

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Anastassia Amel

ÕIGUSKAITSEVAHENDID HANKELEPINGU ÕIGUSVASTASEL MUUTMISEL

Magistritöö

Juhendaja

PhD Janar Jäätma

Kaasjuhendaja

Dr. Iur Ivo Pilving

Tallinn

2019

SISUKORD

Sissejuhatus	3
1. ÕIGUSTE KAITSE HANKELEPINGU MUUTMISE KORRAL	9
1.1. Direktiividest ja seadusest tulenevad alused hankelepingu muutmiseks	9
1.1.1. Hankelepingu lubatud muudatused	10
1.1.2. Hankelepingu olulised muudatused	14
1.2. Direktiividest ja seadusest tulenev menetluskord hankelepingu muutmise vaidlustamisel	17
1.3. Huvitatud isik	22
2. PRIMAARSED ÕIGUSKAITSEVAHENDID HANKELEPINGU ÕIGUSVASTASE MUUTMISE KORRAL	30
2.1. Õiguskaitsevahendid riigihangete vaidlustuskomisjonis	30
2.1.1. Vaidlustuse esitamise alused ja kord	30
2.1.2. Vaidlustamise tähtaeg	34
2.1.3. Riigihanke peatamine	37
2.2. Kohtulikud õiguskaitsevahendid	38
2.2.1. Tuvastamiskaebus	39
2.2.2. Kohustamiskaebus	43
2.2.3. Keelamiskaebus	45
3. SEKUNDAARSED ÕIGUSKAITSEVAHENDID HANKELEPINGU ÕIGUSVASTASE MUUTMISE KORRAL	52
3.1. Kahju liigid hankelepingu õigusvastase muutmise korral	52
3.2. Kahju nõude materiaalõiguslikud eeldused	56
3.3. Kahju nõude menetlemise kord riigihangete vaidlustuskomisjonis	60
3.4. Kahju nõude menetlemise kord kohtus	62
Kokkuvõte	65
Summary	70
KASUTATUD KIRJANDUS	77
KASUTATUD ÕIGUSAKTID	81
KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA	82

Sissejuhatus

2014. aastal vastu võetud uued hankedirektiivid¹ kodifitseerivad Euroopa Kohtu seisukohad hankelepingu muutmise lubatavuse kohta ja täpsustavad võrreldes varasemalt kehtinud direktiividega oluliselt hankelepingu muutmise regulatsiooni. Uued direktiivid selgitavad ka tingimusi, mille puhul lepingu muutmine täitmise ajal nõuab uut hankemenetlust. Uut hankemenetlust on vaja juhul, kui esialgsesse lepingusse tehakse olulisi muudatusi, eelkõige seoses lepingupoolte vastastikuste õiguste ja kohustustega. Õiguskirjanduses ja ka kohtupraktikas on leitud, et uue hankemenetluse korraldamata jätmise olukorras, kus lepingusse tehtud muudatus ei olnud hankedirektiivide kohaselt lubatud, on võrdsustatav õigusvastase otsulepinguga.²

Riigihankes kehtivate üldpõhimõtete tagamiseks ja õiguste kaitseks on ettenähtud õiguskaitsevahendid, mis on reguleeritud Euroopa Liidu tasandil õiguskaitsemeetmete direktiiviga 89/665/EMÜ³ ja 92/13/EMÜ⁴ (muudetud direktiiviga 2007/66/EÜ⁵) (edaspidi õiguskaitsemeetmete direktiiv). Õiguskaitsemeetmete direktiivi eesmärk on tagada tõhus õiguskaitse ning kiire heastamisvahendite kättesaadavus hankija õigusvastase tegevuse korral. Euroopa Komisjoni juhendist tuleneb, et direktiivi kohaselt on õiguskaitsevahenditeks avaliku sektori hankija otsuse peatamine, õigusvastaste otsuste (sh lepingu) tühistamine ja kahjutasu maksmine.⁶ Väljatoodud õiguskaitsemeetmeid jagatakse primaarseteks s.o need, mis aitavad

¹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 65–242. Mh ka Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 65–242.

² M. A. Simovart. Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules. – Upphandlingsrättslig Tidskrift, 2015 no 1, p 35. Arvutivõrgus: <http://www.urt.cc/?q=node/90> (28.02.2019). Nt ka TlnHKo 23.11.2017 otsus nr 3-17-1410.

³ Euroopa Nõukogu 21.12.1989. a direktiiv nr 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 395, 30.12.1989, lk 33-35.

⁴ Euroopa Nõukogu 25.02.1992. a direktiiv nr 92/13/EMÜ, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 076, 23.03.1992, lk 14-20.

⁵ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.12.2007. a direktiiv nr 2007/66/EÜ millega muudetakse direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (EMPs kohaldatav tekst). – ELT L 335, 20.12.2007, lk 31-46.

⁶ Riigihanked. Praktilisi näpunäiteid kõige levinumate vigade vältimiseks Euroopa struktuuri- ja investeerimisfondidest rahastavate projektide puhul. Euroopa Komisjoni juhend. 2015, lk 37. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_et.pdf (28.02.2019).

rikkumist kõrvaldada, ja sekundaarseteks, s.o need, mis üksnes hüvitavad rikkumisega kaasnenud kahju, mitte ei kõrvalda rikkumist.

