

VAIDLUSTAJA: W.EG. EESTI OÜ
HANKIJA: TARTU LINNAVALITSUS
KOLMAS ISIK: LUCIDUS TECHNO OÜ/LUCIDUS TECHNO UAB

VAIDLUSTAJA TÄIENDAV SEISUKOHT vaidlustusasi nr 45-20/215212

Vaidlustaja leiab, et Hankija 03.04.2020 vastus vaidlustusele (edaspidi „Hankija Vastus“) ja Kolmanda isiku 09.04.2020 vastus ei lükka mitte kuidagi ümber esitatud vaidlustuse põhjendatust ja 19.03.2020 hankeotsuse õigusvastasust. Vastupidi, Hankija Vastus – kuigi omajagu ebamäärane ja vastuoluline – ning sellele lisatud dokumendid kinnitavad 19.03.2020 hankeotsuse põhjendamatust ja õigusvastasust.

Vaidlustaja soovib tema 30.03.2020 vaidlustuses toodule täiendavalt esile tuua alljärgnevat:

- **Pakkumuste esitamise tähtaeg oli 07.02.2020. Vaidlust ei ole, et pakkumuse esitamisel puudus Kolmanda isiku pakutud valgustitel ENEC-märgis/ENEC-sertifitseeritus ning Kolmanda isiku esitatud pakkumus oli mittevastav RHAD Lisa 1 p 3.1 ja Lisa 2 p 1 nõuetele**
- 1. Riigihankes nr 215212 oli pakkumuse esitamise tähtaeg 07.02.2020. Kolmanda isiku poolt esitatud pakkumus ja pakutud valgustid ei vastanud RHAD Lisa 1 p 3.1 ja Lisa 2 p 1 nõuetele. Kolmanda isiku pakutud valgustid ei omanud nõutud ENEC-märgist koos kehtivate sertifikaadi ja labori numbriga.
- 2. Hankija Vastuses on selgitatud, et Kolmanda isiku esitatud pakkumusega oli küll esitatud üks ENEC sertifikaat, kuid see ei puudutanud Kolmanda isiku poolt riigihankes nr 215212 pakutud valgusteid.

Hankija Vastus p 1.2: „Pakkuja pidi esitama koos pakkumusega valgustite CE ja ENEC kehtivad vastavussertifikaadid või viited avalikele andmebaasidele, kust on võimalik vastavust kontrollida. **Pakkuja esitas ENEC sertifikaadi II kaitseklassi valgustite kohta, kuid pakkus I kaitseklassiga valgusteid.**“

Hankija Vastus p 3.3: „Ühispakkujatel Lucidus Techno OÜ ja Lucidus Techno UAB pakkumuse koosseisus oli õigeaegselt esitatud ENEC sertifikaat. **Kontrollimisel selgus, et see ei kohaldu pakutud valgustitega.**“

ENEC sertifikaat, millest Hankija siin räägib ja mis oli järelikult esitatud Kolmanda isiku pakkumusega, on ENEC sertifikaat Niteko ICONA Klass II valgustitele. Vt seda Hankija Vastuse konteineris nime all „8.1_ENEC-Cert_SE-ENEC-2001000.pdf“. ¹

Nagu ka Hankija Vastuses on selgitatud, ei puuduta see Kolmanda isiku pakkumusega esitatud 31.01.2020 sertifikaat kuidagi Kolmanda isiku poolt riigihankes nr 215212 pakutud valgusteid. Kolmas isik ei pakkunud Niteko ICONA Klass II valgusteid, millele oli kõnealune ENEC sertifikaat väljastatud (vt sertifikaadil, page 2 „Class: II“).

- 3. Hankija lükkas 10.03.2020 hankeotsusega korrektselt ja ainuõigesti Kolmanda pakkumuse tagasi mittevastavuse tõttu RHAD Lisa 1 p 3.1 ja Lisa 2 p 1 nõuetele.

Selguse huvides rõhutame, et Kolmanda isiku poolt hankes pakutud valgustid (Niteko ICONA, Klass I) olid pakkumuste esitamisel 07.02.2020 ENEC-märgiseta ja ENEC sertifitseerimata. Ehk küsimus polnud üldse selles, et Kolmas isik oleks pakkumusele ekslikult lisanud vale ENEC sertifikaadi, vaid Kolmanda isiku pakutud valgustid olid lihtsalt ENEC sertifitseerimata ega omanud ENEC-märgist koos kehtiva sertifikaadi ja labori numbriga (nagu nõutud RHAD Lisa 1 p 3.1 ja Lisa 2 p 1).

