



OTSUS

Vaidlustusaja number	114-18/195081
Otsuse kuupäev	04.07.2018
Vaidlustuskomisjoni liige	Mart Parind
Vaidlustus	Baltic Restaurants Estonia AS-i vaidlustus Tartu Linnavalitsuse riigihankes „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamis-teenuse osutajate leidmiseks“ (viitenr 195081) 23.05.2018 antud korralduse nr 531 p-de 1.1.-1.4. ja 1.6.-1.7. kehtetuks tunnistamiseks
Vaidlustaja	Baltic Restaurants Estonia AS, lepingulised esindajad vandeadvokaat Epp Lumiste, Tiiu Endrikson, Ulla Reinsoo, seaduslik esindaja Aare Lode
Hankija	Tartu Linnavalitsus, lepingulised esindajad Leelo Sahk-Jansen, Eva Lääne, seaduslik esindaja Jüri Mölder
Kolmas isik I	P. DUSSMANN EESTI Osühing, lepinguline esindaja vandeadvokaat Kaija Koik, seaduslik esindaja Anella Stimmer
Kolmas isik II	TOIDÜTORN AS, seaduslik esindaja Jaanus Pulles
Vaidlustuse läbivaatamine	Avalik istung, 19.06.2018

RESOLUTSIOON

1. Riigihangete seaduse § 192 lg 3 p 7 alusel jätta vaidlustus läbi vaatamata osas, mis puudutab Tartu Linnavalitsuse 23.05.2018 korralduse nr 531 p 1.4.;
2. Riigihangete seaduse § 197 lg 1 p 4 alusel jätta vaidlustus läbivaadatavas osas rahuldamata;
3. Riigihangete seaduse § 222 lg-te 1 ja 4 alusel jätta Baltic Restaurants Estonia AS-i 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

Hankija	=	Tartu Linnavalitsus
KD	=	RHAD „Kontsessioonidokumendid“
Kolmas isik I	=	P. DUSSMANN EESTI Osühing
Kolmas isik II	=	TOIDUTORN AS
RHAD	=	riigihanke alusdokument (-dokumendid)
RHS	=	riigihangete seadus (RT I, 01.07.2017, 1)
Vaidlustaja	=	Baltic Restaurants Estonia AS
VAKO	=	riigihangete vaidlustuskomisjon

ASJAOLUD JA MENETLUSE KÄIK

- 24.02.2018 avaldas Hankija riigihangete registris sotsiaal- ja eriteenuste kontsessiooni-lepingu sõlmimise menetlusena läbiviidava riigihanke „Teenuse osutamise kontsessioon Tartu linna koolidele toitlustamisteenuse osutajate leidmiseks“ (viitenr 195081) eelteate ja tegi kättesaadavaks muud RHAD. Riigihange on jaotatud üheksaks osaks. Pakkumuste hindamise kriteeriumiks on üksnes kvaliteet.
- Tähtpäevaks (26.03.2018) esitasid riigihanke 1. osas pakkumuse neli pakkujat: Kolmas isik I, Kolmas isik II, Vaidlustaja ja MOLINEERO OÜ. Riigihanke 2. ja 4. osas esitasid pakkumuse kaks pakkujat: Kolmas isik I ja Vaidlustaja. Riigihanke 5. osas esitasid pakkumuse samad neli pakkujat, kes 1. osas. Riigihanke 7. osas esitasid pakkumuse kolm pakkujat: Kolmas isik I, Vaidlustaja ja MOLINEERO OÜ. Riigihanke 8. osas esitasid pakkumuse kolm pakkujat: Kolmas isik I, Kolmas isik II ja Vaidlustaja.
- 21.05.2018 otsustas Hankija riigihanke 1., 5. ja 7. osas tagasi lükata MOLINEERO OÜ pakkumuse ning tunnistada kõigi ülejäänud pakkujate pakkumused vastavaks. Riigihanke 2., 4. ja 8. osas otsustas Hankija tunnistada kõigi pakkujate pakkumused vastavaks.
- 23.05.2018 andis Hankija välja korralduse nr 531, mille p-dega 1.1.-1.4. ja 1.6.-1.7. tunnistas vastavalt riigihanke 1., 2., 4., 5. ning 7. ja 8. osas edukaks Kolmanda isiku I pakkumuse. Riigihanke 1. osas hindas Hankija pakkumusi järgmiselt: (i) Kolmas isik I – 108,1 punkti; (ii) Kolmas isik II – 100,7 punkti; (iii) Vaidlustaja – 95,9 punkti. Riigihanke 2. osas hindas Hankija pakkumusi järgmiselt: (i) Kolmas isik I – 108,3 punkti; (ii) Vaidlustaja – 96,4 punkti. Riigihanke 4. osas hindas Hankija pakkumusi järgmiselt: (i) Kolmas isik I – 107,9 punkti; (ii) Vaidlustaja – 96,5 punkti. Riigihanke 5. osas hindas Hankija pakkumusi järgmiselt: (i) Kolmas isik I – 108,3 punkti; (ii) Kolmas isik II – 105,5 punkti; (iii) Vaidlustaja – 95,9 punkti. Riigihanke 7. osas hindas Hankija pakkumusi järgmiselt: (i) Kolmas isik I – 108,1 punkti; (ii) Vaidlustaja – 99,9 punkti. Riigihanke 8. osas hindas Hankija pakkumusi järgmiselt: (i) Kolmas isik I – 107,4 punkti; (ii) Vaidlustaja – 99,7 punkti; (iii) Kolmas isik II – 90,8 punkti.
- 04.06.2018 esitas Vaidlustaja VAKO-le vaidlustuse Hankija 23.05.2018 korralduse nr 531 p-de 1.1.-1.4. ja 1.6.-1.7. kehtetuks tunnistamiseks. Kolmas isik I vastas vaidlustusele 07.06.2018, Hankija 08.06.2018. Kolmas isik II vastas vaidlustusele mittetähtaegselt (11.06.2018), mistõttu jääb Kolmanda isiku II vastus VAKO tähelepanuta.
- 19.06.2018 toimus asjas istung, millest võtsid osa kõikide menetlusosaliste esindajad.