PS § 15 esimese lause kohaselt on igaühel on õigus pöörduda oma õiguste ja vabaduste rikkumise korral kohtusse. Paragrahvi 15 lg 1 esimene lause sätestab subjektiivse menetlusõigusliku tagatise, mille eesmärk on muuta põhiõiguste materiaalõiguslik sisu tegelikkuseks. Selle lause põhiseaduslik sõnum kõlab: iga subjektiivset õigust peab olema võimalik realiseerida kohtus tõhusas ja ausas menetluses mõistliku aja jooksul.⁷ PS §-dest 14 ja 15 tulenevad põhiõigused sisaldavad endas isiku subjektiivset õigust nõuda ja riigi objektiivset kohustust tagada menetluse tõhusus. Tegemist on menetluslike põhiõigustega, mille eesmärk on avada tee isiku materiaalsete põhiõiguste teostamiseks ja tagada põhiõiguste tõhus kaitse.⁸

Õiguskaitsemeetmete direktiivist tulenevad õiguskaitsemeetmed on Eesti õiguses sätestatud riigihangete seaduses (RHS)⁹ ja halduskohtumenetluse seadustikus (HKMS)¹⁰. Samuti kehtib Eestis avaliku võimu vastustust reguleeriva üldseadusena riigivastutuse seadus (RVastS)¹¹. Magistritöö peamine eesmärk on välja selgitada, kas Eesti õigussüsteemis kohaldatavad primaarsed ja sekundaarsed õiguskaitsevahendid tagavad õiguskaitsemeetmete direktiiviga ja põhiseaduse (PS)¹² § 15 lauses 1 sätestatud eesmärke ning võimaldavad kiiret ja tõhusat õiguskaitset riigihankest huvitatud isikule, seda eelkõige siis, kui on aset leidnud oluline ja seetõttu keelatud hankelepingu muutmine. Seejuures kaardistab käesoleva magistritöö autor hankelepingu õigusvastasel muutmisel tekkivaid kitsas kohti, pakub välja ning võrdleb erinevaid lahendusi kitsaskohtade ületamiseks.

Käesoleva töö hüpoteesiks on eeltoodust tulenvalt: siseriiklikus õiguses sätestatud alused hankelepingu muutmiseks ei võimalda igakordselt saavutada õiguskaitsemeetmete direktiivides, Euroopa Kohtu praktikas ja PS § 15 ls-s 1 sätestatud eesmärke. Kahju hüvitamise

⁷ M. Ernits. PõhiSK § 15/3. – Eesti Vabariigi põhiseadus. Komm vlj. 4. vlj. Tallinn: Juura 2017.

⁸ RKÜKo 3-3-1-85-09, p 75.

⁹ Riigihangete seadus. – RT I, 13.03.2019, 145.

¹⁰ Halduskohtumenetluse seadustik. – RT I, 13.03.2019, 53.

¹¹ Riigivastutuse seadus. – RT I, 17.12.2015, 76.

¹² Eesti Vabariigi põhiseadus. – RT I, 15.05.2015, 2.

võimalus hankelepingu muutmise korral ei taga huvitatud isikule efektiivset ega ka kiiret ja tõhusat õiguskaitset.

Antud magistritöö teema on aktuaalne, kui võrd regulatsioon on võrdlemisi uus (uus RHS jõustus 2017. aastal) ning vastavat kohtupraktikat ei ole palju, seetõttu on kahtlemata aktuaalne riigihanke asjade menetlemine hankelepingu muutmise reeglite rikkumisel, eelkõige hankelepingu sõlmimise järgses olukorras. Samuti tõusetub küsimus asjakohaste sätete kooskõlast taotletavate eesmärkidega. Viitan sageli ka varem kehtinud seaduse (edaspidi RHS v.r)¹³ sätetele, mis küll kaotas oma kehtivuse, ent kuna regulatsioon on järjepidev ning selle pinnalt on tekkinud ka arvestatav kohtupraktika, siis kehtib tehtav analüüs ka kehtiva regulatsiooni suhtes. Kuigi riigihankeõiguse maastikul on uute direktiivide valguses regulatsioon muutunud selgemaks ja täpsemaks, õiguskaitsemeetmete direktiiv, sh ka õiguskaitsevahendid ei ole muutunud. Õiguskaitsevahendite osas on regulatsioon järjepidev ning selles osas väljakujunenud kohtupraktika on igati arvestatav uue regulatsiooni rakendamisel. Eesmärgi saavutamiseks analüüsitakse kehtivat riigihangete seadust ning nii vana kui ka uue riigihangete seaduse kehtivuse ajal jõustunud kohtulahendeid.

