

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND

Eraõiguse osakond

Ahto Järvela

**ETTENÄGEMATUST OLUKORRAST TULENEV HANKELEPINGU
MUUTMISE ÕIGUS RIIGIHANGETE SEADUSE EELNÕU KOHASELT**

Magistritöö

Juhendaja

Kadri Härginen

Tartu

2016

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. Hankelepingu muutmine ettenägematuste asjaolude korral Euroopa Liidu hankeõiguse kohaselt	
1.1. Riigihankeõiguse eesmärgi ja põhimõtete tagamine ettenägematutest asjaoludest tingitud hankelepingu muutmisel	7
1.2. Hoolsale hankijale lepingu muutmist tingiva asjaolu ettenägematuse hindamine	12
1.3. Ettenägematust asjaolust tingitud hankelepingu muutmisega lepingu üldise olemuse muutmise keeld	19
2. Ettenägematute asjaolude korral hankelepingu olemuse muutumine RHS-i eelnõu kohaselt	
2.1. Ettenägematust hankelepingu muutmisega riigihankes võimalike osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakkumuste hulga laiendamine	26
2.2. Ettenägematust asjaolust tingitud hankelepingu muutmisega lepinguliste kohustuste vahekorra muutmise pakkuja kasuks	34
2.3. Ettenägematust asjaolust tingitud hankelepingu muutmisega hankelepingu eseme ulatuse oluline laiendamine	44
3. RHS-i eelnõu ettenägematute asjaolude ilmnemise korral hankelepingu muutumisvõimaluste regulatsiooni vastuolu hankedirektiiviga	52
KOKKUVÕTE	61
RESÜMEE	66
KASUTATUD MATERJALIDE LOETELU	
1. Kasutatud kirjandus	68
2. Kasutatud muud materjalid	70
3. Kasutatud normatiivmaterjalid	73
4. Kasutatud kohtulahendid	73
KASUTATUD LÜHENDID	77

SISSEJUHATUS

Hankija peab järgima Euroopa Liidu toimimise lepingus sätestatud põhimõtteid. Läbi riigihangete menetlusreeglite täidetakse põhilisi Euroopa Liidu asutamislepingust tulenevaid üldpõhimõtteid nagu läbipaistvus ja kontrollitavus, võrdne kohtlemine ja konkurentsi soodustamine.¹ Hankeõigusega vähendatakse konkurentsihäiringuid, läbi mille üritatakse aidata kaasa ühisturu loomisele. Riigihangete direktiiv 2004/18/EL hankelepingu muutmise küsimusi (sh ettenägematute asjaolude tekkimisel) ei käsitlenud. Kuna hankelepingute muutmise küsimus oli muutunud järjest olulisemaks, siis leidis see reguleerimist riigihankedirektiivis 2014/24/EL. Magistritöös uuritakse, kuidas on Euroopa Liidu toimimise lepingust tulenevad üldpõhimõtteid seotud RHS-i eelnõus sätestatud lepingu muutmise regulatsiooniga ning kuidas mõjutavad põhimõtete täitmist ettenägematud asjaolud.

Läbi hangete väljakuulutamise kindlustatakse hankemenetluse läbipaistvus, mis on oluline nii konkurentsi tagamiseks.² Sellest tulenevalt on kehtestatud RHS-i eelnõus piirangud hankelepingu muutmisele. Hankeeseme omaduste ja lepingu täitmise viiside muutmisega võidakse kahjustada konkurentsi, kuna ettevõtjad ei saa teada mida tegelikult hangitakse ja seetõttu võivad jätta põhjendamatult hankes osalemata. Hankemenetlus muutuks sisutuks, kui hankelepingut muudetakse ulatuses, mille sisu ei kattu suures ulatuses hankedokumentides ja pakkumustes kajastatuga.³

Töös hinnatakse, millistele kriteeriumitele peavad vastama ettenägematud asjaolud, et nendele tuginedes lepingu muutmisel oleks tagatud läbipaistvuse, konkurentsi ja võrdse kohtlemise põhimõtete järgimine.

Tuvastanud ettenägematute asjaolude seosed EL üldpõhimõtetega, uurib magistritöö autor hankelepingu muutmise võimalusi ettenägematute asjaolude korral RHS-i eelnõus, mis oleks pidanud võtma üle uues riigihankedirektiivi 2014/24/EL. Töös uuritakse, kuidas on tagatud RHS-i eelnõus tasakaal EL üldpõhimõtete ja hanke eesmärgi saavutamise vahel, kui muutmisevajaduse on tinginud ootamatud asjaolud. Autori uurib, kuidas on sisustanud ettenägematust asjaolust tingitud hankelepingu muutmisel üldise olemuse muutumise mõiste direktiiv ning RHS-i eelnõu. Vastaval võrdluse tulemusel annab autor hinnangu, kas eesti RHS-i eelnõu ettenägematute asjaolude ilmnemisel muutmist piirav regulatsioon vastab EL direktiivis toodud vastavale regulatsioonile ja direktiivi eesmärkidele. Töö autor püstitab

¹ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta, põhjenduspunkt 1

² T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. Juridica 2007/8, lk 572.

³ RKKrKo 3-1-1-46-14, p 11.2.

hüpoteesi, et RHS-i eelnõu regulatsioon vastab EL üldpõhimõtetele, kuid vaatamata sellele on vastuolus direktiivi 2014/24/EL regulatsiooniga, kui muudatuse põhjustavad hoolsale hankijale ettenägematud asjaolud. Mittevastavuse korral otsib töö autor võimalusi vastuolude ületamiseks.

Küsimus on aktuaalne, kuna lepingu muutmist liialt piirav regulatsioon saada takistuseks riigihanke eesmärgi saavutamisele. Mõistmata hanke üldist olemuse muutumist ja kartuses sattuda hankeõigusega vastuollu, võib hankija jätta põhjendamatult kasutamata võimaluse lepingut ettenägematult ilmnenuid asjaoluga kohandada. See võib kaasa tuua hankija vajadustele mittevastava asja ostmise või teenuse osutamise. Hankija võib sattuda aga riigihankeõigusega vastuollu, kui muudab lepingut suutmata seejuures hanke üldise olemuse muutumist tuvastada. Seetõttu on hanketingimuste muutmise küsimused aktuaalsed, sest sellest sõltuvad otseselt ka avalike teenuste kvaliteet, järjepidevus ja nende kulud. Magistritöö panuseks ongi konkreetsemate kriteeriumide välja toomine, millest lähtuvalt tuleb hinnata ettenägematust asjaolust tingitud lepingu muutmise mõju lepingu üldise olemuse muutumisele. Autori eesmärk on välja selgitada, milliseid kaalutlusi peab hankija lepingu muutmisel ettenägematu asjaolu ilmnemisel arvestama, et tuvastada võimalik lepingu üldise olemuse muutumine.

Piirangute ja nende sisu tuvastamise kaudu selgitatakse, milline lepingu muutmine on ettenägematute asjaolude ilmnemisel autori arvates lubatud ja milline keelatud. Autor uurib, kuivõrd võib lepingu olemuse muutmise hindamisel ettenägematute asjaolude ilmnemisel kaaluda hankeeseme keerukust, muutmisvajaduse sõltuvust pooltest endist või välimistest asjaoludest, lepingu pikkust, uue hanke läbiviimise kulusid ja avalikku huvi lepingu jätkuvuse vastu. Nende ja paljude teiste tegurite mõju ettenägematute asjaolude ilmnemisel lepingu üldise olemuse muutmisele vajab õigusselguse saavutamiseks täiendavat uurimist. Seejuures on töös käsitletud küsimust, milliseid keelde hankelepingute muutmiseks tuleb pidada absoluutseks ja milliste ettenägematute asjaolude ilmnemisel eksisteerib teatud lubatud muudatuste määr.

Mõistmaks lepingu muutmise lubatavust ettenägematute asjaolude ilmnemisel on vaja uurida ka Euroopa Kohtu praktikalt, kuna vastavad seisukohad ja põhimõtted on leidnud sätestamist uutes direktiivides.

Töö esimeses peatükis uuritakse, kuidas on lepinguvabadusest tulenevad hankija õigused piiratud kaupade vaba liikumise, asutamisevabaduse, teenuste osutamise vabaduse, võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõtetega. Töös

uuritakse, kuivõrd on õigustatud ettevõtlusvabaduse piiramine läbi hankemenetlusreeglite ettenägematute asjaolude ilmumise korral. Riigihankeõiguse valdkonda kuuluvate õigusküsimuste lahendamiseks uuritakse direktiivi aluseks olevate põhivabaduste eesmärke ning tuvastatakse nende seosed konkreetsete ettenägematute asjaoludega.

Teises peatükis vaadatakse, millist ettenägematust asjaolust tingitud hanketingimuste muutmist tuleb pidada oluliseks RHS-i eelnõu kohaselt. Küsimus on määrava tähtsusega, kuna Euroopa Kohtu praktika kohaselt eeldab riigihankelepingu kehtivuse ajal ettenägematutest asjaoludest tingitud muudatuste tegemine uut hankemenetlust vaid juhul, kui muutub lepingu üldine olemus.

Töö kolmandas peatükis otsitakse EL õiguse ja RHS-i eelnõu vaheliste konfliktide lahendamise võimalusi. Kuna Vabariigi Valitsus esitas RHS-i eelnõu Riigikogule ja ka Riigikogu majanduskomisjon on eelnõu heaks kiitnud, siis võib eeldada, et eelnõu tekst enne vastu võtmist suures osas ei muutu. Hankijatel tuleb otsustada, kas neil on õigus ettenägematus olukorras lepingu muutmiseks, kui lepingumuudatus on lubatud riigihangete direktiivi kohaselt, kuid vastu võetav eelnõu seda keelab.

Varem on hankelepingu muutmise võimalusi uurinud Mari-Ann Simovart 2010. aastal kaitstud doktoritöös “Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele”. Kadi Suurkivi käsitles 2013.a. kaitstud magistritöös „Hankelepingu ülevõtmise lubatavus Euroopa Liidu õiguse ja riigihangete seaduse alusel“ subjektide ringis tehtavaid muudatusi, eelkõige töövõtja vahetamise võimalusi. Kitsamalt ehituse hankelepingu tähtaja muutmist uute riigihankedirektiivide valguses on uurinud Kristel Kongi 2015.a. magistritöös „Ehituse hankelepingu tähtaja muutmise uute riigihankedirektiivide valguses“, mistõttu on tähtaja muutmise küsimused käeolevast magistritööst valdavalt ka välja jäetud. Töö mahule seatud piirangute tõttu ei ole töös käsitletud hanketingimuste rikkumiste tagajärgi.

Kuna riigihankedirektiiv 2014/24/EL ja direktiivid 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta ja 2014/25/EL võrgustiku sektori hangete kohta on üldjoontes sarnased, siis keskendutakse magistritöös peamiselt vaid riigihankedirektiivis 2014/24/EL toodud ettenägematust asjaoludest tingitud muutmisevõimaluse regulatsiooni analüüsile ja ei ole käsitletud kontsessioonilepingute ning vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihangete regulatsioonide eripärasid.

Töös keskendutakse erialase kirjanduse, EL riigihangete direktiivide, RHS-i ning riigihangete vaidlustuskomisjoni ja kohtupraktika analüüsile. Magistritöö koostamisel kasutatakse allikadena riigihankealaseid õigusakte ja nende seletuskirju, riigihangete valdkonnas respektieritud arvamusiidrite teoseid, asjakohaseid teadustöid ning kohtute ja riigihangete vaidlustuskomisjonide otsuseid.

Euroopa Kohtu praktikast tuleb ära märkida kohtuasjas C-496/99 Komisjon vs CAS Succhi di Frutta SpA⁴ antud põhjapanevad sisukohad, mis ei ole valdavas ulatuses tänaseni muutunud. Samuti ei ole võimalik minna mööda Pressedext'i lahendist⁵ ning lahenditest C-503/04 Komisjon vs Saksamaa⁶ ja C-91/08 Wall jt⁷, milles kajastatud seisukohad on magistritöö autori hinnangul muutunud hangete valdkonnas üldteada asjaoludeks. Kuna uute direktiivide kohtupraktika veel puudub, siis tuleb vaadata senist praktikat, siiski tuleb olla ettevaatlik, sest direktiivides esineb ka mõningasi praktika modifikatsioone.

Magistritöö teoreetiline osa põhineb ajakirjas „Public Procurement Law Review“ ja *Juridica* avaldatud tõlgenduspraktikal. Töös on riigihankedirektiivi 2014/24/EL kõrvutatud magistritöö koostamise ajal avaldatud RHS-i eelnõu tekstiga.

Kohtupraktikat uurides on kasutatud dogmaatilist meetodit seoses õiguse tõlgendamise ja jurisprudentsi kujundamisega. Uurimismeetodiks on kirjanduse süstemaatiline ülevaade ja teleoloogiline tõlgendamisprintsip. Töö autor selgitab, kuidas on dogmaatika õigust üldiselt tunnustatud põhiväärtuste valguses seletanud.

⁴ EKo 29.04.2004, nr C-469/99, *Komisjon vs CAS Succhi di Frutta SpA*.

⁵ EKo 19.06.2008, C-454/06, *Presstext*

⁶ EKo 18.07.2007, C-503/04, *Komisjon vs Saksamaa*

⁷ EKo 13.04.2010, C-91/08, *Wall AG*

1.1. Riigihankeõiguse eesmärgi ja põhimõtete tagamine ettenägematutest asjaoludest tingitud hankelepingu muutmisel

Algselt allus hankelepingu täitmisega vaid eraõigusele, kus tuli lähtuda vastavast lepinguõigusest ning -tingimustest. Hankelepingutele kui tsiviilõiguslikele lepingutele laieneb privaatautonomia ja lepinguvabaduse printsiip, mis on sätestatud Eesti siseriiklikus õiguses võlaõigusseaduse⁸ paragrahvides 5 ja 13. Privaatautonomia ja lepinguvabaduse põhimõttest tulenevalt on tavaolukorras lepingu muutmine poolte endi otsustada, mis annab lepingu parimaks täitmiseks paindlikkuse. Ettevõtlusvabadus hõlmab ka seda, kellega ja mis tingimustel ostja lepingu sõlmib.⁹ Põhjus, miks tuleb avalikul võimul sekkuda lepingupoolte ettevõtlusvabadusse on see, et tuleb kindlustada kõikide EL pakkujate hankel osalemise õigus. Ettevõtlusvabaduse kaitsealasse ei kuulu mitte ainult hankija või hankelepingu poolte privaatautonomia lepingu täitmisel, vaid ka teiste turul osalejate õigus oma kaupu ja teenuseid pakkuda. Kui hankija tellib kaupu ja teenuseid eelistatud pakkujalt, olgu selle põhjuseks lihtsalt ettevõtja eelistused või riigi soov teostada läbi hanke sotsiaal- ja regionaalpoliitikat, siis on takistatud teistel EL ühisturul osalejate võimalus hankel samadel tingimustel pakkuda. Riigiasutustel on loomulik soodumus soodustada riigi ettevõtjaid, et säilitada tööhõivet ja toetada majanduslikku arengut oma liikmesriigis, mida on raske sobitada ühtse siseturu kujundamise eesmärgil kasutatavate konkurentsi, asutamisevabadust ning kaupade ja teenuse liikumisvabadust arendavate meetmetega.¹⁰ Toimiva konkurentsi korral kindlustatakse hankija rahaliste vahendite tõhusam ärakasutamine ja vähendatakse korruptsiooni.¹¹ Ettevõtlusvabaduse kaitsealasse kuuluvad ka hankeeseme omadused ja lepingu täitmise viis, kuna nendest sõltub pakkuja võimalus läbi hankes osalemise ettevõtlusvabaduse realiseerimiseks.

Kuna hankelepingu muutmise küsimused olid reguleerimata, siis tekkisid hankijatel ka raskused Euroopa Liidu aluspõhimõtete sidumisel lepingu täitmise viiside muutmisega. Direktiivide aluseks olevaid asutamislepingust tulenevaid printsiipe on vaja silmas pidada direktiivide ülevõtmisel ja õiguse rakendamisel. T. Ojasalu on märkinud, et oluliseks printsiibiks on seejuures konkurentsi tagamise põhimõte. See põhimõte on ühtlasi RHS-i aluseks.¹² RHS-i eelnõus on Euroopa Liidu asutamislepingust tulenevad põhimõtted

⁸ Võlaõigusseadus. - RT I, 2001, 81, 487 ... RT I 2005, 61, 473

⁹ RKTsKo 3-2-1-164-09, p 30

¹⁰ Eko 15.01.1998, C-44/96, kohtujurist Leger'i ettepanek, p 46-47.

¹¹ C. Ginter, M. Mugur. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamise järel läbirääkimistega hankemenetluse näide. *Juridica*, 2010, nr 9, lk 247.

¹² T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. *Juridica* 2007/8, lk 564-572. lk 564.

kajastatud paragrahvis 3, kus on eriti rõhutatud läbipaistvuse, kontrollitavuse ja võrdse kohtlemise põhimõtete olulisust.¹³ Ettevõtjate vahelist konkurentsi kindlustamisel on abiks võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtted ja nende täitmist kontrollida võimaldav läbipaistvuse põhimõte. Võrdse kohtlemise põhimõtet tuleks näha kui vahendit konkurentsi efektiivse tagamiseks.¹⁴ T. Ojasalu on märkinud, et mittediskrimineerimist ja võrdset kohtlemist võib pidada konkurentsieesmärgi teenistuses olevaks. Konkurentsi kindlustamine on EL riigihankeõiguse aluseks ja seetõttu prevaleerib konkurentsi põhimõte õigustatult võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtte üle.¹⁵ Võrdse kohtlemise ja vaba konkurentsi tagamiseks võimaldatakse kõigil huvitatud ettevõtjatel esitada riigihanke pakkumisi võrdsetel ja läbipaistvatel alustel.¹⁶ Hankijal on kohustus kohelda võrdselt kõiki isikuid, kelle elu- või asukoht on Euroopa Liidu liikmesriigis, muus Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigis või Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga ühinenud riigis.¹⁷

Kohus on selgitanud lahendis C-321/14 järgmist: „Ühelt poolt nõuab võrdse kohtlemise põhimõte niisiis, et pakkujatel oleksid pakkumuste koostamisel võrdsed võimalused, ja eeldab seega, et need pakkumused esitatakse kõigi pakkujate jaoks samadel tingimustel. Teiselt poolt on läbipaistvuskohustuse eesmärk tagada, et puuduks oht hankija meelevaldseteks eelistusteks. See kohustus eeldab, et kõik hankemenetluse tingimused ja menetluse kord oleks nii hanketeates kui ka hankedokumentides sõnastatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt, võimaldamaks ühelt poolt kõigil piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikel pakkujatel mõista nende täpset ulatust ja nendest ühtemoodi aru saada ning teiselt poolt võimaldaks hankijal kontrollida, kas pakkujate esitatud pakkumused vastavad tegelikult kõnealuse hankemenetluse tingimustele.“¹⁸ Euroopa Liidu riigihankeõiguses sätestatud konkurentsipõhimõtte eesmärgiks on võimaldada ettevõtjatel osaleda teiste liikmesriikide hankemenetlustes ja edendada seeläbi EL siseturgu.¹⁹ Konkurentsi tekkimiseks peavad kaubad ja teenused takistusteta käibima kogu liidu territooriumil. Siseturupoliitika abil

¹³ RHS-i eelnõu seletuskiri, lk 9. Kättesaadav internetis:

<https://eelvoud.valitsus.ee/main/mount/docList/12634243-ccc4-4fd6-aa88-1f406e932532> (26.01.2016).

¹⁴ EKo 22.06.1993, C-243/89, Komisjon vs Taani, p 81

¹⁵ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. *Juridica* 2007/8, lk 568.

¹⁶ RHS-i eelnõu § 2 lg 1

¹⁷ RHS-i eelnõu § 3 lg 2

¹⁸ EKo 3.09.2015, nr C-321/14, Colena AG vs Karnevalservice Bastian GmbH, p 61, EKo 12.03.2008, nr C-345/03, Komisjon vs Belgia, p 145; EKo 29.04.2004, nr C-496/99 P, Komisjon vs CAS Succhi di Frutta, punkt 111

¹⁹ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. *Juridica* 2007/8, lk 565.

ühendatakse liikmesriikide turud üheks. Konkurentsi tingimustes peaksid liidu ettevõtjad muutuma läbilöögivõimelisemaks ka väljaspool liitu.²⁰

Direktiiviga 2014/24/EL selgitatakse põhimõisteid ja -kontseptsioone, et tagada õiguskindlus ja võtta arvesse Euroopa Liidu Kohtu asjakohase väljakujunenud kohtupraktika teatavaid asjakohaseid aspekte.²¹ Euroopa Liidu Kohtu asjaomast kohtupraktikat arvesse võttes on direktiivi 2014/24/EL artiklis 72 lg 4 on selgitatud tingimusi, mille puhul lepingu muutmise täitmise ajal nõuab uut hankemenetlust. Uut hankemenetlust on vaja juhul, kui esialgsesse lepingusse tehakse olulisi muudatusi. Sellised muudatused näitavad lepingupoolte kavatsust lepingu olulised tingimused uuesti läbi rääkida. Eelkõige tuleb seda teha juhul, kui muudetud tingimused oleksid menetluse tulemusi mõjutanud, kui need oleksid kehtinud esialgse menetluse ajal.²² Nimetatud hankelepingu muutmise olulisi tingimusi täpsustav säte on õetud üle RHS-i eelnõu § 123 lõikega 2, mille kohaselt loetakse muudatus hankelepingu üldist olemust märkimisväärselt muutvaks eelkõige juhtudel, kui:

„1) muudatusega lisatakse tingimus, mis laiendab võimalike riigihankes osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakkumuste hulka, kui riigihanke alusdokument oleks sellist tingimust sisaldanud;

2) muudatus tingib hankelepingust tuleneva lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise pakkuja kasuks hankelepingus sätestamata viisil;

3) muudatus laiendab oluliselt hankelepinguga määratud hankelepingu eseme ulatust;“.

Selleks, et saada aru olulisuse lepingumuudatuse keelust, tuleb mõista Euroopa Liidu toimimise lepingust²³ tulenevaid üldpõhimõtteid. Hankemenetlusega vähendatakse läbi suurema konkurentsi kulusid, muuhulgas tuleb arvestada ka kvaliteedi ning sotsiaalsed ja keskkonnakaitse tingimusi.²⁴

²⁰ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. *Juridica* 2007/8, lk 564-572.

²¹ Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkt 2

²² Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkt 2

²³ Euroopa Liidu Toimimise Lepingu konsolideeritud versioon. ELT C 326, 26.10.2012, lk 47-390.

²⁴ Komisjoni tõlgendav teatis, mis käsitleb riigihankesid ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamist avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluste suhtes. Brüssel, 05.02.2008 C(2007)6661, lk 1.

Hankelepingute muutmine toimuda erandjuhtudel²⁵ ja ilma konkurentsi kahjustamata. RHS-i eelnõu paragrahvis 123 on kehtestatud piirangud lepingu muutmisele, kuna hankija hilisem otsus võib mõjutada pakkumise sõnastuse tähendust ja hankemenetluses osalejate võrdseid võimalusi.²⁶ Hankelepingu muutmise läbi kujundatakse ümber riigihanke algsed tingimused ning see avaldab hüpoteetilist mõju pakkujate ringile, pakkumistele, kui ka eduka pakkuja valikule²⁷ ja ahendab teise ettevõtjate võimalusi kujundada huvi lepingu saamise vastu.²⁸ Ka teised turul osalejad oleks võinud teha teistsuguse pakkumise, kui oleks teadnud, et hankelepingu täitmise ajal lepingutingimusi muudetakse. Kui aga muutmisvajadust tekkib ootamatult, siis on hankija kuritarvituste võimalus olematu. Selline muudatus oleks mõjutanud kõiki pakkujaid sarnaselt, st uue hankemenetluse läbi viimiseks ei ole vajadust ühisturu toimimise kindlustamiseks, see tingiks vaid ressursi raiskamise.

Reeglina on hankelepingu muutmine hankija jaoks mugavam ja soodsam, kui uue hanke läbiviimine. Hankija jaoks on oluline just eelarvehandide kokkuvõtte, mitte aga kogu EL hõlmava turu käibimise tagamine. Eeltoodut arvestades tuleb ettevõtja privaatautonomiat piirata vaid ulatuseni, mis tagaks ühisturu toimimise. Proportsionaalsuse põhimõtte kohaselt ei tohi kasutatavad vahendid minna kaugemale, kui on vajalik taotletava eesmärgi saavutamiseks.²⁹ Selliseks eesmärgiks on tagada konkurentsi efektiivne ära kasutamise riigihankel ning kasutada rahalisi vahendeid säästlikult ja otstarbekalt. Kuna ettenägematu asjaolu oleks kõiki pakkujaid sarnaselt mõjutanud, siis peab muutmine olema võimalik juba proportsionaalsuse printsiibist tulenevalt. Uus hange ei anna eelduslikult mingisugust säästu, sest pakkujate vahel oli konkurents tagatud esialgsel hankel.

RHS § 3 punkti 1 ja RHS-i eelnõu § 3 p 5 järgi tuleb riigihanke eesmärk saavutada mõistliku hinnaga, mis tähendab muuhulgas, et taotletav tulemus peab õigustama selle saavutamiseks tehtavaid kulusi. Hankelepingu muutmise kasuks ettenägematu asjaolu ilmnemisel räägib see, et uue hanke menetlemiseks tehtavad kulud võivad ületada sellest saadavat säästu või tulu. Eestis on ühele riigihanke menetlusele tehtavad kulud ligikaudu 4500 eurot, millest

²⁵ RHS § 69 lg 3 ja 4 sätestatud kumulatiivsed kriteeriumid.

²⁶ Samas, p 64.

²⁷ K. Härginen, M.A. Simovart. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? *Juridica* IX/2013, lk 632.

²⁸ Samas, p 17; 18.

²⁹ EKO 10.12.2002, nr C-491/01. *British American Tobacco (Investments) vs Imperial Tobacco*, p 122; EKO 10.07.2003, nr C-15/00. *Komisjon vs EIP*, p 161; EKO 16.12.2004, C-110/03, kohtujurist Colomeri ettepanek, p 71

hankija kulud on ligikaudu 2500 ja ühe pakkuja kulud ligikaudu 1500 eurot.³⁰ Euroopa RHS-i eelnõu seletuskirja kohaselt peab RHS-i regulatsioon tagama avalike vahendite läbipaistva kasutamise. Samas peab hankelepingute sõlmimise menetlus olema tõhus, mis tähendab teatud paindlikkuse võimaldamist, et vältida ülemäärast formalismi.³¹

Ka hankeeseme omadusi või täitmise viisi muudetakse, võib ka see olla suunatud vaid kindlatele pakkujatele. Eelkõige võib leida kuritarvitamine aset, kui mõne kindla pakkujaga on kokku lepitud tingimuste muutmises, kuid teistele pakkujatele muudatust ei võimaldataks. Niisugusel juhul võib tegemist olla suunatud pakkumisega ja põhjendamatu ettevõtlusvabaduse piiramisega teiste pakkujate jaoks. Ettenägematu asjaolu korral tuleb eristada pooltest endist tingitud ja pooltest sõltumatuid ehk väliseid asjaolusid. Kuritarvitused peab elimineerima tingimus, et muutmist tingiva ettenägematu asjaolu tekkimine peab olema pooltest sõltumatu. Viimaste korral võib eeldada, et see puudutaks see kõiki hankes osalejaid ja potentsiaalseid pakkujaid sarnaselt ja ei oma konkurentsi moonutavat mõju. See tähendab, et nimetatud asjaolu saabumist ei oleks olnud poolel ette näha. Advokaadibüroo LEXTAL vandeadvokaat Diana Minumets tõi olukorra ilmestamiseks näite, kus terrorirünnakust tingitud paki käsitlemise turvanõuete karmistumisest tekib vajadus muuta pakikäsitusliini funktsioone. Sarnane olukord on, kui teede remondi tõttu tekib vajadus bussiveoteenuse mahtude ja marsruutide muutmiseks³²

Asjaolu ettenägematus peab tagama läbipaistvuse. RHS-i eelnõu § 123 lg 1 p 4 sätestatud lepingu muutmist tingiva asjaolu ettenägematuse hindamise eesmärk ongi läbipaistvuse tagamine, kui lepingu muutmist õigustavat asjaolu ei olnud võimalik hoolsal hankijal ette näha, siis ei oma tähtsust, milline pakkuja hanke võitis, see asjaolu oleks mõjutanud sarnaselt kõiki hankes osalejaid. Seetõttu on uue hanke korraldamise kohustusest vabastatud hanked kui muudatused tulenevad olukorrast, mida hoolas avaliku sektori hankija ei saanud ette näha ja nende muudatusega ei muudeta lepingu üldist olemust.³³

³⁰ RHS-i seletuskiri, lk 27-28. Kättesaadav internetis:

<https://eelvoud.valitsus.ee/main/mount/docList/12634243-ccc4-4fd6-aa88-1f406e932532> (26.01.2016)

³¹ RHS seletuskiri, lk 4.