MENETLUSOSALISTE SEISUKOHAD¹

- Vaidlustaja leiab, et vaidlustus tuleb kokkuvõtlikult järgmistel põhjustel rahuldada:

1. Hankija on andnud märkimisväärselt vähem punkte Vaidlustaja pakkumustele. Seejuures

¹ VAKO on käesoleva otsuse tegemisel igakülgselt hinanud 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.

on Hankija selgelt ja ühemõtteliselt eiranud KD-s seatud hindamiskriteeriume ning rikkunud RHS §-st 3 tulenevaid võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse nõudeid.

- 7.2 Hankija on pakkumuste hindamisel rikkunud KD p 7.1.1. Hankija ei ole KD p-s 7.1.1. märkinud, et ta valib välja mitu kooli ühe pakkuja kohta, kus ta toitu degusteerib või millise kooli hinnetest ta lähtub, kui ta valib degusteerimiseks mitu kooli. Analüüsides koolide hindamislehti ilmneb, et Kolmanda isiku I ja Vaidlustaja osas on Hankija degusteerinud toitu kahes erinevas õppeasutuses. Samal ajal ei ole Hankija olnud ühtne ja järjepidev koolide võrdluses ja/või punktide omistamisel. Mitme kooli valimine KD p-s 7.1.1. nimetatud hindamise läbi viimiseks rikub Hankija enda seatud hindamiskriteeriume. Mitme kooli valimine toidu degusteerimiseks on kaasa toonud kontrollimatu ja läbipaistmatu hindamise, mille raames on ilmselt rikutud pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet. Mitte üheski hindamislehes ei ole Hankija esitanud põhjendusi, kuidas või millise KD sätte alusel valis ta hindamise aluseks olevad koolid. Kui tegemist on sama kooli menüüga, siis ei saa need punktid erinevate koolide lõikes erineda.
- 7.3 Hankija on väärtalt andnud Kolmanda isiku I pakkumustele hindamiskategooria nr 5 (menüü mitmekülgsus põhitooraine osas kahe nädala keskmisena – max. 10 punkti) osas 10 punkti. Kolmanda isiku I 1. nädala menüüs kordus üks põhitooraine (sealiha). Sellest sõltumata on Hankija hindamislehel sedastanud: „*igal päeval erinev põhitooraine (veise-liha, sealih, kanalih, kala, köögivilj).*“
- 7.4 Hankija on ebaõigesti ja KD-s sätestatud mõistet eiravalt liigitanud osa Vaidlustaja pakutud toorainest poolfabrikaadiks. Hankija on rikkunud KD p 7.1.4. Vanilli-kohupiimakreem ei ole KD mõistes poolfabrikaat – selle serveerimiseks ei ole kuumtöötlus vajalik. Seega pidanuks Vaidlustaja pakkumused saama hindamiskategoorias nr 4 (poolfabrikaatide kasutamine toitude valmistamisel kahe nädala keskmisena) maksimaalsed 10 punkti.
- 7.5 Hankija ei ole selgitanud, miks ta ei lugenud Kolmanda isiku I menüüdes kajastatud poolfabrikaate: päikesekuivatatud tomatid, kakao, kama-kohupiimakreem, marjakissell, hiinakapsa-ananassisalad. Kolmanda isiku I pakkumustele võis hindamiskategoorias nr 4 omistada maksimaalselt 5 punkti.
- 7.6 Hankija ei ole sisuliselt kontrollinud Kolmanda isiku I osas KD p-s 7.1.8. seatud nõuet. Vaidlustaja ei nõustu, et Kolmanda isiku I 1. nädala menüüs on igal päeval pakutud erinevaid jooke. Tegelikult pakkus Kolmas isik I kahel päeval piima ning menüüs kajastatud „piim/keefir“ oli tegelikult piim. Kolmanda isiku I pakkumused pidanuks hindamiskategoorias nr 8 (menüü mitmekülgsus jookide osas kahe nädala keskmisena) saama 3, mitte 4,5 punkti. Seevastu Vaidlustaja pakkumuse hindamisel on Hankija lugenud õunamahlajoogi ja puuvilja mahlajoogi üheks mahlajoogiks. Need on kaks erinevat jooki. Vaidlustaja pakkumused pidanuks hindamiskategoorias nr 8 saama 6, mitte 3 punkti.
- 7.7 Hankija väited, et Kolmas isik I pakkus igal päeval erinevat leiba/sepikut, ei saa olla tõene. On tõenäoline, et Kolmas isik I pakkus 1. nädala jooksul maksimaalselt kahte erinevat leiba. Seetõttu pidanuks Kolmanda isiku I pakkumused saama hindamiskategoorias nr 9 (menüü mitmekülgsus jookide osas kahe nädala keskmisena) 3, mitte 6 punkti.
- 7.8 Kui Hankija oleks hinnanud Kolmanda isiku I menüüd kooskõlas KD p-s 7.1. seatud hindamiskriteeriumitega (mitte meelevaldseid erandeid tehes), siis oleks Hankija pidanud Kolmanda isiku I pakkumustele omistama 12 punkti vähem. Hindamiskategoorias nr 4 oleks Kolmas isik I pidanud saama 5 punkti, mitte 10 (vahe 5 punkti). Hindamiskategoorias nr 5 oleks Kolmas isik I pidanud saama 7,5 punkti, mitte 10 (vahe 2,5 punkti). Hindamiskategoorias nr 8 oleks Kolmas isik I pidanud saama 3 punkti, mitte 4,5 (vahe 1,5 punkti). Hindamiskategoorias nr 9 oleks Kolmas isik I pidanud saama 3 punkti, mitte 6 (vahe 3 punkti).
8. Hankija leiab, et vaidlustus tuleb kokkuvõtlikult järgmistel põhjustel osaliselt läbi