Magistritöö koostamisel kasutatakse allikadena riigihankealaseid õigusakte ja nende seletuskirju, riigihangete valdkonnas tunnustatud ekspertide teoseid, asjakohaseid doktori- ja magistritöid ja artikleid ning Euroopa Kohtu otsuseid ja neid selgitavaid artikleid, raamatuid, arvamusi. Lisaks viitan kohtute ning riigihangete vaidlustuskomisjoni asjakohastele lahenditele. Arvesse on võetud nii eksisteerivat regulatsiooni, praktikat, valitsevaid teoreetilisi teemakäsitlusi kui ka kohtupraktikat. Magistritöö põhineb töö koostamise ajal kehtival riigihangete seaduse tekstil. Eestikeelsetest allikatest on autor tuginenud Mari Ann Simovarti doktoritööle,¹⁴ kus 5. peatükk käsitleb hankelepingu muutmise vabaduse piiranguid. Kohtupraktikat tõlgendava teoreetilise kirjandusena on peamiselt kasutatud ajakirjas Public Procurement Law Review avaldatud teemakohaseid artikleid ning hiljuti avaldatud EU Public Procurement Law riigihangete direktiivide kommenteeritud väljaannet¹⁵.

¹³ Riigihangete seadus. – RT I, 25.10.2016, 20.

¹⁴ M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu riigihankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad: dots Carri Ginter, PhD Irene Kull. Tartu Ülikooli Kirjastus, 2010.

¹⁵ M. Steinicke; P. L. Vesterdorf. EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. North America: Hart Publishing 2018.

Käesoleva magistritööga sarnanevad E. Felsi magistritöö¹⁶, mis käsitleb tühisuse tuvastamist ning M. Korindt magistritöö¹⁷, mis räägib hankijapoolsest hankelepingu lõpetamise õigusest. Erinevalt käesolevast tööst käsitlevad viidatud tööd ühte teatud õiguskaitsevahendit ning käesolev töö keskendub peamiselt õigusvastaselt muudetud lepingu korral huvitatud isiku õiguskaitsevahendite analüüsimisele. E. Toomjõe magistritöö¹⁸ puudutab küll hankelepingu muutmist ja lubamatu muutmise tagajärgi, kuid seal keskendutakse põhjalikumalt hankelepingu muutmise regulatsiooni sisule ja olemusele – eelkõige tsiviilseadustiku üldosaseaduse (TsÜS-i)¹⁹ ja direktiivi valguses (mh on viidatud töös asunud seisukohale, et RHS § 123 eesmärgiks on vältida sisuliselt uue hankelepingu sõlmimist ilma hankemenetlust läbi viimata, seega selliselt sõlmitud lepingu kehtima jäämine ei kuulu § 123 kaitse-eesmärgi alla ning sellest tulenevalt ei tohiks hüvitamisele kuuluda saamata jäänud tulu).²⁰ Eli Lahesoo magistritöö²¹ puudutab küll kaebeõiguse raame riigihankeasjades, kuid seda hinnatakse läbi HKMS § 267 lõigetes 3 ja 4 sisalduvate kohtu volituste.

Tulenevalt magistritöö eesmärgist ja püstitatud hüpoteesist on töö jaotatud kolme suuremasse peatükki, kus esimeses peatükis käsitletakse direktiividest ja seadusest tulenevat õiguskaitset hankelepingu muutmise korral ning teises ja kolmandas peatükis analüüsitakse primaarseid ja sekundaarseid õiguskaitsevahendeid – seda nii vaidlustuskomisjonis kui ka kohtumenetluses.

Magistritöö esimeses peatükis välja toodud õiguskaitsemeetmete valguses uuritakse, milline on õiguskaitsevahendite instituut riigihangete õiguses Eestis ning kas see on kooskõlas Euroopa Liidu direktiiviga ja PS-s ettenähtud eesmärgiga. Antud peatükis on põhiliseks uurimisküsimuseks – kas riigihangete seaduses kehtestatud alused hankelepingu muutmiseks vastavad riigihankedirektiivides sätestatule. Seetõttu tulevad käsitlusele direktiividest ning seadusest tulenevad miinimumnõuded hankelepingu muutmisele, mh millised on lubatud ja keelatud muudatused. Samuti analüüsib autor menetluskorda hankelepingu muutmisel. Kuivõrd töö keskendub eelkõige huvitatud isiku õiguste kaitsele olukorras, kus on aset leidnud

¹⁶ E. Fels. Euroopa Liidu riigihankeõiguse normide rikkumise mõju hankelepingu kehtivusele. Magistritöö. Juhendaja dr. iur. Mari Ann Simovart. Taru Ülikool 2015.

¹⁷ M. Korindt. Hankijapoolne hankelepingu lõpetamine selle lubamatu muutmise korral. Magistritöö. Juhendaja dr. iur. Mari Ann Simovart. Taru Ülikool 2016.

¹⁸ E. Toomjõe. Hankelepingu muutmine ja selle tagajärjed. Magistritöö. Juhendaja dr. iur. Martin Käerdi. Taru Ülikool 2016.

¹⁹ Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I, 30.01.2018, 6.

²⁰ E. Toomjõe (viide 18), lk 62-63.