³² Loeng „Asjade ja teenuste hankelepingute muutmise ja lõpetamise võimalused uue RHS valguses“. Tallinn, 2016.

³³ Direktiiv 2014/24/EL, art 72 lg 1 p c, RHS-i eelnõu § 123 lg 1 p 4

1.2. Hoolsale hankijale lepingu muutmist tingiva asjaolu ettenägematuse hindamine

Ettenägematu muutmise vajadus tekib juhul, kui lepingu täitmise käigus ilmneb hankelepingu muutmise vajadus hankijale ootamatult ja nii saavad kõik huvitatud isikud teada muumisvõimalusest alles selle tekkimisel, mistõttu on pakkumised koostatud võrdsetel alustel.³⁴ Seega on tagatud võrdse kohtlemise, kuna kõikidel pakkujatel olid oma pakkumuste koostamisel samad andmed.³⁵ Eristada tuleb ettenägematuid objektiivsete asjaolude (kaetud konstruktsioonide avamisel või maapõue geoloogiliste uuringute käigus selgunud täiendavate tööde vajadus) ja subjektiivsete asjaolusid, mis sõltuvad vaid tellija eelistuste muutumisest. RHS-i § 123 lg 1 p 4 ei erista subjektiivseid ja pooltest sõltumatuid asjaolusid, Vastav tõlgendus, et ettenägematule asjaolule on võimalik tugineda vaid pooltest sõltumatute asjaolude korral, tuleneb RHS-i aluseks olevast direktiivist. Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkti 109 kohaselt on vajalik kindlustada paindlikkus, kui avaliku sektori hankijaid mõjutavad välised asjaolud. Mitteilulise lepingumuudatusega on eelkõige tegemist, kui asjaolu on tingitud välistest asjaoludest,³⁶ mida hankija ei saanud ette näha või mõjutada. Seda vastupidiselt olukorrale, kus hankija muudab oma meelt toodete või teenuste omaduste osas või ei ole olnud piisavalt ettenägelik hankekirjelduse koostamisel.³⁷ Näiteks võivad hankelepingu muutmist tingivad asjaolud olla seotud arheoloogiliste leidudega ehitusalusel maa-alal, mille uurimine takistavad ehitustööde tähtaegset teostamist. Asjaolu ettenägematuse tingimus ei oleks aga täidetud, kui ehitustööd on planeeritud muinsuskaitse all olevas vanalinnas.

Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkti 109 kohaselt on vajalik kindlustada paindlikkus eelkõige juhul, kui lepingu täitmine hõlmab pikemat ajavahemikku. Kohe pärast eduka pakkuja valikut tehtud muudatused võivad olla vastuolus pakkujate võrdse kohtlemisega. Samuti oleks hankijal juhul, muutmisevajadus selgub enne hankemenetluse lõppemist, võimalik muuta hanketingimusi ja vajadusel pakkumise tähtaega pikendada.³⁸ Mida keerukam ja pikaajalisem on leping, seda suurem on tõenäosus lepingu muutmise vajaduse tekkimiseks³⁹ ning seda keerukamaks võib osutada ka asjaolu kontrollimine, kas hankijale oli muutmisevajaduse tekkimine ettenägematu.

³⁴ EKo 29.04.2004, C-496/99, Komisjon vs CAS Succhi di Frutta SpA, p 118

³⁵ EKo 13.10.2005, C-458/03 Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG, p 48

³⁶ K. Hartlev, lk 62.

³⁷ S. T. Poulsen, p 4.2.

³⁸ RHS § 36 lg 1

³⁹ S. T. Poulsen. The Possibilities of Amending a Public Contract without a New Competitive Tendering Procedure under EU Law. – Public Procurement Law Review 2012/5, lk 171.

RHS-i eelnõu § 123 lg 1 p 4 annab hankijale õiguse sõlmitud hankelepingut muuta uut riigihanget korraldamata, kui muudatuse põhjustavad hoolsale hankijale ettenägematud asjaolud, kusjuures hankelepingu üldist olemust ei muudeta. RHS-i eelnõu § 123 lg 4 jätab hankijale märkimisväärse kaalutusõiguse hinnata subjektiivseid elemente ja konkreetse projekti spetsiifikat. Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkti 109 kohaselt tuleb arvestada olemasolevaid vahendeid, konkreetse projekti olemust ja omadusi, vastava valdkonna häid tavasid ning vajadust tagada mõistlik tasakaal lepingu sõlmimise ettevalmistamisele kulunud ressursside ja lepingu eeldatava maksumuse vahel. Hankija saab sättele tugineda juhul, kui ta piisavalt hoolsust rakendades ei saanuks hankelepingu muutmist tingivaid asjaolusid ette näha hankelepingu sõlmimise ajal. E. Karindi-Kask on leidnud, et vajadusel peab hankija hanke ettevalmistamiseks kaasama eksperte.⁴⁰ Ekspertide mittekaasamist on heitnud ette Riigikontroll Tallinna Sadama Muuga konteinerterminali 17. kai rajamise kontrollaruandes⁴¹: „Tallinna Sadam ei küsinud üheltki eksperdilt arvamust tööde tehnilise kirjelduse kohta, sh selle kohta, kas sadama soovitud omadustega objekti saaks rajada ka teistsugust, väiksema materjalikuluga lahendust kasutades (ja seeläbi odavamalt)“. Hankijalt eeldatakse erilist hoolsust ning põhjalikku planeerimist enne riigihanke alustamist. Isegi juhul, kui tekkinud asjaolusid võib pidada objektiivseteks, ei saa neile tugineda, kui hankija oleks piisavat hoolsust rakendades saanud või pidanud neid hankelepingu sõlmimise ajal ette nägema. Hankijal lasub kohustus enne riigihanke alustamist läbi mõelda kõik kavatsetava menetlusega seonduvad asjaolud, vajadusel kaasata eksperte, tellida uuringuid või konsulteerida turuosalistega jne. Juhul, kui hankija saab selliseid asjaolusid ette näha, saab ta võtta tarvitusele ka meetmed nende asjaolude vältimiseks ja vastavalt sätestada hankelepingu tingimused.⁴²

Ettenähtavuse puhul on tegemist sisuliselt samasuguse kriteeriumiga nagu vääramatute jõe tuvastamisel.⁴³ Kindlaks tuleb teha, kas heas usus toimides isik ei saanuks muutust ette näha ja kas isikul ei olnud võimalik asjaolude muutumist mõjutada⁴⁴. Välise asjaoludega seotud lepingumuudatused, mille esinemist ja tagajärgi on võimalik kindlaks teha objektiivselt, ei nõua uue hankemenetluse läbiviimist.⁴⁵ Võib esineda olukordi, kuis asjaolu on küll teada,

⁴⁰ E. Karindi-Kask, lk 10

⁴¹ Riigikontrolli aruanne Riigikogule. Muuga konteinerterminali 17. kai rajamine. 11. september 2012, p 26.

Kättesaadav arvutivõrgus:

<http://www.riigikontroll.ee/Suhtedavalikkusega/Pressiteated/tabid/168/ItemId/645/View/Docs/amid/557/language/et-EE/Default.aspx> (08.03.2016)

⁴² E. Karindi-Kask, lk 10.

⁴³ VÕS § 103 lg 2

⁴⁴ K. Sein. Mis on vääramatute jõud? *Juridica* 2004/8, lk 515.

⁴⁵ S. T. Poulsen, p 11.5.

kuid selle tagajärg ei ole objektiivselt ettenähtav. Näiteks ei ole selge seadusemuudatuse võimalik mõju hindadele, millega reguleeritakse aktsiise või sõidu- ja puhkeaegu.⁴⁶

Ettenägematust asjaolust tingitud lepingu muutmine sarnaneb mõneti ka läbivaatamisklausli sätestamisega lepingus. Direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti a järgi võib lepinguid ilma uut hankemenetlust korraldamata muuta kui muudatused, sõltumata nende rahalisest väärtusest, olid esialgsetes hankedokumentides ette nähtud selgete, täpsete ja ühemõtteliste läbivaatamisklauslitega. Magistritöö autori arvates on ka nn läbivaatamisklausli sätestamine samuti seotud ettenägematu asjaoluga, kuid sellise asjaolu esinemise tõenäosus on suurem või kindel, kuid muudatuse konkreetne suurus selgub lepingu täitmise ajal. Näiteks on selge, et hinnad turul võivad muutuda. Kuigi sellist asjaolu ei ole võimalik 100% kindlusega väita, on siiski tõenäoline hindade mõningane tõus. Magistritöö autori arvates annavad nimetatud kaks võimalust (ettenägematud asjaolud ja läbivaatamisklausel) hankijale väga laia võimaluse hankelepingus muudatuste tegemiseks. Sisuliselt peab hankija riskide maandamiseks sätestama lepingus kõikvõimalikud vähegi ettenähtavad muutmismõimalused (hinna indekseerimine jms) võimalikult täpselt. Vaidluse korral muutmismõimaluse ulatuse, sisu ja kohaldamistingimuste selguse, täpsuse ja ühemõttelisuse mittepiisavuse üle, võib aga hankija tugineda sõltuvalt olukorrast ka ettenägematusele. Küll on ettenägematust asjaolust tingitud muudatuse ja läbivaatamisklausli eristamine oluline, kuna ettenägematust olukorrast tingitud muutmise õigusele kehtib erinevalt läbivaatamisklauslist piirang, mille kohaselt mis tahes maksumuse suurenemine ei või ületada 50 % esialgse lepingu maksumusest. Mitme järjestikuse muudatuse korral kohaldatakse seda piirangut iga muudatuse väärtuse suhtes. Selliseid järjestikusi muudatusi ei tohi teha selleks, et hoiduda kõrvale käesoleva direktiivi sätetest⁴⁷. Läbivaatamisklausli korral muudatuse maksumusele piiranguid ei ole kehtestatud.

RHS-i eelnõu kohaselt on VÕS § 97 kohtupraktikast abi eelnõu § 123 lõike juhtumipõhisel kohaldamisel.⁴⁸ Riigikohus on oma otsuses tsiviilasjas nr 3-2-1-76-10 hinnanud ettenähtavust seoses hageja majandus- ja kutsetegevusega. Kui osapoolte põhitegevus on seotud kinnisvara arendamisega ning kinnisvaraturg ja sellega seotud hinnatõusud ja -langused peaksid olema talle teada ning ka etteaimatavad.⁴⁹ Seega hindamaks, kas asjaolu on ettenägematu või mitte, ei pea kasutama vaid mõistliku ettenähtavuse testi ja kontrollida, kas tavaline mõistlik isik oleks samas situatsioonis seda asjaolu ette näinud ning sellega arvestanud, vaid tuleb

⁴⁶ S. T. Poulsen, p 4.3.

⁴⁷ Direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkt c iii)

⁴⁸ RHS eelnõu seletuskiri, lk 119

⁴⁹ RKTsKo 3-2-1-76-10, p 15

arvestada ka konkreetse hankija subjektiivseid teadmisi ja võimalusi asjaolu saabumist ette näha.

Tsiviilasjas 2-08-85919, kus hageja (rendileandja) esitas VÕS §-le 97 tuginedes rendilepingu muutmise ja rendi suurendamise nõude. Hagiavalduse kohaselt oli lepingu objekti eest saadav rent muutunud ebapiisavaks ega katnud enam hageja poolt objektile tehtud kulutusi. Kohus leidis, et „inflatsiooni suurenemine, rendilepingu eseme amortiseerumine ning üleujutuste võimalus Pärnu rannaäärsel alal ja nende võimalik mõju rendilepingu esemele on asjaolud, millega iga mõistlik kinnisvaraturul tegutsev ettevõtja arvestab.“ „Ka rendi turuhinna tõus on asjaoluks, millega kinnisvaraturul tegutsev ettevõtja pikaajalist rendilepingut sõlmides arvestab ning see ei saa olla rendilepingu muutmist õigustavaks asjaoluks.“

Seega on kohus leidnud, et lisaks mõistliku hankija teadmistele tugineda ka konkreetse hankija eriteadmistele. Lisaks leidis kohus, „et hageja võttis hoonestusõiguse omandamisega teadlikult riski, et rendilepingust saadav tulu ei kata ega hakkagi katma hageja poolt hoonestusõiguse omandamisele ja rendilepingus sätestatud rendileandja kohustuste täitmisele tehtavaid kulutusi.“⁵⁰ Kui mingit asjaolu oli võimalik ette näha, siis seda eiranud osapool võtab endale selle sündmuse realiseerumise riski ning valmisoleku selle eest vastutada.

Saksa õiguskirjanduses on märgitud, et hinnakujunduse ekvivalentsihälbed peavad lepingu muutmise õigustamiseks olema märkimisväärsed ja rolli mängib seejuures nii absoluutne hinnamuutus kui ajaline ruum. Näiteks ei saa lepingu muutmise nõuet õigustada tavalise inflatsiooniga seotud väärtuselised muudatused, sest need on pooltele ettenähtavad ja peaksid vajaduse korral saama lepinguga reguleeritud. Samuti on rõhutatud, et kestvuslepingus peab raha saamiseks õigustatud võlausaldaja üldjuhul kandma teatud mõistlikku raha väärtuse vähenemise riski.⁵¹ Kohustuste vahekorras peab toimuma oluline muudatus, milleks võib olla täitmise koormavuse olulise suurenemise või lepinguga saadava väärtuse oluline vähenemine.⁵²

Tsiviilasjas 2-08-53539 väitis kostja, et sõlmides hagejatega lepingu, ei saanud ta ette näha kõrgelt kvalifitseeritud ehitustööliste töötasu hüppelist suurenemist. Samuti ei näinud ega saanudki ta ette näha ehitusmaterjalide olulist hinnatõusu, mis oli tingitud ehitusturu üleriigilisest elavnemisest. Kohus leidis, et kostjal tulnuks tõendada, et lepingu sõlmimise aluseks olid teatud asjaolud (ehitus- ja kinnisvaraturg), mis pidid muutumatuna püsima.

⁵⁰ RKTsKo 3-2-1-99-10, p 46

⁵¹ Münchener Kommentar zum BGB. 5. Auflage, 2007, § 313, Rn 147-149

⁵² Samas, § 97, komm 4.3.1.

„Kohtu hinnangul ei saa objektiivse mõistlikkuse seisukohalt eeldada, et need asjaolud (ehitus-, laenu- ja kinnisvaraturg) peavad ühiskonnas püsima muutumatuna. Kostja poolt tema enda majandustegevuses põhjendamatu äririski võtmist ehitus- ja kinnisvaraturul ei saa panna teise lepingupoole kanda.“⁵³ Seega oli kohus seisukohal, et kostja ise võttis endale ehitus- ja kinnisvaraturul äriplaani ellu viies äririski, teadmata selle tegelikke valmishitamise kulutusi ja tingimusi. Sellise riski realiseerumise negatiivseid tagajärgi ei ole mõistlik panna vastaspoole kanda.⁵⁴ Tsiiviilkolleegium leidis, et lepingu sõlmimise aluseks olnud asjaolude hulgas on üldjuhul poolte ühine arusaam sellest, et asja väärtus stabiilses majanduskeskkonnas oluliselt ei muutu. Vaid asja väärtuse olulise muutumise korral on iseenesest võimalik lepingut kohaldada.⁵⁵

Sageli on ettenähtavuse üle otsustamisel oluline mitte ainult see, kas isik võis üleüldse antud asjaolu ette näha või sellega arvestada, vaid kas ta võis ette näha antud asjaolu saabumist antud ajaperioodil. Mitmed hankijad on ehituslepingu muutmisel tuginenud halbadele ilmastikutingimustele⁵⁶. Nii näiteks on Eestis suured tormid mõistlikult ettenähtavad sügiseti, mitte aga suvel.⁵⁷ Ka siin tuleks arvestada, et leping ei pikeneks rohkem, kui on lepingu täitmist takistava asjaolu kestvus. Nt on Narva Linnavalitsuse Arhitektuuri- ja Linnaplaneerimise Amet poolt⁵⁸ ja Märjamaa Vallavalitsus⁵⁹ talvele tuginedes pikendanud ehituslepinguid rohkem kui kaheks kuud. Tuleb tunnistada, et Eestis ei talv on Eestis tavapärane aastaaeg, mistõttu sellele ei tohi kui ettenägematule asjaolule tugineda. Juhul, kui lepingu täitja on viivituses, siis ei eelda hankeleping üldsegi muutmist.

Ka õigus- ja haldusaktide andmine on demokraatlikus riigis prognoositav. Ka siin tuleb arvestada, kas seadusandlus muudeti ootamatult ja ettenähtamatult. Nt ei saa juhul, kui hankelepingu sõlmimise ajal on lepingu täitmist puudutav eelnõu juba menetluses, tugineda selle nõuete ettenägematusele. Ootamatuks võib pidada sisseveokeeldude kehtestamist (nt

⁵³ Harju Maakohtu 19.12.2008. a otsus tsiviilasjas 2-08-53539, lk 5

⁵⁴ Samas

⁵⁵ RKTsKo 3-2-1-76-10, p 15

⁵⁶ Kaitseministeeriumi hange „Kikepera harjutusvälja Lutsu laskevälja ehitamine“ (viitenumber 146502); Puka Vallavalitsuse hange „Puka aleviku puurkaev-pumpla ja veetöötuse projekteerimis- ja ehitustööd“ (viitenumber 156399)

⁵⁷ K. Sein. Mis on vääramatu jõud? *Juridica* 8, 2004, lk 511-519, p 3.2.

⁵⁸ Narva Linnavalitsuse Arhitektuuri- ja Linnaplaneerimise Ameti hange „Rahu tänava ehitustööd“ (viitenumber 145210)

⁵⁹ Märjamaa Vallavalitsuse hange „Tee nr. 29 Märjamaa - Koluvere mnt Orgita - Märjamaa lõigu (km 1,5-2,2) kergliiklustee ehitus“ (viitenumber 144897)

loomade haiguse leviku kahtlusega riikidest liha impordi keelustamine) või käitise sulgemist järelevalveametniku eksimuse tõttu.⁶⁰

RHS-i eelnõu kohaselt on VÕS § 97 kohtupraktikast abi eelnõu § 123 lõike juhtumipõhisel kohaldamisel.⁶¹ Tsviilasjas 2-03-61 oli tegemist vaidlusega, kus poolte vahel oli rendileping ja rentnik esitas kahju hüvitamise nõude, kuna rendieseme lepingujärgne kasutamine oli rentniku poolt takistatud. Rendilepingu kehtivuse ajal oli muutunud tarbijakaitseseadus, mis seadis kasutusloa saamiseks uued nõuded ja nõudis rendileandjalt kulutuste tegemist. Vajadus muuta maa kasutusotstarvet, millest omakorda sõltus ruumide kauplusena kasutamine, tulenes õiguslikus keskkonnas toimunud muudatusest, mis ei olnud lepingu sõlmimise ajal ettenähtav ega kuulunud lepingupoolte mõjusfääri. See muudatus oli kostjale kui üürileandjale ebamõistlikult koormav ning seda teades ei oleks lepingut selliselt sõlmitud. Tarbijakaitseseaduse muudatus seadis kostjale tema lepinguliste kohustuste täitmiseks lisatingimusi. Kui pärast lepingu sõlmimist muutuvad lepingu sõlmimise aluseks olnud asjaolud ja sellega kaasneb lepingupoolte kohustuste vahekorra oluline muutumine, võib nõuda lepingu muutmist poolte kohustuste esialgse vahekorra taastamiseks.⁶²

Tsviilasjas 2-09-64529 esitas kostja VÕS §-le 97 tuginedes üürilepingu ülesütlemisavalduse, märkides, et poolte lepinguliste kohustuste vahekord on oluliselt muutunud 11.01.2009 jõustunud hasartmänguseaduse muudatuse tõttu. Kostja väidete kohaselt vähendas muudatustest tulenev mängukoha külastajate isikusamasuse tuvastamise ja isikuandmete registreerimise nõue kasiino külastatavust ja käivet. Tartu Ringkonnakohus leidis, et VÕS § 97 lg 2 p 1 ei ole täidetud, kuna kostja pidi lepingu sõlmimisel mõistlikult arvestama nii võimalike seadusemuudatuste kui majanduskeskkonna muutusega. Leping sõlmiti ligikaudu 10 aastaks. Kostja pidi lepingu sõlmimisel aru saama, et sellise pika aja vältel võivad muutuda hasartmängu korraldamise reeglid ja nõuded. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiivi 2005/60/EÜ rahandussüsteemi rahapesu ja terrorismi rahastamise eesmärgil kasutamise vältimise kohta eelnõu oli juba mõnda aega olnud menetluses ning võeti vastu kuus päeva pärast lepingu sõlmimist. Kuna direktiiv nägi ette võimaluse isikusamasuse tuvastamise nõude rakendamiseks, pidi kostja mõistlikult võttes arvestama võimalusega, et Eesti sellise nõude rakendab. Risk, et seadusandlik või majanduskeskkond, milles kostja

⁶⁰ K. Sein. Mis on vääramatu jõud? *Juridica* 8, 2004, lk 511-519, p 3.2.

⁶¹ RHS seletuskiri, lk 119

⁶² Tallinna Ringkonnakohtu 10. juuli 2006. a otsus tsviilasjas 2-03-61/6, p 9

hasartmängukorraldajana tegutseb, võib muutuda, on kostja äritegevusega seonduv põhiline risk ning seega ei ole täidetud ka VÕS § 97 lg p-s 3 sätestatud eeldus.⁶³

Mis puudutab kohtute seisukoha muutumist mingis õiguslikult olulises küsimuses, siis, et põhimõtteliselt võib kõrgema kohtu olulise seisukoha muudatus olla asjaoluks, mis võib anda alust lepingu muutmiseks. Kuid VÕS § 97 kohaldamiseks tuleb kohtutel kaaluda, kuivõrd vastav seaduse- või praktikamuudatus oma sisult oli ikkagi lepingu aluseks olevaks asjaoluks ja mitte lihtsalt vastava valdkonnaga puutumuses.⁶⁴

Kohus leidnud, et uue õppehoone ehitamise vajadus enne uue õppeaasta algust peab olema ülikoolist hankijale ettenähtav ja ei saa seetõttu olla ettenägematu asjaolu. Kaasuse kohaselt oli ruumikitsikus eksisteerinud juba aastaid.⁶⁵ Teise kohtusse nõudnud näite kohaselt ei saa keskmise hoolsuskohustuse juures olla ettenägematu asjaolu, et ehitatud laeva vettelaskmiseks on vajalik süvendada kanalit.⁶⁶ Ettenähtavust on käsitlenud Riigikontroll Muuga sadama ehitustööde hankelepingu täitmise seaduslikkust hinnates, kus leidis, et kuna kai kandevõime suurendamise vajadus oli hankijale teada juba enne hanke läbiviimist, siis ei saa olla tegemist ettenägematu asjaoluga RHS § 69 lg 3 tähenduses.¹¹⁸

Lubatud oleks tugineda ettenägematutele asjaoludele, mis ilmnesid alles tööde teostamisel ning nõudsid täiendavaid lisatöid. Sellised asjaolud võivad olla eelkõige, kui uuringute käigus selgub, et ehitatava objekti alune pinnas ei ole standardne⁶⁷ või asuvad tööalal kommunikatsioonid, mida ei ole kaardistatud⁶⁸, kõige sagedasem juhul aga on ilmselt konstruktsioonide avamisel selguv ehitise halb seisukord või keerukus.⁶⁹ Hankelepingu muutmist on hankijad põhjendanud ka täiendavate nõuetega tehnovõrkude valdajate poolt⁷⁰ ja kasutusloa väljastamise viibimisega⁷¹. Sellisel juhul tuleb vaadata, kas lubade taotlemine kuulub esialgselt hankelepingu mahtu. Hankelepingu muutmise ei ole õigustatud, ka täitja peab pakkumuse esitamisel arvestama kasutusloa väljastamiseks kuluva ajaga.⁷²

⁶³ Tallinna Ringkonnakohtu 01.07.2011 otsus nr 2-09-64529

⁶⁴ Võlaõigusseaduse § 97 kohaldamise praktika. Riigikohtu õigusteabe osakonna kohtupraktika analüüs. Tartu 2011, lk 15.

⁶⁵ EKO 18.03.1992, nr C-24/91, *Komisjon vs Hispaania*, p 10.

⁶⁶ Samas, p 15; 16.

⁶⁷ Sillamäe Linnavalitsuse hanked Lev Tolstoi tänava rekonstrueerimiseks (viitenumbrid 151087; 152831).

⁶⁸ Saku Vallavalitsuse hange „Nurme tänava rekonstrueerimine“ (viitenumber 152698)

⁶⁹ Sihtasutus Tallinna Lastehaigla hange „Tallinna Lastehaigla intensiivraviosakonna rekonstrueerimine“ (viitenumber 152328); Riigi Kinnisvara Aktsiaseltsi hange „Urvaste kooli rekonstrueerimine“ (viitenumber 145127).

⁷⁰ Tallinna Haridusameti hange „Mängualade ehitamine lasteaedadele“ (viitenumber 142790)

⁷¹ Haapsalu Linnavalitsuse hange „Haapsalu lasteaed Vikerkaar rekonstrueerimistööd“ (viitenumber 150739); Harku Vallavalitsuse hange „Vääna tall-tõllakuuri ehitamine“ (viitenumber 144212)

⁷² Kristel Kongi, lk 62

Lepingu pikendamise õiguse võib tuletada ka VÕS § 103 lõikest 3, mis reguleerib väramatu jõu mõju. Võlaõiguse kommentaaride⁷³ kohaselt peab asjaolu saabumine olema ootamatu, millega arvestamist ei saaks võlgnikult eeldada. Töö autori arvates peab sarnaselt olema hankelepingu täitmist takistava asjaolu saabumine ka hankija jaoks ootamatu, millega ei saa hanke planeerimisel arvestada. Samuti peab olema täidetud tingimus, et asjaolu ei saaks vältida või ületada.

1.3. Ettenägematust asjaolust tingitud hankelepingu muutmisega lepingu üldise olemuse muutmise keeld

Hanke ettevalmistamisel ja lepingu sisustamisel peab hankija arvestama riigihanke üldpõhimõtetega ning hoiduma lepingutingimustest, mis takistavad hanke avamist konkurentsile ja rikuvad hanke läbipaistvuse või isikute võrdse kohtlemise nõuet.⁷⁴ Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse tagamiseks tuleb aga hankelepingu ese määratleda selgelt ja seda ei tohiks kogu lepingu täitmise ajal muuta.⁷⁵ Vastasel juhul ei ole tarnijatel selget teavet hankelepingu kohta, mille täitmiseks nad peaksid koostama oma pakkumised.⁷⁶ Seetõttu kehtib ettenägematust asjaolust tulenevale lepingumuudatusele, nagu igale teisele lepingumuudatusele piirang, et sellega ei või muutuda hankelepingu üldine olemus.⁷⁷

Euroopa Kohus selgitab Pressetexti kohtuasjas⁷⁸, et muudatused on olulised, s.o lepingu üldist olemust muutvad, kui:

1. neist ilmneb soov pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas;
2. muudetud tingimus oleks võimaldanud hankes saanud osaleda teistel kui esialgu kvalifitseeritud pakkujatel
3. muudetud tingimustega hankel oleks pakkujad esitanud teistsugused pakkumised ja selle tulemusel oleks edukaks osutunud mõni teine pakkumine;
4. sellega laiendatakse riigihanke eseme ulatust olulisel määral;

⁷³ VÕS kommentaarid, lk 327

⁷⁴ M. A. Simovart. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Näiteid vaidlustuskomisjoni praktikast. *Juridica* II/2012, lk 89.

⁷⁵ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. *Juridica* 2007/8, lk 567.

