

Riigihangete vaidlustuskomisjon

Endla 13, 10122
Tallinn, Harjumaa
vako@fin.ee

17.11.2015

VAIDLUSTUS**Vaidlustaja:**

AS Alexela Oil
registrikood 10034715
Roseni tn 13
10111 Tallinn

Volitatud esindaja:

vandeadvokaat Kaidi Reiljan-Sihvart
Advokaadibüroo COBALT
Kawe Plaza, Pärnu mnt 15
10141 Tallinn
Tel: 665 1888
E-post: kaidi.reiljan-sihvart@cobalt.legal

Hankija:

Tartu Linnavalitsus
Raekoda, 50089 Tartu
E-post: leelo.sahk-jansen@raad.tartu.ee
lv@raad.tartu.ee

Kolmas isik:

aktsiaselts Olerex
registrikood 10136870
Sõbra 56
51013 Tartu

Vaidlustuse ese:

**Tartu Linnavalitsuse läbiviidavas avatud hanke-
menetlusega riigihankes „Autokütuse ostmise 01.01.2017 -
31.12.2019“ (viitenumber 179040) langetatud otsus
aktsiaseltsi Olerex edukaks tunnistamise kohta**

Vaidlustaja taotlused:

- 1) Tunnistada kehtetuks Tartu Linnavalitsuse linnavarade osakonna 08.11.2016 käskkirjaga nr 1163 vastu võetud otsus pakkuja aktsiaseltsi Olerex (rg-kood 10136870) pakkumuse edukaks tunnistamise kohta.
- 2) Nõuda Hankijalt Vaidlustaja kasuks välja tasutud riigilõiv.

Eesti

Tel +372 665 1888
tallinn@cobalt.legal

Läti

Tel +371 6720 1800
riga@cobalt.legal

Leedu

Tel +370 5250 0800
vilnius@cobalt.legal

Valgevene

Tel +375 17 336 0093
minsk@cobalt.legal

1 ASJAOLUD

1.1 Tartu Linnavalitsus (edaspidi Hankija) avaldas 06.10.2016 riigihangete registris (eRHR) hanketeate avatud hankemenetlusega riigihanke „Autokütuse ostmine 01.01.2017 - 31.12.2019“ (viitenumber 179040) alustamise kohta. Nimetatud riigihanke hankedokumendid ning hankemenetluse läbiviimise jooksul pakkujatega peetud kirjavahetus on kättesaadav eRHR-is. Hankedokumendid on lisatud antud vaidlustusele (**Lisa 1**).

1.2 Vastavalt riigihanke hankedokumentide (eRHR-i loetelus dokument nr 15) punktis 7.1 sätestatule pidi pakkuja pakkumuse maksumuse esitamisel sh eRHR-i süsteemi kaudu pakkumuse maksumuse vormi täitmisel järgima hankija allpool toodud juhiseid.

7.1. Pakkuja täidab e-riigihangete keskkonna süsteemis täidetava maksumuse vormi, kuhu märgib pakkuja poolt pakutavat autokütuse allahindluse protsendi, milleks on konkreetne üks suhtarv väljendatuna protsentides (täpsusega üks koht peale koma), mille võrra käesoleva riigihanke alusel pakkuja poolt kohaldatav autokütuse müügi hind müügipäeval pakkuja tanklates on hankijale hangitava autokütuse puhul soodsam kui sama autokütuse müügihind pakkuja tanklates kolmandatele isikutele, kellel müügipäeva seisuga hinnasoodustusega lepinguid sõlmitud ei ole. Allahindluse protsent märgitakse maksumuse vormi väljale „ühiku hind“ ja käibemaksu % tuleb märkida „0“.

1.3 Hankedokumentide punktis 7.2.2 nõudis hankija pakkujalt lisaks eRHR-i süsteemi kaudu täidetavale pakkumuse maksumuse vormile kirjaliku kinnituse esitamist, mis sisaldaks pakutavat autokütuse allahindluse protsenti. Sisuliselt pidi pakkuja kajastama allahindlusprotsendi oma pakkumises kahes kohas. Hankija nimetatud nõude sõnastus on toodud allpool.

7.2. Pakkuja esitab täiendavalt e- riigihangete keskkonnas täidetud maksumuse vormile kirjaliku kinnituse vastavalt lisa 3 vormile 1 alljärgnevalt:

7.2.2. pakkuja poolt pakutavat autokütuse allahindluse protsenti, milleks on konkreetne üks suhtarv väljendatuna protsentides (täpsusega 1 koht peale koma), mille võrra käesoleva riigihanke alusel pakkuja poolt kohaldatav autokütuse müügi hind müügipäeval pakkuja tanklates on hankijale hangitava autokütuse puhul soodsam kui sama autokütuse müügihind pakkuja tanklates kolmandatele isikutele, kellel müügipäeva seisuga hinnasoodustusega lepinguid sõlmitud ei ole.