vaatamata ja osaliselt rahuldamata jätta:

- 8.1 Vaidlustajal puudub Kolmanda isiku I pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamise õigus riigihanke 1. ja 5. osas, kuna Vaidlustaja pakkumus on nendes riigihanke osades alles kolmandal kohal. Vaidlustajal ei ole võimalik riigihanke 1. ja 5. osas jõuda kontsessioonilepingu sõlmimiseni ka vaidlustuse rahuldamise korral.
- 8.2 Riigihanke iga osa puhul valis vastava osa hindamiskomisjon kooli, kus toitu degusteeriti. KD ei välista, et riigihanke erinevates osades ei või valida ühe pakkuja puhul erinevaid koole. Koolid valiti välja enne hindamist. Riigihanke iga osa puhul toimus eraldi hindamine, kus osales vastavalt ainult riigihanke osaga seotud kooli komisjon. Erinevate osade puhul võivadki hinded erineda tulenevalt komisjoni liikmete koosseisude erinevustest Kahtlusi võiks tekitada pigem vastupidine olukord, kus kõikide komisjoni liikmete hinnangud oleksid kõikide koolide puhul ühesugused.
- 8.3 Hindamiskategooria nr 5: Kolmanda isiku I 1. nädala menüüs pakuti esmaspäeval) hakklihastet. Toidu nimetus on küll „hakklihastet“, kuid tooraineks on ainult veisehakkliha, mistõttu luges komisjon tooraineks veiseliha. 1. nädala reedel luges komisjon põhitooraineks köögivilja. Ahjukartulivormis sealihaga on sealiha 75 g, enamuse roast on kartul (145,6 g). Kuna põhitooraineks roas on kartul, loeti põhitooraineks köögivilja. Sarnaselt hinnati ka Vaidlustaja pakkumusi.
- 8.4 Hindamiskategooria nr 4: poolfabrikaat on EKI seletava sõnaraamatu kohaselt pooltoode. Poolfabrikaadi mõistet on käsitletud ka erinevates toitumisalastes õppematerjalides. Hankija on KD-s toonud välja tooted, mida ei loeta hankes poolfabrikaadiks ja näitlikustamiseks selgitanud poolfabrikaadi olemust. Mõõname, et toidukaugale inimesele võib jääda Hankija selgitus kitsaks. Samas on pakkumused esitanud oma ala professionaalid, kes teavad, milline toode on pooltoode ja milline mitte. KD-s välja toodu ei ole lõplik definitsioon, Hankija ei pidanud vajalikuks selgitada kõiki pooltoodete valmistamise tehnoloogiaid. Kui pooltoode ei vajagi kuumtöötlust, siis see ei tähenda, et tegemist ei ole poolfabrikaadiga. Poolfabrikaat on eelkõige toode, mida on enne toitlustusettevõttesse tarnimist eeltöödeldud (nt tükeldatud, eelküpsutatud) ning mida üldjuhul kuumtöödeldakse enne serveerimist.
- 8.5 Hindamiskategooria nr 8: Kolmanda isiku I menüüs on õpilasel võimalik valida esimesel nädalal igal päeval erinev jook. Erinevate mahlajookide pakkumisel hinnati mahlajook mahlajoogiks, olenemata kas see oli kirsimaitseline, õunamaitseline vm.
- 8.6 Hindamiskategooria nr 9: Kolmanda isiku I menüüs on õpilasel võimalik valida 1. nädalal igal päeval erinev leiva-, saiatoode.
9. Kolmas isik I leiab, et vaidlustus tuleb Hankija 23.05.2018 korralduse nr 531 p-de 1.1. ja 1.4. osas jätta läbi vaatamata ja ülejäänud osas rahuldamata.
10. Kolmas isik II leiab, et vaidlustus tuleb rahuldada.

VAIDLUSTUSKOMISJONI PÕHJENDUSED

11. Esmalt lahendab VAKO Hankija ja Kolmanda isiku I taotluse jätta vaidlustus osaliselt läbi vaatamata (I). Seejärel selgitab VAKO vaidlustatud riigihanke läbiviimisel kohalduvat õigust (II). Pärast seda hindab VAKO Hankija 23.05.2018 korralduse nr 531 p-de 1.1.-1.3. ja 1.6.-1.7. õiguspärasust (II). Viimasena jaotab VAKO vaidlustusmenetluse kulud (IV).