²¹ E. Lahesoo. Efektive õiguskaitse piirangud riigihankeasjades halduskohtumenetluses. Magistritöö. Juhendaja PhD Einar Vene, PhD Mait Laaring. Tartu Ülikool 2018.

hankelepingu lubamatu (ehk õigusvastane) hankelepingu muutmine, siis esimeses peatükis on oluline määratleda, kes on riigihankest huvitatud isik, kes saaks kaitsta oma õigusi olemata hankelepingu pool.

Järgnevalt analüüsib autor, kas hankelepingu muutmine allub riigihangete seaduse regulatsioonile – eristades siinjuures hankemenetlust ja riigihankemenetlust. See aitab muuhulgas jõuda järeldusele, kas huvitatud isik võib midagi nõuda, kui võib siis mida ja mis alusel – seda nii vaidlustusmenetluse kui ka kohtumenetluse raames. Samuti on see vajalik selleks, et huvitatud isik saaks pöörduda oma õiguste kaitseks õigesse kohtusse – kui tegemist oleks tavalise eraõigusliku lepingu muudatusega, siis ei oleks tegemist riigihankega ning halduskohtus seda vaidlustada ei saaks.

Teises peatükis on peamiseks uurimisküsimuseks, kas ja millisel viisil saavad uuest hankest huvitatud isiku (s. o lepinguvälised kolmandad isikud) oma õigusi kaitsta, mistõttu käsitlusele tulevad primaarsed õiguskaitsevahendid – nii vaidlustuskomisjon kui ka kohtus (kaebuseliikide kaudu) ja nende rakendamise käigus kerkinud probleemide lahendamist siseriiklikul tasandil. Täpsemalt uurib autor, mida saab esiteks vaidlustada riigihangete vaidlustuskomisjonis, millised on vaidlustuskomisjoni volitused, vaidlustuse esitamise tähtajad. Teiseks analüüsib autor kohtulike õiguskaitsevahendeid, selliste nõuete kaudu nagu tühistamis-, kohustamis-, tuvastamis- ja keelamiskaebus koos esialgse õiguskaitse taotlusega.

Magistritöö kolmandas peatükis on käsitletud sekundaarseid õiguskaitsevahendeid hankelepingu õigusvastase muutmise korral. Põhiliseks uurimisküsimuseks on millist kahju saab huvitatud isik hankelepingu õigusvastasel muutmisel nõuda. Seega antakse teostatava analüüsi põhjal hinnang hüvitamisnõude menetlusele, selle esitamise tähtaegadele, hüvitatava kahju liikidele ja kahju nõude eeldustele nii vaidlustuskomisjoni kui ka kohtumenetluses. Magistritöö sisulise osa lõpetab kokkuvõte.

Töö uurimismeetoditeks on ajalooline, süstemaatiline, võrdlev ning analüütiline meetod.

Autor soovib siinkohal tänada oma juhendajaid Ivo Pilvingut ja Janar Jäätmat, kelle nõuannete ja ettepanekuteta see töö ei oleks valminud. Kõik vead on minu. Samuti tänab autor kõiki oma kolleege nende soovitude ja mõistva suhtumise eest.

Tööd enim iseloomustavad märksõnad Eesti märksõnastiku järgi: riigihanked, lepinguõigus, haldusõigus, Euroopa Liidu õigus, avalik õigus.

1. ÕIGUSTE KAITSE HANKELEPINGU MUUTMISE KORRAL

1.1. Direktiividest ja seadusest tulenevad alused hankelepingu muutmiseks

Õiguskaitsevahendite analüüsimiseks ja töös püstitatud hüpoteesi paikapidavuse kontrollimiseks on oluline välja tuua nii direktiividest kui ka kehtivast seadusest tulenevad hankelepingu muutmise alused.

Hankelepingu muutmine on sõlmitud hankelepingusse selliste tingimuste lisamine, mis muudavad hankelepingu sisu hanke alusdokumentides sätestatuga võrreldes, olgu selleks lisanduvad, ärajätvad või äramuutvad sätted.²²

Direktiivi 2014/24/EL (edaspidi riigihankedirektiivi) artikli 73 kohaselt peavad liikmesriigid tagama hankijatele võimaluse siseriikliku õigusega lõpetada riigihankeleping ühepoolselt selle kehtivusaja jooksul vähemalt järgmistel juhtudel:

- a) Hankelepingus tehakse olulisi muudatusi, mis oleks nõudnud uue hankemenetluse korraldamist vastavalt artiklile 72 (viidatud artikkel käsitleb lepingu muudatusi nende kehtivuse ajal eristades selliseid muudatusi, mille korral ei tule korraldada uut hankemenetlust ning olulisi muudatusi, mille puhul on nõutav uue hankemenetluse korraldamine);
- b) Töövõtja ehk hankelepingu täitja oli hankelepingu sõlmimise ajal ühes artikli 57 lõikes 1 osutatud olukordadest (osalenud kuritegelikus organisatsioonis, seotud korruptsiooniga, teostanud petmist, pannud toime terroriakti või on seotud terroristliku tegevusega, tegelenud rahapesuga või terrorismi rahastamisega või kasutanud laste tööjõudu) ning oleks seetõttu tulnud hankemenetlusest kõrvale jätta. Ettevõtja kõrvaldamise kohustust kohaldatakse ka siis, kui lõpliku kohtuotsusega süüdi mõistetud isik on selle ettevõtte haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liige või kui tal on selles esindus, otsustus või kontrolli volitus;²³
- c) Hankelepingut ei oleks töövõtjaga ehk hankelepingu täitjaga tohtinud sõlmida, arvestades aluslepingutest ja käesolevast direktiivist tulenevate kohustuste tõsist

²² Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri. 450 SE. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (20.10.2018), lk 108.