⁷⁶ R. Jurcik. Changes to agreements related to public contracts in the EU and Czech Republic. *Recent Researches in Law Science and Finances*, 2013. Lk 19. Kättesaadav internetis: <http://www.wseas.us/e-library/conferences/2013/Chania/ICFA/ICFA-01.pdf> (02.05.2015)

⁷⁷ RHS-i eelnõu § 123 lg 1 p 4, 6

⁷⁸ EKo 19.06.2008, nr C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH vs Austria*.

5. majandusliku tasakaalu kallutatakse hankija kasuks viisil, mis ei olnud algses lepingus ette nähtud⁷⁹.

Euroopa Kohtu asjaomast kohtupraktikat arvesse võttes põhjendatakse riigihangete direktiivis 2014/24/EL, et uut hankemenetlust on vaja juhul, kui esialgsesse lepingusse tehakse olulisi muudatusi, eelkõige seoses lepingupoolte vastastikuste õiguste ja kohustustega. Sellised muudatused näitavad lepingupoolte kavatsust lepingu olulised tingimused uuesti läbi rääkida. Eelkõige tuleb seda teha juhul, kui muudetud tingimused oleksid menetluse tulemust mõjutanud, kui need oleksid kehtinud esialgse menetluse ajal.⁸⁰

Klassikalise direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunktis 109 on hankelepingu üldise olemuse mõistet mõneti avatud järgmiselt: „kus lepingu muudatuse tulemusena muutub kogu riigihanke olemus – kui näiteks riigihanke esemeks olevad ehitustööd, asjad või teenused asendatakse millegi muuga või riigihanke liiki oluliselt muudetakse.“. Viidatud põhjenduse kohaselt on tegemist muudatustega, millel on eelduslik mõju esialgse hankemenetluse tulemustele.⁸¹

Kohtupraktikast tulenevalt annab RHS-i eelnõu § 123 lg 2 järgmise loetelu, mille kohaselt loetakse muudatus RHS-i eelnõu kohaselt oluliseks:

„2) Muudatus on käesoleva paragrahvi tähenduses oluline, kui sellega muudetakse hankelepingu üldist olemust märkimisväärselt, eeskätt juhtudel, kui:

1) muudatusega lisatakse tingimus, mis laiendanuks võimalike riigihankes osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakkumuste hulka, kui riigihanke alusdokument oleks sellist tingimust sisaldanud;

2) muudatus tingib hankelepingust tuleneva lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise pakkuja kasuks hankelepingus sätestamata viisil;

3) muudatus laiendab oluliselt hankelepinguga määratud hankelepingu eseme ulatust;“.

Menetluse läbipaistvuse tagamiseks tuleb kehtiva riigihankelepingu klauslite muutmist pidada samaväärseks uue riigihankelepingu sõlmimisega, kui need muudatused on algse hankelepingu tingimustest oluliselt erinevad, millest ilmneb järelikult poolte soov pidada uusi

⁷⁹ EKo 19.06.2008, nr C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs Austria*, p 34-37.

⁸⁰ Direktiiv 2014/24/EL, põhjenduspunkt 107.

⁸¹ Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkti 109 viimane lause.

läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas.⁸² Tuvastades, et kavandatav muudatus mõjutab hankelepingu üldist olemust, tuleb hankijal läbi viia uus hange.

Seega tuleb uurida, kas muudatusel on oluline iseloom lepingutingimuste erinevale täitmisele.⁸³ Õiguskirjanduses on leitud, et muudatus oleks oluline, kui kooli asemel ehitatakse ujula.⁸⁴ *Komisjon vs CAS Succhi di Frutta SpA*⁸⁵ kaasuse kohaselt korraldas Euroopa Komisjon hankemenetluse õunte müügiks ELi sekkumisvarudest. Pärast lepingu sõlmimisest pakkus komisjon õunte asemel müügiks virsikuid. Asja hinnanud kohtujurist S. Alberi väitel ei saa õunu asendada virsikutega, kuna ettevõtjatel on nende erisorti puuviljade vastu erinevad huvid.⁸⁶ Magistritöö autori arvates on oluline vaadata, milline oli eeltoodud hanke eesmärk. Juhul, kui tegemist oleks olnud nt julgeolekuvaru uuendamisega, siis oleks kehva õuna-aasta korral saanud virsikuid käsitleda ka õunte lubatud asenduskaubana. Võimalik, et kohus arvestanuks avalikku huvi piisava julgeolekuvaru olemasolu vastu, asjaolu, et kehv õunte kehv saagikus ei ole hankija jaoks ettenähtav ning tema mõjusfääris. Avaliku huvi arvestamist on käsitletud riigihangete direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunktis 100, mille kohaselt on võimalik kohustuslikust kõrvaldamisest liikmesriigil näha ette erandid erakorralistes olukordades, kui üldiste huvidega seotud kaalukatel põhjustel on lepingu sõlmimine hädavajalik.

Tallinna Halduskohtu 30.12.2009 otsuses haldusasjas 3-09-1280 on kohus märkinud, et pakkumuse tagasilükkamise otsuses tuleb selgesõnaliselt ära näidata, kas tegemist on sisulise kõrvalekaldumisega hanketingimustest. Nimetatud juhul tuleb hankijal esitada kaalutlused ja arutluskäik, kas tunnistada pakkumus vastavaks või mitte.⁸⁷ Riigihangete vaidlustuskomisjon on leidnud, et ei saa välistada seda, et vormilist puudust saab teatud asjaoludel lugeda sisuliseks kõrvalekaldeks ja samuti seda, et mõne mittevormilise puuduse korral on tegemist mittesisulise kõrvalekaldega hanketingimustest ja pakkumise võib ikkagi tunnistada vastavaks.⁸⁸ Kui puudused on käsitatavad vormilise eksimusena pakkumuse koostamisel, mitte sisulise kõrvalekaldega hanketeate ja hankedokumentide tingimustest, on pakkujal võimalik korrigeerida pakkumusega seonduvaid andmeid, eriti siis, kui ilmselgelt on vaja vaid täpsustust või parandada ilmsed tehnilised vead, nii et selle muudatusega ei kaasneks

⁸² EKO 19.06.2008, nr C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs Austria*, punkt 34.

⁸³ EKO 5.10.2000, nr C-337/98, *Komisjon vs Prantsusmaa*, p 44.

⁸⁴ S. T. Poulsen, p 5.2.

⁸⁵ EKO 29.04.2004, nr C-496/99, *Komisjon vs CAS Succhi di Frutta SpA*.

⁸⁶ EKO 29.04.2004, nr C-496/99, kohtujurist Alberi arvamus, p 74.

⁸⁷ Tallinna Halduskohtu 30.12.2009 otsus nr 3-09-1280, p 23.

⁸⁸ VaKO 27.10.2014, nr 248-14/153134, p 12.

tegelikult uue pakkumuse esitamist.⁸⁹ Magistritöö autor leiab, et kuigi eelnimetatud otsused puudutasid pakkumise vastavuse hindamist, peab sarnaselt hindama ka lepingutingimuste olulisust - kas lepingu eesmärke silmas pidades on lepingutingimus sisuliselt oluline ja tingib hanke kogu olemuse muutumise.

Olukorras, kus hankija küsis pakkumisi silla ehitamiseks vastavalt kolmele etteantud lahendusele, kuid otsustas tunnistada edukaks hoopis neljanda lahenduse, leidis kohus, et pakkuja ei või lubada objektiivse hindamise, võrdse kohtlemise ja konkuretsi kindlustamiseks kalduda kõrvale hanke põhitingimustest.⁹⁰

Arvestades eeltoodud asjaolusid, ei vasta selline olukord ühelegi RHS-i eelnõu § 123 lg 2 toodud olulise lepingu olemuse muutmise kirjeldusele. Küll hõlmab aga direktiivi põhjenduspunktis 109 selgituste kohaselt lepingu üldise olemuse muutumise mõistet ehitustööde asendamine millegi muuga. Seega oleks tegemist ikkagi lepingu üldise olemuse muutumise olukorraga, mis § 123 lg 1 p 4 teise eelduse kohaselt ei ole lubatud. Selline muudatus ei oleks lubatud isegi juhul, kui muudatuse oleksid tinginud hoolsale hankijale ettenägematud asjaolud (nt arvutusvead hankedokumentidena esitatud silla ehitusprojektides).

Eristada tuleb ettenägematuid objektiivsete asjaolude (kaetud konstruktsioonide avamisel või maapõue geoloogiliste uuringute käigus selgunud täiendavate tööde vajadus) ja subjektiivsete asjaolusid, mis sõltuvad vaid tellija eelistuste muutumisest. Näiteks võib hankija võib nõuda, et pakkuja varustaks teda toodetega, mis vastavad pakkuja viimaste toodete disainile ja tehnoloogilistele uuendustele.⁹¹ Arvestades, et disainilahenduse eelistused sõltuvad hankija subjektiivsetest eelistustest, ei tohiks selle aja jooksul lahendus oluliselt muutuda. Kui on ette näha, et disainilahendus võiks hankelepingu täitmise perioodil muutuda, siis võiks kaaluda hoopiski raamlepingu sõlmimist, kus uue disainilahenduse vajadusel võetakse raamlepingu osaliselt muutunud toote valmistamiseks uued hinnapakumised. Alternatiivselt võiks kaaluda läbivaatamisklausli kirja panekut, kus peab olema detailselt kirjas uue disainilahenduse kooskõlastamise kord ja ka selle rakendamisega seotud kulude arvestus ja kompenseerimine (nt tootmisliinide välja vahetamise või seadistamise kulud). Magistritöö autori arvates oleks võimalik disainilahenduse muutmine tuginedes ettenägematule asjaolule, nt olukorras, kus hangitud kemikaalide pakendid hakkaksid lekkima. Sellisel juhul peab pakkujal olema võimalik muuta pakendit, ilma et see tingiks hanke olemuse muutumise, sest pakendit võib

⁸⁹ RKHKo 3-3-1-44-13, p 21.4; RKHKo 3-3-1-24-13, p 20; EKo 29.03.2012, nr C-599/10: SAG ELV Slovensko jt, p 36–40.

⁹⁰ EKo 22.06.1993, nr C-243/89, Komisjon vs Taani, p 33, 37, 40.

⁹¹ Samas, p 61.

kemikaalide hanke juures pidada teisejärguliseks. Hankega sooviti osta kemikaale ning selles osas hanke olemus ei muutuks.

Pakkujate eelistuste muutumisest tingitud lepingu muutmise olukordi on kohus pidanud lahkama ka Skallingeni kohtuasjas, kus hankija oli sätestatud miinimumnõue, et demineerimisseadmed peavad võimaldama leida objekti täpselt määratletud sügavuse juures. Pärast hankelepingu sõlmimist otsustas tellija seadme otsingusügavuse nõudeid muuta. Kohus leidis, et sellise miinimumnõude muutmine on oluline hanketingimuste muudatus.⁹² Kui hankedokumentides on sätestatud, et teatud osa hanketingimustest on hanke jaoks põhiolemuslikud, tuleb ka lepingumuudatuse mõju nendele tingimustele hinnata. Senise kohtupraktika kohaselt ei olnud võimalik pakkumuste muutmiseks nendes osades, mis olid hanke alusdokumentides selgelt ja ühemõtteliselt sätestatud. Selles osas on toimunud direktiivi 2014/24/EL regulatsioonis muutused. Vastavalt ettenägematust olukorrast tulenevale vajadusele on võimalik muuta ka miinimumnõudeid ja hanketingimuste kohaselt asendamatu elemente. Seejuures tuleb vaid järgida, et ei muutuks hanke üldine olemus.⁹³ RHS-i eelnõu on selles osas kitsendav, tuleb hinnata lisaks veel, et muudatusega ei lisata tingimusi, mis laiendanuks võimalike riigihankes osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakkumuste hulka, kui riigihanke alusdokument oleks sellist tingimust sisaldanud.⁹⁴ Lepingutingimuste erinev kinnitamine ei või tuua kaasa võimalust osaleda ka muudel kui algselt välja valitud taotlejatel või aktsepteerida muid kui algselt aktsepteeritud pakkumusi.⁹⁵ Seega eeldaks Skallingeni kohtuasja lahendamise RHS-i regulatsiooni kohaselt tehnilist kompetentsi – hinnata tuleb, kas demineerimisseadme otsingu sügavuse muutmise oleks tinginud teistsuguste pakkumuste esitamise või on tegemist vaid tühise seadistusega. Lisaks peaks RHS-i eelnõu kohaselt vaatama, kas hankelt on mõni pakkuja tema poolt toodetavate või tarnitavate seadmete teistsuguse otsimissügavuse tõttu kõrvale pidanud jääma.

Senise praktika kohaselt tuli ka järgida, et hanke täitmisel tootmise meetodid ei muutunud. Enamikul juhtudel loetakse oluliseks muudatused tehnoloogias, millele pakkuja on oma pakkumuse rajanud.⁹⁶ Siinkohal oli võimalik arvestada ka mõningast tehnoloogia arengut ja asjaolu, et muudatus on pigem õigustatud hankija kasuks kui kahjuks⁹⁷. Näiteks oli lubatud

⁹² European Land Solutions v Kystdirektoratet, decision of the Danish Complaints Board for Public Procurement of July 10, 2008. (S. T. Poulsen, p 4.6. kaudu)

⁹³ Direktiivi 2014/24/EL artikkel 72 lg 1 p c ii)

⁹⁴ RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 1

⁹⁵ Direktiivi 2014/24/EL artikkel 72 lg 4 p a; RHS eelnõu § 123 lg 2 p 1

⁹⁶ S. T. Poulsen, p 5.2.

⁹⁷ Preetext, p 62

parema kauba pakkumine, kuigi selle valmistamiseks kasutatakse teistsugust tehnoloogiat. Euroopa Liidu Kohus leidis, et ei ole välistatud läbirääkimiste ajal toimunud tehnoloogia arengu arvesse võtmine, ilma peaks igal korral alustama uusi läbirääkimisi.⁹⁸ Pikemaajaliste lepingute korral võib muudatused kasutatava tehnoloogia osas lugeda marginaalseteks.⁹⁹ Pooled võivad arvesse võtta tehnoloogia arengut lepingutes, mis tulenevalt oma olemuselt võivad kesta pikka aega, ilma et läbirääkimisi käsitletaks iga kord oluliste lepingutingimuste muudatustena.¹⁰⁰ Kohus lähtus otsust tehes ilmselt asjaolust, et eelduslikult on tehnoloogia muudatuse tõttu saadav tulemus parem, kui vana ja aegunud tehnoloogiat kasutades. See tähendab, et muudatusega soodustati eelkõige hankijat, kuigi ka pakkjal võis olla huvi kasutada efektiivsemaid tootmismeetodeid.

Tehnoloogia arengut on arvestatud Glaxo Smith Kline Pharma vs Statens Serum Institut kaasuses, kus vaieldi selle üle, et kas 7-valentset vaktsiini võib asendada hiljem välja töötatud 13-valentse vaktsiiniga, mis pakub kaitset kõigi samade haiguste ja lisaks hankelepingus nõutud haigustele ka mitmete teiste haiguste vastu. Lepingupartner pakkus oma uuemat toodet ilma lisatasuta. Taani riigihangete vaidlustuskomisjon leidis, et tellijal on õigus aktsepteerida parema tulemusega kaupa, kui lepingupartner oli kohustatud müüma ja ei tuvastanud, et pakkuja oleks seeläbi saanud ebaõiglase konkurentsieelise.¹⁰¹ See lahend ühtib ka põhimõttega, et majanduslikku tasakaalu on lubatud kallutada vaid hankija kasuks.¹⁰²

Nimetatud kohtupraktikat on võetud arvesse direktiivi 2014/24/EL välja töötamisel. Kuna hankeese oluliselt ei muutu, siis on tegemist lubatud muudatusega nii direktiivi 2014/24/EL kui ka riigihangete seaduse kohaselt. M. A. Simovart on doktoritöös märkinud, et hankelepingu võimalikult suur paindlikkus aitab säästliku hinnaga lõpptulemuseni jõuda. Ei saa nõuda, et hankija jätkaks muutunud olukorras hankelepingu täitmist, kui hangitavad kaubad või teenused ei vasta enam hankija nõudmistele. Ülemäära kitsendav hankelepingu täitmise õiguslik režiim aga tekitab probleeme, sest muudab lepingu kohmakaks ega võimalda hankijatel piisavalt dünaamiliselt tegutseda.¹⁰³ Kui hankija seab jäigad kriteeriumid, mis ei võimalda arvestada tehnoloogilisi uuendusi või muud innovaatilist lähenemist, ei toeta see majanduskasvu. Konkurentsi eesmärgiks on majanduse edendamine uudsete, säästlikumate ja

⁹⁸ EKo 05.10.2000, nr C-337/98, *Komisjon vs Prantsusmaa*, p 51.

⁹⁹ S. T. Poulsen, p 5.2.

¹⁰⁰ EKo 05.10.2000, nr C-337/98, *Komisjon vs Prantsusmaa*, p 51,

¹⁰¹ *Glaxo Smith Kline Pharma v Statens Serum Institut*, decision of the Danish Complaints Board for Public Procurement of December 7, 2010. (S. T. Poulsen, p 5.2. kaudu)

¹⁰² *Pressetext*, p 62

¹⁰³ M. A. Simovart. *Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele*. Doktoritöö. Tartu Ülikool, 2010, lk 122.

tõhusamate toodete arendamise kaudu. Juhul kui hankijad uute lahenduste pakkujad eos kõrvale tõrjuvad, on see vastuolus konkurentsi majandust edendava eesmärgiga.¹⁰⁴

Magistritöö autori arvates ei peaks hankija keskenduma üldsegi tootmismeetoditele, vaid kirjeldama hoopiski hankeeseme funktsionaalsust. Kui on kirjeldatud vaid hanke eesmärk, siis tootmisviisid jäävad pakkuja valida. Sellega nähakse ette võimalus, et lepingu täitja saab pakkuda toodet või osutada teenust kasutades parimat saadaolevat tehnoloogiat. Kui aga hankija on siiski otsustanud tootmisprotsessile ja -tehnoloogiad hanketingimustes määrata, siis tuleb hankijal olla valmis neid vaidluse korral selgitama, miks ei olnud võimalik neist kinni pidada ja kuidas teistsugune tootmisprotsess või -tehnoloogia võinuks mõjutada pakkumisi. Küll võib tootmisviiside ja teiste sarnaste kriteeriumite valiku ettekirjutamine võib olla põhjendatud, kui hankija soovib korraldada keskkonnahoidliku hanke. Eelnimetatud põhimõtete järgimist hankija poolt kontrollitakse eelkõige selle kaudu, et vaidluse korral on hankija kohustatud tõendama võimalike piirangute põhjendatust.¹⁰⁵ Muudatuse korral, mille on tinginud tehnoloogia areng, võib tekkida küsimus, kas tegemist on välise asjaoluga - direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkti 109 kohaselt peaks ettenägematu asjaolu tulenema välistest teguritest. Tehnoloogilised uuendused on aga pigem seotud poolega, tema subjektiivete omandustega nagu innovatsiooni rakendamine ja arendustegevus, siis võiks justkui väita, et see välistaks uuenenud tehnoloogia kasutusele võtmise hankelepingu täitmisel. Nimetatud probleemist aitab üle asjaolu, et väliseid tegureid on nõutud vaid direktiivi põhjenduses. Direktiivi põhjendused aga ei suuda hõlmata kõiki erinevaid põhimõtteid, millega tuleb arvestada, sh majandust edendavaid eesmärke. See aga ei välista, et teiste kaalutluste korral ei tuleks tingimusest, et muudatuse põhjus peab tulema välistest asjaolust, rangemalt kinni pidada.

¹⁰⁴ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. *Juridica* 2007/8, lk 571.

¹⁰⁵ VaKO 10.02.2012, nr 14-12/128888, p 11.1.

2. Ettenägematute asjaolude korral hankelepingu muutmisega hankelepingu olemuse muutumine RHS-i eelnõu kohaselt

2.1. Ettenägematust asjaolust tingitud hankelepingu muutmisega riigihankes võimalike osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakkumuste hulga laiendamine

EHS eelnõu § 123 lg 2 p 1 sätestab, et muudatus on oluline, kui sellega muudetakse hankelepingu üldist olemust märkimisväärselt, eeskätt juhtudel, kui muudatusega lisatakse tingimus, mis laiendanuks võimalike riigihankes osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakkumuste hulka, kui riigihanke alusdokument oleks sellist tingimust sisaldanud.

Muudatuse olulisuse hindamisel võib arvestada, kas muudetud teenust saavad pakkuda ainult teatud lube omavad teenusepakkujad. Kui muudatuse tulemusel loakohustus ära kaob, siis oli kindlasti piiratud pakkujatel osalejate ring ja konkurents ei ole efektiivselt ära kasutatud. Kohtujurist leidis Pressetext'i ettepanekus, et lepingu muudatus on oluline juhul, kui võimalikke pakkujaid takistasid pakkumuse esitamisel ebasoodsad tingimused, kuid hiljem muudetud tingimustega oleksid nad pakkumuse esitanud.¹⁰⁶ Pakkujate võimaliku ringi laienemise kontrollimine on raskendatud, kuna puuduvad andmed kõigi pakkujate kohta, kes võisid jääda hankest kõrvale. Siiski võib eeldada, et huvitatud pakkujad registreerusid hanke juurde ja taotlesid pakkumise kutse dokumente. Kui hankija lepingu täitmise käigus muudab hankedokumentides hankeesemele sätestatud tingimusi, siis on võimalik, et kõik hankelepingu muudetud tingimustel täitmisest huvitatud isikud ei saanud (nt tehnilistel põhjustel) pakkumust esitada. Sellisel viisil pakkujalt hankemenetluses osalemise võimaluse ära võtmine ei ole kooskõlas ELTL lepingust tuleneva vabal konkurentsil põhineva avatud turumajanduse põhimõttega.¹⁰⁷

Nimetatud põhimõttest on uus riigihangete direktiiv teinud erandi,¹⁰⁸ kui muudatuse tingivad ettenägematud asjaolud. Sellisel juhul on vaja teatavat paindlikkust, mis võimaldaks lepingut selliste asjaoludega kohandada ilma uue hankemenetluseta. Oluline on siinjuures hinnata, et sellise muudatuse oleksid põhjendanud välised asjaolud.¹⁰⁹

Vaadates RHS-i eelnõu sõnastust, milles puudub konkreetne säte, mis kinnitaks otsesõnu vastava erandi võimalust, tuleks asuda seisukohale, et riigihangete seaduse eelnõu kohaselt

¹⁰⁶ EKo 13.03.2008, nr C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH, kohtujurist Kokotti ettepanek, p 49.

¹⁰⁷ ELTL artikkel 120 (endine EÜ asutamislepingu artikkel 98)

¹⁰⁸ Direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lg 1 p c

¹⁰⁹ Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkt 109

tuleb ka pakkjate ringi võimalikku laienemist pidada oluliseks lepingumuudatuseks, sõltumata sellest kas muudatuse on tinginud välised ja ettenägematud asjaolud või mitte.¹¹⁰

Hankeeseme asendamine mõjutab eelduslikult hankemenetluse tulemust, kui muudatus tingib hankemenetlusest potentsiaalselt huvitatud isikute ringis muudatusi ja teistsuguste pakkumiste esitamist. Muudatuse olulisuse hindamisel eelkõige vaadelda, kas pakkujad said muutmisvajaduse tekkimist eeldada ja sellega pakkumise esitamisel arvestada.¹¹¹ Presstext'i lahendi punktis 35 on toodud järgmine seisukoht: „Riigihankelepingu kehtivuse ajal tehtud muudatust võib pidada oluliseks juhul, kui muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud seatud algse hankemenetluse ajal ja mis oleksid juhul, kui nad oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistanud pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti.“

Kohtu seisukohtadest kujundatud direktiivi 2014/24/EL ja sellest tuleneva RHS-i eelnõu sõnastusest on välja jäänud Presstext'i kaasuse seisukoht, mille kohaselt on oluline ka selline muudatus, mis oleks mõjutanud eduka pakkuja valikut. Presstexti kaasuse kohaselt tuleb hinnata, kas pakkuja oleks olnud edukas, kui muudatus oleks sisaldunud esialgsetes hanketingimustes. Kui pakkuja muudatuste tulemusena kaotab oma võistlevas menetluses saavutatud seisundi eelistatud pakkujana, siis ei ole muudatus lubatav.¹¹²

Riigihanke direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkti 107 kohaselt on uut hankemenetlust on vaja juhul, kui muudetud tingimused oleksid menetluse tulemusi mõjutanud, kui need oleksid kehtinud esialgse menetluse ajal. Põhjenduse 107 teises lõigus selgitatud, et hankelepingu muutmine, mille tulemusena muutub lepingu maksumus teatava summani, peaks olema alati võimalik, ilma et oleks vaja korraldada uut hankemenetlust. Sel eesmärgil ja käesoleva direktiivi õiguskindluse tagamiseks tuleks näha ette miinimumkünnised, millest allpool ei ole uue hankemenetluse korraldamine vajalik. Direktiivi artikli 72 lg 4 punktis a, mis loetleb olulised lepingumuudatused, on muudatus, mis mõjutanuks eduka pakkuja valikut, hoopiski välja jäänud. Seega võib väita, et sellist muudatust saab pidada mitteoluliseks kui see jääb alla miinimumkünnise, mis on kehtestatud direktiivi artikli 72 lg 1 punktis c - ettenägematu asjaolu korral kuni 50 % esialgse lepingu maksumusest iga muudatuse puhul.

¹¹⁰ RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 1

¹¹¹ S. T. Poulsen, p 4.1.

¹¹² Presstext, p 35.

Seega võib väita, et ettenägematust asjaolust tingitud muudatuse korral ei pea hankija andma hinnangut, kas muudatused annavad pakkujale konkurentsieelise teiste pakkujate ees. Direktiivi 2014/24/EL ja RHS-i eelnõust on eduka pakkuja valikut mõjutava muudatuse keeld välja jäänud, kuna ettenägematust välisest asjaolust tingitud muudatus mõjutab eelduslikult kõiki pakkujaid sarnaselt ja ei anna kellelegi eelist pakkumise majandusliku soodsuse määramisel.

Senise kohtupraktika pinnalt on hankeeseme olulise muudatuse näitena õiguskirjanduses toodud sellist purskkaevu modifikatsiooni, kus esialgselt koostoimiva valgustuse, heli ja veesurve muutmise installatsiooniga varustatud purskkaevu asemele hangitakse lihtne purskkaev.¹¹³ On ilmne, et lihtsat purskkaevu oleksid võimelised olnud pakkuma rohkem potentsiaalseid pakkujaid, kellele purskkaevu lisafunktsioonide tehnilised piirangud takistasid pakkumiste esitamist. Sama põhimõtet peaks arvestama ka ettenägematust asjaolust tingitud muudatuse korral. Hankeeseme oluliste omaduste muutuse korral ei ole hange avatud konkurentsile ja pakkujatel ei ole võimalik saada teada, mida hangitakse. Sellisel juhul tuleb lisaks hankemenetluses osalenud pakkujatele arvestada ka nende pakkujatega, kes piisava läbipaistvuse korral oleks võinud tahta menetluses osaleda. Direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lg 4 punkt a ei laiene sama sätte teise lause kohaselt ettenägematutele muudatustele, küll on selline muudatus niivõrd oluline, et seda tuleks lugeda ka direktiivi artikli 72 lg 1 p c ii) kohaselt lepingu olemust muutvaks.

Hankelepingu muutmise piirangud võivad põhjustada hankija soovi jätta mõned hanketingimused lahtisteks, et neid oleks võimalik lepingu täitmise käigus vajadustega kohaldada. Hankedokumentides tuleb siiski sätestada täpsed ja lõplikud tingimused, mis peaksid kehtima hankelepingu täitmise lõpuni. See teenib läbipaistvuse põhimõtet, mis annab kõikidele pakkujatele kindluse, et neil on teiste pakkujatega võrreldes võrdsed võimalused pakkumiste esitamiseks.¹¹⁴ La Cascina lahendi p 32 kohaselt kehtivad riigihankemenetlustele läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtted, mille kohaselt pakkumise sisu peab olema selgelt ja absoluutse täpsusega määratletud ja avalikustatud.¹¹⁵ Piiripealse juhtumiga, kus hanketingimused võimaldasid mitmeti tõlgendamist, oli tegemist Kreeka Thessalonikisse metroo ehitamine kaasuses.¹¹⁶ Euroopa Komisjon otsustas, et leping ei riku kõigi pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet, kui ei erine liialt algsetest hankedokumentidest. Iga valitud

¹¹³ RHS-i eelnõu seletuskiri, lk 83. Kättesaadav internetis:

<https://eelvoud.valitsus.ee/main/mount/docList/12634243-ccc4-4fd6-aa88-1f406e932532> (26.01.2016).

