



**RIIGIHANGETE
VAIDLUSTUSKOMISJON**

OTSUS

Vaidlustusaja number	60-18/195081
Otsuse kuupäev	07.05.2018
Vaidlustuskomisjoni liige	Mart Parind
Vaidlustus	Osaühingu KUKKEL vaidlustus Tartu Linnavalitsuse riigihankes „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutajate leidmiseks“ (viitenr 195081) 06.04.2018 tehtud otsuse, millega lükati tema pakkumus riigihanke 3. osas tagasi, kehtetuks tunnistamiseks
Vaidlustaja	osaühing KUKKEL, volitatud esindaja Maia Ploom
Hankija	Tartu Linnavalitsus, seaduslik esindaja Jüri Mölder
Vaidlustuse läbivaatamine	Kirjalik menetlus

RESOLUTSIOON

- 1. Riigihangete seaduse § 197 lg 1 p 4 alusel jätta vaidlustus rahuldamata;**
- 2. Riigihangete seaduse § 222 lg-te 1 ja 4 alusel jätta osaühingu KUKKEL menetluskulud tema enda kanda.**

EDASIKAEBAMISE KORD

Otsuse peale võib esitada kaebuse halduskohtule kümne päeva jooksul otsuse avalikult teatavaks tegemisest arvates (halduskohtumenetluse seadustiku § 270 lg 1).

JÕUSTUMINE

Otsus jõustub pärast kohtusse pöördumise tähtaja möödumist, kui ükski menetlusosaline ei esitanud kaebust halduskohtusse. Otsuse osalisel vaidlustamisel jõustub otsus osas, mis ei ole seotud edasikaevatud osaga (riigihangete seaduse § 200 lg 4).

OTSUSES KASUTATUD LÜHENDID

ET	=	eelteade
Hankija	=	Tartu Linnavalitsus
KD	=	kontsessioonidokumendid
RHAD	=	riigihanke alusdokumendid
RHR	=	riigihangete register
RHS	=	riigihangete seadus (RT I, 01.07.2017, 1)
RKHKo	=	Riigikohtu halduskolleegiumi otsus
Riigihange	=	Hankija riigihange „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutajate leidmiseks“ (viitenr 195081)
TlnRKo	=	Tallinna Ringkonnakohtu otsus
Vaidlustaja	=	osaühing KUKKEL

ASJAOLUD JA MENETLUSE KÄIK

1. 24.02.2018 avaldas Hankija RHR-s sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetlusena korraldatava Riigihanke ET. Riigihange on jaotatud üheksaks osaks (ET p II.2), kõikides osades on pakkumuste hindamise kriteeriumiks üksnes kvaliteet (ET p II.1.4).
2. Tähtpäevaks (26.03.2018) esitasid Riigihanke 3. osas pakkumuse neli pakkujat:
 - (i) Vaidlustaja;
 - (ii) Baltic Restaurants Estonia AS;
 - (iii) P. DUSSMANN EESTI Osühing;
 - (iv) MOLINEERO OÜ.
3. 06.04.2018 otsustas Hankija Riigihanke 3. osas:
 - (i) tunnistada Baltic Restaurants Estonia AS-i ja P. DUSSMANN EESTI Osühingu pakkumused vastavaks;
 - (ii) lükata Vaidlustaja ja MOLINEERO OÜ pakkumused tagasi.
4. 16.04.2018 esitas Vaidlustaja VAKO-le vaidlustuse Hankija 06.04.2018 otsuse, millega lükati tema pakkumus Riigihanke 3. osas tagasi, kehtetuks tunnistamiseks. 19.04.2018 esitas Hankija oma vastuse vaidlustusele. 19.04.2018 määras VAKO, et vaatab vaidlustuse läbi kirjalikus menetluses. Menetlusosalised VAKO antud tähtaegade jooksul täiendavaid materjale ei esitanud.