²³ M. Steinicke (viide 15), lk 778.

rikkumist, mida on kinnitanud Euroopa Liidu Kohus ELTL²⁴ artikli 258 kohases menetluses (kui liikmesriik ei ole täitnud aluslepingust tulenevat kohustust võib komisjon anda asja Euroopa Liidu Kohtusse).

1.1.1. Hankelepingu lubatud muudatused

Riigihankedirektiivides²⁵ ja RHS-is on piiritletud keelatud ja lubatud muudatused. Lubatud muudatused on järgmised:

- 1) *De minimis*'e reegel (riigihankedirektiivi art 72 lg 2) ehk tegemist on lubatud muudatusega, mis võimaldab muuta hankelepingut, kui muudatus on suhteliselt väikese maksumusega ega muuda hankelepingu üldist olemust. Riigihankedirektiivi preambula punkti 107 kohaselt 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 tuleb näha ette miinimumkünnised, millest allpool ei ole uue hankemenetluse korraldamine vajalik. Küll aga tuleb arvestada sellega, et kui muudatuse väärtus ei ületa miinimumkünnist, ei tohi sellist muudatus teha ilma eelneva hankemenetluseta, kui see muudab lepingu üldist olemust.²⁶ Eesti seaduses on antud reegel reguleeritud RHS § 123 lg 1 p-s 1. Sätet on tõlgendatud mh ka nii, et kui muudatus seisneb lepingu tähtajas, mis ei too kaasa rahalist mõju ehk millele ei ole võimalik anda rahalist väärtust, siis RHS § 123 lg 1 p 1 alusel hankelepingut muuta ei saa ning muudatuse olulisust ja lubatavust tuleb hinnata lg 2 alusel.²⁷ Mahu suurenemise kui ka vähenemise korral on võimalik kasutada RHS § 123 lg 1 p 1 (nt teede ehituse puhul kui killustiku kulub rohkem, kui esialgselt planeeritud või asfaldi katet läheb vähem), sellisel juhul tuleb (antud näite puhul) hinnata muudatust 15% ulatuses;²⁸
- 2) Lepingujärgne muudatus – art 72 lg 1 p a kohaselt on õiguspärane selline muudatus, mis on suhteliselt väikese maksumusega ega muuda hankelepingu üldist olemust (RHS §

²⁴ Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. – ELT C 326, 26.10.2012, lk 47-390.

²⁵ Sarnane regulatsioon sisaldub ka direktiivi 2014/23/EL artikkel 43 lg 1 p-des a-e.

²⁶ M. Steinicke (viide 15), lk 770.

²⁷ Rahandusministeerium. Korduma kipuvad küsimused 01.09.2017 jõustunud RHS kohta, lk-d 42-43. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/faq_files/kkk_08.03.2019.pdf (10.01.2019).

²⁸ Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1053894, 11.12.2018 (kiri autori valduses).

123 lg 1 p 2). Sellisteks näideteks on perioodiliselt rakenduvad hinnaindeksid, samuti muud lepingutingimused, mis viivad läbirääkimiste vajaduse muudatuse tegemise juures miinimumini või kaotavad sellise vajaduse. Muu hulgas kuuluvad siia sellised tingimused, mis sätestavad, kas ja kuidas muutuvad hankelepingu täitmise tingimused seaduse muutumise (nt maksumuudatuse) olukorras.²⁹ Näiteks ka hankelepingu mahu suurenemise ettenägemine riigihanke alusdokumentides ei ole RHS § 123 lg 1 p 2 kohaselt välistatud, ent selline võimalus tuleb kirja panna selgelt, võimalikult täpselt ja ühemõtteliselt. Välja tuleks tuua, et hankeleping võib kallineda lisatööde tõttu (seejuures tuleks lisatööd täpselt nimetada), millises ulatuses (kas summa või protsent), kuidas kujuneb maksumus ning põhjendatud asjaolud, mis tingivad hankelepingu muutmise;³⁰