¹¹⁴ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. *Juridica* 2007/8, 567

¹¹⁵ EKo 9.02.2006, nr C-226/04 La Cascina jt, p 32.

¹¹⁶ European Commission's investigation ja closure of a complaint lodged with the Commission on 23 January 1997 (No 97/4188 SG (97) A/3897)

pakkujaga peeti läbirääkimisi lõpliku lepingu üle samadel tingimustel, kuigi laialt tõlgendatavad klauslid jätsid võimaluse mõne pakkuja eelistamiseks. Asjaolu, et lepingu lõplikus versioonis määratletud tunnelite sügavus erines hankedokumentides sätestatust, ei kujutanud lubamatut muutmist üksnes seetõttu, et hankedokumentides oli läbirääkimiste võimalus ette näinud.¹¹⁷

Ka olukorras, kus pakkujatele on kehtestatud ebasoodsad lepingutingimused, tuleb hinnata, kas need mõjutasid kõiki pakkujaid sarnaselt. Hankija peab järgima lepingu olulisi kriteeriume, mille ta on ise vastu võtnud mitte ainult hankemenetluse käigus, vaid ka üldiselt kogu hankelepingu täitmise etapis.¹¹⁸ Pakkujal on oluline konkurentsieelis juhul, kui hankedokumentides on nõutud ulatuslikke pangagarantiisid või suuri leppetrahve, aga muudatuse tulemusel lepingu lõpptekst neid ei sisalda ja edukalt pakkujalt neid ei nõuta.¹¹⁹ Käesoleval juhul tuleb arvestada, et pangagarantiide esitamise jms kohustuste vähendamise korral soositakse pakkujat, kuid RHS-i eelnõu lg 2 p 2 kohaselt ei või muudatus tingida hankelepingust tuleneva lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise pakkuja kasuks hankelepingus sätestamata viisil. Lisaks on sellises olukorras täitmata tingimus, et muudatuse peab olema põhjendanud poolteväline asjaolu.¹²⁰ M. A. Simovart on leidnud, et kui lepingu muudatuse tinginud asjaolud mõjutavad mitte ainult konkreetseid lepingupooli, vaid ka turul tegutsevaid kolmandaid isikuid, siis on tõenäoline, et ka nemad ei saaks uues riigihankes pakkuda soodsamaid tingimusi.¹²¹ Nõutavate tagatistega kaasnevad kahtlemata kulutused, mille pakkujad lisavad pakkumise hinnale. Oleks ka teised pakkujad teadnud, et garantiisid lepingu täitmise etapis vähendatakse, siis oleksid nad saanud esitada odavamama pakkumise. Võimalik on, et mõni pakkuja ei saanud pakkumist esitada, kuna temale ei oleks selliseid garantiisid finantseerimisasutuste või kindlustusandjate poolt väljastatud. Seega on tegemist RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 1 lepingu üldist olemust muutva olukorraga. Nõutavate garantiide vähendamine võib olla põhjendatud, kui olukord on nn kinnisvaramulli lõhkemise tõttu kinnisvaraarenduse sektoris niivõrd muutunud, et pangad enam ehitusettevõtetele üldsegi garantiisid ei väljasta.

¹¹⁷ Euroopa Komisjoni 30.04.2003 pressiteade, nr IP/03/601. Public procurement: Commission gives green light to Thessaloniki metro contract. Kättesaadav internetis http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-601_en.htm (05.09.2014)

¹¹⁸ EKo 29.04.2004, nr C-496/99 Komisjon vs CAS Succhi di Frutta SpA, p 115.

¹¹⁹ C. Ginter, N. Parrest, M. A. Simovart. Ärisaladuse kaitse ja hankelepingute avalikustamise nõue riigihankeõiguses. *Juridica* 9/2013, lk 658.

¹²⁰ Vt direktiiv 2014/24/EL põhjendus 109

¹²¹ M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu Ülikool, 2010, lk 159.

Kohus on leidnud Komisjon vs CAS Succhi di Frutta SpA¹²² lahendis, et muudatused maksetingimustes pärast lepingu sõlmimist on hankereeglite rikkumine. Pakkujaid tuleb kohelda samades tingimustes võrdselt, kõik hanketingimused peavad olema kehtestatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt.¹²³ Ei ole lubatud teha pakkujale ettemaksu, kui selle võimaldamine ei sisaldunud pakkumise kutses. Seeläbi rikutakse pakkujate võrdse kohtlemise ning vaba konkurentsi printsiipe¹²⁴. Suure tõenäosusega omavad ka finantseerimistingimused otsest mõju pakkumuse hinna kujunemisele, sest mida vähem osamakseid projekti käigus ettemaksetena teostatakse, seda kallimaks projekti teostamine pakkujale muutub. Riigihankel osaledes peab pakkuja olema võimeline hindama oma võimekust teostada tööd ilma ettemaksuta, kui ettemaksu tegemist ei ole hankedokumentides ette nähtud. Juhul, kui algsetes dokumentides ei sisaldunud ettemaksu tegemise võimalus, siis võisid mitmed võimalikud pakkujad loobuda hankel osalemisest, kuna neil puudusid omavahendid lepingu täitmiseks. Ettemaksu korral oleksid nad aga olnud suutelised lepingut täitma ja seega oleks ka potentsiaalsete pakkujate arv olnud suurem.

Riigikohtu tsiviilkolleegium 26. oktoobri 2010. a. otsuses nr 3-2-1-76-10, et tehingu finantseerimise võimalused ja allikad on ostja enda otsene äririsk.¹²⁵ Sarnaselt tuleb ka asuda seisukohale, et lepingu ettemaksuta täitmiseks vahendite leidmine on pakkuja riskisfäär. Pakkuja põhjendused lepingu muutmiseks, mis tulenevad pakkuja majanduslikest probleemidest, ei ole ettemaksu tegemiseks aktsepteeritavad, kuigi ka need võivad olla hankija jaoks ettenägematud. Sellisel juhul on hankija kehtestanud ebapiisavad tagatised ja kvalifitseerimistingimused pakkuja majanduslikule ja finantsseisundile. Kuigi võiks väita, et ebapiisavate kvalifitseerimistingimuste kehtestamisel peaks riisiko langemale hankijale, on sellegipoolest pakkuja suutmatuse hinnata oma majanduslikku olukorda tema enda äritegevuse risk.¹²⁶ Praktikas on sellisel olukorras hankijal võimalik võtta tööd vastu etapiviisiliselt ning sellisel juhul ei ole vahemaksete näol enam tegemist ettemaksetega, vaid maksetega tehtud tööde eest.

Kohus on lugenud ettemaksu tegemise lubatuks olukorras, kus küll hanketingimuste kohaselt tuli tööde eest tasuda pärast nende valmimist, kuid seoses ettenägematute töödega oli vajalik

¹²² EKo 29.04.2004, nr C-496/99 Komisjon vs CAS Succhi di Frutta SpA

¹²³ Samas, p 110; 111.

¹²⁴ Läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise nõuded kuuluvad ka Eesti siseriiklikus õiguses riigihanke korraldamise üldpõhimõtete hulka (RHS § 3 p-d 2 ja 3).

¹²⁵ RKTsKo 3-2-1-76-10, p 10

¹²⁶ E. Karindi-Kask. Hankelepingute muutmine. Rahandusministeerium, 2014 Tallinn, lk 12. Kättesaadav internetis:

https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-19601.pdf (02.06.2014).

lisatööde tegemine 50% ulatuses rohkem, kui hankelepinguga algselt oli kokku lepitud. Hankija pidas ettemaksu nõuet põhjendatuks, sest see oli tingitud objektiivsetest ehk pooltest sõltumatutest asjaoludest (ettenägematud tööd) ning ettemaksu tasumata jätmisel oli reaalne oht, et töövõtja katkestab hankelepingu täitmise. Kui hankelepingut ei oleks muudetud ja ettemaksu võimaldatud, siis oleks suure tõenäosusega katkenud Eesti Meremuuseumi ehitus ja tagajärg oleks olnud hankelepingu eesmärgi saavutamata jäämine.¹²⁷ Kohus tuvastas, et peatöövõtja oli kulutanud ligi poole rohkem omavahendeid tööde teostamiseks kui hankeleping ette nägi ja enamkulutatu tulenes otseselt ettenägematutest ja kiireloomulistest töödest. Sellises olukorras tuleb äärmiselt ebatõenäoliseks lugeda, et ettemaksu võimaldamine tööde jätkumiseks, oleks kuidagi oluliselt võinud mõjutada teisi potentsiaalseid pakkujaid, kui sarnane klausel oleks hankelepingu projektis sees olnud hankemenetluse kestel. Kohus leidis, et pigem on tõenäoline, et hanke praegu võitnud pakkujagi poleks oma pakkumust esitanud, kuna need tingimused oleks sellisel juhul olnud niivõrd ebamõistlikud. Nii oli kohus seisukohal, et konkreetse ettemaksu lubamisel ei olnud tegemist olulise hankelepingu muutmisega ja seega sisuliselt uue hankelepingu sõlmimisega.¹²⁸

Hankija võib muuta üksnes mitteolulisi lepingutingimusi, mis ei oleks tingitud pakkujate poolt teistsuguse pakkumise esitamist.¹²⁹ Näiteks ei ole lubatud muuta tähtaega selliselt, et uus tähtaeg oleks oluliselt pikem esialgselt. M. A. Simovart on märkinud, et huvitatud isikud võivad jätta pakkumuse esitamata nende jaoks ebamõistlikult lühikese ja mittekulutõhusa tähtaja tõttu.¹³⁰ Ebamõistlikult lühike tähtaeg eeldab lisakulusid tootmisvõimuse ajutiseks suurendamiseks ja lepingu täitmine võib seetõttu olla majanduslikult kahjulik. Sellisel juhul saavad pakkumise esitada vaid need, kellel on vajalikud reservid olemas. Ebamõistlikult lühikese tähtaja korral tõstatub küsimus sellise tähtaja proportsionaalsusest. Vajadusel peab hankija olema valmis põhjendama, miks on talle lühike lepingu täitmise tähtaeg vajalik. Kui lepingu täitmise tähtaega pikendatakse, võib pakkujate ring olla oluliselt laiem. K. Kongi on

¹²⁷ Teine eeldus RHS § 69 lg 3 kohaldamiseks

¹²⁸ EKo 19.06.2008, nr C-454/06 p-d 34 ja 35: Menetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks tuleb kehtiva riigihankelepingu klauslite muutmist pidada uue riigihankelepingu sõlmimiseks direktiivi 92/50 tähenduses juhul, kui need muudatused on algse riigihankelepingu tingimustest oluliselt erinevad ja kui neist ilmneb järelikult poolte soov pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas (vt selle kohta 5. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-337/98: komisjon vs. Prantsusmaa, EKL 2000, lk I-8377, punktid 44 ja 46). Riigihankelepingu kehtivuse ajal tehtud muudatus võib pidada oluliseks juhul, kui muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud seatud algse hankemenetluse ajal ja mis oleksid juhul, kui nad oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti.

¹²⁹ EKo 29.04.2004, nr C-496/99 Komisjon vs CAS Succhi di Frutta SpA, p 115-116.

¹³⁰ M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu Ülikool, 2010, lk 132.

leidnud, et „samuti on tõenäoline, et need pakkujad, kes küll hankemenetluses osalesid, kuid edukaks ei osutunud, oleksid võinud oluliselt pikema ehitustööde lepingu tähtaja korral teha soodsama pakkumuse kui tegi edukaks osutunud pakkuja.“¹³¹ Lisaks kallutab tähtaja muutmine reeglina lepingu majanduslikku tasakaalu hankelepingu täitja kasuks, mis asetab teised hankemenetluses osalenud pakkujad ebavõrdsesse olukorda.¹³² Lepingu tähtaja pikendamisel tuleb silmas pidada seda, et olemasoleva konkurentsi efektiivne kasutamine võib saada kahjustatud.¹³³

Eeltoodud põhimõtteid tuleb järgida, kui lepingut muudetakse ettenägematutest asjaoludest tulenevalt RHS-i eelnõu kohaselt.¹³⁴ Direktiivi 2014/24/EL kohaselt peab järgima, et tegemist ei oleks olulise lepingumuudatusega ning olulise lepingumuudatuse mõistet tuleb tõlgendada eelkõige direktiivi põhjenduspunkti 109 kohaselt: „lepingu muudatuse tulemusena muutub kogu riigihanke olemus – kui näiteks riigihanke esemeks olevad ehitustööd, asjad või teenused asendatakse millegi muuga või riigihanke liiki oluliselt muudetakse –, sest sellisel juhul võib eeldada hüpoteetilist mõju esialgse hankemenetluse tulemusele.“. Seega tuleb juhul, kui on toimunud lepingu pikendamine, vaadata kas see oleks mõjutanud hankemenetluse tulemust, s.o teistsuguste pakkumiste esitamist. Kas direktiivi tuleks tõlgendada selles osas laiendavalt, so ka hankijate ringi laienemine oleks tinginud teistsuguste pakkumiste esitamise, jääb lahtiseks. Töö autor arvab, et niivõrd lai tõlgendus ei ole põhjendatud, see ei oleks kooskõlas enam uute direktiivide eesmärgiga lihtsustada hankeid. Kindlasti kehtib ka siinkohal eeldus, et mida ulatuslikum on muutus, seda suurem on tõenäosus hankelepingu üldise olemuse muutumiseks.

Tähtaja pikendamist võivad mõjutada mitmed erinevad tegurid. Käesoleva magistritöö autori arvates peaks ettenägematu asjaolu ilmumise põhjusel olema lubatud pikendada hankekorras sõlmitud ehituse omanikujärelevalve lepingut, juhul kui ehituse töövõtja on töödega viivituses. Asjaolu, mida sellise lepingu pikendamisel arvestama peaks, oleks huvi ehitustööde jätkumise vastu. Kui lepingu pikendamine on tingitud hankija vajadustest ja proportsioonis seda tingiva asjaoluga, siis ei laiene olukorrale RHS-i eelnõu § 123 lg 2 punkti 2 keeld muuta majanduslikku tasakaalu pakkuja kasuks. Hankija vajadustest võivad olla tingitud veel mitmed lepingu pikendamist tingivad olukorrad, nt kui lumetõrje teostamine ei ole võimalik hooldusalal ebaseaduslikult parkivate sõidukite tõttu. Samuti võib ehitustööks nõutavate lubade ja kooskõlastuste hankimiseks kuluda planeeritust rohkem aega, millest

¹³¹ Kristel Kongi, lk 45

¹³² E. Karindi-Kask, lk 8.

¹³³ Samas

¹³⁴ RHS-i eelnõu § 123 lg 2

tingituna pikeneb objekti valmimine ja ei ole tarnitavat mööblit võimalik uude hoonesse paigaldada. Lepingu pikendamist on tinginud ka tasumise edasilükkumine rahastuse viibimise tõttu.¹³⁵ Viimase juhtumi asjaolude kohaselt oleks täitjal võinud tekkida viivisintressi nõudeõigus ja sellise lepingu pikendamise korral vähendati hankija riske ning kallutati ilmselgelt majanduslikku tasakaalu hankija kasuks.

Ka võib puududa avaliku pakkumise korraldamise vajadus, kui lepingu pikendamise näol on tegemist lõpetamisele kuuluva või peatselt lõppeva lepingu ajutise jätkamisega.¹³⁶ Sellisel juhul võib kaaluda, kas lepingu kohest lõpetamist rikkumise tõttu võiks asendada lepingu muudatus, mis leevendaks kohese lõpetamisega seotud tagajärgi ja vähendaks sellega seotud kohtuvaidluste ohtu ja kulusid. Kui pakkuja rikub lepingut, siis võib lepinguga muuta tarne suurust, tähtaega ja hinda, kui sellise muudatuse eesmärk on lepingu lõpetamine lühikese aja jooksul.¹³⁷ Tuleb arvestada, et hankija pidanuks kandma olemasoleva lepingu lõpetamisega või tööseisakutega kaasnevad kulud ning enda kulud, mis kaasnevad uue hankemenetluse korraldamisega. Seetõttu muutuks uue hankemenetluse korraldamine lõppkokkuvõttes oluliselt kallimaks kui olemasoleva lepingu tingimuste muutmine.

Ainult olulist lepingumahu kvantitatiivset muudatust tuleb taunida.¹³⁸ Juhul, kui hankelepingu muutmine objektiivsete asjaolude alusel hõlmab näiteks ostetavate asjade koguse vähendamist, ei ole uut hankemenetlust otstarbekas läbi viia.¹³⁹ Nimetatud seisukohta tuleb aga hinnata ka vastavuses RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 1 sätestatud olulise lepingumuudatuse määratlusega, mille kohaselt loetakse hankelepingu üldist olemust märkimisväärselt muudetuks, kui muudatusega lisatakse tingimus, mis laiendanuks võimalike riigihankes osalejate hulka. Kuigi esmapilgul võib väita, et lepingumahu vähendamisel ei erine muudetud leping palju algsest (see omab sama eesmärki ja muutub vaid kogus), võib pakkumisest jääda kõrvale isik, kellel puudub piisav ressurss esialgse suurema lepingumahu täitmiseks.¹⁴⁰ Samuti ei pruugi lepingumahu vähenemisel enam olla proportsionaalsed pakkujatele seatavad kvalifitseerimistingimused, millega RHS § 39 lg 1 kohaselt tõendatakse pakkuja hankelepingu nõuetekohase täitmise võimet vastavuses hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega. Esialgsed kõrgemad kvalifitseerimistingimused,

¹³⁵ Aktsiaselts Kovek hange „Kotka tee ÜVK rajatiste ja tee ehitustööd (viitenumber 144499); Osaühing Jõgeva Veevärk hange „Jõgeva linna veeprojekti teise järgu ehitustööd IV“ (viitenumber 148041)

¹³⁶ S. T. Poulsen, p 5.2.

¹³⁷ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl. Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender. (2013) P.P.L.R. 2013, 2, 53, lk 58.

¹³⁸ Pressetext, punkt 36.

¹³⁹ Riigihangete juhise. Rahandusministeerium, 2014 Tallinn, lk 166.

¹⁴⁰ S. T. Poulsen, p 4.1.

mis ei ole enam kooskõlas vastava hanke mahu või sisuga, kitsendavad võimalikku pakkujate ringi. Ebaproportsionaalne kvalifitseerimistingimuste läbi muutub hange kallimaks või tekitab võimalus suunata hanget eelistatud pakkujale, kes vastab ebavajalikule tingimustele.¹⁴¹ Kvalifitseerimistingimuste eesmärk on valida välja hankelepingu täitmiseks võimelised ettevõtjad läbi objektiivsete ja proportsionaalsete nõuete. Hankijal tuleb kehtestada sellised minimaalsed kvalifitseerimistingimused, millele vastavad isikud on eelduslikult võimelised hankelepingut täitma ja mis samas ei välista ühegi hankelepingu täitmiseks võimelise isiku osalemist.¹⁴²

Ka siin leiab töö autor, et senist kohtupraktika rangelt järgiv RHS-i eelnõu ei ole ei kasuta piisavalt ära direktiiviga antud paindlikkust ettenägematute asjaolude ilmnemisel. Direktiiv peab eelkõige oluliseks ettenägematu asjaolu ilmnemisel piirangut lepingumahu ülemäärasele suurendamisele.¹⁴³ RHS-i eelnõu § 123 lg 1 p 4 aga hõlmab nii lepingumahu suurendamise kui vähendamise juhud.

2.2. Ettenägematust asjaolust tingitud hankelepingu muutmisega lepinguliste kohustuste vahekorra muutmine pakkuja kasuks

RHS-i eelnõu § 123 lg 1 p 4 kohaselt on hankijal on õigus sõlmitud hankelepingut muuta uut riigihanget korraldamata, kui muudatuse põhjustavad hoolsale hankijale ettenägematud asjaolud, kusjuures hankelepingu üldist olemust ei muudeta ja ühegi muudatuse väärtus ei ületa 50 protsenti hankelepingu algsest maksumusest. RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 2 sätestab, et muudatus on oluline, kui muudatus tingib hankelepingust tuleneva lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise pakkuja kasuks hankelepingus sätestamata viisil.

Advokaadibüroo LEXTAL vandeadvokaat Diana Minumets tõi olukorra ilmestamiseks näite, kus nahast sõdurisaabaste ostmise hankelepingu täitjal lubatakse asendada nahkmaterjal odavama kunstnahaga.¹⁴⁴ Riigihangete vaidlustuskomisjon on leidnud, et muudatus on oluline, kui hankija on võimaldab pakkujal ehitada laia teede eraldusriba asemel kitsa

¹⁴¹ Tartu Ülikooli sotsiaalteaduslike rakendusuringute keskuse uuring „Riigihangete valdkonna kaardistamine innovaatiliste ja keskkonnahoidlike riigihangete ning ühishangete edendamiseks“. Kättesaadav internetis: http://www.ec.ut.ee/sites/default/files/ec/riigihangete_valdkonna_kaardistamine_-_loppraport.pdf (06.04.2015).

¹⁴² VaKO 05.07.2011, nr 123-11/125509, p 11.

¹⁴³ Direktiivi art 72 lg 1 p c iii)

¹⁴⁴ Loeng „Asjade ja teenuste hankelepingute muutmise ja lõpetamise võimalused uue RHS valguses“. Tallinn, 2016.

eraldusriba.¹⁴⁵ Sellised muudatused ei ole pakkumises lubatud, sest nad võivad kahjustada hankeprotsessi läbipaistvust ja kahjustatakse võrdse kohtlemise põhimõtet.¹⁴⁶ Euroopa Kohus selgitas Wallooni busside hanke kaasuses, et muudatused või arutelud pakkumise üle on lubatud, kuid kõiki pakkujaid tuleb kohelda võrdselt.¹⁴⁷ Kaasuse kohaselt muudeti bussi kütusekulule hankedokumentides kehtestatud maksimaalset määra pärast pakkumismenetluse lõppemist. Kuna muudatust võimaldati vaid ühele pakkujale, siis rikuti sellega võrdse kohtlemise põhimõtet.¹⁴⁸

Eeltoodud näidete puhul toimus nii majandusliku tasakaalu nihutamine hankija kasuks, kui ka hankeeseme omaduste oluline muutumine. Niivõrd olulise muudatuse korral on tegemist praktiliselt uue hankeesemega ja ei saa tugineda direktiivile, mille eesmärk oli võimaldada hankijale „teatavat paindlikkust“.¹⁴⁹ Sellise muutmise korral ei ole hange avatud konkurentsile. Direktiivi 2014/24/RL põhjenduspunkti 109 viimase lause kohaselt ei saa lepingu kohaldamiseks ettenägematute asjaoludega pidada olukorda, kus lepingu muudatuse tulemusena muutub kogu riigihanke olemus – kui näiteks riigihanke esemeks olevad ehitustööd, asjad või teenused asendatakse millegi muuga. Hankeeseme olemuse muutumise keeld on toodud ka RHS-i eelnõu § 123 lõikes 4.

Peaks eeldama, et majanduslik tasakaal ei ole nihkunud tarnija kasuks, isegi kui tarnija kasum suureneb tänu lepingumahu suurenemisele niikaua, kui tarnija kasumimarginaal jääb samaks. Pakkija kasuks majandusliku tasakaalu muutmise keelu kehtestamine on vajalik, sest vastasel juhul võib tekkida olukord, kus mõni hankija poolt eelistatud potentsiaalne lepingu täitja teeb turuhinnast märkimisväärselt odavama pakkumuse, sest hiljem on võimalik lepingumaksumust suurendada.¹⁵⁰ Hankija kasuks muudatused aga reeglina ei moonuta konkurentsi ja ei too kaasa uue hankemenetluse korraldamise kohustust.¹⁵¹

Hankelepingu muudatuste lubatavusega haakub küsimus võlaõigusseadusest¹⁵² tuleneva lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise instituudi asjassepuutuvusest.¹⁵³ VÕS § 97 lg 1

¹⁴⁵ VaKO 21.07.2010 nr 115-10/108402, AS Nordecon Infra v Maanteeamet.

¹⁴⁶ Sue Arrowsmith. EU Public Procurement Law: An Introduction. The EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation. Lk 183. Kättesaadav internetis: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (02.05.2015).

¹⁴⁷ EKo 25.04.1996, nr C-87/94, Euroopa Komisjon vs Belgia, p 67.

¹⁴⁸ Samas, p 56.

¹⁴⁹ Direktiivi 2014/24/EL põhjendus 109

¹⁵⁰ S. Arrowsmith, p 6.6 (K. Kongi kaudu)

¹⁵¹ A. Brown. When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06. Public Procurement Law 2008, 6, NA259; NA263.

¹⁵² Võlaõigusseadus - RT I 2001, 81, 487...RT I 2005, 61, 473

kohaselt võib kahjustatud lepingupool nõuda teiselt lepingupoolelt lepingu muutmist poolte kohustuste esialgse vahekorra taastamiseks. Selle eelduseks on, et pärast lepingu sõlmimist peavad olema muutunud lepingu sõlmimise aluseks olnud asjaolud ning kaasnenud lepingupoolte kohustuste vahekorra oluline muutumine. Lepinguliste kohustuste vahekorra muutumiseks peab asjaolude muutumise mõju peab olema kahjustatud poolele niivõrd oluline, et muutumisest teades ei oleks ta lepingut esialgsetel tingimustel sõlminud.¹⁵⁴ Tegemist on subjektiivse tehingualuse ära langemisega. Kahjustatud pool peab tõendama, et asjaolude muutmatusena püsimine oli lepingu sõlmimise aluseks. Kuigi oma olemuselt on tegemist subjektiivse tingimusega, peab seda siiski hindama objektiivse mõistlikkuse põhimõttest lähtuvalt.¹⁵⁵

VÕS § 97 lõike 2 kohaselt võib lepingu muutmist võib lepingu muutmist poolte kohustuste esialgse vahekorra taastamiseks nõuda, kui:

„1) kahjustatud lepingupool ei saanud lepingu sõlmimise ajal mõistlikult arvata, et asjaolud võivad muutuda ja

2) kahjustatud lepingupool ei saanud asjaolude muutumist mõjutada ja

3) asjaolude muutumise riisikot ei kannu seadusest või lepingust tulenevalt kahjustatud lepingupool ja

4) kahjustatud lepingupool ei oleks asjaolude muutumisest teades lepingut sõlminud või oleks seda teinud oluliselt teistsugustel tingimustel.“.

VÕS § 97 põhineb doktriinil *clausula rebus sic stantibus*, mille kohaselt on lepingud ainult niikaua siduvad, kuni jäävad muutumatuks asjaolud, mille alusel leping on sõlmitud.¹⁵⁶ Lepingute täitmistruuduse eesmärgist tulenevalt on VÕS § 97 kohane lepingu muutmise võimalik, kui selle täitmine on muutunud oluliselt koormavamaks algselt planeeritust, mistõttu lepingu eesmärki pole võimalik saavutada. VÕS § 97 eesmärgiks on saavutada õigustatud tasakaal lepinguvabaduse ja selle piirangute vahel ning on õigustatud kõrvalekaldumine *pacta sunt servanda* printsiibist.¹⁵⁷ M. A. Simovart on leidnud, et lepingu muutmise on heas usus tegutsemise väljundiks lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise

¹⁵³ VÕS § 97

¹⁵⁴ VÕS § 97 lg 2 p 4

¹⁵⁵ P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost.). Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn 2006, § 97, komm 4.3.6.