MENETLUSOSALISTE SEISUKOHAD¹

5. Vaidlustaja leiab, et vaidlustus tuleb kokkuvõtlikult järgmistel põhjustel rahuldada:
 - 5.1 Vaidlustaja lisas oma pakkumusele valdava enamuse nõutud lisadest. Vaidlustaja ei esitanud koos pakkumusega toitude ja jookide valmistamisviisi kirjeldust. Vaidlustajal tekkis segadus, kuna tavaliselt esitatakse selline kirjeldus tehnoloogia kaardis. Antud juhul oli nõuetes kirjas, et tehnoloogilisi kaarte esitama ei pea. Pärast pakkumuste esitamist, 03.04.2018, saatis Vaidlustaja Hankijale mh toitude valmistamisviisi kirjelduse.
 - 5.2 Vaidlustaja pakkumuse tagasilükkamisega rikkus Hankija hea usu põhimõtet ja RHS-i. RHS-i mõtte kohaselt peab hankija soosima konkurentsi ja andma väiksematele ettevõtjatele võimaluse konkureerida hankel. Vaidlustaja pakkumuse tagasilükkamise põhjendustest selgub, et Hankija jaoks ei ole oluline mitte parima tootlustaja väljavalimine, vaid formaalne tulemus, dokumendid. Tekib küsimus, miks saatis Hankija Vaidlustajale päringu lisadokumentide esitamiseks ja võttis need vastu, kui lisadokumentide esitamine ei olnud enam võimalik. Tegelikuses ei olnud Vaidlustaja pakkumuse tagasilükkamise põhjus mitte dokumendi hilisem esitamine, vaid Hankija subjektiivne ja põhjendamatu soov kedagi teist pakkujatest eelistada.
6. Hankija leiab, et vaidlustus tuleb kokkuvõtlikult järgmistel põhjustel rahuldamata jätta:
 - 6.1 Vaidlustaja ei esitanud koos pakkumusega mitte ühegi toidu ja joogi valmistamisviisi kirjeldust, ehkki see oli KD p 5.1 alusel nõutav.
 - 6.2 Vaidlustaja heidab Hankijale ette, miks Hankija saatis Vaidlustajale päringu lisadokumentide esitamiseks ja võttis need vastu. Hankija ei esitanud Vaidlustajale päringut

¹ VAKO on käesoleva otsuse tegemisel igakülgselt hinnanud ja arvesse võtnud kõiki menetlusosaliste poolt esitatud seisukohti ja tõendeid. Otsuses on välja toodud üksnes need menetlusosaliste seisukohad ja viidatud nendele tõenditele, mille kajastamist peab VAKO otsuse motiveerimise seisukohalt asjakohaseks ja oluliseks.

lisadokumentide saamiseks. Hankija esitas Vaidlustajale täpsustava küsimuse valmistamisviiside kohta, kuna Hankija ei leidnud esitatud dokumentidest vajalikke toitude ja jookide valmistamisviiside kirjeldusi. Küsimusele vastates esitas Vaidlustaja aga uue dokumendi, koolilõuna menüü koos kõikide toitude-jookide valmistamisviiside kirjeldusega, tunnistades seega, et see info oli algselt esitamata jäänud.

- 6.3 Valmistamisviiside kirjelduse puudumine on sisuline kõrvalekalle RHAD-s esitatud tingimustest. Uute andmete esitamine ei ole aktsepteeritav. Tegemist ei ole pakkuja poolt olemasoleva pakkumuse kohta selgituste andmisega, vaid uute andmete esitamisega, mida esialgses pakkumuses ei olnud. Kui Vaidlustaja oleks esitanud algselt ebaselged valmistamise viisid, siis oleks olnud Vaidlustajal võimalik oma valmistamisviise selgitada, aga kuna need olid täies mahus esitamata, ei saa lugeda nende esitamist selgituse andmiseks.

VAIDLUSTUSKOMISJONI PÕHJENDUSED

7. Esmalt selgitab VAKO asjas kohalduvat regulatsiooni (I) ja seejärel hindab vaidlustatud otsuse õiguspärasust (II). Viimasena jaotab VAKO vaidlustusmenetluse kulud (III).