(I)

12. Hankija ja Kolmas isik I on taotlenud vaidlustuse läbivaatamata jätmist osas, mis puudutab Hankija 23.05.2018 korralduse nr 531 p 1.1. ja 1.4. Nimetatud punktidega tunnistas Hankija vastavalt riigihanke 1. (Tartu Karlova Kool) ja 5. osas (Tartu Kivilinna

Kool) edukaks Kolmanda isiku I pakkumuse. Hankija ja Kolmanda isik I leiavad, et Vaidlustaja pakkumus ei saa riigihanke 1. ja 5. osas tõusta esikohale isegi vaidlustuse rahuldamise korral.

13. Vaidlustaja väitel pidanuks Kolmanda isiku I pakkumus saama riigihanke 1. ja 5. osas, aga ka kõigis teistes vaidlustatud osades, 12 punkti vähem (st vastavalt 96,1 ja 96,3 punkti). Lisaks leiab Vaidlustaja, et tema pakkumus pidanuks riigihanke 1. ja 5. osas, aga ka kõigis teistes vaidlustatud osades, saama hindamiskategoorias nr 4 10, mitte 8,5 punkti ning hindamiskategoorias nr 8 6, mitte 4,5 punkti. Peale eelneva leiab Vaidlustaja, et hindamiskategoorias nr 1 pidanuks tema pakkumus nii riigihanke 1. kui ka 5. osas saama 24,4, mitte 22,4 punkti.
14. Niisiis tuleneb vaidlustusest, et riigihanke 1. osas pidanuks pakkumuste paremusjärjestus olema järgmine: (i) Vaidlustaja – 100,9 punkti; (ii) Kolmas isik II – 100,7 punkti; (iii) Kolmas isik I – 96,1 punkti; ning riigihanke 5. osas järgmine: (i) Kolmas isik II – 105,5 punkti; (ii) Vaidlustaja – 100,9 punkti; (iii) Kolmas isik I – 96,3 punkti. Seega, lähtudes Vaidlustaja enda väidetest, peaks tema pakkumus olema küll riigihanke 1. osas esimesel kohal, kuid mitte riigihanke 5. osas.
15. Kolmanda isiku II pakkumust puudutavaid otsuseid ei ole Vaidlustaja vaidlustanud, mistõttu ei saa Kolmanda isiku II pakkumusele antud hindepunktid kahtluse all olla. Vaidlustaja väitis küll VAKO istungil, et kui võtta arvesse kõiki miinuspunkte Kolmanda isiku I pakkumuse puhul ja plusspunkte tema pakkumuse puhul, tõuseks tema pakkumus nii riigihanke 1. kui ka 5. osas parimaks. Siiski ei ole Vaidlustaja enda pakkumuse puhul välja toonud piisavalt väärhindideid, mille korrigeerimise (st plusspunktide andmise) puhul tõuseks tema pakkumus riigihanke 5. osas ettepoole Kolmanda isiku II pakkumusest.
16. VAKO istungil püüdis Vaidlustaja oma argumentatsiooni küll täiendada, ent sellestki jäi ebaselgeks, millest lähtuvalt peaks tema pakkumusele antavad hindepunktid kerkima sedavõrd, et edestada riigihanke 5. osas Kolmanda isiku II pakkumust. Isegi kui Vaidlustaja oleks VAKO istungil välja toonud piisavad argumendid, ei saaks neid arvesse võtta, kuna vaidlustaja peab uusi asjaolusid sisaldavad dokumendid esitama VAKO-le hiljemalt kaks tööpäeva enne istungipäeva (RHS § 191 lg 1 ls 2). Selle tähtaja jooksul Vaidlustaja vaidlustuse alust ei täiendanud. Vaidlustuse alust ei ole võimalik täiendada alles VAKO istungil.
17. VAKO jätab vaidlustuse läbi vaatamata ja tagastab selle oma otsusega vaidlustajale, kui vaidlustajal puudub vaidlustuse esitamise õigus (RHS § 192 lg 3 p 7). Riigihanke vaidlustusmenetluses kaitstav õigushüve on õiguspärane hankelepingu sõlmimise võimalus (Tallinna Halduskohus 14.02.2012, 3-11-2947, p 1). Kui vaidlustusega taotletav eesmärk ei ole saavutatav, tuleb vaidlustus läbi vaatamata jätta (VAKO 30.05.2018, 83-18/194060, p 24). Kuivõrd Vaidlustaja pakkumus ei saa riigihanke 5. osas isegi vaidlustuse rahuldamise korral tõusta parimaks, ei ole Vaidlustajal riigihanke 5. osas vaidlustamisõigust. VAKO jätab RHS § 192 lg 3 p 7 alusel vaidlustuse Hankija 23.05.2018 korralduse nr 531 p 1.4. osas läbi vaatamata.
18. Vaidlustaja kõikide etteheidete põhjendatuse korral on tal siiski võimalik tõusta edukaks pakkujaks riigihanke 1. osas, mistõttu vaatab VAKO vaidlustuse Hankija 23.05.2018 korralduse nr 531 p 1.1. puudutavas osas sisuliselt läbi.