- 3) Lisatellimus – art 72 lg 1 p b kohaselt võib sama ettevõtja osutada täiendavaid ehitustöid või –teenuseid või tarnida täiendavalt asju, mida esialgne riigihange ei sisaldanud, juhul kui töövõtja (pakkuja) vahetamine ei ole majanduslikel või tehnilistel põhjustel võimalik või tingiks hankijale olulist ebamugavust või topeltkulusid ning maksumuse suurenemine ei või ületada 50% esialgse lepingu maksumusest (RHS § 123 lg 1 p 3). Lisatellimus võib tähendada, kas hankelepingu eseme hulga suurendamist (ehk tellitud asju, teenuseid või ehitustöid soetatakse esialgsest rohkem) või eseme laiendamist, näiteks kui lisaks esialgsele teenusele tellitakse ka midagi muud.³¹ Pärast riigihankelepingu sõlmimist ei saa selle tingimusi oluliselt muuta ilma uut hankemenetlust korraldamata, isegi kui see muudatus kujutab endast objektiivselt võttes kompromissi, mis sisaldab mõlema poole vastastikust loobumist, et lõpetada vaidlus, mille tulemust ei ole võimalik ette näha ja mis on tekkinud raskuste tõttu, mis takistavad asjaomase hankelepingu täitmist. See oleks teisiti, kui kõnealustes hankedokumentides oleks ette nähtud võimalus kohandada pärast hankelepingu sõlmimist teatud tingimusi, (mh olulisi) ja määratud kindlaks selle võimaluse kasutamise viis.³² Näiteks olemasolevat teenust tellitakse suuremas mahus, näiteks hoone laienuv osale või hoonetekompleksi lisandunud hoonele;³³

²⁹ 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. – Public Procurement Law Review 2013/2, p 61-62. Vt ka M.A. Simovart. Hankelepingute lubatud ja keelatud muudatused uute riigihankedirektiivide ülevõtmise järel. – Juridica 2016/I, lk 54.

³⁰ Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1052519, 30.10.2018 (kiri autori valduses).

³¹ Vt K. Hartlev (viide 29), p 57. Vt ka M.A. Simovart (viide 29), lk 54.

³² EKo C-549/14, *Finn Frogne*, p 40.

³³ Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1051605, 08.10.2018 (kiri autori valduses).

- 4) Ettenägematutest asjaoludest tingitud muudatus – art 72 lg 1 p c kohaselt on muutmine seaduslik, kui seda tingisid hoolsale hankijale ettenägematud asjaolud, ühekordne muudatus ei ületa 50% hankelepingu maksumusest ning lepingu üldine olemus ei muutu (RHS § 123 lg 1 p 4). Ettenägematute asjaolude all peetakse silmas asjaolusid, mida avaliku sektori hankija ei saanud hoolimata esialgse lepingu sõlmimisele eelnenud põhjalikust ettevalmistustööst ette näha, arvestades 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.³⁴ Hankija hoolsuse määramisel tuleb arvesse võtta hanke ettevalmistamist: kas hankija tegutses mõistliku põhjalikkusega, arvestades nii subjektiivseid elemente kui ka konkreetse hanke olemust.³⁵ Hankija hoolsuskohustuse osas on kohtupraktikas leitud, et asjaolu ettenägematuse hindamisel on oluline analüüsida konkreetse hankija hoolsusstandardit ning kas hankija käitus sellele vastavalt. Hoolsuse osa on muu hulgas ka kohustus läbi mõelda kõik hankemenetlusega seonduvad asjaolud, sh võimalikud vaidlustused ja nende ajaline mõju hankele. Hange vaidlustamine ei saa olla hankijale üllatuslik või ettenägematu.³⁶ Näiteks kolm nurjunud hanget võib olla väljakuulutamisetähtaegade tähtsusega hankemenetluse kasutamise raames ettenägematu asjaolu.³⁷ Sätte kohaldamise esimeseks eelduseks on, et muudatuse vajadus tekkis hankijale väliste tegurite mõjul ega olnud seotud hankija enda tegevuse või tegevusetusega, ehk hoolsuskohustuse puuduliku täitmisega. Teiseks tuleb hinnata, kas hankija sai riigihanke planeerimisel või menetluse kestel mõistlikult ette näha, et selline asjaolu võiks esineda. Kui hankija sai seda mõistlikult ette näha või pidi seda ette nägema, ei ole lepingu muutmise vajadus hoolsale hankijale ettenägematu;³⁸
- 5) Lepingupoole asendamine – art 72 lg 1 p d (ii) kohaselt uus töövõtja asendab seda töövõtjat, kellega hankija algselt lepingu sõlmis, kuna toimus algse töövõtja täielik või osaline asendamine, tulenevalt ettevõtte restruktureerimisest, sealhulgas ülevõtmisest, ühinemisest, omandamisest või maksejõuetuks muutumisest (RHS § 123 lg 1 p 6), teise algseid kvalitatiivseid kvalifitseerimise tingimusi täitva ettevõtjaga (RHS § 123 lg 1 p 5), kui sellega ei kaasne muid olulisi lepingu muudatusi ning selle eesmärk ei ole

³⁴ Direktiiv 2014/24/EL, preambula p 109.

³⁵ S. Treumer Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive. Modernising Public Procurement: The New Directive. Djof Publishing 2014, lk 294.

³⁶ TlnHKO 3-17-2743, p 17.

³⁷ TlnRnKo 3-16-2129, p 18.