1.4 Avamise protokollis kohaselt (**Lisa 2**) esitasid riigihanketele tähtaegselt oma pakkumused 3 pakkujat: AS Alexela Oil (rg-kood 10034715), Circle K Eesti Aktsiaselts (rg-kood 10180925), aktsiaselts Olerex (rg-kood 10136870).

- 1.5** Avamise protokoll kohaselt pakkus AS Alexela Oil riigihankele allahindlusprotsendi määraks 4,9 %, Circle K Eesti Aktsiaselts – 4,6 % ning aktsiaselts Olerex vastavalt 5 %. Avamisprotokolliga koos edastas hankija lisa 3 vormi 1 kohased pakujate kinnitused, mis samuti sisaldasid pakutavat allahindlusprotsendi määra. AS Alexela Oil kinnituse kohaselt pakutav protsendi määra on sama, mis sisaldub pakkumuse avamise protokollis ning moodustab 4,9 %. Aktsiaseltsi Olerex esitatud kinnituse kohaselt on aga allahindlusprotsendi määraks 6 %.
- 1.6** Hankija edastas AS-ile Alexela Oil 27.10.2016 küsimuse (**Lisa 3**) palvega täpsustada pakutavat allahindlusprotsendimäära, kuna eHR-i kaudu täidetavas pakkumuse maksumuse vormis jäi lahtrisse „käibemaks“ ekslikult lisatud 20%. Hankija küsis, kas AS Alexela Oil allahindluse protsendiks on 5,88? AS Alexela Oil vastas 27.10.2016 hankija küsimusele selgitades, et õigeks tuleb lugeda pakkumuse maksumuse vormis väljal „ühiku hind“ märgitud alahindlusprotsendi, milleks on 4,9%.
- 1.7** Tartu Linnavalitsus oma 31.10.2016 käskkirjaga nr 245 (**Lisa 4**) kvalifitseeris kõik riigihankele pakkumuse esitanud pakujad AS Alexela Oil, Circle K Eesti Aktsiaselts ja aktsiaselts Olerex ning tunnistas nimetatud pakujate pakkumused vastavaks. Vaidlustajale tegi hankija antud otsused teatavaks e-riigihangete keskkonna kaudu 02.11.2016. Antud otsustega koos edastas hankija pakujatele ka hindamisprotokoll, mis on allkirjastatud seisuga 02.11.2016 (**Lisa 5**).
- 1.8** AS Alexela Oil esitas hankijale e-riigihangete keskkonna kaudu 02.11.2016 küsimuse (**Lisa 6**), milles palus kõrvaldada hindamisprotokollist nähtuva vastuolu pakkumuse hindamisel. Vastuolu seisnes vaidlustaja hinnangul selles, et pakkumuste hindamisprotokollis lähtus hankija aktsiaseltsi Olerex hindamise aluseks oleva pakkumuse maksumuse väljaselgitamisel allahindlusprotsendist määraga 6%, mitte pakkumuse maksumuse vormis ega avamise protokollis märgitud allahindlusprotsendist, milleks on 5%.
- 1.9** Hankija vastas 02.11.2016 vaidlustaja küsimusele ning selgitas, et nii aktsiaselts Olerex, kui ka AS Alexela Oil on ekslikult eHR-is märkinud allahindlusprotsendi nii käibemaksuga kui ilma käibemaksuta. Protsent tuli märkida ühe arvuna ja seda ei oleks tulnud näidata koos käibemaksuga ja ilma käibemaksuta. Lisaks on aktsiaselts Olerex kinnitanud vormil 1, et nende allahindlusprotsent on 6%.
- 1.10** Vastuseks hankija 03.11.2016 seisukohale selgitas küsimuse esitamise teel vaidlustaja hankijale, et vastavalt hankedokumentides sätestatule pidi allahindlusprotsendi märkima pakkumuse maksumuse vormi väljale „ühiku hind“. Aktsiaselts Olerex märkis nimetatud väljale 5 %, eraldi esitatud omakäelisel vormil aga 6%. Vaidlustaja hinnangul esitas aktsiaselts Olerex oma pakkumuse koosseisus kaks erinevat allahindlusprotsenti. Aluseks tuli vaidlustaja hinnangul lähtuda pakkumuse maksumuse vormis toodud allahindlusprotsendist, milleks on 5%. Vaidlustaja märkis, et nendel põhjustel ei saa olla nõus pakkumuse hindamise protokollis sisuga. Täiendavalt 07.11.2016 selgitas hankija, et esitas mõlemale pakujale täiendavad lisaküsimused

täpsustamaks pakutavad allahindlusprotsendid ning arvestas hindamisel mõlema dokumendiga: nii eRHR-i kaudu täidetud pakkumuse vormiga kui ka lisa 3 vormi 1 kohase pakkuja kinnitusega.