(II)

19. 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 riigihanke piirmäära (RHS § 14 lg 2 p 1). Niisiis peab Hankija riigihanget korraldades lähtuma RHS §-st 144.

20. RHS § 144 järgi piirduvad hankija kohustused sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse läbiviimisel eelteate avaldamisega (lg 1), lepingu sõlmimisel RHS § 120 järgimisega (lg 2) ja menetluse lõppemisest teatamisega (lg 3). Selline kord lähtub kontsessioonilepingute sõlmimist reguleeriva 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.
21. Seega on hankija sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse korraldamisel kohustatud spetsiifilistest menetlusnormidest järgima vaid RHS § 144. Lisaks peab hankija siiski lähtuma ka RHS §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest ning kui asjakohane, siis ka enda hankekorrast (RHS § 9 lg 4 p 4) ja nendest RHS 1. ptk sätetest, mis on konkreetse kaasuse tehilolusid arvesse võttes kohaldatavad. Ülejäänud osas on hankija sotsiaal- ja eriteenuste kontsessioonilepingu sõlmimise menetluse reeglite kujundamisel vaba. Hankija saab RHAD kaudu end vabatahtlikult siduda konkreetsete RHS sätetega, kehtestada RHAD-s enda välja töötatud menetluskorra või kombineerida mõlemat lähenemisviisi.
22. Käesoleval juhul on Hankija riigihanke läbiviimiseks kehtestanud KD, mistõttu tuleb vaidlustuse lahendamisel arvestada lisaks RHS-st tulenevale ka KD-ga. Tartu linna hankekord käesoleva vaidluse keskmes olevaid küsimusi ei reguleeri (hankekorra § 10).

(III)

23. 23.05.2018 korralduse nr 531 p-dega 1.1.-1.3. ja 1.6.-1.7. tunnistas Hankija vastavalt riigihanke 1. (Tartu Karlova Kool), 2. (Tartu Hansa Kool) ja 4. (Tartu Variku Kool) ning 7. (Tartu Forseliuse Kool) ja 8. osas (Tartu Herbert Masingu Kool ja Tartu Jaan Poska Gümnaasium) edukaks Kolmanda isiku I pakkumuse. Vaidlustaja etteheited Hankija tegevusele kattuvad kõikide eelnimetatud riigihanke osade suhtes, mistõttu saab neid käsitleda riigihanke eri osade üleselt.

Hindamiskategooria nr 1

24. Vaidlustaja leiab, et hindamiskategoorias nr 1 (koolis pakutav toit – max. 25 punkti) pidanuks tema pakkumus saama 24,4 punkti. Riigihanke 1., 2., 4. ja 8. osas sai tema pakkumus selles kategoorias aga vastavalt 22,4, 22,9, 23 ja 24,2 punkti. Üksnes riigihanke 7. osas sai Vaidlustaja pakkumus hindamiskategoorias nr 1 24,4 punkti. Vaidlustaja on arvamusel, et Hankija võis tema puhul valida vaid ühe kooli, kus toitu degusteerida ja toidu degusteerimise hinded pidanuks alati olema samad.
25. Antud riigihankes hinnatakse vaid pakkumuste kvaliteeti, erinevates alamkategooriates on võimalik saada punkte kokku kuni 118 (KD p 7.1.). Hindamiskategoorias nr 1 anti hindeid degusteerimise alusel (KD p 7.1.1.). Seejuures on KD p-s 7.1.1. täpsustatud: „*Hankijal on õigus valida kool, kus toitu degusteeritakse. Kui pakkuja ei paku käesoleval ajal üheski Tartu koolis toitlustusteenust, tuleb pakkujal tagada Tartus või Tartu lähiumbruses pakutava toidu degusteerimise võimalus. Toitu hindavad komisjoniliikmed, igas riigihanke osas on osaliselt erinev hindamiskomisjon, kõikide liikmete punktid liidetakse ja saadakse punktide keskmine.*“
26. Pooled ei vaidle, et Vaidlustaja pakkus pakkumuste esitamise ajal erinevates Tartu koolides toitlustusteenust. Seega pidid hindamiskomisjoni liikmed Vaidlustaja pakutavat toitu degusteerima mõnes viimase teenindatavas Tartu koolis. KD p 7.1.1. kohaselt oli Hankijal õigus valida kool, kus toitu degusteeritakse. Kuivõrd riigihange on jaotatud üheksaks osaks, said pakkujad pakkumuse esitada üheksas erinevas osas (eelteate p II.1.6) ja Hankija pidi igas osas läbi viima KD p 7.1. kohase pakkumuste hindamise. Hankija võib ja peabki toimima osadeks jaotatud riigihanke ühe osa sees autonoomselt. Kui hankija oleks riigihanke ühes osas seotud oma valikutega sama riigihanke teises osas,

kaotaks RHS § 27, mis sätestab võimaluse jagada riigihange ühe menetluse raames osadeks, mõtte. Seega, kuna KD p 7.1.1. andis Hankijale õiguse valida kool, kus toitu degusteerida, oli Hankijal õigus valida Vaidlustaja puhul erinev kool igas riigihanke osas, kus viimane pakkumuse esitas.