³⁸ Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1049608, 06.08.2018 (kiri autori valduses).

käesoleva direktiivi kohaldamisest kõrvale hoida. *Presstext*³⁹ lahendis on öeldud, et sellist erandit tuleb kohaldada ettevaatusega, mis on põhjendatud sellega, et algse lepingupartneri asendamist uue lepingupartneriga tuleb pidada riigihanke oluliste tingimuste muutmiseks.⁴⁰ Seetõttu on oluline seejuures arvestada sellega, et uus lepingupool peab vastama riigihanke algsetele kvalifitseerimistingimustele ning poole asendamisega ei tohi kaasneda lepingus muid olulisi muudatusi.⁴¹ Nt olukorras, kus toimub riigihankelepingu jagamine ettevõtte sisemise ümberkujundamise tõttu (tütarettevõtte loomine) ei ole tegemist riigihankelepingu esialgsete tingimuste olulise muutmisega. Kui aga äriühingu osad võõrandatakse riigihankelepingu kehtivuse ajal kolmandatele isikutele, ei ole enam tegemist lepingupartneri sisemise ümberkujundamisega, vaid lepingupartneri tegeliku vahetumisega, mis on põhimõtteliselt riigihankelepingu oluline muudatus, mille puhul võib eeldada, et tegemist on uue riigihankelepingu sõlmimisega.⁴² Näiteks on pakkuja asendamine lubatud, kui lepingus sisaldub säte, mille kohaselt lepingus astub esialgse pakkuja asemele uus ettevõtja, mis on moodustatud esialgse pakkuja ja hankija poolt ning mis moodustatakse pärast hankelepingu sõlmimist. Praktikas on leitud, et kuivõrd hankelepingu muutmise peaks toimuma pigem erandjuhtudel, peaks seda võimaldavaid sätteid tõlgendama kitsalt. Kõnealust sätet on võimalik rakendada ülimalt erandlikes olukordades, mis tähendab seda, et pakkuja asendamine on võimalik ainult juhul, kui uus pakkuja on riigihanke alusdokumentides üheselt nimetatud ning kirjeldatud on ka asjaolud, milliste esinemisel pakkuja vahetamine on võimalik. Siinjuures peavad need asjaolud ja uue pakkuja nimetamine olema täielikus kooskõlas riigihanke üldpõhimõtetega. Teisisõnu ei saa hankija lihtsalt nimetada riigihanke alusdokumentides endale sobivat ettevõtjat ning märkida näiteks, et juhul kui hankelepingu pooleks olev ettevõtja ei täida hankelepingut nõuetekohaselt, võivad pooled kokku leppida esialgse ettevõtja vahetamises riigihanke alusdokumentides nimetatud ettevõtja vastu. See ei ole lubatud ka juhul, kui uueks ettevõtjaks oleks keegi, kes osales esialgses riigihankes.⁴³ Esialgse pakkuja asendamine uue pakkujaga on võimalik juhul, kui on tegemist õigusjärglusega ning uus pakkuja vastab riigihankes

³⁹ EKo C-454/06, *Presstext*, p 40.

⁴⁰ M. Steinicke (viide 15), lk 769.

⁴¹ *Ibid*, lk 769-770.

⁴² EKo C-454/06, *Presstext*, p-d 43, 45, 47.

⁴³ Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1043616, 08.05.2018 (kiri autori valduses).

esitatud kvalifitseerimise tingimustele. St hankelepingu üleminek on võimalik esialgse pakkuja õigusjärglasele, eeldusel, et ta täidab muud kvalifitseerimise tingimused;⁴⁴

- 6) Muudatus ei muuda hankelepingu olemust oluliselt (RHS § 123 lg 1 p 7) – art 72 lg 1 p-st e tuleneb, et tegemist ei ole *numerus clausus*'e loeteluga, vaid muudatus võib olla õiguspärane ka juhul, kui see ei ole direktiivi tähenduses oluline.⁴⁵ Näiteks hankelepingu alusel tehtavate tööde eest tasuja vahetumisel võiks olla tegemist ebaolulise muudatusega. Kui aga finantseerijaks on teine hankija, ei ole tal võimalik teha väljaminekuid, s.t astuda lepingusse ilma eelnevalt kohast menetlust korraldamata.⁴⁶

Riigihankedirektiivi art 72 lg 1 punktides a-e nimetatud muudatused ei muuda hankelepingu üldist olemust, seega nii poolte huvid kui ka huvitatud isikute huvi ei peaks sellest tulenevalt kahjustada saama ning selliste muudatuste korral ei lasu hankijal uue hanke korraldamise kohustust. RHS § 123 lg 1 p-des 1-7 sisaldavad sarnast regulatsiooni.

1.1.2. Hankelepingu olulised muudatused

Riigihankedirektiivi artikli 72 lg 4 punktid a-d ja RHS § 123 lg 2 loetlevad need juhud, mil hankelepingu kehtivusajal tehtud muudatused on käsitletavad nii olulistena, et tuleb korraldada uus hankemenetlus. Eelkõige tuleb seda teha juhul, kui muudetud tingimused oleksid menetluse tulemusi mõjutanud, kui need oleksid kehtinud esialgse menetluse ajal. Sellised muudatused näitavad lepingupoolte kavatsust lepingu olulised tingimused uuesti läbi rääkida.⁴⁷ Direktiivis (ja ka RHS-is) loetletud tingimused tulenevad Euroopa Kohtu praktikas välja töötatud seisukohtadest.⁴⁸ Olulised ja seetõttu keelatud muudatused on järgmised:

- 1) Muudatus toob hankelepingusse selliseid tingimusi, et kui need oleksid avaldatud riigihanke alusdokumendis, siis see oleks mõjutanud potentsiaalselt osalevate isikute ringi või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakkumuste hulka (riigihankedirektiivi art 72 lg 4 p a, RHS § 123 lg 2 p 1). Selliseks näiteks on olukord, kui hankedokumentide kohaselt on

⁴⁴ Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1054723, 31.12.2018 (kiri autori valduses).