- 1.11** Tartu Linnavalitsus oma 08.11.2016 käskkirjaga nr 1163 (**Lisa 7**) tunnistas riigihanke nr 179040 edukaks pakkujaks aktsiaselts Olerex esitatud pakkumus. Nimetatud käskkiri oli eRHR-is pakkujatele nähtavaks tehtud samal päeval.

2 PÕHJENDUSED

- 2.1 Hankija poolt aktsiaselts Olerex pakkumuse edukaks tunnistamise otsus on õigusvastane, kuna hankija andis pakkujale võimaluse selgituste küsimuse teel oma pakkumust õigusvastaselt muuta ning lähtus pakkumuste hindamisel õigusvastaselt muudetud andmetest**
- 2.2** Vaidlustaja on seisukohal, et Tartu Linnavalitsuse 08.11.2016 käskkirjaga nr 1163 vastu võetud otsus pakkuja aktsiaseltsi Olerex pakkumuse edukaks tunnistamise kohta on õigusvastane, kuna hankija lasi edukal pakkujal õigusvastaselt selgituste küsimuse kaudu oma pakkumust muuta ning pakkumuste hindamisel võttis arvesse aktsiaseltsi Olerex poolt pakkumuses muudetud andmeid.
- 2.3** Aktsiaselts Olerex on eiranud hankedokumentide punktis 7.1 sätestatud hankija pakkumuse koostamise juhiseid ning selle tulemusena täitis valesti eRHRis pakkumuse maksumuse vormi. Hankedokumentis sätestas hankija, et „allahindluse protsent märgitakse maksumuse vormi väljale „ühiku hind“ ja käibemaksu % tuleb märkida „0““. Aktsiaseltsi Olerex pakkumuse hindamisel lähtus hankija aktsiaseltsi Olerex pakutavast allahindluse protsendimäärast, milleks on 6 %. Nimetatud arv on saadud lisades „ühiku väljale“ märgitud allahindlusprotsendile käibemaksu (suuruses 20 % märgitud ühikuhinnast). Vaieldamatult esitas aktsiaselts Olerex allahindlusprotsendi valesti, kuid see toimus aktsiaseltsi Olerex enda riisikol. See tähendab, et aktsiaselts Olerex on seotud allahindlusprotsendiga 5%.
- 2.4** Euroopa Kohtu praktika kohaselt lasub pakkujale pakkumuse esitamisel kõrgendatud hoolsuskohustus, mille kohaselt peab pakkuja esitama hankemenetluses kõik dokumendid vastavalt nõuetele (Euroopa Kohtu 29. märtsi 2012. a otsus kohtuasjas C-599/10). Pakkumuse maksumusega seotud korrektsete andmete sh allahindlusprotsendi esitamine kuulub pakkuja tavapärase hoolsuskohustuse hulka, s.t pakkujal on kohustus veenduda, et pakkumus on koostatud vastavalt hankedokumentides kehtestatud nõuetele ning vajalikud andmed on sisestatud õigesti kohtadesse. Hoolsa pakkujana oleks pidanud aktsiaselts Olerex tegema kõik selleks, et pakkumuses sisalduvad andmed ei oleks vastuolulised. Nimetatud riigihankes on pakkuja hoolsuskohustuse täitmata jätmise tõttu on tekkinud olukord, kus hankija küsitud „ühiku hinna“ väljale on märgitud üks number (5%), pakkuja omapoolses kinnituses aga teine (6%). Aktsiaseltsi Olerex poolt kütusele pakutav allahindlusprotsent on pakkumuses vastuoluline. Kui aktsiaselts Olerex oleks täitnud

oma hoolsuskohustust, oleks ta tutvunud hankedokumentide tekstiga ning esitanud allahindlusprotsendi õigesti, hankija määratud kohta. Seega antud juhul on olnud pakkuja allahindlusprotsendi esitamisel hooletu.