27. Ühtlasi ei pidanud toidu degusteerimise alusel antavad punktid olema samad riigihanke igas osas. KD p 7.1.1. sätestab sõnaselgelt, et riigihanke igas osas on osaliselt erinev hindamiskomisjon ja nii see ka tegelikkuses oli. Seega, isegi kui mõnes riigihanke osas valis Hankija Vaidlustaja toidu hindamiseks välja sama kooli, erines toidu kvaliteeti hindava komisjoni koosseis. Seda arvesse võttes on võimalik ja isegi loomulik, et komisjoni hinded erinesid ka ühe ja sama kooli osas. Kuna hindamiskategoorias nr 1 hinnati omakorda mh toidu maitset ja lõhna, toidu tekstuuri jne, on arusaadav, et erinevate inimeste hinnangud võivad sellistes küsimustes mõneti erineda. Seega ei ole Vaidlustaja etteheited seoses hindamiskategooriaga nr 1 põhjendatud.
28. Nagu nähtub käesoleva otsuse p-dest 14 ja 18, peaks selleks, et Vaidlustaja pakkumus tõuseks riigihanke 1. osas esikohale, olema põhjendatud kõik Vaidlustaja etteheited Hankija tegevusele seoses tema pakkumusega. Eelnevaga leidis aga tuvastamist, et Vaidlustaja etteheide seoses hindamiskategooriaga nr 1 ei ole põhjendatud. Sellest johtuvalt ei saa Vaidlustaja jõuda riigihanke 1. osas hankelepunguni isegi siis, kui tema kõik ülejäänud etteheited on põhjendatud. Sel põhjusel jätab VAKO RHS § 197 lg 1 p 4 alusel vaidlustuse Hankija 23.05.2018 korralduse nr 531 p 1.1. osas rahuldamata.
29. Kuivõrd riigihanke 2., 4., 7. ja 8. osas ei välista Vaidlustaja ühe etteheite põhjendamatus tviimase võimalust jõuda hankelepunguni, jätkab VAKO riigihanke nende osade puhul vaidlustuse sisulist analüüsi.

Hindamiskategooria nr 4

30. Vaidlustaja leiab, et tema pakkumus pidanuks hindamiskategoorias nr 4 (poolfabrikaatide kasutamine toitude valmistamisel kahe nädala keskmisena – max. 10 punkti) saada 10, mitte 8,5 punkti. Samuti leiab Vaidlustaja, et Kolmanda isiku I pakkumus pidanuks samas hindamiskategoorias saada 5, mitte 10 punkti. Hindamiskategoorias nr 4 antakse punkte järgmiselt: 4 ja rohkem poolfabrikaati nädalas – 0 punkti; 2-3 poolfabrikaati nädalas – 5 punkti; 1 poolfabrikaat nädalas – 7 punkti; poolfabrikaate ei kasutata – 10 punkti (KD p 7.1.4.).
31. Pakkujatel, kes pakkumus(t)e esitamise ajal toitlustasid koole, tuli koos pakkumusega esitada kahe nädala (12.02-16.02.2018 ja 19.02-23.02.2018) reaalne menüü ühes koolis pakutava toidu kohta. Menüü tuli esitada koos koolidirektori kinnitusega, et vastavat menüüd on koolis pakutud (KD p 5.11.). Esitatud menüü võeti hindamise aluseks erinevates hindamiskategooriates (sh kategoorias nr 4). Kolmas isik I esitas arusaamatul põhjusel menüü nelja kooli kohta, kuid kuivõrd need olid sisult identsed (v.a üks erisus, vt allpool) ja polnud vahet, millisest lähtuda, võttis Hankija aluseks Tartu Kivilinna Kooli menüü. Ainsa erinevuseks oli Tartu Variku Kooli menüüs 1. nädala teisipäev e-õppepäev ja koolis toitlustamist ei toimunud. Seetõttu toimus Hankija õigesti, kui ei võtnud seda menüüd Kolmanda isiku I puhul hindamise aluseks. Olukorras, kus üks n-ö menüünädal on vaid nelja päeva pikkune, ei oleks saanud KD p 7.1. kohast hindamist korrektselt läbi viia.
32. Vaidlustaja pakkumus ei saanud hindamiskategoorias nr 4 maksimumpunkte põhjusel, et tema 2. nädala menüü sisaldas Hankija arvates ühte poolfabrikaati – vanilli-kohupiimakreemi. Hankija on KD p-s 7.1.4. defineerinud, mida ta mõistab poolfabrikaadina: „Toitude valmistamisel kasutatava[t] naturaalse maitsega tomatipastat, tomatipiireed ja marineeritud kurki, ei loeta poolfabrikaadiks. Toidutehnoloogia mõistes on poolfabrikaat selline toit/toiduosa, mis on läbinud eeltötluse ning serveerimisest lahutab teda ainult kuumtötlus.“ Niisiis tegi Hankija poolfabrikaatide seast teatud välistused ja esitas poolfabrikaadi mõiste positiivse definitsiooni.
33. Vaidlustaja 2. nädala menüü juurde kuuluvast toitude valmistamisviisi kirjeldusest

nähtub, et Vaidlustaja kasutas vanilli-kohupiimakreemi n-ö külma magustoidu tarvis (kohupiimakreem pannakse kaussi, peale puistatakse riivleiba ja lisatakse natuke õunamoosi). Seega ei puutunud vanilli-kohupiimakreem kokku kuumtöötlustega. Sellest lähtuvalt on Hankija põhjendamatult leidnud, et Vaidlustaja 2. nädala menüüs sisaldus ka üks poolfabrikaat. Hankija on pakkumuste hindamisel ja vaidlustusmenetluses asunud KD p 7.1.4. laiendavalt tõlgendama, leides, et poolfabrikaat võib olla ka selline toiduaine, mis ei vaja enne serveerimist kuumtöötlust. Samas on KD p-s 7.1.4. sõnaselgelt välja toodud, et üheks poolfabrikaadi kumulatiivseks tunnuseks on kuumtöötlus enne serveerimist.