¹ Intertek Semko AB poolt 31.01.2020 väljastatud ENEC LICENCE REF NO. SE-ENEC-2001000

- See, kui pärast pakkumuse esitamist hangiti ja saadi valgustitele 13. märtsiks 2020 ENEC-märgis, ei muuda algselt mittevastavat Kolmanda isiku pakkumust tagantjärgi vastavaks ega võimaldanud seda tagantjärgi vastavaks kuulutada. Pakkumus peab vastama nõuetele juba pakkumuse esitamise hetkest ja pakkumust ei saa tagantjärgi muuta
- 5. Kolmanda isiku poolt 07.02.2020 esitatud pakkumus ei vastanud RHAD Lisa 1 p 3.1 ja Lisa 2 p 1 nõuetele ja Hankija lükkas 10.03.2020 otsusega selle õiguspäraselt tagasi. Kolmanda isiku 07.02.2020 pakkumuse tagasilükkamine oli ja on õigupoolest ainuvõimalik hankeotsus.
- 6. Läbipaistmatu, põhjendamatu ja õigusvastane on aga Hankija 19.03.2020 hankeotsus, millega Hankija oma 10.03.2020 otsuse tühistas ja Kolmanda isiku mittevastava pakkumuse ikkagi vastavaks tunnistas. Hankija Vastuses on Kolmanda isiku pakkumuse vastavaks tunnistamist 19.03.2020 selgitatud omajagu ebamääraste argumentidega. Nii on Hankija Vastuses p 3.1 selgitatud, et „Hankijale selgus 13.03.2020, et pakkumus vastab sisuliselt riigihanke alusdokumentidele, kuna pakkumuses pakutud valgustid omavad ENEC märgist.“ Hankija Vastuses p 3.3 on selgitatud, et „Ühispakkujate osas saabus seoses ENEC märgisega hankijale selgus peale järelepärimise tegemist sõltumatule laborile.“
- 7. Hankija Vastusele on lisatud 13. märtsil 2020 Interko Semko AB poolt väljastatud ENEC sertifikaat² Niteko ICONA Klass I valgustitele. Vt Hankija Vastuse konteineris nime all „*ENEC-2001990.pdf*“.

Seega on Kolmanda isiku poolt hankes pakutud Niteko ICONA Klass I valgustid ENEC sertifitseerituse esmakordselt saanud alles 13.märts 2020. Võimalik asjaolu, et 13.märtsil 2020 (ehk 5 nädalat pärast pakkumuste esitamist 07.02.2020) on valgustitele tagantjärgi hangitud ja saadud ENEC sertifikaat, ei saanud olla Hankijale õiguspäraseks aluseks tagantjärgi Kolmanda isiku pakkumuse 10.03.2020 tagasilükkamine kehtetuks tunnistada ja Kolmanda isiku pakkumus tagantjärgi 19.03.2020 vastavaks kuulutada.

Kolmanda isiku 07.02.2020 pakkumuse vastavaks tunnistamine oli igal juhul põhjendamatu ja õigusvastane hankeotsus. Muuhulgas vastuolus RHAD Lisa 1 punktiga 3.1 ja Lisa 2 punktiga 1, RHS § 3 punktiga 1, RHS § 3 punktiga 2, RHS § 114 lõikega 1 ja § 114 lõikega 2. Kolmanda isiku pakkumuse vastavaks tunnistamise 19.03.2020 otsusega oli põhjendamatu muuhulgas järgmistel põhjustel ja alustel:

ESITEKS

- 7.1. Taolisele olukorrale on antud hinnang juba Tallinna Halduskohtu 16.09.2019 otsusega haldusasjas nr 3-19-1491. Tähelepanuväärne on, et sellele kohtuotsusele on viidatud ka Hankija Vastuse p 3.2.

