pakkumust.

Riigihangete järelevalve on suunatud riigihangete objektiivse seaduslikkuse tagamisele, vastandudes selgelt pakkuja, taotleja või riigihankes osalemisest huvitatud ettevõtja subjektiivsete õiguste kaitsele. Riigihangete objektiivse õiguspärasuse kontrollimisele orienteeritud järelevalvemenetlus ei dubleeri ega asenda kaebeõigusel põhinevat

¹ Tallinna Ringkonnakohtu 05.10.2017 otsus nr 3-17-1414/34, p 11,12

vaidlustusmenetlust hankeasjades. Ka Riigikohtu hinnangul on huvitatud isikute subjektiivsete õiguste ning huvide kaitse ennekõike vaidlustusmenetluse ja hankeasjade kohtuliku kontrolli esemeks.²

Seoses väidetega, justkui oli Lisa 7 rea TT004.12 tingimus valdkonnas tegutsevatele ettevõtjatele arusaamatu ning vastuoluline, märgimegi et pakkujal, taotlejal või riigihankel osalemisest huvitatud ettevõtjal oli RHS § 185 lg 1 ja lg 2 p-i 1 alusel võimalik vaidlustada riigihanke alusdokument, juhul kui ta leidis, et RHS-i rikkumine hankija poolt rikub tema õigusi või kahjustas tema huvisid. Seega oleks Riigihankel osalemisest huvitatud ettevõtjal tulnud pöörduda vastuoluliste või segadust tekitavate riigihanke alusdokumentide kohta selgituste saamiseks esmalt Hankija poole ning juhul kui saadud selgitused teda ei rahuldanud, esitada riigihanke alusdokumentide peale vaidlustus riigihangete vaidlustuskomisjonile.

Riigihangete registri andmetel on Riigihanke juurde olnud registreeritud kolm huvitatud ettevõtjat, kellest ükski pole küsinud Hankija käest selgitusi ega vaidlustanud riigihanke alusdokumente. Oleme seisukohal, et kuivõrd järelevalve teates pole selgitatud ega põhjendatud seda, kuidas on kõnealune tingimus vastuolus RHS § 3 p-des 3 ja 5 sätestatud riigihangete korraldamise üldpõhimõtetega ning on rõhutatud sellele, et Lisa 7 rea TT004.12 tingimus arusaamatu ning vastuoluline just valdkonnas tegutsevate ettevõtjate hinnangul, kelle huviks on kahtlemata nende kasu, mitte aga riigi huvid, siis jääb arusaamatuks see, kuidas seonduvad valdkonnas tegutsevate ettevõtjate huvid avaliku huviga. Eeltoodust tulenevalt oleme seisukohal, et juhul kui valdkonnas tegutsevate ettevõtete hinnangul olid Lisa 7 tingimused arusaamatud, vastuolulised või ebapiisavad, siis oli neile vaidlustuse esitamise õiguse kaudu tagatud tõhus ja efektiivne õiguskaitse.

Isegi kui järelevalve teates märgitud tõlgendada avalikust huvist lähtuvana, siis on Lisas 7 märgitud tingimuste asjakohasuse ja piisavuse ning puudulikkuse osas järelevalve teostamine välistatud RHS § 203 lg 3 alusel, sest järelevalvemenetluses kontrollitakse Hankija tegevuse õiguspärasust, kuid järelevalvemenetlust ei viida läbi hankija tegevuse otstarbekuse kontrollimiseks ega tema otsuste ja toimingute tulemuslikkuse hindamiseks. Eeltoodust tulenevalt puudub rahandusministeeriumil RHS § 203 lg-st 2 tulenevalt pädevus hinnata seda, kas Hankija poolt seatud nõuded on puudulikud, piisavad või asjakohased.

Hankija on Lisas 7 seadnud Riigihanke objektile ulatuslikud miinimumnõuded, mis sätestavad piisava põhjalikkusega hangitava(te) objekti(de) parameetrid, mistõttu ei saa nõustuda ka Teate esitaja seisukohaga, justkui poleks Hankija hankelepingu eset üheselt mõistetavalt kirjeldanud ning poleks seetõttu tohtinud arvesse võtta üksnes pakkumuse kulu (maksumust). Hankijal on lubatud kasutada konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust ning see, kui Hankija soovib mõnede tingimuste üle (v.a miinimumtingimused) läbi rääkida, ei tähenda et hankelepingu eset poleks piisava põhjalikkusega kirjeldatud.

Eeltoodud kaalutlustest tulenevalt ning lähtudes RHS § 203 lg-test 1 ja 3 ning § 206 lg 1 p-ist 3 ei alusta rahandusministeerium Riigihanke suhtes järelevalvemenetlust.

Täiendavate küsimustega palume pöörduda riigihangete ja riigiabi osakonna juristi Triin Paljak poole (tel 611 3267, e-post triin.paljak@fin.ee).

Lugupidamisega

(allkirjastatud digitaalselt)

Estella Põllu

Osakonnajuhataja asetäitja

² Riigikohtu 16.11.2011 otsus nr 3-3-1-65-11, p 16

Lisaadressaat: Henn Põlluaas

Triin Paljak 611 3267
triin.paljak@fin.ee