34. Sõltumata sellest, kas Hankija pakutud tõlgendus on toidutehnoloogia mõttes mõistlik(um) vms, ei saa Hankija eirata iseenda kehtestatud hanketingimusi ja riigihankeõigust. Nimelt ei saa hankija omistada RHAD sättele tõlgendust, mida sellel asjakohaseid tõlgendamiskaanoneid kasutades ei ole (VAKO 14.06.2017 81-17/187280, p 32). Samuti on keelatud tõlgendada pakkumuste hindamise kriteeriume ettevõtjaid kahjustaval moel ning tuletada kriteeriumidest meelevaldselt tingimusi, mida RHAD-s sätestatud ei ole (Tallinna Ringkonnakohus 11.11.2015, 3-15-2102, p 17). Käesoleval juhul ei saa seda võrd selgelt sõnastatud tingimust nagu KD p 7.1.4. tõlgendada hoopis laiendavamalt ja ettevõtjat kahjustavalt, st viisil, et poolfabrikaadina käsitletakse ka toiduaineid, mis ei pea enne serveerimist läbima kuumtöötlust. Isegi kui asuda seisukohale, et KD p 7.1.4. on mitmeti mõistetav – mida see VAKO hinnangul ei ole – tuleb RHAD tõlgendada pakkujaale soodsamal ja vähem koormaval viisil (VAKO 05.06.2017, 73-17/183856, p 15; Tallinna Halduskohus 21.06.2016, 3-16-924, p 15).
35. Eelnevast lähtuvalt on Hankija Vaidlustaja pakkumusi hindamiskategoorias nr 4 vääralt hinnanud. Kuna Hankija ei tohtinuks lugeda vanilli-kohupiimakreemi poolfabrikaadiks, tulnuks Vaidlustaja pakkumustele hindamiskategoorias nr 4 anda 10, mitte 8,5 punkti.
36. Peale eelneva leiab Vaidlustaja, et Hankija on mõned Kolmanda isiku I menüüdes leiduvad toidud/toiduained – päikesekuivatatud tomatid, kakao, kama-kohupiimakreem, marjakissell, hiinakapsa-ananassisalad – jätnud õigustamatult poolfabrikaadiks lugemata. Selline seisukoht on tervikuna ebaõige. Võttes aluseks KD p-s 7.1.4. sätestatud poolfabrikaadi definitsiooni, mida pole tähtaegselt vaidlustatud ja mis on seega sellisena siduv kõigile asjast puudutatuile (Riigikohus 02.12.2015, 3-3-1-50-15, p 14.2.), on poolfabrikaat selline toit või toiduosa, mis vajab enne serveerimist kuumtöötlust. Nii päikesekuivatatud tomatid, kakaopulber, kama-kohupiimakreem, külmutatud marjad kui ka värske ananass (mitte ananassikonserv, nagu eeldas Vaidlustaja) on sellised toiduained, mida saab tarbida üksikuna või muu toidu/joogi sees ka kuumtöötlusteta. Näiteks saab teha magustoit ka külmutatud marjadest või segada kakaopulbrist külma kakaovoogi. Niisiis ei ole Hankija Kolmanda isiku I pakkumusi hindamiskategoorias nr 4 valesti hinnanud, andes nendele 10 punkti.
37. Eelnevast tulenevalt ei ole Vaidlustaja pakkumusel riigihanke 2. ja 4. osas võimalik tõusta esikohale isegi siis, kui põhjendatud peaksid olema Vaidlustaja kõik ülejäänud etteheited Hankija tegevusele. Nimelt on riigihanke 2. osas pärast hindamiskategooriaid nr 1 ja 4 puudutavate etteheidete käsitlemist n-ö virtuaalne pingerida järgmine: (i) Kolmas isik I – 108,3 punkti; (ii) Vaidlustaja – 97,9 punkti. Isegi kui lahutada Kolmanda isiku I pakkumuselt seni analüüsimate 7 punkti ning anda Vaidlustaja pakkumusele juurde seni analüüsimate 1,5 punkti, jääks pakkumuste pingerivi samaks: (i) Kolmas isik I – 101,3 punkti; (ii) Vaidlustaja – 99,4 punkti. Samalaadne olukord on riigihanke 4. osas. Võttes arvesse VAKO seisukohti hindamiskategooriate nr 1 ja 4 osas, jääks ka pärast Vaidlustaja kõikide ülejäänud etteheidete tunnustamist parimaks Kolmanda isiku I pakkumus 100,9 punktiga ning teisele kohale jääks Vaidlustaja pakkumus 99,5 punktiga.
38. Neil põhjustel jätab VAKO RHS § 197 lg 1 p 4 alusel vaidlustuse Hankija 23.05.2018 korralduse nr 531 p-de 1.2. ja 1.3. osas rahuldamata. Kuivõrd riigihanke 7. ja 8. osa suhtes ei välista eelnevalt tuvastatu Vaidlustaja võimalust jõuda hankelepinguni, jätkab VAKO riigihanke nende osade puhul vaidlustuse sisulist analüüsi.