¹⁵⁶ Tallinna Ringkonnakohtu 15.06.2012 otsus nr 2-09-64859, p 15;

¹⁵⁷ Tallinna Ringkonnakohtu 15.06.2012 otsus nr 2-09-64859, lk 10.

korral VÕS § 97 tähenduses.¹⁵⁸ Õiguskirjanduses on märgitud, et VÕS § 97 on lepingulises suhtes raskesse olukorda sattunud poole kaitsenorm, mille eesmärk on säilitada lepingut selle algsel kujul nii kaua, kui see vähegi võimalik on.¹⁵⁹

Riigikohus on oma otsuses tsiviilasjas nr 3-2-1-76-10 andnud juhise VÕS § 97 rakendamiseks, mille kohaselt on kõigepealt oluline kindlaks teha, kas muutunud asjaolud üldse kuuluvad lepingu sõlmimise aluseks olnud asjaolude hulka või mitte: „Pooled võivad lepingu sõlmimisel silmas pidada erinevaid eesmärke. Lepingu sõlmimise aluseks olnud asjaolude hulka saab kolleegiumi arvates lugeda aga ainult selliseid asjaolusid, mille olemasolu, saabumine või edasikestmine on hõlmatud poolte ühisest arusaamast ja millel põhineb lepingu sõlmimise soov. Seega ei kuulu lepingu sõlmimise aluseks olnud asjaolude hulka üldjuhul ühe lepingupoole ootused, kui need ei ole teisele poolele teatavaks tehtud ja teine pool ei ole neid teadmiseks võtnud või pidanud neid hea usu põhimõttest lähtuvalt teadma.“¹⁶⁰ „Seadusandja tahe on olnud võimaldada VÕS § 97 kohaldamist äärmiselt erandlikel juhtudel. Vastasel korral muutuks tehinguline õiguskäive väga ebakindlaks.“¹⁶¹

Magistritöö autori arvates iseloomustaks sellist tingimust kõige paremini muudatus maksukeskkonnas. Kui lepingu sõlmimisel pooled ei ole kokku leppinud, et lepingu võib lõpetada või seda muuta juhul, kui muutuvad vastavad maksud, siis ei saa eeldada, et pooled oleksid arvestanud lepingu sõlmimise alusena maksukeskkonna staatilisust. Maksukeskkonna näol on tegemist ajas muutuva nähtusega, millega turuosalisel peavad arvestama. Riigihankeõiguse seisukohalt on maksude tõstmisest tulenev risk pakkuja äririsk. Pikaajaliste hankelepingute korral hindab mõistlik pakkuja kõnealust riski proportsionaalselt lepingu kestusega. Õiguse üldpõhimõtetega kooskõlas jõustub uus maksumäär tavapäraselt teatud etteteatamise tähtaja möödudes. Reeglina ei täida maksumäärade tõus RHS § 69 lg 3 ja 4 esitatud kumulatiivseid tingimusi.¹⁶² Saksa õiguskirjanduses on maksuseaduste muutumise kohta märgitud, et üldiselt kaldutakse sellised muudatused paigutama vastava poole riskisfääri ja sellise muudatuse oluliseks asjaoluks lugemine võib kõne alla tulla näiteks juhul, kui pooled on selle asjaolu selgelt lepingus lepingu alusena kajastanud ja maksukeskkonna

¹⁵⁸ M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu Ülikool, 2010, lk 144

¹⁵⁹ K.-E. Trisberg. Majandussituatsiooni muutus: kas piisav põhjus kestvuslepingu muutmiseks või ülesütlemiseks? – Juridica VI/2010, lk 427.

¹⁶⁰ RKTsKo 3-2-1-76-10, p 11

¹⁶¹ RKTsKo 3-2-1-76-10, p 11

¹⁶² Rahandusministeeriumi selgitus e-riigihangete keskkonnas. Korduma kippuvad küsimused – Hankeleping, p 9. Kättesaadav internetis: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/hankeleping> (17.03.2016).

muutumatuks jäämise kui selge ootuse nähtavaks teinud.¹⁶³ Erinevalt maksukeskkonna muutusest on ettenägematud ekspordi- või impordikeelud.

Tuleb rõhutada, et RHS-i eelnõu järgne hankelepingu muudatuse regulatsioon on oma eeldustelt leebem. Näiteks ei eelda RHS-i eelnõu § 121 lõike 1 punktis 4 sisalduvale alusele tuginemine VÕS § 97 lõikes 2 loetletud kõigi eelduste täitmist. Siiski, kui VÕS § 97 eeldused on täidetud ja muudatuse väärtus ei ületa 50 protsenti hankelepingu algsest maksumusest, tohib ettenägematutel asjaoludel hankelepingu muutmist nõuda ka VÕS paragrahvile 97 tuginedes.¹⁶⁴ Kui aga hankelepingu muudatuse väärtus ületab 50 protsenti hankelepingu algsest maksumusest (v.a võrgustikusektoris), tuleb hankeleping VÕS 97 nõude saamisel üles ütelda. VÕS § 97 kohaselt on aktsepteeritav lepingu riskide teatud ulatuses ümberjagamine erakorralistest ja ettenägematutest asjaoludest tingitud põhjustel, kuid asjaolu muutumine olema niivõrd märkimisväärne, mis muudab lepingu täitmise ilmselgelt kokkulepitud kahjumlikuks. Nimetatud põhimõtet ei tule järgida RHS-i eelnõu § 123 lg 1 p 4 kohasel lepingu muutmisel. Nimetatud sätte järgi on oluline järgida, et muudatus oleks tasakaalu säilitav, mitte hankija kasuks muutev.¹⁶⁵

S. T. Poulsen hinnangul tuleb vaadata ka riigihangete lepingute kohustuste vahekorra muutmisel, kes kannab teatud parameetrite, nagu õigusaktide muudatused, tooraine jms, muutumise riski.¹⁶⁶ Riisiko kandmise kohustus ei pea olema lepingus otse kokku lepitud, see võib tuleneda ka lepingu olemusest. Riskijaotus tuleb välja selgitada tõlgendades lepingutingimusi, tuginedes VÕS paragrahvidele 23, 24, 29 ja § 39 lõikele 1. Riskijaotust analüüsid on Riigikohus rõhutanud: „poolte vaheline riskijaotus ei peagi tulenema konkreetsest õigusnormist, vaid lepingu iseloomust, selle sõlmimise asjaoludest, sisust ja seaduse mõttest.“¹⁶⁷ Riskijaotust hinnatakse mõjusfääri tuvastamise teel. Näiteks kuulub pakkuja mõjusfääri tema tootmistegevus, majanduslik ja finantsolukord.¹⁶⁸ RHS-i eelnõu kohaselt on VÕS § 97 kohtupraktikast abi eelnõu § 123 lõike juhtumipõhisel kohaldamisel.¹⁶⁹ Tsiviilasjas 2-08-4448 esitas hageja rendilepingu muutmise nõude, soovides vähendada renditasu seoses naftatransiidi olulise vähenemisega. Transiidimahu vähenemise põhjusena tõi hageja välja Vene Föderatsioonist tuleva kauba tarnemahu olulise vähenemise.

¹⁶³ Münchener Kommentar zum BGB. 5. Auflage 2007, § 313 Rn 177-181

¹⁶⁴ RHS-i eelnõu seletuskiri, lk 119. Kättesaadav internetis:

<https://eelvoud.valitsus.ee/main/mount/docList/12634243-ccc4-4fd6-aa88-1f406e932532> (26.01.2016).

¹⁶⁵ RHS-i eelnõus § 123 lg 2 p 2

¹⁶⁶ S. T. Poulsen, p 5.2.

¹⁶⁷ RKTsKo 3-2-1-76-10, p 13.

¹⁶⁸ K. Sein. Mis on väärmatu jõud? Juridica 2004/8, lk 514.

¹⁶⁹ RHS-i seletuskiri, lk 119

Ringkonnakohus märkis, et rendileandja ei ole hageja äriühingu majandustegevuse korraldaja, mistõttu äriühingu kasumi vähenemine ei ole samastatav rendilepingu kohustuste vahekorra muutumisega. Eeltoodud põhjendustel lepingu muutmise oleks kallutanud majanduslikku tasakaalu rentniku kasuks.

Advokaadibüroo Sorainen leidis Muuga sadama konteinerterminaali laiendamise hanke nr 101968 arvamuses, et „Tallinna Sadama tegevusega kahjustati ka konkurentsi riigihankemenetluses, kuivõrd konkureerivatele pakkujatele ja potentsiaalsetele pakkujatele ei tagatud võimalust teha pakkumusi oluliselt muutunud tehnilisele lahendusele ja võimalusega kanda metalli hinnarisk hankijale. Sisuliselt ei tagatud riigihankes konkurentidele võimalust teha pakkumust muudetud tehnilisele kirjeldusele. Selliselt on hankija eksinud pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte vastu. Hankemenetluses edastas hankija soovi hankelepingu muutmiseks vaid sellele pakkujale, kellega sõlmiti esialgne hankeleping. Hankemenetluse materjalidest ei nähtu, et hankija oleks tehnilise kirjelduse muutudes teavitanud sellest turgu. Selliselt välistas hankija ka konkurentide tõhusa järelevalve teostatud muudatuse õiguspärasuse osas. Niisiis tuleb järeldada, et edukal pakkujal lubati töö teostada oluliselt teistel tingimustel, kui need, mis olid esitatud hankedokumentides ja pakkumuses, mistõttu tuleb asuda seisukohale, et hankija on jämedalt rikkunud RHS § 3 tulenevaid põhimõtteid.“¹⁷⁰

VÕS § 97 rakendamine kohtupraktikast¹⁷¹ on abi RHS-i eelnõu § 123 lõike 1 punkt 4 aluse juhtumipõhisel tõlgendamisel, kas asjaomasel juhul oli muudatus hankijale ettenägematu.¹⁷² Näiteks on Harju maakohus selgitanud: „Kuivõrd müügihinna (ja selle tasumise tingimused) saab eeldatavalt määrata müüja, peaks müüja kandma ka sellega seonduvaid riske. Seega ei saa müügilepingus sisalduva hinnakokkuleppe muutmise aluseks olla see, et hilisemal müümisel oleks müüja saanud muutuste tõttu turuhindades müügist tõenäoliselt suuremat tulu.“¹⁷³ Tsiviilasjas 3-2-1-99-10 märkis Riigikohtu tsiviilkolleegium, et kuna kostjal võimaldati ostuhind tasuda peaaegu aasta pärast müügilepingu sõlmimist ja omand anti üle

¹⁷⁰ Advokaadibüroo Sorainen arvamus Muuga sadama konteinerterminaali laiendamise hanke nr 101968 kohta. Kättesaadav internetis: <http://www.riigikontroll.ee/Riigikontrollipublikatsioonid/Auditiaruanded/tabid/206/Audit/2262/language/et-EE/Default.aspx> (23.04.2016).

¹⁷¹ RKTsKo 3-2-1-24-11; Harju Maakohtu 20.01.2009 otsus 2-08-53540; Harju Maakohtu 26.10.2012 otsus 2-12-29271

¹⁷² RHS-i eelnõu seletuskiri, lk 85

¹⁷³ Harju Maakohtu 20.01.2009 otsus 2-08-53540, p 13.2

peaaegu kohe pärast lepingu sõlmimist, siis peaks sellistel juhtudel reeglina just ostja kandma VÕS § 97 lg 2 p-s 3 sätestatud riisikot.¹⁷⁴

Riskide jaotumise kindlakstegemisel on viidatud näiteks võimalusele hinnata riske lähtuvalt nende ettenähtavusest, olemusest, ulatusest, kontrollitavusest ja välditavusest. Lisaks võib on riskijaotuse tuvastamisel vaadata, kas tegevusalal on tavaks, et võlgnik kindlustab ennast teatud asjaolude vastu, siis võib eeldada, et ta on selle asjaoluga seonduvad riskid on võlgniku kanda.¹⁷⁵ Samuti on võimalik anda riskidele hinnang läbi majandusliku koormavuse, arvestades samal ajal lepingust tulenevaid eeliseid.¹⁷⁶ Üks olulisi komponente, mis määrab riskide jaotuse, on seejuures hind, kas tasu vastas lepingu sõlmimise ajal turuhinnale või mitte.¹⁷⁷ Kui kohustused olid juba algselt tasakaalust väljas (näit. renditasu oli määratud turu keskmisest oluliselt madalamaks või kõrgemaks), siis ei anna see õigust nõuda hilisemat suuremat korrigeerimist.¹⁷⁸

Tsiviilasjas 2-08-85919 esitas hageja VÕS §-le 97 tuginedes rendilepingu muutmise ja rendi suurendamise nõude. Hagiavalduse kohaselt oli lepingu objekti eest saadav rent muutunud ebapiisavaks ega katnud enam hageja poolt objektile tehtud kulutusi. Kohus leidis, et „inflatsiooni suurenemine, rendilepingu eseme amortiseerumine ning üleujutuste võimalus Pärnu rannaäärsel alal ja nende võimalik mõju rendilepingu esemele on asjaolud, millega iga mõistlik kinnisvaraturul tegutsev ettevõtja arvestab.“¹⁷⁹ „Ka rendi turuhinna tõus on asjaoluks, millega kinnisvaraturul tegutsev ettevõtja pikaajalist rendilepingut sõlmides arvestab ning see ei saa olla rendilepingu muutmist õigustavaks asjaoluks.“¹⁸⁰ Lisaks leidis kohus, „et hageja võttis hoonestusõiguse omandamisega teadlikult riski, et rendilepingust saadav tulu ei kata ega hakkagi katma hageja poolt hoonestusõiguse omandamisele ja rendilepingus sätestatud rendileandja kohustuste täitmisele tehtavaid kulutusi.“¹⁸¹

Enne direktiivi 2014/24/EL kehtis põhimõte, et kuivõrd hind on riigihankelepingu üks olulisemaid tingimusi, siis selle muudatus rikub läbipaistvuse ning võrdse kohtlemise

¹⁷⁴ RKTsKo 3-2-1-99-10, p 13.

¹⁷⁵ K. Sein. Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Doktoritöö, Tartu 2006, lk 99

¹⁷⁶ K.-E. Trisberg. Majandussituatsiooni muutus: kas piisav põhjus kestvuslepingu muutmiseks või ülesütlemiseks? – Juridica VI/2010, lk 430.

¹⁷⁷ K. Sein. Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Doktoritöö, Tartu 2006, lk 97-98.

¹⁷⁸ Võlaõigusseaduse § 97 kohaldamise praktika. Riigikohtu õigusteabe osakonna kohtupraktika analüüs. Tartu, 2011. Kättesaadav internetis: http://www.riigikohus.ee/vfs/1082/VOS_97_KohaldamisePraktika.pdf (17.04.2016)

¹⁷⁹ RKTsKo 3-2-1-99-10, p 46

¹⁸⁰ Samas

¹⁸¹ Samas

põhimõtteid.¹⁸² Viitamine üldisele hinnatõusule ei saanud olla aluseks hankelepingu muutmiseks,¹⁸³ kuna tavapärase hinnatõus on pakkuja äririsk.¹⁸⁴ Magistritöö autor peab nõustuma, et tavapärase hinnatõus ei saa olla ettenägematu asjaolu. Kuigi lühiajaliselt võivad hinnataset mõjutada mitmed tegurid, on pikas perspektiivis kõige olulisem hinnataseme determinant rahapakkumine. Rahapakkumine ja intressimäärade reguleerimine võimaldab keskpangal mõjutada majanduses toimuvat. Rahapakkumise suurendamisega ärgitatakse inimesi kulutama ning investeerima, rahapakkumise vähendamisel on vastupidine mõju. Tänapäeval on majandusteadlaste seas levinud arusaam, et stabiilse majanduskeskkonna tagamiseks on kestev kuid madal hinnataseme tõus vajalik. Inflatsioonimäära langemise eest soovitud vahemikku vastutavad üldiselt keskpangad. Euroopa Keskpank on seadnud eesmärgiks 2% inflatsioonimäära. Magistritöö autori hinnangul ei pea hinna muutmisevajadusele tuginemiseks hind tõusma hüppeliselt, piisab, kui hinnatõus ületab 2% määra.

Hindamaks, kas muudatus on oluline või mitte, tuleb arvestada muudatuse tegemise aega ja hanke keerukust. Juhul, kui tegemist on lihtsa hankega ja lepingut on muudetud kohe pärast selle sõlmimist, siis võib oletada, et muutmise on tingitud soovist hoida kõrvale riigihangete eeskirjadest.¹⁸⁵ Kui on muudatus tehtud keerulisse lepingusse mitu aastat pärast lepingu sõlmimist, siis võib selle olla tingitud asjaolud, mida ei oleks saanud arvesse võtta lepingu sõlmimise ajal.¹⁸⁶ Pikaajaliste lepingute korral tuleb arvestada võimalikku seadusandluse arengut (nt muudatusi avalikes kohustustes), tehnoloogia ja materjalide arengut ning sotsiaalseid- ja keskkonnamuutuseid.¹⁸⁷

Pressetext'i kohtuasjas rõhutas kohtujurist, et määravaks on milliseid tingimusi oleks hankijal võimalik kehtestada ja saada, kui ta korraldaks uue hanke lepingu muutmise hetkel. Tuleb hinnata, kuidas oleksid turuhindade muudatused mõjutanud teiste turul osalejate hindu.¹⁸⁸ Sama kinnistas ka Euroopa Komisjon Londoni metroo riigiabi andmise küsimuses väites, et hankija peab minema tagasi menetluse sellesse punkti, kus see muudatus tehti, ja hindama, kas hanke tulemus oleks olnud teistsugune, kui muudatust ei oleks tehtud.¹⁸⁹ Kui

¹⁸² Pressetext, p 59.

¹⁸³ RKHKo 3-3-1-31-11, p 21.

¹⁸⁴ Riigihangete juhis. Rahandusministeerium, 2014 Tallinn, lk 166.

¹⁸⁵ S. T. Poulsen, lk 167–187, p 4.9.

¹⁸⁶ K. Hartlev, lk 57.

¹⁸⁷ S. T. Poulsen, lk 167-187.

¹⁸⁸ EKo C-454/06, kohtujurist Juliane Kokott'i ettepanek, p 91

¹⁸⁹ A S. Arrowsmith. The law of public and utilities procurement. London, Sweet & Maxwell 2005, 2nd edition 2008, lk 603. (L. Palmsaar. Läbirääkimiste lubatud ulatus väljakuulutamise ja läbirääkimistega riigihankemenetluses. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2013 kaudu)

hankelepingu sõlminud pakkujaga samasuguses olukorras oleksid ka kõik teised võimalikud pakkujad, siis ei riiva hankelepingu muutmine kolmandate isikute õigusi. Sellisel juhul ei ole tegemist muudatusega, mis tingiks uute pakkujate osalemise riigihankel.¹⁹⁰ Nimetatud põhimõtted on üle võetud RHS-i § 123 lg 2 p 1, mille kaudu laienevad need ka RHS § 123 lg 1 punktile 4. Direktiivi 2414/24/EL kohaselt aga ei pea ettenägematust asjaolust tuleneva lepingu muutmise olukorras seda rangelt järgima, kuna direktiivis on rõhuasetus suunatud ettenägematust asjaolust tuleneva lepingu muutmise juhul hankeeseme asendamise vältimisele.¹⁹¹ Magistritöö autor leiab, et direktiivi kohaselt on lubatud ka majandusliku tasakaalu muutmine hankija kasuks, kuna artikli 72 lg 4 teise lause kohaselt ei piira majandusliku tasakaalu muutumine pakkuja kasuks lepingu muutmist ettenägematute asjaolude ilmnemisel. Käesoleva töö autor toetab seisukohta, et muudatused, millega kallutatakse lepingu majanduslikku tasakaalu töövõtja jaoks soodsamaks, peaksid olema lubatud kuni järgmise pakkumise väärtuseni, kuna selline muudatus ei saa kahjustada konkurentsi ja ei oleks sellisel viisil Euroopa Liidu toimimise aluspõhimõtetega vastuolus.¹⁹² Kuna järgmine hinnatase on pandud paika hankemenetluse käigus konkurentsitingimustes, siis ei saa selline järgmise pakkumise tasemeni toimuv hinnamuutus mõjutada teisi pakkumisi.

Lepingu muutmine ei peaks enamasti toimuma, kus lepingu täitmine toimub lühema perioodi jooksul. Sellisel juhul on pakkuja suuteline kulusid ette arvestama, v.a kui lepingu täitmiseks vajalike materjalide hinnad siiski oluliselt kõiguvad.¹⁹³ Pikaajaliste kestvuslepingute puhul aga on vajalik arvestada asjaolude muutumise võimalusega ja sätestada õigus nõuda väliste muutuste korral lepingutingimuste kohandamist.¹⁹⁴ Tehniliselt keeruliste ja pikaajaliste projekte korral võivad fikseeritud hinnaga lepingud eemale peletada võimalikke pakkujaid. Et vältida spekulatsioone, kus pakkujad teevad lootes kohesele hinnakorrekturele alapakkumised, tuleks muudatust rakendada alles teatud perioodi möödumisel lepingu sõlmimisest.¹⁹⁵

Hinna alandamine on lubatav, kui see ei ohusta riigihangete põhimõtete järgimist. Hinna alandamine võiks olla lubatav nt juhul, kui tarnija otsustab jagada kliendiga kasumit

¹⁹⁰ E. Karindi-Kask., lk 8.

¹⁹¹ Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkt 109

¹⁹² S. T. Poulsen. The Possibilities of Amending a Public Contract without a New Competitive Tendering Procedure under EU Law. – Public Procurement Law Review 2012/5, lk 167–187

¹⁹³ P. Trepte. Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation. Oxford University Press 2004, lk 335.

¹⁹⁴ M. A. Simovart. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. Juridica IV/2010, lk 248-257.

¹⁹⁵ K. Hartlev, lk 63.

toormehindade langemisel.¹⁹⁶ Hankelepingu hinna muutmine hankija kasuks ei saa kahjustada võimalikke pakkujaid ega moonuta konkurentsi¹⁹⁷ Lähtuda tuleb eeldusest, et lepingu tasakaalu muutmine on ei ole lubatud hankija kahjuks.¹⁹⁸

Hinnates majanduslikku tasakaalu riigihangete seaduse eelnõu § 123 lg 2 p 2 rakendamisel, tuleb arvestada kõikide lepingu muudatusega kaasnevaid majanduslikke aspekte. Lepingutingimuste muutmisel tuleb arvesse võtta muuhulgas lepingu olemust, eesmärki, juba täidetud kohustusi, lepingu järgi üle antust saadavat tulu ning mõistlikult ka mõlema poole huve.¹⁹⁹ Lepingu muutmine võib olla lisaks hinnale keelatud ka teiste hanke kriteeriumite osas (nt tarnetähtaeg). Ettenägematute asjaolude ilmnmisel võib tekkida ka vajadus lepingu täitmise perioodi pikendamiseks. Lubatuks ei saa pidada lepingu tähtaja ebalproportsionaalset muutmist võrreldes täiendavate tööde mahuga.²⁰⁰ Lepingu tähtaja ebalproportsionaalse muutmise korral võidakse samuti kallutada majanduslikku tasakaalu täitja kasuks. Juhul, kui hankelepingu tähtaeg on oluliselt pikem esialgsest tähtajast, siis on täitjal võimalik paindlikumalt planeerida tööjõudu, materjalide hankimist ning tehnika kasutamist jms, mis oleks võinud tuua kaasa teistsuguste pakkumiste esitamise.²⁰¹ Majandusliku tasakaalu hindamisel tuleb riigihangete seaduse eelnõu § 123 lg 2 p 2 rakendamisel arvesse võtta, et hankelepingu muudatus ei annaks täitjale lisaoodustusi. Ka ei tohiks lepingumuudatusega väheneda sanktsioonide rakendamise võimalused või lepingu täitmist mõjutavad riskid.²⁰²

Uute direktiivide eesmärk oli muuhulgas muuta hankemenetlused läbi paindlikkuse efektiivsemateks ning kulutõhusamateks²⁰³. Riigihangete direktiivi 2014/24/EL esimese põhjenduse kohaselt tuleb tagada riigihangete sobilik, tasakaalustatud ja paindlik, kuid õigusekindel raamistik, mis on riigihangete rahvusvahelise turu edasise avamise aluseks. Töö autori arvates omab majandusliku tasakaalu muutmise hindamine (sh riskijaotuse määramine ja lepingu pikendamine) tähtsust üksnes VÕS § 97 rakendamisel ja ka RHS eelnõu kohasel § 123 lg 1 p 4 rakendamisel tulenevalt RHS-i § 123 lg 2 punktist 1 ja 2. Direktiivi 2414/24/EL kohaselt aga ei peaks ettenägematust asjaolust tuleneva lepingu muutmise korras seda rangelt järgima, kuna direktiivis on rõhuasetus suunatud ettenägematust asjaolust tuleneva lepingu

¹⁹⁶ S. T. Poulsen. p 5.3.

¹⁹⁷ Pressetext, p 86.

¹⁹⁸ Pressetext, p 62.

¹⁹⁹ P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost.). Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn 2006, § 97, komm, § 97, komm 4.5.1.

²⁰⁰ Tallinna Lasnamäe Mehaanikakooli hange „Tallinna Lasnamäe Mehaanikakooli õppehoone renoveerimine“ (viitenumber 144832); Riigimetsa Majandamise Keskuse hange „Tämba tee ja Pidula oja silla ehitamine“ (viitenumber 149560)

²⁰¹ K. Kongi, lk 51

²⁰² K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 58

²⁰³ Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunktid 2, 109.

muutmise juhul hankeeseme asendamise vältimisele.²⁰⁴ Magistritöö autor leiab, et direktiivi kohaselt on lubatud ka majandusliku tasakaalu muutmine hankija kasuks, kuna artikli 72 lg 4 teise lause kohaselt ei piira majandusliku tasakaalu muutumine pakkuja kasuks lepingu muutmist ettenägematute asjaolude ilmnemisel. Käesoleva töö autor toetab seisukohta, et muudatused, millega kallutatakse lepingu majanduslikku tasakaalu töövõtja jaoks soodsamaks, peaksid olema lubatud kuni järgmise pakkumise väärtuseni, kuna selline muudatus ei saa kahjustada konkurentsi ja ei oleks sellisel viisil Euroopa Liidu toimimise aluspõhimõtetega vastuolus.²⁰⁵ Sellise lähenemise kasuks räägib ka asjaolu, et väga keerukate lepingute korral, kus mõnikord tuleb muuta paljusid erinevaid tingimusi, võib osutada täpse majandusliku tasakaalu leidmine keerukaks, kui mitte päris tinglikuks. Muutmisvõimaluse kuritarvitamise vältimiseks tuleks leida teised vahendid, kui sellisel kujul muutmisvõimaluste piiramine.