(I)

8. Hankija korraldab Riigihanget sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetlusena. Avaliku sektori hankija – kelleks Hankija RHS § 5 lg 2 p 2 kohaselt on – kohaldab sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimisel RHS §-s 144 sätestatud korda, kui kontsessioonilepingu eeldatav maksumus on võrdne sotsiaal- ja eriteenuste riigihanke piirmääraga või ületab seda (RHS § 16 lg 3). Antud juhul ei ole vaidlust, et Riigihanke tulemusena sõlmitavate kontsessioonilepingute koondmaksumus (RHS § 27 lg 1) ületab asjaomast rahvusvahelist piirmäära (RHS § 14 lg 3, direktiivi 2014/24/EL art 4 p „d“). Niisiis peab Hankija Riigihanget korraldades lähtuma RHS §-st 144.
9. RHS § 144 kohaselt piirduvad hankija kohustused sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse läbiviimisel ET avaldamisega (lg 1), lepingu sõlmimisel RHS § 120 järgimisega (lg 3) ja menetluse lõppemisest teatamisega (lg 3). Selline kord lähtub kontsessioonilepingute sõlmimist käsitleva direktiivi 2014/23/EL art-st 19, mille järgi kohaldatakse selle direktiivi kohaldamisalasse kuuluvate sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonide suhtes ainult sama direktiivi art 31 lg-st 3 ning art-test 32, 46 ja 47 tulenevaid kohustusi. Art 31 lg 3 ja art 32 vasteteks Eesti õiguses on vastavalt RHS § 144 lg-d 1 ja 3. Art-d 46 ja 47 muudavad riigihangete valdkonna õiguskaitse direktiive (89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ) ega ole sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse läbiviimisel vahetu tähendusega.
10. Eelnevast lähtuvalt on hankija sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse korraldamisel kohustatud spetsiifilistest menetlusnormidest järgima vaid RHS §-s 144 sätestatud reegleid. Lisaks nendele peab hankija siiski lähtuma ka RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest ning kui asjakohane, siis ka enda hankekorrast (RHS § 9 lg 4 p 5) ja nendest RHS 1. ptk sätetest, mis on konkreetse kaasuse tehiosid arvesse võttes kohaldatavad. Ülejäänud osas on hankija sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse reeglite kujundamisel vaba. Hankija saab riigihanke alusdokumentide kaudu end vabatahtlikult siduda konkreetsete RHS sätetega, kehtestada alusdokumentides enda välja töötatud menetluskorra või kombineerida mõlemat lähenemisviisi.
11. Käesoleval juhul on Hankija Riigihanke läbiviimiseks kehtestanud KD, mistõttu tuleb vaidlustuse lahendamisel arvestada lisaks RHS-st tulenevale ka KD-s sätestatuga. Tartu linna hankekord käesoleva vaidluse keskmes olevaid küsimusi ei reguleeri (hankekorra § 11).

(II)

12. Hankija lükkas oma 06.04.2018 otsusega Vaidlustaja pakkumuse Riigihanke 3. osas tagasi, kuna see ei vasta KD p-s 5.1 sätestatud tingimusele. Vaidlustaja arvates on selline hinnang ebaõige ning tema pakkumuse tagasilükkamine õigusvastane.