Halduskohtu 16.09.2019 kohtuotsuse p-s 36 on selgitatud:

„Kohus nõustub VAKO väitega, et pakkumus peab vastama nõuetele igal ajahetkel alates pakkumuse esitamisest. VAKO on põhjendatult leidnud, et pakkumus, mis pidi vastama HD-ile pakkumuse esitamise hetkel ei saa hakata vastama HD-ile mingil ajal tulevikus hankemenetluse kestel/.../. RHS § 110 lg 1 kohaselt on pakkumus pakkujale siduv alates pakkumuse esitamise tähtpäevast vähemalt kuni riigihanke alusdokumentides määratud pakkumuse jõusoleku minimaalse tähtaja lõppemiseni, lg 2 kohaselt peab pakkumus vastama riigihanke alusdokumentides sätestatud tingimustele. Viidatud sätetest ning printsipiibist, mille kohaselt ei saa pakkuja oma pakkumust muuta, tuleneb üheselt, et pakkumus peab vastama esitatud nõuetele nii selle esitamise hetkel kui ka mistahes muul ajahetkel alates pakkumuse esitamisest. Hankijal on RHS §-dest 114-117 tulenevat kohustus ja õigus kontrollida esitatud pakkumuse vastavust hankemenetluse erinevates etappides. Nimetatud normid muutuksid sisutuks, kui pakkujal oleks võimalik oma pakkumust hankemenetluse kestel muuta või täiendada asjaoludega, mida ei esinenud pakkumuse esitamise hetkel. Sellise olukorra võimaldamine oleks olulises vastuolus hankija kohustusega kohelda kõiki pakkujaid hankemenetluses võrdselt.“

Need halduskohtu järeldused on täielikult kohalduvad ka käesolevad vaidluses ja kinnitavad 19.03.2020 hankeotsuse õigusvastasust.

² Intertek Semko AB poolt 13.märts 2020 väljastatud ENEC LICENCE REF NO. SE-ENEC-2001190

TEISEKS

- 7.2. ENEC-märgis/ENEC sertifitseeritus pidi valgustitel olema olema juba pakkumuse esitamisel. Muuhulgas tuli pakkumusega esitada Lisa 2 (Valgustite parameetrid), kus pakkuja pidi kinnitama, et „*Valgustid omavad kehtivat /.../ ENEC märgist koos sertifikaatide ja koos labori numbriga*“, esitada tuli ka valgustite kehtiv ENEC vastavussertifikaat.

Vaidlust ei ole, et pakkumuste esitamise tähtajaks 07.02.2020 esitatud Kolmanda isiku pakkumus RHAD Lisa 1 p 3.1 ja Lisa 2 p 1 nõuetele ei vastanud. Kolmanda isiku pakutud valgustid ENEC-märgist ei omanud ja olid ENEC-sertifitseerimata. Tegemist oli üheselt pakkumuse sisulise kõrvalekaldega (RHS § 114 lg 2) ja Kolmanda isiku pakkumus kuulus/kuulub igal juhul tagasilükkamisele. Seda Hankija oma 10.03.2020 otsusega ka korrektselt tegi, kuid 19.03.2020 otsusega põhjendamatult tühistas ja Kolmanda isiku pakkumuse tagantjärgi vastavaks kuulutas.

KOLMANDAKS

- 7.3. Pakkumust ei saa pärast pakkumuste esitamise tähtaega muuta ega täiendada. See, et Kolmanda isiku poolt pakutud valgustitele on 13. märtsil 2020 saadud ENEC-märgis/ENEC sertifitseeritus³, ei saanud olla õiguspäraseks aluseks Hankija poolt Kolmanda isiku pakkumus 19.03.2020 tagantjärgi vastavaks kuulutada.

Kordame, et pakkumust ei saa pärast pakkumuste esitamise tähtaega muuta ega täiendada. Selliselt ei olnud võimalik Hankija poolt aktsepteerida, et Kolmas isiku 07.02.2020 pakkumuse RHAD nõuetega tagantjärgi vastavusse viiakse ning pärast pakkumuste esitamist hangitakse ja saadakse valgustitele pakkumuste esitamise ajaks nõutav ENEC-märgis. See on muuhulgas teravas vastuolus riigihanke korraldamise üldpõhimõtetega, sh võrdse kohtlemise põhimõtte (RHS § 3 p 2) ning riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse nõudega (RHS § 3 p 1).