2.3. Ettenägematust asjaolust tingitud hankelepingu muutmisega hankelepingu eseme ulatuse oluline laiendamine

Hankeeseme ulatus peab olema toodud hanketeates, kus näidatakse ära lepingu põhise ja täiendavad esemed, lepingus nimetatud tööde kirjeldus, teostamise koht ning üldkogus ja kogumaht.²⁰⁶ Kõnealune avaldamiskohustus võimaldab pakkumusi piisavalt võrrelda ja tagab vajaliku konkurentsitaseme.²⁰⁷ Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtted väljenduvad järgnevalt: „Kui hanketeade on sõnastatud selgelt, annab see kõigile potentsiaalsetele, piisavalt arukatele, kogunud ja mõistlikult hoolsatele pakkujatele objektiivse võimaluse luua endale konkreetne ettekujutus teostavatest töödest ja nende tegemise kohast ning võimaluse koostada sellest lähtudes oma pakkumus“.²⁰⁸

Läbipaistvuse põhimõtte esmaseks sisuks on hangete väljakuulutamise kohustus, mille kaudu avatakse turg konkurentsile ning mis võimaldab hinnata riigihanke läbiviimise erapooletust ja toetab võrdse kohtlemise põhimõtet. Läbipaistvuse põhimõtte tähendab seda, et kõik hankemenetluses seatavad tingimused tuleb sõnastada hanketeates või hankedokumentides selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt nii, et see võimaldaks kõigil piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikel pakkujatel mõista nende täpset ulatust ja neist ühtemoodi aru

²⁰⁴ Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkt 109

²⁰⁵ S. T. Poulsen. The Possibilities of Amending a Public Contract without a New Competitive Tendering Procedure under EU Law. – Public Procurement Law Review 2012/5, lk 167–187

²⁰⁶ RHS § 32 lg 1

²⁰⁷ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõtte. Juridica 2007/8, lk 567

²⁰⁸ EKo 22.04.2010, nr C-423/07, Komisjon vs Hispaania, p 5.

saada, ning teiselt poolt võimaldaks hankijal tõhusalt kontrollida, kas pakkujate esitatud pakkumused vastavad kõnealuse hankelepingu sõlmimise kriteeriumidele.²⁰⁹

Euroopa Kohtus on lahanud kaasuses nr C-423/07, Komisjon vs Hispaania²¹⁰ olukorda, kus hankedokumendid sätestasid, et pakkujad näitavad oma pakkumustes sõnaselgelt ära meetmed, mida nad kavatsevad võtta seoses mõjuga kogu liiklusvõrgule ja liiklusummikute vältimiseks, piirkonna turismindusele ja mälestusmärkide väärtustamisele, maastiku säilitamiseks ning looduse kaitsmiseks.²¹¹ Selliselt kirjeldatud riigihanke ese ei hõlmanud täiendavaid ehitustöid. Piisavalt arukas pakkuja ei oleks saanud hankedokumentidest järeldada, et ta võis teha ettepaneku suures mahus projektivälise ehitustööde teostamiseks. Ainsana sai eeliseid pakkuja, kes oli juba kiirtee tasulise lõigu kontsessioonäär ja teadis hankija tegelikke vajadusi. Hankija väitis, et hankedokumente tuli tõlgendada vastavalt hankemenetluste suhtes kohaldatavatele siseriiklikele alusnormidele. Hankija tegi pakkujatele ettepaneku näidata üles initsiatiivi ja loomingulisust liiklustiheduse probleemi lahendamiseks kiirteel. Hankija arvates olid need probleemid on üldtuntud ja selgunuks ka ühemõtteliselt pädevate siseriiklike asutuste statistikast.²¹² Kohus märkis, et hankelepingu selguse nõuete täitmiseks on mõnikord vältimatu, et hankedokumentides viidatakse siseriiklikele õigusnormidele, mis käsitlevad ohutust, tervist, keskkonnakaitset või mõnd muud valdkonda puudutavaid tehnilisi kirjeldusi.²¹³ See viitamise võimalus ei saa siiski vabastada hankijat avaldamiskohustustest, mille kohaselt peab asjaomase hanke ese (põhiese ja täiendavad esemed, tööde kirjeldus, teostamise koht, üldkogus, kogumaht) olema määratletud hanketeates ja hankedokumentides. Kohus leidis, et EÜ asutamislepingus sätestatud võrdne kohtlemine ei ole tagatud, kui tegeliku hankeeseme kindlakstegemiseks on vaja tõlgendada hanketeadet ja hankedokumente.²¹⁴ Ei ole õigustatud ebavõrdne kohtlemine, mis jätab teistes liikmesriikides asuvad ettevõtjad hankest kõrvale või toimib põhimõtteliselt nende kahjuks.²¹⁵

Kohustus selgete ja tõlgendamist mittevajavate hanketingimuste väljatöötamiseks tuleneb võrdse kohtlemise põhimõttest, mis nõuab, et kõik olulised asjaolud oleksid kõikidele võimalikele pakkujatele pakkumuste ettevalmistamisel teada.²¹⁶ Euroopa Kohtus on otsuses

²⁰⁹ EKo 10.05.2012 nr C-368/10, Komisjon vs Madalmaade Kuningriik, p 109.

²¹⁰ EKo 22.04.2010, nr C-423/07, Komisjon vs Hispaania

²¹¹ EKo 22.04.2010, nr C-423/07, Komisjon vs Hispaania, p 22.

²¹² Samas, p 62.

²¹³ Vt ka EKo 09.02.2006, nr C-226/04 La Cascina jt, p 32.

²¹⁴ Samas, p 43; 64.

²¹⁵ Riigihangete juhise. Rahandusministeerium, 2014 Tallinn, lk 44.

²¹⁶ EKo 24.01.2008, nr C-532/06, Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon ja Nikolaos Vlachopoulos vs Dimos Alexandroupolis jt., p 34, 36.

C-220/05, *Auroux jt vs Commune de Roanne*²¹⁷, leidnud, et hanketingimusi tuleb tõlgendada pakkujate huvist lähtuvalt, kuna pakkumismenetluste eesmärk on eelkõige tagada võimalikele liidus asutatud pakkujatele juurdepääs neile riigihangetele, mis neid huvitavad.²¹⁸ Hankemenetlus peab vastama võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttele, et pakkujad saaksid võrdsed võimalused sõnastada oma pakkumuste tingimused.²¹⁹ Pakkujaid tuleb käsitleda võrdväärse kogu menetluse jooksul, mis tähendab, et hankijad peavad avaldatud tingimustest kinni pidama.²²⁰

Kehtiva RHS § 69 lg 3 järgi on hankijal lubatud töövõtjaga hankelepingu muutmises kokku leppida üksnes juhul, kui muutmise tingivad objektiivsed asjaolud, mida hankijal ei olnud võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha, ja hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamise. Riigikohus leidis, et „Kuigi RHS § 69 lg 5 järgi ei mõjuta selle nõude rikkumine hankelepingu kehtivust, tähendab eelnev siiski seda, et hankelepingut saab muuta vaid kitsastes piirides, tagades menetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise. Kehtiva RHS § 69 eesmärk on kaitsta teisi pakkujaid ja tagada avaliku raha kasutamise läbipaistvus ning takistada riigihanke menetlusest möödaminekut. Eeltoodust tulenevalt saab riigihanke tulemusena sõlmitud töövõtulepingus hinna hilisema muutmise mõistlik võimalus olla vaid selline, mis on juba alguses avaldatud ja millest saavad lähtuda ka teised pakkujad.“²²¹

Seega peab hankija igasugust lepingu muutmise lubatavust eraldi hindama ja see tekitab raskusi eriti tehniliselt keeruliste projekte korral, kus täpne lepingumaht ja muutmisevajadus võivad selguda alles lepingu täitmise käigus ja fikseeritud hinnaga lepingud võiksid eemale peletada võimalikke pakkujaid.

VaKO on leidnud,²²² et RHS § 32 lõikega 1 on vastuolus, et hankija on sätestanud kohustuse remontida teede auke, täpsustamata seejuures kui suures mahus seda teha tuleb²²³. Vaidlustaja leidis, et pakkujad ei ole pakkumust tehes teadlikud, kui palju linnatänavatel järgneva 3 aasta jooksul parandamist vajavaid lõõkauke eelduslikult tekib. Lõõkaukude tekke maht sõltub suuresti sellest, kui heas või halvas seisukorras on linnatänavad täna, millises mahus kavatakse linn tänavaid järgmise 3 aasta jooksul remontida, millise kvaliteediga kavatakse vastavat

²¹⁷ EKo 18.01.2007, nr C-220/05: *Auroux jt vs Commune de Roanne*

²¹⁸ EKo 18.01.2007, nr C-220/05, *Auroux jt vs Commune de Roanne*, p 53.

²¹⁹ EKo 12.12.2002, nr C-470/99, *Universale-Bau AGjt*, p 93.

²²⁰ Samas, p 40

²²¹ RKTsko 3-2-1-102-14, p 19.

²²² VaKO 08.08.2011 otsus nr 155-11 /126583

²²³ VaKO 08.08.2011 otsus nr 155-11 /126583, p 7.

remonti teostada. Lisaks sõltub tekkivate löökaukude maht ka ilmastikust.²²⁴ VaKO leidis, et hanke menetlusreegleid on rikutud hanke tehniline kirjeldus ei anna pakkujatele selget, täpset ja täielikku ülevaadet hankija vajadustest. Tehniline kirjeldus peab kirjeldama hankelepingu esemele esitatavaid tehnilisi nõudeid vastavas valdkonnas tegutsevale isikule arusaadava terminoloogia ja täpsuse astme kaudu selliselt, et tehnilise kirjelduse alusel oleks pakkujal võimalik kõike hankelepingu eseme teostamiseks vajalikku üheselt määratleda. Pakkujad võivad pakkumuse maksumuses arvestada löökaukude erinevaid mahtusid ja seetõttu võivad pakkumised olla võrreldamatud.²²⁵

Osäühing PORTLIF GRUPP esitas hagi Eesti Vabariigi vastu tasu suurendamiseks. Hageja väitel sõlmisid pooled töövõtulepingu, mille järgi pidi hageja töövõtjana kõrvaldama naftareostuse maanteekraavis. Lepingu hind määrati hageja hinnapakumuse ja seal märgitud eeldusliku reostusmahu alusel. Hageja leidis, et kuna reostuskolde maht on suurem kui hinnapakumises, pidid pooled kokku leppima töö maksumuse suurenemises ja koostama lõpliku hinna kohta lepingu lisa. Hagejalt ei saanud nõuda üksikasjalikku hinnapakumist olukorras, kus selleks ei ole piisavalt võimalusi ega aega.²²⁶

Kui teatud juhtudel pole hankijatel võimalik tehnilises kirjelduses detailselt määratleda sõlmitava hankelepingu eset ja tööde maht pole täpselt teada, ei tähenda see, et hankelepingu täitmise riski peaks kandma ainult kas hankija või pakkuja, küll tuleks esitatavate pakkumuste koostamisel tuleks lähtuda samadest andmetest. Riigihangete direktiivi 2014/24/EL põhjenduse 109 kohaselt võivad avaliku sektori hankijaid mõjutada välised asjaolud, mida nad lepingu sõlmimise ajal ei osanud ette näha, eelkõige juhul, kui lepingu täitmine hõlmab pikemat ajavahemikku. Sellisel juhul on vaja teatavat paindlikkust, mis võimaldaks lepingut selliste asjaoludega kohandada ilma uue hankemenetluseta. Ettenägematute asjaolude all mõistetakse asjaolusid, mida avaliku sektori hankija ei saanud hoolimata esialgse lepingu sõlmimisele eelnenud põhjalikust ettevalmistustööst ette näha, võttes arvesse olemasolevaid vahendeid, konkreetse projekti olemust ja omadusi, vastava valdkonna häid tavaid ning vajadust tagada mõistlik tasakaal lepingu sõlmimise ettevalmistamisele kulunud ressursside ja lepingu eeldatava maksumuse vahel.

²²⁴ VaKO 08.08.2011 otsus nr 155-11 /126583, p 3.1

²²⁵ VaKO 08.08.2011 otsus nr 155-11 /126583

²²⁶ RKTsKo 3-2-1-102-14, p 15

Hankemenetlus ei keskendu niivõrd üksikisiku õigustele, kui võrd konkurentsi kaitsele tervikuna.²²⁷ Seega on seadusandja pidanud otsustama ja kehtestama piirmäära, alates millisest lepingu mahu suurenemisest eeldada konkurentsipõhimõtte rikkumist ja millest alates ettenägematust asjaolust tingitud lepingu muutmine lubatud ei ole. Direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lg 1 punkt c iii) sätestab selliseks piirmääraks ettenägematust asjaolust tingitud lubatud mahu suurendamisele 50 % esialgse lepingu maksumusest.

RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 3 sätestab, et muudatust loetakse hankelepingu üldist olemust märkimisväärselt muutvaks, kui see laiendab oluliselt hankelepinguga määratud hankelepingu eseme ulatust. Nimetatud sätet on võimalik tõlgendada läbi RHS-i eelnõu § 123 lg 2 punkti 3, mis kehtestab lubatud mahu suurendamise piirmääraks 50 % esialgse lepingu maksumusest. Seega saab esmakordselt väita, et RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 3 vastab ka direktiivile, kui muudatuse on tinginud hankija jaoks ettenägematu asjaolu.

Eeltoodud eelnõu sätte alusel oleks olnud võimalik ära hoida eeltoodud osaihingu PORTLIF GRUPP vaidlus Eesti Vabariigiga²²⁸. Kuna nimetatud hankelepingu täitmisel selgus, et likvideeritava reostuse maht ja kontsentratsioon osutusid prognoositust suuremaks, mida ei olnud võimalik ilma ressursimahukaid põhjalikke uuringuid tegemata tuvastada, siis oleksid pooled saanud muuta lepingut RHS eelnõu § 123 lg 2 p 3 alusel.

Hankeeseme märkimisväärsel laiendamise ei võimalda osaleda suurtel pakkujatel, kes algsetel tingimustel ei olnud huvitatud hankes osalemisest, kuid lepingueseme laiendamisel oleksid selle vastu huvi tundnud. Peaks eeldama, et majanduslik tasakaal ei ole lepingumahu suurenemisel nihkunud tarnija kasuks niikaua, kui tarnija kasumimarginaal jääb samaks. On aga ilmne, et pakkumishind võib sõltuda lepingu kogumahust (nn mahuefekt),²²⁹ mistõttu on loodud piirangud täiendavatele tarnetele. Lepingumahu olulisel suurendamisel võib saada kahjustatud konkurents juurde liidetava hankeeseme osas.²³⁰

Vajadus hankelepingu eseme ulatust suurendada võib esineda transporditeenuse hankel, kui tekkib vajadus muuta bussiliinide arvu või pikkust sõltuvalt demograafilisest arengust. Kindlustuslepingu korral võib täiendava vara soetamisel suurenda kindlustatava vara nimekiri. Levinud on ka elektrikäidu korralduse, lumekoristusteenuse või tänavavalgustusvõrgu hooldusteenuse mahtude muutmine lepinguobjektide lisandumise

²²⁷ K. Saar. Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonusi? Hankemenetluse otsuste vaidlustamise probleemid. *Juridica*, 2014, nr 6, lk 423-432, punkt 2.

²²⁸ RKTsKo 3-2-1-102-14

²²⁹ R. Jurcik. Changes to agreements related to public contracts in the EU and Czech Republic. *Recent Researches in Law Science and Finances*, 2013. ISBN: 978-960-474-327-8

²³⁰ EKo 21.07.2005, nr C-231/03. *Conorzio Aziende Metano (Coname) vs Comune di Cingia de' Botti*, punkt 18.

korral. Praktikas on tihti määratud lepingumahu suurenemine eeldatava protsendiga lepingu maksumusest.

Kohila Vallavalitsus on hankel Kohila valla teede talihoole 2011-2015 (viitenumber 127671)²³¹ sätestanud hankelepingu punktis järgmist „5.4. Tellijal on õigus teha vajadusel tööde mahtude osas muudatusi esitades töövõtjale e-kirjaga Teede plaanid ja nimekirjad. Sellisel juhul muutub tasu vastavalt tööde mahu muudatustele.“. Nimetatud lepingupunkt on omane pigem raamlepingule ja sellisel kujul lepingumahu suurendamine ei ole üldjuhul lubatud. Samuti on määramata mahu suurenemise ulatus. Küll oleks võimalik selline prognoositav mahu suurenemine leida, arvestades hankija varasemat kogemust.

Hankel tänavavalgustusvõrgu hooldustööde tegemiseks²³² (viitenumber 157028) on Kohila Vallavalitsus näinud lepingu punktis 3.1.1. ette korrashoitavate tänavavalgustite ja valgustuskilpide võimaliku lisandumise kuni 10% lepingumahu ulatuses aastas. Siiski on Rahandusministeerium on leidnud, et hankija poolt endale jäetud võimalus suurendada lepingumahtu mingi protsendi võrra ei ole piisav, vaid lepingu muutmise reeglid peavad olema detailsemad.²³³ Uue RHS-i eelnõu kohaselt enam kindlat mahu võimaliku suurendamise protsenti sätestama ei peaks, kuna selle § 123 lg 1 p 1 annab hankijale õiguse sõlmitud hankelepingut muuta uut riigihanget korraldamata, kui hankelepingu üldist olemust, näiteks hankelepingu eset, ei muudeta ja muudatuse väärtus ei ületa kokku ei ületa 10 protsenti asjade ja teenuste või 15 protsenti ehitustööde hankelepingu algsest maksumusest, ettenägematust asjaolust tingitud muudatuse korral aga ei või iga muudatus olla suurem kui 50 protsenti algse lepingu maksumusest.²³⁴

Teede ja tänavavalgustusvõrgu laiendamine peaks olema suuresti investeringutekava põhjal prognoositav, ettenägematu asjaolu võiks aga olla aiandusühistu likvideerimise korral ühistu sisese tänavavõrgu koos valgustusega vallale üleminek.

Ettenägematutest asjaoludest põhjustatud lepingu mahu suurendamise vajadus esineb tihti ehituse töövõtulepingute täitmisel. Seetõttu on tavaks ka ehituslepingutes töövõtja puhvri ehk reservi loomine. Samas on küsitav sellise reservi määramise vajadus. E. Karindi-Kask on leidnud, et ehituse töövõtulepingutes toodud reservi määramisel ei ole tegemist hankelepingu muutmisega RHS-i § 69 lg-te 3 ja 4 tähenduses,²³⁵ vaid läibvaatamisklausliga. Käesoleva töö

²³¹ Kohila Vallavalitsuse hange „Kohila valla teede talihoole 2011-2015“ (viitenumber 127671)

²³² Kohila Vallavalitsuse hanke „Tänavavalgustusvõrgu hooldustööd“ (viitenumber 157028)

²³³ E. Karindi-Kask, lk 6-7.

²³⁴ Direktiiv 2014/24/EL art 72 lg 1 p c iii)

²³⁵ E. Karindi-Kask, lk 13.

autor sellega ei nõustu. Reservi määratlemine ei muuda sugugi hankija kohustust hinnata ja prognoosida kõiki lepingu täitmise takistusi või vajalikke lisatöid. Reservi on lubatud kasutada vaid ettenägematu asjaolu ilmnemisel. Töö autori ei näe koguni reservi suuruse määramisel mingisugust objektiivest põhjendust. Reservi ei või kasutada, kui ei esine ettenägematud asjaolud, vastasel juhul peaks kõik tööd koheselt lepingus kirjeldatud. Kui reservi kasutatakse ilma ettenägematu asjaolu tekkimiseta, siis on tegemist vaid uue hankemenetluse läbiviimise kohustusest kõrvalehoidmisega. Reservi ei või käsitleda üksnes kui vaba raha, mida kasutatakse täiendavate tööde tegemiseks vastavalt selle suuruse selgumisele lepingu täitmise lõppfaasis. See jätkaks see hankijale liialt suure otsustusvabaduse ja teistel pakkujatel ei ole võimalik ette näha ja pakkumisel arvestada kas ka kuivõrd tööde mahtu võidakse suurendada. Kasu reservi määramisest tekib töö autori arvates vaid finantsplaneerimisel (lepingu maht näidatakse eelarves maksimaalses suuruses) ja lepingu täitmise ökonomikast tulenevalt (praktilis kasutatakse reservi töökoosolekute protokollide alusel eraldi lepingu muudatust vormistamata).

Hankelepingu eseme ulatuse laienemine võib tekkida ka lepingu pikendamisest tingitud lepingumahu suurenemisest. Kui lepingut pikendatakse hankemenetluseta, siis rikutakse läbipaistvuse ja konkurentsi tagamist käsitlevaid EL õigusnorme.²³⁶ Lepingute pikendamine omab negatiivset tagajärge konkurentidele, kui leping ei ole pakkumismenetluses avalik ning turuosalised ei oska lepingu pikendamist oodata.²³⁷

Küll võimaldab riigihangete direktiivi 2014/24/EL artikkel 32 (3) b) lepingut väljakuulutamisetähtaajaga menetluses uuendada esialgse tarnija lisatarnete puhul, kui tarnija vahetamine sunnits avaliku sektori hankijat hankima teistsuguste tehniliste omadustega asju, mis tooks kaasa ühildamatuse või ülemäärased tehnilised raskused käitamisel ja hooldamisel. Riigihangete direktiivi 2014/24/EL põhjendustes 108 märgitakse, et sätte rakendamine on õigustatud eelkõige siis, kui lisatarned on ette nähtud kas olemasolevate teenuste, asjade või seadmete osaliseks asendamiseks või nende täiendamiseks. Suurim erinevus seisneb selles, et täiendavad tööd ja teenused peavad olema seotud eelkõige hankeesemega, selle koostoimimisega, kuid ettenägematud asjaolud korral on lepingu muutmise piiranguks vaid lepingu olemuse muutumise keeld. Lepingu muutmist tingivaid asjaolusid tuleb vajadusel hankijal tõendada ja muutmisõigust põhjendada.²³⁸

²³⁶ EKo 29.04.2010, nr C-160/08 Komisjon vs Saksamaa, p 55 ja 131.

²³⁷ Konkurrencestyrelsen v Region Sjælland & Region Hovedstaden, decision of the Danish Complaints Board for Public Procurement of October 16, 2009. (S. T. Poulsen kaudu)

²³⁸ EKo 14.09.2004, nr C-385/02, Komisjon vs Itaalia, p 20-22

Väikesemahuliste lepingumuudatuste korral ei pea eeltoodud piiranguid järgima. Känniseks, mille korral ei ole vaja uut hankemenetlust, on 10 % algse lepingu maksumusest teenuste ja asjade hankelepingute puhul ning alla 15 % algse lepingu maksumusest ehitustööde hankelepingute puhul²³⁹. Siiski ei või muudatus muuta lepingu üldist olemust.²⁴⁰

Avaliku pakkumise korraldamise vajadus puudub, kui lepingu pikendamise näol on tegemist lõpetamisele kuuluva või peatselt lõppeva lepingu ajutise jätkamisega.²⁴¹ Sellisel juhul võib kaaluda, kas lepingu muudatus leevendaks kohese lõpetamisega seotud tagajärgi ja vähendaks sellega seotud kohtuvaidluste ohtu ja kulusid. Tarne suurust, tähtaega ja hinda võib muuta, kui sellise muudatuse eesmärk on lepingu lõpetamine lühikese aja jooksul.²⁴² Tuleb arvestada, et hankija peaks kandma olemasoleva lepingu lõpetamisega või tööseisakutega kaasnevad kulud ning enda kulud, mis kaasnevad uue hankemenetluse korraldamisega. Seetõttu muutuks uue hankemenetluse korraldamine lõppkokkuvõttes oluliselt kallimaks kui olemasoleva lepingu tingimuste muutmine.

²³⁹ Direktiiv 2014/24/EL, artikkel 72 (2) (ii).

²⁴⁰ Direktiiv 2014/24/EL, artikkel 72 (2) .

²⁴¹ S. T. Poulsen, p 5.2.

²⁴² K. Hartlev, M. W. Liljenbøl. Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender. (2013) P.P.L.R. 2013, 2, 53, lk 58.

3. RHS-i eelnõu ettenägematute asjaolude ilmnemise korral hankelepingu muutumise võimaluste regulatsiooni vastulu hankedirektiiviga

Ettenägematust asjaolust tulenevale lepingumuudatusel, nagu igale teisele lepingumuudatusel, kehtib piirang, et sellega ei või muutuda hankelepingu üldine olemus. RHS-i eelnõus on avatud hankelepingu üldise olemuse muutumise mõiste § 123 lõikes 2 läbi näidisloetelu,²⁴³ mille kohaselt „muudatus on käesoleva paragrahv tähenduses oluline, kui sellega muudetakse et hankelepingu üldist olemust märkimisväärselt, eeskätt juhtudel, kui:

- 1) muudatusega lisatakse tingimus, mis laiendanuks võimalike riigihankes osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakkumuste hulka, kui riigihanke alusdokument oleks sellist tingimust sisaldanud;
- 2) muudatus tingib hankelepingust tuleneva lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise pakkuja kasuks hankelepingus sätestamata viisil;
- 3) muudatus laiendab oluliselt hankelepinguga määratud hankelepingu eseme ulatust;²⁴⁴.

Töö autor leiab, et vaatamata sättes sisalduvale sõnale „eeskätt“ on seadusandja pidanud silmas, et muudatus on igal juhul oluline, kui ta vastab loetelus esitatud tunnustele. RHS-i eelnõu § 123 lg 2 puudub säte, mis märgiks, et nimetatud hankelepingu üldist olemust muutvad olukorrad ei välista RHS-i eelnõu § 123 lg 1 p 4 kohaldamist.

Nimetatud RHS-i eelnõu säte arvestab senist kohtupraktikat, kui ei arvesta direktiivi uut teksti, mille kohaselt ei tähenda selliste tingimuste esinemine igal juhul hankelepingu olemuse muutumist juhul, kui muudatus on tinginud hankijale ettenähtamatud asjaolud. Vaid juhul, kui tekkinud olukord ei vasta direktiivi art 72 lõigetes 1-2 nimetatud tunnustele, peab hankija direktiivi kohaselt arvestama ühese keeluga, et pole lubatud selliste tingimuste lisamine, mis laiendanuks osalejate ringi või märkimisväärselt lepingu reguleerimisala või muudab majanduslikku tasakaalu töövõtja kasuks.²⁴⁵ Ettenägematutest asjaoludest tingitud muutmisvajaduse juhtudel peab hankija igal korral hindama kas muudatus on oluline või mitte, võttes arvesse direktiivi põhjenduspunktis 109 toodud selgitusi.

Eeltoodut arvestades on RHS-i eelnõus lepingu muutmise rangem regulatsioon on vastuolus direktiivi 2014/24/EL regulatsiooniga, kui muudatuse põhjustavad hoolsale hankijale ettenägematud asjaolud. Üldjuhul tuleb lepingu üldise olemuse muutmist sisustada vastavuse

²⁴³ RHS-i eelnõu § 123 lg 2

²⁴⁴ RHS-i eelnõu § 123 lg 2, p 1-3

²⁴⁵ Direktiivi 2014/24/EL lg 4

osas EL toimimise üldpõhimõtetega, eelkõige kaupade vaba liikumise ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtete ning nendest tulenevate põhimõtete, nagu võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine, proportsionaalsus ja läbipaistvus.²⁴⁶ Nimetatud põhimõtteid ei pruugi olla alati ohustatud, kui muudatuse tingisid ettenägematud asjaolud, kuna selliste asjaolude ilmumine oleks mõjutanud kõiki hankes osalejaid sarnaselt. Hankemenetlus ei keskendu niivõrd üksikisiku õigustele, kui võrd konkurentsi kaitsele tervikuna.²⁴⁷ Seega on seadusandja pidanud otsustama ja kehtestama piirmäära, alates millisest lepingu mahu suurenemisest eeldada konkurentsipõhimõtte rikkumist ja millest alates ettenägematust asjaolust tingitud lepingu muutmine lubatud ei ole.

Direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lg 1 punkt c iii) sätestab selliseks piirmääraks ettenägematust asjaolust tingitud lubatud mahu suurendamisele 50 % esialgse lepingu maksumusest. RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 3 sätestab, et muudatust loetakse hankelepingu üldist olemust märkimisväärselt muutvaks, kui see laiendab oluliselt hankelepinguga määratud hankelepingu eseme ulatust. Nimetatud sätet on võimalik tõlgendada läbi RHS-i eelnõu § 123 lg 2 punkti 3, mis kehtestab lubatud mahu suurendamise piirmääraks 50 % esialgse lepingu maksumusest. Seega saab väita, et RHS-i eelnõu § 123 lõikes 2 toodud piirangutest vastab vaid punkt 3 direktiivile, kui muudatuse on tinginud hankija jaoks ettenägematu asjaolu.

Direktiiviga kooskõlalise tõlgendamise kohustus tuleneb Euroopa Ühenduse lepingu artiklist 10 ja artikli 249 lõikest 3. Eesti õigust peab tõlgendama kooskõlas Euroopa Liidu asjakohaste direktiivide ja Euroopa Kohtu praktikaga.²⁴⁸ Sellest tuleneb muuhulgas kohustus tõlgendada Eesti õigust võimalikult suures ulatuses Euroopa Liidu õiguse sõnastust ja eesmärki arvestades.²⁴⁹ Kui õiguse sõnastus on avatud rohkem kui ühele tõlgendusele, tuleks eelistada tõlgendust, mis on kooskõlas asutamislepingus sätestatuga.²⁵⁰

Käesoleval juhul on Eesti siseriiklik õigus RHS-i eelnõus läinud liidu eesmärkide kindlustamisel kaugemale, kui seda liit ise on teinud. Seetõttu ei saa väita, et RHS-is toodud meetmed oleksid vastuolus liidu põhimõtetega, küll aga on rangemad kui direktiiv.

Direktiivist ei nähtu, et liikmesriikidele oleks ettenägematust asjaolust tingitud hankelepingu muumisvõimaluste sellisel kujul piiramiseks kaalutusõigust võimaldatud. Sellegipoolest leiab

²⁴⁶ Direktiivi 2014/24/EL põhjenduste punkt 1

²⁴⁷ K. Saar. Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonusi? Hankemenetluse otsuste vaidlustamise probleemid. *Juridica*, 2014, nr 6, lk 423-432, punkt 2.