Vaidlustaja pakkumuse vastavus KD p-le 5.1

13. Lahendades vaidlust pakkumuse tagasilükkamise üle, tuleb tuvastada, kas RHAD-s on sätestatud tingimused, millele hankija pakkumuse tagasilükkamisel tugines ning kui jah, siis kas asjaomane pakkumus nendele tingimustele vastab (TlnRKO 13.06.2013, 3-13-643, p 13; VAKO 16.01.2018, 211-17/191039, p 12). Antud juhul ei ole vaidlust, et pakkumuse vastavustingimus, millele Hankija Vaidlustaja pakkumust tagasi lükates tugines (KD p 5.1), on RHAD-s ette nähtud. Seega tuleb lahendada üksnes küsimus, kas Vaidlustaja pakkumus vastab sellele tingimusele või mitte.
14. KD p 5.1 sätestab: „*Pakkujal tuleb esitada /.../ iga toidu ja joogi valmistamisviisi kirjeldus iga päeva kohta eraldi, kusjuures toitade valmistamiseks kasutatavad toorained ja valmistamisviisi kirjeldus peavad olema esitatud menüüs /.../ päevade kaupa. /.../ Kõikide päevade toidud ja toorained ning toitade valmistamisviiside kirjeldused peavad olema esitatud järjekorras päevade kaupa ja ühe[s] failis.*“
15. Nagu Vaidlustaja ise möönab, ei sisaldu tema pakkumuses dokumenti, milles oleks välja toodud iga pakutava toidu ja joogi valmistamisviisi kirjeldus. Õieti ei ole Vaidlustaja pakkumuses kirjeldatud ühegi toidu ja joogi valmistamisviisi. Vaidlustaja selgituste kohaselt jättis ta valmistamisviiside kirjeldused esitamata põhjusel, et „tavaliselt esitatakse selline kirjeldus tehnoloogia kaardis“ ja antud juhul on KD p-s 5.12.1 kirjas, et tehnoloogilisi kaarte esitama ei pea.
16. Pakkumuse vastavustingimuse eiramise aluseks ei saa olla asjaolu, et harilikult toimitakse antud valdkonnas teistmoodi. Isegi kui see nii on, peab pakkuja oma pakkumust koostades lähtuma rangelt seadusest ja RHAD-st. Kui pakkuja leiab, et mõni RHAD tingimus on õigusvastane – valdkonna tavadeest kõrvalekaldumine ei ole *per se* õigusvastane –, tuleb tal vastavat tingimust õigeaegselt vaidlustada. Vastasel juhul on tingimus kehtiv ja siduv kõigile asjast puudutatud isikutele (RHKO 02.12.2015, 3-3-1-50-15, p 14.2.; VAKO 05.06.2017, 73-17/183856, p 13).
17. Käesoleval juhul on KD p-s 5.1 selgesõnaliselt sätestatud, et pakkumuses tuleb välja tuua iga toidu ja joogi valmistamisviisi kirjeldus iga päeva kaupa. Sellise kohustuse olemasolu ei mõjuta kuidagi asjaolu, et KD p 5.12.1 kohaselt ei pea tehnoloogilisi kaarte esitama. Tegemist on selge ja üheselt mõistetava kohustusega, millest pidi iga hoolas pakkuja aru saama. Hoolas pakkuja ei mõistata, mida hankija võis ühe või teise RHAD sätte all silmas pidada, vaid küsib vajadusel hankijalt selgitust. Pakkuja hooletust tegutsemisest lähtuv risk jääb tema enda kanda.

Tagantjärele esitatud andmete arvesse võtmine

18. 02.04.2018 juhtis Hankija RHR-i kaudu Vaidlustaja tähelepanu asjaolule, et tema pakkumusest puuduvad toitade ja jookide valmistamisviiside kirjeldused ning palus Vaidlustajalt selgitust. 03.04.2018 esitas Vaidlustaja Hankijale puuduva toitade ja jookide valmistamisviiside kirjelduse.
19. Puudu olnud kirjelduse tagantjärele esitamise lubatavuse hindamiseks tuleb esmalt märkida, et hankija õigus küsida pakkujalt selgitusi või selgitamist võimaldavaid dokumente pakkumuses esitatud andmete kohta tuleneb kaudselt RHS § 46 lg-st 4. Kuigi see ega ükski muu RHS säte ei näe selgesõnaliselt ette hankijal vastava õiguse olemasolu, tuleb seda RHS § 46 lg-t 4 silmas pidades, milles on sätestatud hankija seesugusele nõudele vastamise tähtaeg, siiski jaatada. Hankija on RHS § 46 lg 4 endale KD p 8.2 kaudu antud riigihanke korraldamisel ka siduvaks teinud.