- 2.5** Vaidlustaja on hinnangul, et tekkinud olukorras ei olnud Tartu Linnavalitsusel kohustust küsida pakkujalt valesti sisestatud andmete selgitamist/muutmist ning õigust anda aktsiaseltsile Olerex võimalust valida kahe erineva pakkumuses esitatud allahindlusprotsendi vahel. Euroopa Kohus on eelpool viidatud kohtulahendis C-599/10 (p 38) märkinud, et hankijal ei ole kohustust küsida puudustega pakkumuse kohta selgitusi, kui pakkumuse ebaselgus tuleneb vaid sellest, et pakkuja ise ei täitnud selle koostamisel hoolsuskohustust. Euroopa Kohtu lahendis väljendatud seisukohtadele vaatamata küsis Tartu Linnavalitsus aktsiaseltsilt Olerex selgitusi, tuginedes eeldatavasti RHS § 56 lg-s 3 sätestatule, ning sisuliselt lasi aktsiaseltsil Olerex pakkumuse kohta antud selgituste kaudu muuta aktsiaseltsi Olerex esialgset pakkumust: pakkumuses väljal „ühiku hind“ märgitud allahindlusprotsent 5% muutus sisuliselt selgituste kaudu uueks protsendimääraks ehk 6%-iks. Hankija ei pidanud enne pakkumuse tagasilükkamist andma aktsiaseltsile Olerex võimalust allahindlusprotsendi tagantjärele parandada.
- 2.6** Vaidlustaja leiab, et Tartu Linnavalitsus, lubades muuta aktsiaseltsi Olerex pakkumuses sisalduvat allahindlusprotsendimäära, rikkus riigihangete korraldamise üldpõhimõtteid koheldes pakkujaid ebavõrdselt. Euroopa Kohus on 10.10.2013 otsuses C-336/12 p-s 31 märkinud, et *võrdse kohtlemisepõhimõttega ja läbipaistvuse kohustusega on vastuolus see, kui hankemenetluses toimuvad mis tahes läbirääkimised hankija ja mõne pakkuja vahel, see tähendab seda, et põhimõtteliselt ei tohi pakkumust pärast selle esitamist muuta ei hankija ega pakkuja algatusel. Sellest tuleneb, et hankija ei või nõuda selgitusi pakkujalt, kelle pakkumust ta peab ebatäpseks või hankedokumentides esitatud tehnilisele kirjeldusele mittevastavaks.*
- 2.7** Tartu Linnavalitsuse pakkujate poolt võrdse kohtlemise printsiibi rikkumine väljendub vaidlustaja hinnangul järgmistes asjaoludes. Peale pakkumuste avamise protokollide edastamist said kõik riigihanke pakkujad teada oma konkurentide pakkumustes sisalduva allahindlusprotsendi määra ning muud hankija küsitud kütuse hinnad. Andes vastuolulised andmed esitanud pakkuja aktsiaseltsile Olerex võimaluse muuta protsendimäära, seab hankija teisi pakkujaid ebavõrdsesse olukorda ning kohtleb aktsiaseltsi Olerex teistest pakkujatest soodsamalt lubades sisuliselt valida kahe erineva protsendi vahel. Aktsiaseltsi Olerex puhul võis erinevates kohtades erineva allahindlusprotsendi määra esitamine olla ka pahatahtlik, kuna annab hiljem pakkujale võimaluse vastavalt riigihankes tekkinud olukorrale tugineda sellele protsendile, mis on talle soodsam ja tagab hankes võidu. Vaidlusaluses riigihankes tekkinud situatsioon kinnitab seda. Kui lähtuda aktsiaseltsi Olerex pakkumuses väljal „ühiku hind“ pakutud protsendi määra ehk 5% allahindlusprotsendist, oleks riigihanke võitjaks osutunud AS Alexela Oil pakkumus. Arvestades 5 % allahindlusprotsenti oleks aktsiaseltsi Olerex puhul hinnatav kaalutud aritmeetiline keskmine kütuse hind 1,000 eurot $(0,4 \cdot (1,055 \cdot 0,95) + 0,1 \cdot (1,095 \cdot 0,95) + 0,5 \cdot (1,042 \cdot 0,95))$. AS-i Alexela Oil hinnatav

kaalutud aritmeetiline keskmine kütuse hind moodustab aga 0,995 eurot, mis on madalaima hinnaga pakkumus.