²⁴⁸ EKo 13.11.1990, nr C-106/89, *Marleasing SA*, p 8; RKHKm 3-3-1-85-07, p 3

²⁴⁹ EKo 27.02.2003 nr C-327/00, *Santex SpA vs Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, and Sca Mólnlycke SpA, Artsana SpA and Fater SpA*, p 63

²⁵⁰ EKo 13.12.1983, nr C-218/82, *Komisjon vs Nõukogu*, punkt 15

rahandusministeerium, et riigihangete direktiivis lepingu muutmist reguleerivate sätete korral on tegemist nn miinimumharmoniseerivate sätetega, mille korral liikmesriik võib kehtestada rangema regulatsiooni. Rahandusministeeriumi nõuniku ja RHS-i eelnõu autori Evelin Karindi-Kaski sõnul²⁵¹ kinnitab seda seisukohta jäätmekäitlejate lobitöö tulemusel vastu võetud sisetehingu (*in-house*) erandi piiramine Eesti õiguses teenuste kontsessioonide andmisel. Evelin Karindi-Kaski kinnitusele pöördus rahandusministeerium enne RHS § 14¹ lg 3 p 1 vastu võtmist Euroopa Komisjoni poole vastava seisukoha saamiseks ja Euroopa Komisjon ei pidanud vajalikuks selles küsimuses seisukohta kujundada. Ka sisetehingu erand tuleneb Euroopa Kohtu juhustest direktiiv 2004/18 artikli 1 lõike 2 punkt a rakendamiseks,²⁵² mida Eesti riik otsustas veelgi piirata.

Tuleb tagada EL õigusnormide täielik õigusmõju, kohus peab jätma vajaduse korral omal algatusel kohaldamata siseriikliku õigusakti sätte, mis on vastuolus liidu õigusega.²⁵³ Ka juhul, kui EL õigus võimaldab selle üle võtmisel ja rakendamisel liikmesriigile teatud diskretsiooniõigust, so juhul EL õigus annab liikmesriigile eesmärgi, kuid vahendid selle saavutamiseks jäävad liikmesriigi kehtestada, peavad valitud vahendid olema kooskõlas nii EL õigusega.

Liikmesriikidele on hankedirektiivide üle võtmisel jäetud kaalutlusruumi üksnes piiratud ulatuses, enamik direktiivi 2014/24/EL tekstist on ülevõtmiseks kohustuslik. Magistritöö autor leiab, et ettenägematust asjaolust tuleneva lepingu üldise olemuse muutumise regulatsiooni tõlgendades tuleks järgida direktiivi, millest nähtub, et ettenägematust asjaolust tingitud lepingumuudatuse olulisuse hindamiseks on seadusandja soovinud sätestada leebema regulatsiooni, kui Euroopa Kohtu poolt olulisele lepingumuudatusele üldjuhul antavale tõlgendusele. Direktiivist 2014/24/EL ei nähtu luba liikmesriikidel valida, kas ja kuidas art 72 kohaldada. Erandiks on juhud, kus direktiivid lubavad liikmesriikidel valida, kas ja kuidas mingit konkreetset sätet kohaldada.²⁵⁴

Töö autor leiab, et juhul, kui liikmesriikidele on jäetud kaalutlusõigus, on seda reeglina ka direktiivis väljendatud. Näiteks on miinimumharmoniseeriv nõukogu direktiiv tarbija kaitsmise kohta väljaspool ärruume sõlmitud lepingute korral.²⁵⁵ Direktiivi artikkel 8

²⁵¹ Riigihangete teabepäev, 28.04.2016 TTÜ innovatsiooni- ja ettevõtluskeskus Mektory

²⁵² Vt EKo, 18.11.1999, C-107/98, Teckal Srl, p 50

²⁵³ EKo 9.03.1978, nr 106/77, Simmenthal, p 24

²⁵⁴ Näiteks võivad liikmesriigid kehtestada regulatsiooni alla rahvusvahelise piirmäära, otsustada otsemaksete tegemise võimaluse üle alltöövõtjatele, võimaldada avaliku sektori hankijatele läbirääkimistega menetlust või otsustada kõrvaldamata jätmise võimaluste üle üldistest huvidest lähtuvalt.

²⁵⁵ Nõukogu 20.12.1985 direktiiv 85/577/EEC tarbija kaitsmise kohta väljaspool ärruume sõlmitud lepingute korral. - Euroopa Liidu Teataja L 372, 31/12/1985 P. 0031 - 0033

sätetab, et „Käesolev direktiiv ei takista liikmesriike vastu võtmast või säilitamast tõhusamaid tarbijakaitsetsätteid direktiiviga reguleeritavas valdkonnas.“. Nõukogu direktiivis reisipakettide, puhkusepakettide ja ekskursioonipakettide kohta sisaldub miinimumklausel artiklis 8 järgmiselt: „Liikmesriigid võivad tarbijakaitse eesmärgil võtta vastu või säilitada käesoleva direktiiviga reguleeritavas valdkonnas rangemad eeskirjad.“.²⁵⁶ Veelgi selgemini on miinimumklausel välja toodud Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 97/7/EÜ, 20. mai 1997 „Tarbijate kaitse kohta sidevahendi abil sõlmitud lepingute korral.“²⁵⁷

„Artikkel 14

Miinimumklausel

Tarbijakaitse kõrgema taseme tagamiseks võivad liikmesriigid käesoleva direktiivi reguleerimisalas kehtestada või säilitada rangemad sätted, kui need on kooskõlas asutamislepinguga. Kõnealuste sätetega võib liikmesriik vajaduse korral ning üldistes huvides keelata oma territooriumil teatavate kaupade ja teenuste, eeskätt ravimite turustamise sidevahendi abil sõlmitud lepingute alusel, võttes seejuures nõuetekohaselt arvesse asutamislepingut.“.

Ka riigihangete direktiivis on välja toodud klauslid, mille korral võivad liikmesriigid otsustada, kuidas võtta sätted üle. Nt sätestab artikkel 71 lg 7 „Liikmesriigid võivad oma siseriikliku õiguse alusel kehtestada rangemad eeskirjad või minna alltöövõtjatele otsemaksete tegemisel kaugemale, näiteks nähes ette, et alltöövõtjatele on võimalik otse maksta, ilma et nad peaksid otsemaksmist taotlema.“. Direktiivi 2014/24/EL artikli 32 kohaselt võivad liikmesriigid lubada väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamist, kuid ei pea seda tegema: „1. Liikmesriigid võivad ette näha, et konkreetsetel lõigetes 2–5 kindlaks määratud juhtudel ja asjaoludel võivad avaliku sektori hankijad sõlmida riigihankelepinguid väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse alusel.“. Direktiivi 2014/24/EL artikli 67 lg 2 sätestab, et „Liikmesriigid võivad ette näha, et avaliku sektori hankija ei või kasutada ainult hinda või ainult kulu pakkumuste hindamise ainsa kriteeriumina või piirata nende kasutamist teatavatele avaliku sektori hankijate kategooriatele või teatavat liiki lepingutele.“.

Töö autor tunnistab, et alati ei pea tulenema sätte teistsuguse kohaldamise võimalus aktist või sättest otsesõnu, kuid õiguse ühetalise kohaldamise põhimõttega on vastuolus direktiivide sisu

²⁵⁶ Nõukogu 13.06.1990 direktiivi 90/314/EEC reisipakettide, puhkusepakettide ja ekskursioonipakettide kohta. - Euroopa Liidu Teataja L 158 , 23/06/1990 Lk 0059 - 0064

²⁵⁷ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 20.05.1997 direktiiv 97/7/EÜ tarbijate kaitse kohta sidevahendi abil sõlmitud lepingute korral. - Official Journal L 144 , 04/06/1997 P. 0019 - 0027

üle võtmisel muuta. Käesoleval juhul on RHS-i eelnõus antud lepingu olemuse muutumisele teistsugune sisu, kui seda on soovitud direktiivis. Vastavalt ELTL artikli 267 sätetele on liikmesriigi iga kohus pädev esitama Euroopa Kohtule eelotsusetaotluse liidu õigusnormi tõlgendamise kohta, kui ta seda menetluses oleva asja lahendamiseks vajalikuks peab. Eelotsusetaotlus on Euroopa Liidu õiguse põhimehhanism, mille eesmärk on anda liikmesriikide kohtutele vahend, mille kaudu tagada selle õiguse ühetaoline tõlgendamine ja kohaldamine liidus.²⁵⁸ Kuigi juhised on antud kohtutegevusele, nähtub eeltoodust, et siseriikliku õigust tuleb kohaldada ühetaolise tõlgendamise kohaselt, seda peavad järgima ka kõik hankijad.

RHS-i eelnõu hankelepingute muutmise regulatsioon ettenägematute asjaolude ilmnemise korral küll vastab Euroopa Liidu õigusele, kuid ei ole kindel, et see aitaks kaasa riigihangete direktiivi 2014/24/EL eesmärkidele muuta hanked ökonoomseteks ja tõhusamateks. Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunktis 109 on leitud, et avaliku sektori hankijatele tuleb kindlustada paindlikkus, kuid neid võivad mõjutada välised asjaolud, mida nad lepingu sõlmimise ajal ei osanud ette näha. Sellisel juhul on vaja võimaldada kohaldada lepingut selliste asjaoludega ilma uue hankemenetluseta. Arvesse tuleb võtta vajadust tagada mõistlik tasakaal lepingu sõlmimise ettevalmistamisele kulunud ressursside ja lepingu eeldatava maksumuse vahel. „Selle all ei mõisteta siiski olukorda, kus lepingu muudatuse tulemusena muutub kogu riigihanke olemus – kui näiteks riigihanke esemeks olevad ehitustööd, asjad või teenused asendatakse millegi muuga või riigihanke liiki oluliselt muudetakse –, sest sellisel juhul võib eeldada hüpoteetilist mõju esialgse hankemenetluse tulemusele.“²⁵⁹

Seega nähtub, et ettenägematu asjaolu korral peab direktiiv lepingu olemust muutvaks eelkõige hankeeseme või liigi muutumist. Muudel juhtudel tuleb aga lepingu olemuse võimalikku muutmist hinnata vastavalt konkreetse kaasuse asjaoludele.

Kuna direktiivid sätestavad ettenägematute asjaolude arvestamise erandi esmakordselt, siis ei ole Eesti õiguse puhul toetumine varasemale Euroopa Kohtu praktikale põhjendatud. EÜ asutamislepingu artiklis 10 (nüüd ELL art 4 lg 3) on sätestatud liikmesriikide kohustus tagada asutamislepingust või ühenduse institutsioonide võetud meetmetest tulenevate kohustuste täitmine ja aidata kaasa ühenduse eesmärkide saavutamisele. Kohaldades siseriiklikku õigust ja eriti siseriikliku seaduse neid sätteid, mis on kehtestatud direktiivide täitmiseks, tuleb siseriiklikku õigust tõlgendada direktiivi sõnastust ja eesmärki silmas pidades. Riigikohtu

²⁵⁸ Euroopa Kohtu soovitus siseriiklikele kohtutele eelotsuse taotlemiseks (2012/C 338/01) Euroopa Liidu Teataja 06.11.2012 nr c 338/1, p 1

²⁵⁹ Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkt 109

halduskollegium leidis 5. oktoobri 2006. a otsuse asjas nr 3-3-1-33-06 punktis 25, et tuleb teha kindlaks, kas vaidlusaluseid sätteid tõlgendades on neid võimalik kohaldada kooskõlas Euroopa Liidu õigusega või tuleb nimetatud sätted jätta kohaldamata vastuolu tõttu EL-i õigusega.²⁶⁰

Kooskõlalise tõlgendamise põhimõte on Euroopa Liidu õiguses esmajoones sama olukorda reguleerivate õigusnormide konflikti lahendamise võtte, et tagada Euroopa Liidu õiguse tõhus toimimine liikmesriigi õiguskorras. Euroopa Kohtu praktika kohaselt peab siseriiklik kohus riigi õiguse kohaldamisel tõlgendama siseriiklikku õigust nii palju kui võimalik Euroopa Liidu õiguse sõnastust ja eesmärki arvestades.²⁶¹ Euroopa Ühenduse Asutamislepingu artikli 249 lõike 3 kohaselt on direktiiv saavutatava tulemuse seisukohalt siduv iga liikmesriigi suhtes. Riigid võivad valida sobivad meetodite direktiivi eesmärkide saavutamiseks. Seega Euroopa Liidu õigusnormi kasutatakse abivahendina siseriikliku õigusnormi tõlgendamisel. Kohaldada tuleb kohaldada siseriiklikku õigusnormi, kuid see norm sisustakse Euroopa Liidu normi valguses. Selline meetod võimaldab mõõdukat sissetungi liikmesriigi õigusesse, erinevalt vahetu õigusmõju doktriinist, mille järgi kohus kohaldab Euroopa Liidu õigusnormi ning kui vaja, jätab kõrvale Euroopa Liidu õigusnormiga vastuolus oleva siseriikliku õigusnormi.²⁶²

Tänapäeva doktriin ja kohtupraktika eelistavad Euroopa Liidu õigusega kooskõlalise tõlgendamise põhimõtte (kaudne mõju) kohaldamist vahetule õigusmõjule, mis tähendab, et Euroopa Liidu õiguse ja siseriikliku õiguse võimaliku vastuolu korral peab esmalt otsima võimalust neutraliseerida vastuolu nn lepitava tõlgendusega.²⁶³

Käesoleval juhul tuleb analüüsida, kas RHS-i eelnõu teistsugune lepingu üldise olemuse muutmise sisustamine ettenägematute asjaolude korral tähendab automaatselt vastuolu Euroopa Liidu õigusega. Direktiivist 2014/24/EL artiklist 72 lg 4 teisest lausest tuleneb otsesõnu, et direktiivi artiklist 72 lg 4 p a piirang ei laiene olukorras, kui muudatused tulenevad olukorrast, mida hoolas avaliku sektori hankija ei saanud ette näha. Liikmesriik saab välistada direktiivi artiklist 72 lg 4 p a kohaldamist. Liikmesriigi diskretsiooniõigus direktiivi üle võtmisel ei tähenda, et lepingu üldist olemuse muutumist saaks Eestis määratleda teisiti, kui seda on tehtud direktiivis.

²⁶⁰ RKHKo 3-3-1-33-06, p 25

²⁶¹ EKo 10.04.1984, nr 14/83, Sabine von Colson ja Elisabeth Kamann vs Land Nordrhein-Westfalen, p 28. EKo 13.11.1990, nr C-106/89, Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA, p 7.

²⁶² Võrguväljaanne Iuridica, kättesaadav internetis: <https://iuridica.wordpress.com/>

²⁶³ Võrguväljaanne Iuridica, kättesaadav internetis: <https://iuridica.wordpress.com/>

Magistritöö autor peab vajalikuks käsitleda ka direktiivi sätte võimalikku otsekohalduvust. Otsekohalduvusele tuginemiseks peab säte olema sisult piisavalt selge ja täpselt määratletud, tingimusteta, s.o ei vaja siseriikliku õigusega täpsustamist.

Rahandusministeeriumi käitumisjuhise²⁶⁴ kohaselt: „Riigihangete direktiivide puhul tuleb arvestada, et sarnaselt nendes sätestatud reeglite kohaldumisele, tuleb otsekohaldamine kõne alla vaid juhul, kui hankelepingu eeldatav maksumus on vähemalt võrdne rahvusvahelise piirmääraga. Seega, kui hankelepingu eeldatav maksumus on rahvusvahelisest piirmäärast väiksem, ei pea hankija direktiivide võimaliku otsekohaldumise osas pead murdma.“. Nimetatud nõuanne tuleneb direktiivi 2014/24/EL artiklist 1, mille kohaselt direktiiviga kehtestatakse eeskirjad hankemenetluste läbiviimiseks avaliku sektori hankijate poolt selliste riigihankelepingute sõlmimiseks, mille eeldatav maksumus ületab artiklis rahvusvahelisi piirmäärasid.

Kuna riigihangete 2014/24/EL direktiiv laieneb üksnes üle piirmäära hangetele ja alla piirmäära hangetel on riikidel kaalutusõigus kehtestada ise vastav regulatsioon, siis võib ka tekkida olukord, kus alla piirmäära hankel tuleb rangelt järgida RHS kohast ettenägematute asjaolude hindamise regulatsiooni ja RHS-i eelnõu § 123 lg 2 piirangid ka ettenägematute asjaolude ilmnemisel, kuid üle rahvusvahelist piirmäära hangete korral tuleks need vastuolu tõttu direktiiviga kohaldamata jätta.

Võimalik kohustus direktiivide teatavate sätete vahetuks kohaldamiseks riigihangete kontekstis tähendab, et neile võivad tugineda pakkujad, seetõttu laieneb vastavate sätete kohaldamine ka hankijatele.²⁶⁵ Lisaks ülaltoodule tuleb rõhutada, et direktiivide otsekohaldatavus ei tähenda üksnes nende kehtima panemise õigust siseriiklikus kohtus. Kui direktiivi sätte otsekohaldatavuse eeldused on täidetud, peab sellist sätet kohaldama ka mis tahes haldusorgan. Vastavalt rahandusministeeriumi käitumisjuhisele²⁶⁶ peaks olema otsekohaldatavad:

1. kõrvaldamata jätmise maksuvõla tasumisel/ajutamisel enne kõrvaldamise kohta otsuse tegemist;²⁶⁷
2. kõrvaldamata jätmise heastamisel enne pakkumuse/taotluse esitamist;²⁶⁸

²⁶⁴ Rahandusministeeriumi käitumisjuhise otsekohaldatavuse kohta. Kättesaadab internetis: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-35603.pdf (20.04.2014)

²⁶⁵ Samas

²⁶⁶ Samas

²⁶⁷ Direktiiv 2014/24/EL art 57 lg 2- pakuja võib maksuvõla likvideerida

3. käibenõude suuruse vaidlustamine enne pakkumuse esitamist;²⁶⁹
4. hankepassi aktsepteerimine Euroopa Komisjoni vormil;²⁷⁰
5. sotsiaal ja eriteenuste loetelust kinni pidamine;²⁷¹
6. kontsessiooni hankelepingu tühistamine, kui menetluskorda on rikutud.²⁷²

Nagu eeltoodust nähtub, ei käsitle rahandusministeerium otsekohaldatavuse kohta juhiste andmisel hankelepingu muutmise regulatsiooni kasutamise võimalusi, kuna nimetatud otsekohaldatavuse eesmärgiks on kaitsta pakkujaid. Direktiiv aga annab hankijale õiguse lepingu muutmiseks, kuid ei kohusta hankijat muutma hankelepingut või kohaldama erandit. Seega pole ka pakkujal õigust direktiivile tuginedes lepingu muutmist nõuda.

Ehkki direktiivi 2014/24 põhjenduses kaks on märgitud, et selle direktiivi eesmärk on selgitada põhimõisteid ja -kontseptsioone, et tagada õiguskindlus ja võtta arvesse Euroopa Kohtu asjakohase väljakujunenud kohtupraktika teatavaid asjakohaseid aspekte, kehtestatakse siiski sisulised muudatused ja uued tingimused ettenähtamatus olukorras lepingumuudatuse olulisuse hindamiseks muutmiseks, mida ei olnud varasemas korras ette nähtud ja mis erinevad ka kohtupraktikast.

Euroopa Komisjon on märkinud, et direktiivi 2014/24/EL kohaldamisel olukorras, kus direktiiv ei ole siseriiklikusse õigusesse tähtaegselt üle võetud, võib arvestada, et paljud sätted on jäänud samaks või siis võtavad kokku Euroopa Kohu praktika. Sellistel juhtudel on täiesti võimalik saavutada direktiivide kohane rakendamine kohaldades õigesti praeguse direktiivide vastavaid sätteid. Direktiivi 2014/24/EL rakendamisel tuleb arvestada, kas direktiivi säte on „uus“, „kohandatud“ või „muutev“. „Kohandatud“ säte tähendab sisuliselt praegusega samasugust sätet, mis on kohandatud direktiivi kontekstiga, „muudetud“ säte tähendab sisulisi muutusi ning „uus“ säte näitab, et lahendatavat küsimust praeguses direktiivis reguleeritud ei ole. Mõned „uued“ sätted, nagu direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõige 4 kordab praegust praktikat.²⁷³

²⁶⁸ Direktiiv 2014/24/EL art 57 lg 6 – pakkuja võib nõuda haeastamise hindamist

²⁶⁹ Direktiiv 2014/24/EL art 58 lg 3 – pakkuja võib vaidlustada minimaalse aastakäibe nõude, mis ületab kahekordset lepingumaksumust

²⁷⁰ Direktiiv 2014/24/EL art 59 – hankija peab hankepassi aktsepteerima

²⁷¹ Direktiiv 2014/24 art 74 – sotsiaal ja eriteenuste hankete avaldamiskohustus

²⁷² Direktiiv 2014/23 art 8 lg 2 – kontsessiooni eeldatava maksumuse eksimuse 20% reegel

²⁷³ Euroopa Komisjoni selgitus riigihangete töörühma kuuluvatele liikmesriikide ekspertidele.

Magistritöö autor leiab, et tõepoolest „uue“ artikli 2014/24/EL artikli 72 lg 4 kordab praegust kohtupraktikat. Samas on täiesti uus põhimõte, et praegust praktikat ei pea arvestama, kui olukord vastab artikli 72 lg 1 punktile c.²⁷⁴

Eeltoodut arvestades leiab töö autor, et lepingu olemuse muutumise hindamisel ettenägematutest asjaoludest tingitud lepingumuutmise korral ei pea hankija rangelt arvestama RHS-i eelnõu § 123 lg 2 kohast regulatsiooni, kuna see oleks vastuolus kooskõlalise tõlgendamise nõudega. RHS eelnõu § 123 vajab magistritöö autori arvates õigusselguse saavutamiseks täiendavat reguleerimist sättega, mis otsesõnu selgitaks, et § 123 lg 2 loetletud olukorrad ei välista lepingu muutmist, kui muudatuse põhjustavad hoolsale hankijale ettenägematud asjaolud,

²⁷⁴ Direktiivi artikli 72 lg 4 teise lause kohaselt ei piiraks selles sätte kohaselt muudatuse oluliks lugemine sama artikli lg 1 p c kohaldamist.

KOKKUVÕTE

Käesoleva magistritöö uurimisobjektiks oli analüüsida hankelepingu muutmise õigust pärast selle sõlmimist Euroopa Liidu ja Eesti RHS-i kohaselt, kui muutmisvajaduse tingivad ettenägematud asjaolud. Magistritöös uuriti, kuidas on Euroopa Liidu toimimise lepingust tulenevad üldpõhimõtteid seotud RHS-i eelnõus sätestatud lepingu muutmise regulatsiooniga ning kuidas mõjutavad põhimõtete täitmist ettenägematud asjaolud.

Hankelepingu muutmise õiguse hindamisel tuleb uurida sellise muudatuse mõju vastavust riigihangete üldpõhimõtetele. Riigihankeõiguse esmaseks eesmärgiks on läbi konkurentsi kindlustada ühisturu toimimine majanduse edendamise, mitte konkreetsete lepingupoolte kaitse ja igakordne eelarvevahendite kokkuhoid ning menetluse ökonoomsus.²⁷⁵ Hankeeseme omaduste ja täitmise viiside muutmise piirangud tulenevad sellest, et lepingumuutmise teel võib kogu hankemenetlus osutada oma eesmärgi mittetäitvaks. Hankeleping tuleb üldjuhul täita samadel tingimustel, mis olid algselt välja toodud hankedokumentides. Siiski võivad avaliku sektori hankijaid mõjutada välised asjaolud, mida nad lepingu sõlmimise ajal ei osanud ette näha. Sellisel juhul on vaja teatavat paindlikkust, mis võimaldaks lepingut selliste asjaoludega kohandada ilma uue hankemenetluseta.²⁷⁶ Muutmisõiguse sidumine asjaolu ettenägematusega on põhjendatud, kuna siis olid kõik pakkujad võrdses olukorras pakkumiste tegemisel, kui pakkujad tegid pakkumised omades sama informatsiooni, on tagatud pakkumuste võrreldavus. Asjaolu ettenägematuse kriteerium välistab mõne pakkuja eelistamise. Kuritarvituste vältimiseks peab asjaolu saabumine olema tingitud välistest teguritest. Eristada tuleb ettenägematuid objektiivseid asjaolusid (nt kaetud ehituskonstruksioonide avamisel selgunud täiendavate tööde vajadus) ja subjektiivsete asjaolusid, mis sõltuvad vaid tellija eelistuste muutumisest. Asjaolu ettenägematusele ei saa tugineda juhul, kui hankija muudab oma meelt toodete või teenuste omaduste osas või ei ole olnud piisavalt ettenägelik hankekirjelduse koostamisel. Direktiivis 2014/24/EL antud selgituste kohaselt mõistetakse ettenägematute asjaolude all asjaolusid, mida avaliku sektori hankija ei saanud hoolimata esialgse lepingu sõlmimisele eelnenud põhjalikust ettevalmistustööst ette näha, võttes arvesse olemasolevaid vahendeid, konkreetse projekti olemust ja omadusi, vastava valdkonna häid tavaid ning vajadust tagada mõistlik tasakaal

²⁷⁵ S. Mõistlik. Raamleping, kui hankija lepinguvabaduse suurendamise instrument riigihankes: magistritöö; juhendaja prof. K. Merusk. Tartu Ülikool, 2013, lk 11-12.

²⁷⁶ Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkt 109

lepingu sõlmimise ettevalmistamisele kulunud ressursside ja lepingu eeldatava maksumuse vahel.²⁷⁷

Euroopa Liidu kohtupraktika kohaselt nõuab vaid oluline lepingumuudatus uut riigihankemenetlust. Sama põhimõtet on järginud nii riigihangete direktiiv 2014/24/2014, kui ka RHS-i eelnõu. Autor analüüsis ja kirjeldas käesolevas magistritöös kriteeriume, millest tulenevalt loetakse lepingu olemus muutunuks ettenägematute asjaolude ilmnemisel riigihankedirektiivis 2014/24/EL ja sellest tulenevas RHS-i eelnõus.

RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 1 kohaselt loetakse muudatus hankelepingu üldist olemust märkimisväärselt muutvaks juhtudel, kui muudatusega lisatakse tingimus, mis laiendab võimalike riigihankes osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakkumuste hulka. On selge, et juhul kui oluliselt muudetakse hankeeset või lepingu täitmise viisi, võiksid muudetud hankelepingut soovida vastu huvi tunda ka teised pakkujad, keda esialgsed hanketingimused ei rahuldanud. Erinevate spetsifikatsioonidega toodetele ja teenustele on ka erinevad pakkujad turul.

RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 1 arvestab igati senist kohtupraktikat, kui ei arvesta direktiivi 2014/24/EL teksti, mille kohaselt ei ole keelatud muudatus, millega lisatakse tingimusi, mis oleksid võimaldanud osaleda ka muudel kui algselt välja valitud taotlejatel või aktsepteerida muid kui algselt aktsepteeritud pakkumusi või mis oleksid hankemenetluses kaasanud täiendavaid osalejaid, kui neid oleks rakendatud algses hankemenetluses, olukorras, mida hoolas avaliku sektori hankija ei saanud ette näha. Vaid juhul, kui tekkinud olukord ei tulene ettenägematust asjaolust, ega vasta teistele direktiivi art 72 lõigetes 1-2 nimetatud tunnustele, peab hankija direktiivi kohaselt arvestama ühese keeluga, et pole lubatud selliste tingimuste lisamine, mis laiendab osalejate ringi. Ettenägematutest asjaoludest tingitud muutmisvajaduse juhtudel peab hankija igakordselt hindama kas muudatus on oluline või mitte, võttes arvesse direktiivi põhjenduspunktis 109 toodud selgitusi.²⁷⁸

RHS-i eelnõus 123 lg 2 p 1 lepingu muutmise rangem regulatsioon on vastuolus direktiivi 2014/24/EL regulatsiooniga, kui muudatuse põhjustavad hoolsale hankijale ettenägematud asjaolud. Üldjuhul tuleb lepingu üldise olemuse muutmist sisustada vastavuse osas EL toimimise üldpõhimõtetega, eelkõige kaupade vaba liikumise ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtete ning nendest tulenevate põhimõtete, nagu võrdne kohtlemine,

²⁷⁷ Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkt 109

²⁷⁸ Direktiivi 2014/24/EL põhjendusepunkti 109 kohaselt muutub muudatuse tulemusena kogu riigihanke olemus kui näiteks riigihanke esemeks olevad ehitustööd, asjad või teenused asendatakse millegi muuga või riigihanke liiki oluliselt muudetakse.

mittediskrimineerimine, proportsionaalsus ja läbipaistvus. Arvestades vajadust tagada paindlikkus ja hanke eesmärgi saavutamine, ei ole direktiivis peetud konkurentsi tagamiseks vajalikuks hinnata ettenägematute asjaolude ilmnemisel riigihankes võimalike osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakkumuste hulga suurenemist.

RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 2 kohaselt loetakse hankelepingu üldist olemust märkimisväärselt muutvaks ka juhul, kui muudatusega kallutatakse lepinguliste kohustuste vahekorda pakkuja kasuks hankelepingus sätestamata viisil. Pakkuja kasuks majandusliku tasakaalu muutmise keelu ettenägemine on vajalik, sest mõni hankija poolt eelistatud potentsiaalne pakkuja võib lepingu saamiseks teha turuhinnast märkimisväärselt odavama pakkumuse, lootes lepingumaksumust hiljem suurendada. Sellisel juhul ei kasutata efektiivselt konkurentsi. Majanduslikku tasakaalu tuleb hinnata läbi lepingu majandusliku koormavuse ja lepingust tulenevate eeliste, st mitte ainult muudatused hinnas ei või tasakaalu mõjutada, vaid ka muudatused hankeesemes, garantiides, tähtaegades jne.

RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 2 arvestab igati senist kohtupraktikat, kui ei arvesta direktiivi 2014/24/EL teksti, mille kohaselt ei ole välistatud muudatus, millega muudetakse lepingu või raamlepingu majanduslikku tasakaalu töövõtja jaoks soodsamaks viisil, mida ei olnud algses lepingus või raamlepingus ette nähtud, olukorras, mida hoolas avaliku sektori hankija ei saanud ette näha. Vaid juhul, kui tekkinud olukord ei tulene ettenägematust asjaolust, ega vasta teistele direktiivi art 72 lõigetes 1-2 nimetatud tunnustele, peab hankija direktiivi kohaselt arvestama ühese keeluga, et pole lubatud selliste tingimuste lisamine, mis kallutab majanduslikku tasakaalu pakkuja kasuks. Ettenägematutest asjaoludest tingitud muutmisvajaduse juhtudel peab hankija igal korral hindama kas muudatus on oluline või mitte, võttes arvesse direktiivi põhjenduspunktis 109 toodud selgitusi.²⁷⁹

RHS-i eelnõus 123 lg 2 p 2 lepingu muutmist piiravam regulatsioon on vastuolus direktiivi 2014/24/EL regulatsiooniga, kui muudatuse põhjustavad hoolsale hankijale ettenägematud asjaolud. Üldjuhul tuleb lepingu üldise olemuse muutmist sisustada vastavuse osas EL toimimise üldpõhimõtetega, eelkõige kaupade vaba liikumise ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtete ning nendest tulenevate põhimõtete, nagu võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine, proportsionaalsus ja läbipaistvus. Arvestades vajadust tagada paindlikkus ja hanke eesmärgi saavutamine, ei ole direktiivis konkurentsi tagamiseks peetud vajalikuks hinnata ettenägematute asjaolude ilmnemisel majandusliku tasakaalu muutumist.

²⁷⁹ Direktiivi 2014/24/EL põhjendusepunkti 109 kohaselt muutub muudatuse tulemusena kogu riigihanke olemus kui näiteks riigihanke esemeks olevad ehitustööd, asjad või teenused asendatakse millegi muuga või riigihanke liiki oluliselt muudetakse.

Käesoleva magistritöö autor toetab õiguskirjanduses esitatud seisukohta, et muudatused, millega kallutatakse lepingu majanduslikku tasakaalu töövõtja jaoks soodsamaks, peaksid olema lubatud kuni järgmise pakkumise väärtuseni, kuna selline muudatus ei saa kahjustada konkurentsi ja ei oleks sellisel viisil Euroopa Liidu toimimise aluspõhimõtetega vastuolus.²⁸⁰

RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 3 kohaselt loetakse muudatus hankelepingu üldist olemust märkimisväärselt muutvaks hankelepingu eseme ulatuse oluline laiendamine.

Hanketeates peab sisalduma lepingu põhiese ja täiendavad esemed, tööde kirjeldus, teostamise koht ja kogumaht. Kõnealune avaldamiskohustus võimaldab pakkumusi piisavalt võrrelda ja tagab vajaliku konkurentsitaseme. On selge, et juhul kui laiendatakse hankelepingu eset oluliselt, ei ole konkurents ära kasutatud esialgsele lepingule liidetava asjade, teenuste või tööde osas, kuna neile ei ole hanget korraldatud. Samas on vaja tagada hanke eesmärkide saavutamise paindlikkust ja seadusandja on pidanud otsustama piirmäära üle, alates millisest lepingu mahu suurenemisest eeldada konkurentsipõhimõtte rikkumist ja millest alates ettenägematust asjaolust tingitud lepingu muutmine lubatud ei ole. RHS-i eelnõu § 123 lg 2 p 3 sätestab, et muudatust loetakse hankelepingu üldist olemust märkimisväärselt muutvaks, kui see laiendab oluliselt hankelepinguga määratud hankelepingu eseme ulatust. Nimetatud sätet on võimalik tõlgendada läbi RHS-i eelnõu § 123 lg 2 punkti 3, mis kehtestab lubatud mahu suurendamise piirmääraks 50 % esialgse lepingu maksumusest. Seega vastab RHS-i eelnõu § 123 lg 2 punkt 3 täielikult direktiivi regulatsioonile.

Eesti õigust peab tõlgendama kooskõlas Euroopa Liidu asjakohaste direktiivide ja Euroopa Kohtu praktikaga. Sellest tuleneb muuhulgas kohustus tõlgendada Eesti õigust võimalikult suures ulatuses Euroopa Liidu õiguse sõnastust ja eesmärki arvestades. Käesoleval juhul on Eesti siseriiklik õigus RHS-i eelnõus läinud Euroopa Liidu eesmärkide kindlustamisel kaugemale, kui seda liit ise on teinud. Seetõttu ei saa väita, et RHS-is toodud meetmed oleksid vastuolus EL põhimõtetega, küll aga on rangemad kui direktiiv. Direktiivist ei nähtu, et liikmesriikidele oleks ettenägematust asjaolust tingitud hankelepingu muutmise võimaluste sellisel kujul piiramiseks kaalutlusõigust võimaldatud. Magistritöö autor leiab, et ettenägematust asjaolust tuleneva lepingu üldise olemuse muutumise regulatsiooni tõlgendades tuleks järgida direktiivi, millest nähtub, et ettenägematust asjaolust tingitud lepingumuudatuse olulisuse hindamiseks on seadusandja soovinud sätestada leebema regulatsiooni, kui Euroopa Kohtu poolt üldjuhul olulisele lepingumuudatusele üldjuhul antavale tõlgendusele. Töö autor tunnistab, et alati ei pea tulenema sätte teistsuguse

²⁸⁰ S. T. Poulsen. The Possibilities of Amending a Public Contract without a New Competitive Tendering Procedure under EU Law. – Public Procurement Law Review 2012/5, lk 167–187

kohaldamise võimalus aktist või sättest otsesõnu, kuid õiguse ühetalise kohaldamise põhimõttega on vastuolus direktiivide sisu üle võtmisel muuta. RHS-i eelnõu hankelepingute muutmise regulatsioon ettenägematute asjaolude ilmnemise korral küll vastab Euroopa Liidu õigusele, kuid ei aita kaasa riigihangete direktiivi 2014/24/EL eesmärkidele muuta hanked ökonoomseteks ja tõhusamateks.

Kuna riigihangete 2014/24/EL direktiiv laieneb üksnes üle piirmäära hangetele ja alla piirmäära hangetel on riikidel kaalutusõigus kehtestada ise vastav regulatsioon, siis võib ka tekkida olukord, kus alla piirmäära hankel tuleb rangelt järgida RHS kohast ettenägematute asjaolude hindamise regulatsiooni ja RHS-i eelnõu § 123 lg 2 piirangid ka ettenägematute asjaolude ilmnemisel, kuid üle rahvusvahelist piirmäära hangete korral tuleks need vastuolu tõttu direktiiviga kohaldamata jätta.

Ehkki direktiivi 2014/24 põhjenduses kaks on märgitud, et selle direktiivi eesmärk on selgitada põhimõisteid ja -kontseptsioone, et tagada õiguskindlus ja võtta arvesse Euroopa Kohtu asjakohase väljakujunenud kohtupraktika teatavaid asjakohaseid aspekte, kehtestatakse siiski sisulised muudatused ja uued tingimused ettenähtamatus olukorras lepingumuudatuse olulisuse hindamiseks muutmiseks, mida ei olnud varasemas korras ette nähtud ja mis erinevad ka kohtupraktikast. Kuna direktiivid sätestavad ettenägematute asjaolude arvestamise erandi esmakordselt, siis ei ole Eesti õiguse puhul toetumine varasemale Euroopa Kohtu praktikale põhjendatud.

Eeltoodut arvestades leiab töö autor, et lepingu olemuse muutumise hindamisel ettenägematutest asjaoludest tingitud lepingumuutmise korral ei pea hankija rangelt arvestama RHS-i eelnõu § 123 lg 2 kohast regulatsiooni, kuna see oleks vastuolus kooskõlalise tõlgendamise nõudega. RHS eelnõu § 123 vajab magistritöö autori arvates õigusselguse saavutamiseks täiendavat reguleerimist sättega, mis otsesõnu selgitaks, et § 123 lg 2 loetletud olukorrad ei välista lepingu muutmist, kui muudatuse põhjustavad hoolsale hankijale ettenägematud asjaolud.

Permission to modifications to procurement contracts due to unforeseen circumstances according to the draft Procurement Law

Summary

Object of this thesis was to analyse the right to change the contract due to unforeseen circumstances by the European Union law and by the draft Estonian Public Procurement Act. Author analyses criteria's, what justify the contract modification due unforeseen circumstances.

For the assessment of the admissibility of modifications needs to assess the impact of the amendment in the light of the general principles of public procurement. The new procurement directive do not bring significant changes - procurer must follow the principles of equal treatment of tenderers and transparency of procurement process and other principles enshrined in the Treaty of the EU. It is prohibited to prefer any provider to ensure free movement of goods and services and the freedom of establishment.

By the ECJ case law, only a significant change of contract terms requires a new contract award procedure. Previous lawful award procedure may default by the way of amendment of the contract. That's why the performance contract must follow the same terms that were set out in the tender documents. The change considered an important if the implementation of contract significantly differs from the initial terms of tender. As by ECJ case law only major changes require new tender procedure is crucial assessment of the significance of the change.

The current position has been changed, that the modification on contract terms is not permissible, even if the price advantage as the result on new tender process does not justify his spending's. Changes with values below insubstantial rates will typically not be of interest to providers from other Member States, therefore does not distort competition.

Contracting authorities can be faced with external circumstances that they could not foresee when they awarded the contract, in particular when the performance of the contract covers a long period. It can be expected, that the change is not significant, if the need for contract change has been caused by external circumstances, which the contracting authority could not foresee or had no influence. It does not apply to the situation where the contracting authority changes its mind as regards the characteristics of products or services, or have not had enough foresight drafting tenders specifications. Unforeseen circumstances meant the circumstances, which the contracting authority could not foresee, despite careful preparatory work.

In this case, a certain degree of flexibility is needed to adapt the contract to those circumstances without a new procurement procedure. The notion of unforeseeable circumstances refers to circumstances that could not have been predicted despite reasonably diligent preparation of the initial award by the contracting authority, taking into account its available means, the nature and characteristics of the specific project, good practice in the field in question and the need to ensure an appropriate relationship between the resources spent in preparing the award and its foreseeable value. However, this cannot apply in cases where a modification results in an alteration of the nature of the overall procurement, for instance by replacing the works, supplies or services to be procured by something different or by fundamentally changing the type of procurement since, in such a situation, a hypothetical influence on the outcome may be assumed. Allowed are only contract modifications that affect all the bidders similarly.

Contracts may be modified without a new procurement procedure in accordance with Directive where the need for modification has been brought about by circumstances which a diligent contracting authority could not foresee and the modification does not alter the overall nature of the contract.

In any event a modification shall be considered to be substantial where the modification introduces conditions which, had they been part of the initial procurement procedure, would have allowed for the admission of other candidates than those initially selected or for the acceptance of a tender other than that originally accepted or would have attracted additional participants in the procurement procedure. Also changing the nature of the contract the modification that changes the economic balance of the contract in favour of the contractor in a manner which was not provided for in the initial contract or framework agreement or the modification that extends the scope of the contract or framework agreement considerably.

The same principles are taken over the draft of Procurement Law, but draft does exclude influence substantial modifications to amendments due to unforeseeable circumstance. Draft of the Procurement Law must therefore be considered incompatible with the Directive and the need to be amended.

.....

1 May 2016

KASUTATUD MATERJALIDE LOETELU

1. Kasutatud kirjandus

1. Arrowsmith, S. The law of public and utilities procurement. London, Sweet & Maxwell 2005, 2nd edition, 2008. (Suurkivi, K. Hankelepingu ülevõtmise lubatavus Euroopa Liidu õiguse ja RHS-i alusel. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2013., Palmsaar, L. Läbirääkimiste lubatud ulatus väljakuulutamisega läbirääkimistega riigihankemenetluses. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2013 kaudu ja Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu Ülikool, 2010 kaudu).
2. Arrowsmith, S. EU Public Procurement Law: An Introduction. The EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation. Kättesaadav internetis: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (09.04.2015).
3. Brown, A. When do changes to an existing publiccontract amount to the award of a newcontract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06. P.P.L.R. 2008, 6, NA253-267.
4. Ginter, C., Parrest, I., Simovart, M. A. Ärisaladuse kaitse ja hankelepingute avalikustamise nõue riigihankeõiguses. Juridica, 2013, nr 9, lk 658-665.
5. Hartlev, K., Liljenbøl, M. W. Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender. (2013) P.P.L.R. 2013, 2, 53, lk 58.
6. Härginen, K., Simovart, M. A. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? Juridica, 2013/9, lk 627-634.
7. Jurčik, R. Changes to agreements related to public contracts in the EU and Czech Republic. Recent Researches in Law Science and Finances, 2013. Kättesaadav internetis: <http://www.wseas.us/e-library/conferences/2013/Chania/ICFA/ICFA-01.pdf> (02.05.2015)
8. Kongi, K. Ehitus hankelepingu tähtaja muutmine uute riigihankedirektiivide valguses: magistritöö; juhendaja dr iur M. A. Simovart. Tartu Ülikool, 2015.

9. Mõistlik, S. Raamleping, kui hankija lepinguvabaduse suurendamise instrument riigihankes: magistritöö; juhendaja prof. K. Merusk. Tartu Ülikool, 2013.
10. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. *Juridica* 2007/8, lk 564-572.
11. Palmsaar, L. Läbirääkimiste lubatud ulatus väljakuulutamisega läbirääkimistega riigihankemenetluses. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2013.
12. Poulsen, S. T. The Possibilities of Amending a Public Contract without a New Competitive Tendering Procedure under EU Law. – *Public Procurement Law Review* 2012/5, lk 167–187.
13. Saar, K. Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonusi? Hankemenetluse otsuste vaidlustamise probleemid. *Juridica*, 2014, nr 6, lk 423-432.
14. Sein, K. Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Doktoritöö, Tartu 2006
15. Sein, K. Mis on vääramatud jõud? *Juridica*, 2004/8, lk 511-519.
16. Simovart, M. A. Hankelepingute lubatud ja keelatud muudatused uute riigihankedirektiivide ülevõtmise järel. *Juridica* 2016/1, lk 52-60.
17. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu Ülikool, 2010.
18. Simovart, M. A. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Näiteid vaidlustuskomisjoni praktikast. *Juridica*, 2012/2, lk 83-89.
19. Trepte, P. *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation.* Oxford University Press, 2004.
20. Trisberg, K.-E. Majandussituatsiooni muutus: kas piisav põhjus kestvuslepingu muutmiseks või ülesütlemiseks? – *Juridica* VI/2010, lk 427.
21. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M. (koost.). *Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne.* Tallinn 2006.

2. Kasutatud muud materjalid

22. Advokaadibüroo Sorainen arvamus Muuga sadama konteinerterminaali laiendamise hanke nr 101968 kohta. Kättesaadav internetis: <http://www.riigikontroll.ee/Riigikontrollipublikatsioonid/Auditiaruanded/tabid/206/Audit/2262/language/et-EE/Default.aspx> (23.04.2016).
23. Aktsiaselts Kovek hange „Kotka tee ÜVK rajatiste ja tee ehitustööd (viitenumber 144499)
24. European Commission's investigation ja closure of a complaint lodged with the Commission on 23 January 1997, nr 97/4188 SG (97) A/3897.
25. Euroopa Kohtu soovitus siseriiklikele kohtutele eelotsuse taotlemiseks (2012/C 338/01) Euroopa Liidu Teataja 06.11.2012 nr c 338/1, p 1
26. Euroopa Komisjoni pressiteade 30.04.2003 nr IP/03/60. Public procurement: Commission gives green light to Thessaloniki metro contract. Kättesaadav internetis http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-601_en.htm (05.09.2014).
27. Euroopa Komisjoni tõlgendav teatis, mis käsitleb riigihankeid ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamist avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluste suhtes. Brüssel, 05.02.2008 C(2007)6661.
28. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Ühenduse asutamislepingu konsolideeritud versioonid ELT C 321E, 29.12.2006, lk 37-187.
29. Euroopa Liidu Toimimise Lepingu konsolideeritud versioon. ELT C 326, 26.10.2012, lk 47-390.
30. Haapsalu Linnavalitsuse hange „Haapsalu lasteaed Vikerkaar rekonstrueerimistööd“ (viitenumber 150739)
31. Harku Vallavalitsuse hange „Vääna tall-tõllakuuri ehitamine“ (viitenumber 144212)
32. Kaitseministeeriumi hange „Kikepera harjutusvälja Lutsu laskevälja ehitamine“ (viitenumber 146502)
33. Karindi-Kask, E. Hankelepingute muutmine. Rahandusministeerium, 2014. Kättesaadav internetis:

- https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_1_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-19601.pdf (02.06.2014).
34. Kohila Vallavalitsuse hange „Kohila valla teede talihoole 2011-2015“ (viitenumber 127671)
35. Kohila Vallavalitsuse hanke „Tänavavalgustusvõrgu hooldustööd“ (viitenumber 157028)
36. Münchener Kommentar zum BGB. 6. Auflage, 2012, München. Kättesaadav internetis TÜ kasutajana: http://beck-online.beck.de.ezproxy.utlib.ee/default.aspx?vpath=bibdata/komm/MuekoBGB_6_Band3/cont/MuekoBGB.Inhaltsverzeichnis.htm (01.05.2016)
37. Märjamaa Vallavalitsuse hange „Tee nr. 29 Märjamaa - Koluvere mnt Orgita - Märjamaa lõigu (km 1,5-2,2) kergliiklustee ehitus“ (viitenumber 144897)
38. Narva Linnavalitsuse Arhitektuuri- ja Linnaplaneerimise Ameti hange „Rahu tänava ehitustööd“ (viitenumber 145210)
39. Osäühing Jõgeva Veevärk hange „Jõgeva linna veeprojekti teise järgu ehitustööd IV“ (viitenumber 148041)
40. Puka Vallavalitsuse hange „Puka aleviku puurkaev-pumpla ja veetötluse projekteerimis- ja ehitustööd“ (viitenumber 156399)
41. Rahandusministeeriumi käitumisjuhise otsekohaldatavuse kohta. Kättesaadav internetis:
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_1_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-35603.pdf (01.05.2016)
42. Riigihangete juhise. Rahandusministeerium, 2014, Tallinn. Kättesaadav internetis:
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file%3Fuuid%3D2e8e02c3-e122-4022-87e0-182642b2f4ca%26groupId%3D11726 (30.05.2014).
43. Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri. Kättesaadav internetis:
<http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/> (01.05.2016).

44. Riigihangete seaduse eelnõu . Kättesaadav internetis:
<http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/> (01.05.2016).
45. Riigi Kinnisvara Aktsiaseltsi hange „Urvaste kooli rekonstrueerimine“ (viitenumber 145127)
46. Riigimetsa Majandamise Keskuse hange „Tämba tee ja Pidula oja silla ehitamine“ (viitenumber 149560)
47. Saku Vallavalitsuse hange „Nurme tänava rekonstrueerimine“ (viitenumber 152698)
48. Sihtasutus Tallinna Lastehaigla hange „Tallinna Lastehaigla intensiivraviosakonna rekonstrueerimine“ (viitenumber 152328)
49. Sillamäe Linnavalitsuse hanked Lev Tolstoi tänava rekonstrueerimiseks (viitenumbrid 151087; 152831)
50. Tallinna Haridusameti hange „Mängualade ehitamine lasteaedadele“ (viitenumber 142790)
51. Tallinna Lasnamäe Mehaanikakooli hange „Tallinna Lasnamäe Mehaanikakooli õppehoone renoveerimine“ (viitenumber 144832)
52. Tartu Ülikooli sotsiaalteaduslike rakendusuringute keskuse uuring „Riigihangete valdkonna kaardistamine innovaatiliste ja keskkonnahoidlike riigihangete ning ühishangete edendamiseks“. Kättesaadav internetis:
http://www.ec.ut.ee/sites/default/files/ec/riigihangete_valdkonna_kaardistamine_-_loppraport.pdf (06.04.2015).
53. Võlaõigusseaduse § 97 kohaldamise praktika. Riigikohtu õigusteabe osakonna kohtupraktika analüüs. Tartu 2011. Kättesaadav internetis:
http://www.riigikohus.ee/vfs/1082/VOS_97_KohaldamisePraktika.pdf (01.05.2016).

Kohtujuristide ettepanekud:

54. EKo 15.01.1998, nr C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG and Others v Strohal Rotationsdruck GesmbH*, kohtujurist Leger'i ettepanek
55. EKo 29.04.2004, nr C-496/99, *Komisjon vs CAS Succhi di Frutta SpA*, kohtujurist Alberi ettepanek
56. EKo 16.12.2004, nr C-110/03, *Belgia vs Komisjon*, kohtujurist Colomeri ettepanek

57. EKo 13.03.2008, nr C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH*, kohtujurist Kokotti ettepanek

Kasutatud normatiivmaterjalid

Eesti õigusaktid:

58. Riigihangete seadus – RT I 2007, 15, 76 ... RT I, 23.03.2015, 1

59. Võlaõigusseadus. - RT I, 2001, 81, 487 ... RT I 2005, 61, 473

Euroopa Liidu õigusaktid:

60. Nõukogu 20.12.1985 direktiiv 85/577/EEC tarbija kaitsmise kohta väljaspool äriruume sõlmitud lepingute korral. - Euroopa Liidu Teataja L 372 , 31/12/1985 P. 0031 – 0033

61. Nõukogu 13.06.1990 direktiivi 90/314/EEC reisipakettide, puhkusepakettide ja ekskursioonipakettide kohta. - ELT L 158 , 23/06/1990 Lk 0059 - 0064

62. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 20.05.1997 direktiiv 97/7/EÜ tarbijate kaitse kohta sidevahendi abil sõlmitud lepingute korral. - ELT L 144 , 04/06/1997 P. 0019 - 0027

63. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26.02.2014 direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. ELT L 94, 28.03.2014, lk 65-242.

Kasutatud kohtulahendid

Euroopa Kohtu praktika:

64. EKo 9.03.1978, nr 106/77, *Simmenthal*

65. EKo 10.04.1984, nr 14/83, *Sabine von Colson ja Elisabeth Kamann vs Land Nordrhein-Westfalen*

66. EKo 13.12.1983, nr C-218/82, *Komisjon vs Nõukogu*

67. EKo 13.11. 1990, nr C-106/89, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA*

68. EKo 18.03.1992, nr C-24/91, *Komisjon vs Hispaania*

69. EKo 22.06.1993, nr C-243/89, *Komisjon vs Taani*

70. EKo 25.04.1996, nr C-87/94, *Komisjon vs Belgia*
71. EKo, 18.11.1999, C-107/98, *Teckal Srl*
72. EKo 05.10.2000, nr C-337/98, *Komisjon vs Prantsusmaa*
73. EKo 10.12.2002, nr C-491/01, *British American Tobacco (Investments) vs Imperial Tobacco*
74. EKo 12.12.2002, nr C-470/99, *Universale-Bau AG jt.*
75. EKo 10.07.2003, nr C-15/00, *Komisjon vs EIP*
76. EKo 27.02.2003, nr C-327/00, *Santex SpA vs Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, and Sca Mölnlycke SpA, Artsana SpA and Fater SpA*
77. EKo 29.04.2004, nr C-496/99, *Komisjon vs CAS Succhi di Frutta SpA*
78. EKo 14.09.2004, nr C-385/02, *Komisjon vs Itaalia*
79. EKo 3.03.2005, nr C-21/03, *Fabricom SA vs Belgia*
80. EKo 21.07.2005, nr C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) vs Comune di Cingia de' Botti*
81. EKo 13.10.2005, nr C-458/03, *Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*
82. EKo 9.02.2006, nr C-226/04, *La Cascina jt*
83. EKo 18.01.2007, nr C-220/05, *Auroux jt vs Commune de Roanne*
84. EKo 18.07.2007, nr C-503/04 *Komisjon vs Saksamaa*
85. EKo 24.01.2008, nr C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon ja Nikolaos Vlachopoulos vs Dimos Alexandroupolis jt*
86. EKo 12.03.2008, nr C-345/03, *Komisjon vs Belgia*
87. EKo 19.06.2008, nr C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH vs Austria*
88. EKo 13.04.2010 nr C-91/08, *Wall AG vs La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*

89. EKo 22.04.2010, nr C-423/07, *Komisjon vs Hispaania*
90. EKo 29.04.2010, nr C-160/08, *Komisjon vs Saksamaa*
91. EKo 29.03.2012, nr C-599/10, *SAG ELV Sloveško jt vs Úrad pre verejné obstarávanie*
92. EKo 10.05.2012, nr C-368/10, *Komisjon vs Madalmaade Kuningriik*
93. EKo 3.09.2015, nr C-321/14, *Colena AG v Karnevalservice Bastian GmbH*

Eesti kohtute praktika:

94. Harju MK 2-08-53539
95. Harju MK 2-08-53540
96. Harju MK 2-12-29271
97. RKHKo 3-3-1-31-11
98. RKHKo 3-3-1-33-06
99. RKHKo 3-3-1-44-13
100. RKHKm 3-3-1-85-07
101. RKHKo 3-3-1-24-13
102. RKKrKo 3-1-1-46-14
103. RKTsKo 3-2-1-24-11
104. RKTsKo 3-2-1-76-10
105. RKTsKo 3-2-1-99-10
106. RKTsKo 3-2-1-102-14
107. RKTsKo 3-2-1-164-09
108. TlnHK 3-09-1280
109. TlnRK 2-03-61/6
110. TlnRK 2-09-64529
111. TlnRK 2-09-64859

Vaidlustuskomisjoni praktika:

112. VaKO 26.07.2010 nr 115-10/108402
113. VaKO 05.07.2011, nr 123-11/125509
114. VaKO 08.08.2011 otsus nr 155-11/126583
115. VaKO 10.02.2012, nr 14-12/128888
116. VaKO 27.10.2014, nr 248-14/153134

KASUTATUD LÜHENDID

Direktiiv 2004/18 EÜ - Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31.03.2004 direktiiv 2004/18 EÜ, ehitustööde, riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta.

Direktiiv 2014/24/EL - Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26.02.2014 direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta.

EL; liit – Euroopa Liit

ELTL – Euroopa Liidu Toimimise Leping

MK - maakohus

RHS – riigihangete seadus

RKHKo – Riigikohtu halduskolleegium

RKrkKo – Riigikohtu kriminaalkolleegium

RKTsKo – Riigikohtu tsiviilkolleegium

TlnHK – Tallinna Halduskohus

TlnRK – Tallinna Ringkonnakohus

TsÜS – tsiviilseadustiku üldosa seadus

VaKO; vaidlustuskomisjon – Riigihangete vaidlustuskomisjon

VÕS – võlaõigusseadus

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Ahto Järvela,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

Hanketingimuste muutmise lubatavus hankelepingu täitmisel,

mille juhendaja on Kadri Härginen,

1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, 02.05.2016