Kolmanda isiku esitatud 07.02.2020 mittevastava pakkumuse tagantjärgi vastavaks kuulutamine esmakordselt 13.03.2020 saadud ENEC-sertifitseeringut arvestades tähendas ühele pakkujale (Kolmas isik) hanke käigus põhjendatu eelisseisundi ja erioiguse andmist, mis on lubamatu ja selges vastuolus riigihankeõigusega. Olemuslikult oli siin tegemist 07.02.2020 esitatud pakkumuse tagantjärgi sisulise muutmisega.

Meenutame siin ka ühtlasi, et kõikide teiste pakkujate (AS Onninen, SLO Aktsiaselts, Esvika Aktsiaselts) pakkumused lükkas Hankija tagasi.

NELJANDAKS

Vaidlustaja jääb ühtlasi ka kõikide oma vaidlustuses esitatud põhistuste juurde (vt 30.03.2020 vaidlustus p 8-10).

- **Asjakohatu on Hankija Vastuse argumentatsioon, et Kolmanda isiku mittevastava pakkumuse tagantjärgi vastavaks kuulutamine ja alles pärast pakkumuse esitamist hangitud ja saadud ENEC-sertifitseeringu aktsepteerimine oli õiguspärane tagamaks riigihankes nr 215212 pakkujate võrdne kohtlemine**
8. Hankija Vastuses on väidetud, et hankija andis kõikidele pakkujatele võimaluse tagantjärgi selgitusi/tõendeid esitada ja seetõttu oli pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttest tulenevalt põhjendatud arvestada Kolmanda isiku pakkumuse puhul valgustitele alles pärast pakkumuse esitamist esmakordselt saadud ENEC sertifitseeringut ja Kolmanda isiku pakkumus tagantjärgi ikkagi vastavaks kuulutada. Hankija selline argumentatsioon jääb arusaamatuks ja sellega ei ole võimalik nõustuda.
9. Nii on Hankija Vastuses p 3.3 teistelt pakkujatel selgituste küsimise näitena esile toodud, et hankija küsis Vaidlustajalt, AS-lt Onninen, SLO Aktsiaseltsilt ja Esvika AS-lt riigihangete registri kaudu testprotokolle.

³ Vt Hankija Vastuse konteineris nime all „*ENEC-2001990.pdf*“ (s.o Intertek Semko AB poolt 13.03.2020 väljastatud ENEC LICENCE REF NO. SE-ENEC-2001000)

Juhime tähelepanu, et testprotokollide osas oli RHAD Lisa 1 (Tehniline kirjeldus) punktis 3.1 eraldi sätestatud, et „*Hankijal on õigus nõuda **pakkumuste vastavuse kontrollimise perioodil testprotokolle.***“

Seega asjaolu, et Hankija küsis Vaidlustajalt ja teistelt pakkujatelt testprotokolle, oli kooskõlas RHAD-ga ning sellega ei saa põhjenda Kolmanda isiku mittevastava pakkumuse ebaõiget vastavaks kuulutamist.

Kolmanda isiku esitatud 07.02.2020 pakkumus ei vastanud RHAD Lisa 1 p 3.1 ja Lisa 2 p 1 nõuetele ning valgustitele alles esmakordselt 13.03.2020 saadud ENEC-märgise arvestamise näol on tegemist pakkumuse sisulise muutmisega ning Kolmanda isikule riigihankes nr 215212 eriseisundi ja erioiguste võimaldamisega.

See ei ole kuidagi ka põhjendatav pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttega. Vastupidi – see on hoopis pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte ja teiste riigihanke aluspõhimõtetega vastuolus. Hankija ei tohi RHAD nõuetest kõrvale vaadata ja hanke käigus Kolmandale isiku pakkumusele erikohtlemist teha. Meenutame ühtlasi, et kõikide teiste pakkujate (AS Onninen, SLO Aktsiaselts, Esvika Aktsiaselts) pakkumused lükkas Hankija tagasi.