20. Ehkki RHS § 46 lg 4 kohaldub ühtviisi nii avaliku sektori, võrgustikusektori kui ka kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangetes, on avaliku sektori puhul selle sätte aluseks EL õiguses direktiivi 2014/24/EL art 56 lg 3, mis sätestab: „*Kui ettevõtja esitatakse teave või dokumendid on või tunduvad olevat mittetäielikud või vigased või kui konkreetsed dokumendid on puudu, võib avaliku sektori hankija, kui käesoleva direktiivi rakendamiseks siseriiklikus õiguses ei ole sätestatud teisiti, nõuda asjaomaselt ettevõtjalt vastava teabe või dokumentide esitamist, lisamist, selgitamist või täiendamist sobiva tähtaja jooksul, tingimusel et selline nõue esitatakse täielikus kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega.*“
21. Seega ei kohusta direktiiv 2014/24/EL liikmesriike andma avaliku sektori hankijatele õigust nõuda pakkujalt tema pakkumust puudutavat lisateavet. Eesti seadusandja on otsustanud sellise õiguse hankijatele anda, kasutades siiski mõnevõrra kitsamat sõnastust kui direktiiv 2014/24/EL. Kui mainitud direktiiv võimaldab pakkujalt nõuda „vastava teabe või dokumentide esitamist, lisamist, selgitamist või täiendamist“, siis RHS viitab üksnes „selgituste või selgitamist võimaldavate dokumentide esitamisele“. Niisiis ei näe RHS § 46 lg 4 grammatiline esitus ette, et pakkujatel oleks võimalus oma pakkumust hilisemalt täendada. RHS § 46 lg 4 sõnastusest lähtuvalt on lubatav üksnes pakkumuses juba esitatud andmete selgitamine, või kui sellised selgitused nõuavad toetamist mingite dokumentidega, siis ka vastavate dokumentide esitamist.
22. RHS § 46 lg 4 grammatiline vorm ühtib seadusandja tahtega, kuivõrd RHS eelnõu I lugemise seletuskirjas (lk 59) on esile tõstetud järgmist: „*Eelnõu kajastab /.../ värskemad vaidlustus- ja kohtupraktikat, mis liigub tagasi pakkuja hoolsuskohustuse ja sellega seonduva riigihanke formaliseerituse põhimõtte juurde, mis sellisena ei luba esitada selgitusi ega asjaolusid selgitavaid dokumente andmete kohta, mida pakkuja ei ole eelnevalt ehk pakkumuse esitamise tähtpäevaks juba esitanud. See puudutab nii andmeid kvalifikatsiooni kui ka pakkumuse sisu kohta.*“ Eeltoodust on selge, et seadusandja ei soovinud RHS § 46 lg-ga 4 anda pakkujatele võimalust esitada tagantjärele andmeid, mis pidanuks sisalduma juba algses pakkumuses, kuid mis jäid mistahes põhjusel õigeaegselt esitamata. Seda ka juhul, kui täiendavad andmed iseenesest likvideeriksid pakkumuse mittevastavuse.
23. Käesoleval juhul esineb just olukord, kus Vaidlustaja pidanuks KD p-st 5.1 lähtuvalt esitada oma pakkumuses toitude ja jookide valmistamisviide kirjeldused, ent jättis selle tegemata. Sellises situatsioonis ei anna RHS Vaidlustajale õigust heastada oma hooletust tagantjärele. Järelikult toimus Hankija õigesti, kui jättis Vaidlustaja 03.04.2018 esitatud täiendavad andmed arvesse võtmata.
24. Eelnevast lähtuvalt lükkas Hankija Vaidlustaja pakkumuse Riigihanke 3. osas õigesti tagasi. KD p 2.1 sätestab: „*Menetlus viiakse läbi alusdokumentides sätestatud tingimustel.*“ KD p 6.1 kohaselt lükkab Hankija pakkumuse tagasi, kui see ei vasta RHAD-s esitatud tingimustele. Kuna Vaidlustaja pakkumus ei vasta KD p-le 5.1, pidi Hankija selle KD p 6.1 alusel tagasi lükkama.
25. Ülaltoodud põhjustel jätab VAKO RHS § 197 lg 1 p 4 alusel vaidlustuse rahuldamata.

(III)

26. VAKO lähtub kuni 31.12.2018 vaidlustusmenetluse kulude jaotamisel lisaks RHS § 198 lg-tele 4, 5 ja 7 ka RHS §-s 222 sätestatust (RHS § 222 lg 1). Vaidlustusmenetluse lõppemisel RHS § 197 lg 1 p 4 alusel (vaidlustuse rahuldamata jätmine) mõistab VAKO oma otsusega vaidlustajalt hankija või kolmanda isiku kasuks välja nende poolt vaidlustusmenetluses tasutud või tasumisele kuuluva eksperditasu vajalikus ja põhjendatud ulatuses. Vaidlustaja tasutud või tasumisele kuuluvad menetluskulud jäävad vaidlustaja kanda (RHS § 222 lg 4).
27. Eelnevast lähtuvalt jätab VAKO Vaidlustaja menetluskulud, sh vaidlustuse esitamisel tasutud riigilõivu summas 1280 eurot, Vaidlustaja enda kanda. Kuna vaidlustusmenetlusse eksperti ei kaasatud, pole tekkinud ka eksperdikulusid, mida Vaidlustajalt

välja mõista.

(allkirjastatud digitaalselt)

Mart Parind

Riigihangete vaidlustuskomisjoni liige