- 2.8** Vaidlustaja leiab, et aktsiaseltsi Olerex pakkumuses esinev vastuolu allahindlusprotsentides ei saa olla käsitletav mittesisulise kõrvalekaldega RHS § 47 lg 2 mõttes, mis on selgituste küsimuse kaudu kõrvaldatav. Selgituste küsimise ja andmise kaudu ei ole lubatud pakkumust muuta ega täiendada. Pakkumuses on lubatud parandada vaid ilmsed tehnilised vead nii, et selle muudatusega ei kaasneks tegelikult uue pakkumuse esitamist (3-3-1-44-13 p 21.4, 3-3-1-24-13 p 20, C-599/10 punktid 36-40). Vaidlustaja hinnangul aktsiaseltsi Olerex pakkumuses vastuoluliste andmete parandamise näol on tegemist läbirääkimiste teel pakutud allahindlusprotsendi muutmisenäol, mis on riigihankeõiguses keelatud ning liigitub keelatud muudatuse alla.
- 2.9** Samuti ei olnud hankijal vaidlusaluse juhtumi puhul õigust tugineda RHS § 50 lg-le 5, mis lubab hankijal parandada ilmset arvutusviga, juhul kui pakkumuses esitatavad ühikuhinnad on hankelepingu alusel makstava tasu aluseks ja pakkumuses esineb pakkumuse maksumuse osas ilmne arvutusviga ning pakkumuses esitatud arvutuslik kogumaksumus ei vasta pakkumuses esitatud ühikuhindade alusel arvestatud maksumusele. Hankija ei saanud tugineda aktsiaseltsi Olerex pakkumuses vastuolude kõrvaldamisel antud regulatsioonile, kuna vähemalt kaks eeldust nimetatud sätte kohaldamiseks ilmtingimata puuduvad. Allahindlusprotsendi ebakorrekse esitamise näol ei ole tegemist ilmselge arvutusveaga ning selgituste kaudu saadud vastusega ei parandata pakkumuses esitatud arvutuslikku kogumaksumust, vaid sisuliselt korrigeeritakse hindamisel arvesse võetavat kütuse ühe liitri maksumust. Kütuse ühe liitri hind on samastatav aga ühiku hinnaga, mille muutmine pärast pakkumuste esitamise tähtaega on riigihanke õiguses keelatud ning samastatav läbirääkimiste pidamisega.
- 2.10** Riigihanke hankedokumentide punkti 12.2 alusel tunnistatakse edukaks madalaima hinnaga pakkumus. Arvestades eeltoodud, on madalaima hinnaga pakkumuse esitanud vaidlustaja, mitte kolmas isik. Seetõttu on kolmanda isiku pakkumuse edukaks tunnistamine vastuolus RHS § 50 lg-ga 3.
- 2.11** Võttes arvesse eelpool toodud asjaolusid leiab vaidlustaja, et Tartu Linnavalitsuse 08.11.2016 aktsiaseltsi Olerex pakkumuse edukaks tunnistamise otsus on õigusvastane, kuna aktsiaseltsi Olerex pakkumuste hindamisel lähtus hankija hankemenetluse läbiviimise jooksul muudetud allahindlusprotsendimäärast.
- 2.12** Kokkuvõtteks leiab vaidlustaja, et Tartu Linnavalitsuse 08.11.2016 käskkirjaga nr 1163 vastuvõetud otsus pakkuja aktsiaseltsi Olerex pakkumuse edukaks tunnistamise osas on õigusvastane ning kuulub kehtetuks tunnistamisele.

3 MENETLUSLIKUD KÜSIMUSED

3.1 Vaidlustaja palub käesoleva vaidlustuse eest tasutud riigilõiv mõista välja Hankijalt.

Lugupidamisega

/allkirjastatud digitaalselt/

Kaidi Reiljan-Sihvart
Vandeadvokaat

Lisad:

- 1) Riigihanke „Autokütuse ostmise 01.01.2017 - 31.12.2019“ (viitenumber 179040) hankedokumendid
- 2) Avamise protokoll
- 3) Hankemenetluse käigus AS-ile Alexela Oil 27.10.2016 esitatud küsimus ja pakkuja vastus
- 4) Tartu Linnavalitsuse 31.10.2016 käskkiri nr 245, millega hankija võttis vastu otsused pakkuja kvalifitseerimise ning pakkumuste vastavaks tunnistamise kohta
- 5) Hindamisprotokoll
- 6) Hankemenetluse käigus hankijale esitatud küsimused ning pakkuja vastused
- 7) Tartu Linnavalitsuse 08.11.2016 käskkiri nr 1163 aktsiaseltsi Olerex pakkumuse edukaks tunnistamise kohta
- 8) Riigilõivu maksekorraldus
- 9) Volikiri