10. Hankija Vastusest ei nähtu, et hankija oleks Kolmandalt isikult mistahes selgitusi ENEC sertifikaadi kohta küsinud. Sellisena jääb ka arusaamatuks Hankija Vastuse p 3.3 väide, et Hankijal olevat olnud lausa kohustus Kolmandalt isikult ENEC kohta selgitust küsida: „*Ühispakkujatel Lucidus Techno OÜ ja Lucidus Techno UAB pakkumuse koosseisus oli õigeaegselt esitatud ENEC sertifikaat. Kontrollimisel selgus, et see ei kohaldu pakutud valgustitele. **Hankijal oli sellest tulenevalt kohustus küsida selgitusi, kuna võis olla tegemist nt olukorraga, kus on ekslikult pakkumuse koosseisus üles laetud vale dokument.***“

Hankija oli juba 10.03.2020 teinud õiguspärase hankeotsuse Kolmanda isiku pakkumuse tagasilükkamisest mittevastavuse tõttu RHAD Lisa 1 p 3.1 ja Lisa 2 p 1 nõuetele. Hankijal ei olnud alust ega põhjust - rääkimata kohustusest - hakata pärast Kolmanda isiku pakkumuse põhjendatud tagasilükkamist 10.03.2020 hakata tegema täiendavat uurimistööd vms. Hankija 10.03.2020 otsus Kolmanda isiku pakkumuse tagasilükkamisest mittevastavuse tõttu RHAD Lisa 1 p 3.1 ja Lisa 2 p 1 nõuetele oli ainuvõimalik hankeotsus.

11. Oluline on välja tuua ka seda, et Hankija 19.03.2020 otsuses on Hankija poolt Kolmanda isiku pakkumuse tagasilükkamise 10.03.2020 hankeotsuse tühistamist ja pakkumuse vastavaks tunnistamist põhjendatud (mõistematult) sellega, et 19.03.2020 olevat hankijale laekunud sertifitseeritud labori Intertec Semko AB kinnitus, et pakutud valgustid omavad ENEC sertifikaati: „*Hankija lükkas oma 10.03.2020 otsusega tagasi Lucidus Techno OÜ pakkumuse, kuna pakkumus ei vastanud riigihanke Lisa 1 p 3.1, Lisa 2 p 1, Lisa 1 p 6.1 ja Lisa 2 p 7 nõuetele. 19.03.2020.aastal laekus hankijale ENEC sertifitseeritud labori Intertec Semko AB kinnitus, et pakkuja poolt pakutud valgustid omavad ENEC sertifikaati. Seega vastab pakkumus Lisa 1 p 3.1 ja Lisa 2 p 1 nõuetele.*“

Viited Intertek Semko AB võimalikule kirjale ei ole asjakohased ja mistahes isiku kirjaga ei saa põhjendada Kolmanda isiku 07.02.2020 esitatud mittevastava pakkumuse ebaõiget vastavaks kuulutamist. Mis puudutab aga hankija e-kirjavahetust Intertek Semko AB-ga, mis on Hankija Vastusele lisatud⁴, siis ka sellest ei nähtu kuidagi, et Intertek Semko AB oleks 19.03.2020 Hankijale kinnitanud, et Kolmanda isiku poolt riigihankes nr 215212 pakutud valgustid oleks omanud pakkumuse esitamisel 07.02.2020 ENEC sertifitseeringut (mida need ka ei omanud). Sellist kinnitust ei ole Intertekil ega muul isikul ka võimalik anda, sest Intertek Semko AB enda poolt on nendele valgustitele ENEC sertifitseering väljastatud alles 13. märts 2020 (vt seda Hankija Vastuse konteineris nime all „*ENEC-2001990.pdf*“).⁵

Tulenevalt eeltoodust, RHS § 198 ja § 199:

1. **Palume rahuldada W.EG. Eesti OÜ vaidlustus ja tunnistada kehtetuks Tartu Linnavalitsuse 19.03.2020 otsus, millega riigihankes nr 215212 tunnistati vastavaks ühispakkujate Lucidus Techno OÜ/Lucidus Techno UAB pakkumus.**

⁴ Vt Hankija Vastuse konteineris “Kirjavahetus Intertek laboriga.pdf”

⁵ Intertek Semko AB poolt 13.03.2020 väljastatud ENEC LICENCE REF NO. SE-ENEC-2001190

2. Palume mõista hankijalt W.EG. Eesti OÜ kasuks välja vaidlustuselt tasutud riigilõiv ja lepingulise esindaja menetluskulud (Vaidlustaja esitab menetluskulude nimekirja eraldi dokumendina).

Lugupidamisega

/digitaalselt allkirjastatud/

vandeadvokaat Marko Mehilane
W.EG. Eesti OÜ lepinguline esindaja