Hindamiskategooria nr 9

39. Vaidlustaja leiab, et Kolmanda isiku I pakkumused pidanuks hindamiskategoorias nr 9 (menüü mitmekülgsus leiva/saia/sepiku osas kahe nädala keskmisena – max. 6 punkti) saama 3, mitte 6 punkti. Hindamiskategoorias nr 9 antakse punkte järgmiselt: nädalas 1-2 pakutavat leiva-, saia- ja sepikutoode – 0 punkti; 3-4 pakutavat – 3 punkti; igal päeval erinev leiva-, sepiku- ja saiatoode – 6 punkti (KD p 7.1.9.).
40. Nagu Hankija on riigihanke 7. ja 8. osa hindamislehtedel õigesti märkinud, sisaldas Kolmanda isiku I menüü, lugedes seda koos KD p 5.11. alusel esitatud valmistamisviisi kirjeldusega, 1. nädalal (12.02-16.02.2018) järgmisi leiva- ja sepikutooteid: E – rukkileib „Ruks“, sepik „Kodune“; T – rukkileib „Koolileib“, sepik „Seemne sepik“; K – rukkileib „Rukkirääk“, rukkisepik „Kodukakk“; N – rukkileib „Ruks“, sepik „Kodune“, R – rukkileib „Rukkirääk“, rukkisepik „Kodukakk“. Seega oli õpilasel võimalik igal päeval valida erinev leiva- või sepikutoode. Vastavalt KD p-le 7.1.9. andis Hankija Kolmanda isiku I pakkumusele hindamiskategoorias nr 9 1. nädala eest õigesti 6 punkti.
41. 2. nädalal (19.02-23.02.2018) sisaldas Kolmanda isiku I menüü järgmisi leiva- ja sepikutooteid: E – rukkileib „Täistera“, sepik „Valga“; T – rukkileib „Ruks“, sepik „Kodune“; K – rukkileib „Ruks“, sepik „Kodune“; N – rukkileib „Rukkirääk“, rukkisepik „Kodukakk“; R – rukkileib „Koolileib“, sepik „Seemne sepik“. Seega oli õpilasel võimalik igal päeval valida erinev leiva- või sepikutoode. Vastavalt KD p-le 7.1.9. andis Hankija Kolmanda isiku I pakkumusele hindamiskategoorias nr 9 2. nädala eest õigesti 6 punkti. Kuna kokkuvõttes läks arvesse kahe nädala keskmine, sai Kolmanda isiku I pakkumus hindamiskategoorias nr 9 õigesti 6 punkti $((6+6)/2=6)$.
42. Ainetud on Vaidlustaja väited sellest, et pidades silmas Kolmanda isiku I menüüs esitatud leibade ja sepikute energiasisaldusi, ei saanud Kolmas isik I kindlatel päevadel seda või teist leiba/sepikut pakkuda. Kolmanda isiku I esitatud menüü tõlevastavust on vastavalt KD p-s 5.11. nõutule kinnitanud kooli direktor K.L., mistõttu pole VAKO-l alust kahelda menüüs esitatud teabe õigsuses. Vaidlustaja pole välja toonud kaalukaid argumente, mis võiksid menüü õigsuse sõltumata direktori kinnitusest kahtluse alla seada. Kokkuvõtvalt on Vaidlustaja etteheited hindamiskategooria nr 9 osas põhjendamatud.
43. Eelnevast tulenevalt ei ole Vaidlustaja pakkumusel ka riigihanke 7. ja 8. osas võimalik tõusta esikohale isegi siis, kui põhjendatud peaksid olema Vaidlustaja kõik ülejäänud etteheited Hankija tegevusele. Nimelt on riigihanke 7. osas pärast hindamiskategooriaid nr 1, 4 ja 9 puudutavate etteheidete käsitlemist n-ö virtuaalne pingerida järgmine: (i) Kolmas isik I – 108,1 punkti; (ii) Vaidlustaja – 101,4 punkti. Isegi kui lahutada Kolmanda isiku I pakkumuselt seni analüüsimate 4 punkti ning anda Vaidlustaja pakkumusele juurde seni analüüsimate 1,5 punkti, jääks pakkumuste pingerivi samaks: (i) Kolmas isik I – 104,1 punkti; (ii) Vaidlustaja – 102,9 punkti. Samalaadne olukord on riigihanke 8. osas. Võttes arvesse VAKO seisukohti hindamiskategooriate nr 1, 4 ja 9 osas, jääks ka pärast Vaidlustaja kõikide ülejäänud etteheidete tunnustamist parimaks Kolmanda isiku I pakkumus 103,7 punktiga ning teisele kohale jääks Vaidlustaja pakkumus 102,7 punktiga.
44. Neil põhjustel jätab VAKO RHS § 197 lg 1 p 4 alusel vaidlustuse Hankija 23.05.2018 korralduse nr 531 p-de 1.6. ja 1.7. osas rahuldamata. See tähendab, et vaidlustus jääb läbivaadatavas osas tervikuna rahuldamata. Puudub tarvidus analüüsida Vaidlustaja etteheiteid Hankija tegevusele hindamiskategooriates nr 5 ja 8.

(IV)

45. 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 jätmise) 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).

46. 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