⁴⁵ M.A. Simovart (viide 29), lk 52-60.

⁴⁶ Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1053945, 05.12.2018 (kiri autori valduses).

⁴⁷ Direktiiv 2014/24/EL, preambula p 107.

⁴⁸ EKo C-454/06, *Pressetext*, p-d 35-37, 40, 51.

ettenähtud, et pakkuja peab andma 100%-lise pangatagatise kauba väärtuse ulatuses. Kui hiljem vähendatakse see nõue 50%-ni, siis ei saa välistada, et ettevõtjate arv, kes oleksid esitanud pakkumise oleks olnud teine kui selline tingimus oleks sisaldunud algsetes riigihanke alusdokumentides.⁴⁹ Riigihangete seletuskirjas on selgitatud, et antud alus põhineb eelkõige RHS § 2 kui ka RHS §-s 3 sätestatud riigihangete seaduse eesmärgil, mille kohaselt riigihangetes peab olema tagatud läbipaistvus, kontrollitavus, võrdne kohtlemine ja konkurentsi soodustamine;⁵⁰

- 2) Lepinguliste kohustuste tasakaalu töövõtja (hankija, tellija) kasuks kallutamine (riigihankedirektiivi art 72 lg 4 p b, RHS § 123 lg 2 p 3). Piirangu eesmärgiks on vältida olukordi, kus hankemenetlus muutuks kas osaliselt või tervikuna näilikuks ja sellega saavutatud konkurentsiefekt olematuks.⁵¹ Näiteks olukord, kus ettevõtja nõustub hinna muutmisega töövõtja kasuks, püüdes takistada töövõtjat lõpetamast lepingut vastavalt lepingu sätetele;⁵²
- 3) Keelatud on oluliselt laiendada hankeeseme ulatust (riigihankedirektiivi art 72 lg 4 p c, RHS § 123 lg 2 p 3).⁵³ Muudatusena võib olla käsitletav hankija soov osta rohkem või lisada lepingu esemeks olevaid teenuseid või asju, mida esialgne leping ei sisalda.⁵⁴ Euroopa Kohus on jõudnud järeldusele, et lepingu muutmise, mis puudutab kiirabiteenuseid 673 000 euro väärtuses, mis oli samuti suurem kui läviväärtus, ei olnud vastuvõetav ilma uue hankemenetluseta. Esialgne lepingu väärtus oli 4,45 miljonit eurot;⁵⁵
- 4) Lepingu poole asendamine teise isikuga, välja arvatud kui see toimub direktiividega lubatud asendamise tingimustel (riigihankedirektiivi art 72 lg 4 p d, RHS § 123 lg 2 p 4).⁵⁶ See säte on suhteliselt kategooriline ja selles täpsustatakse, et hankija ei saa vahetada pakkujat uut hankemenetlust korraldamata, välja arvatud juhul, kui selline võimalus ei tulene ühemõtteliselt läbivaatamisklauslist või artikli 72 lõike 1 punktis a ja d sätestatust.⁵⁷ See rikuks võrdse kohtlemise põhimõtet. Uue lepingupartneri leidmiseks tuleb korraldada uus

⁴⁹ K. Hartlev (viide 29), p 54.

⁵⁰ Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri. 450 SE. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (26.03.2018), lk 3; Direktiivi 2014/24/EL, preambula p 1.

⁵¹ 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 170. Vt lisaks ka EKo C-454/06, *Pressetext*, p 37.

⁵² M. Steinicke (viide 15), lk 773; K. Hartlev (viide 29), p 56.

⁵³ EKo C-454/06, *Pressetext*, p 36.

⁵⁴ K. Hartlev (viide 29), p 55.

⁵⁵ EKo C-160/08, *Commission vs. Saksamaa*.

⁵⁶ EKo C-454/06, *Pressetext*, p 40.

⁵⁷ M. Steinicke (viide 15), lk 775.

riigihange.⁵⁸ Näiteks kui korraldatud jäätmeveoteenuse osutamiseks sõlmiti leping ühe isikuga, kuid reaalselt hakkas seda teenust osutama keegi teine (isik, kellega sõlmiti alltöövõtuleping), seejuures alltöövõtu tingimus ei olnud hankedokumentides kirjas, siis on see käsitletav lepingu poole lubamatu asendamisenä, mis on hankelepingu keelatud muudatus.⁵⁹

Nende kõigi tingimuste puhul tuleb arvestada hankelepingu ja alusdokumentide sisuga. Nimelt Euroopa Kohtu hinnangul ei rikuta hankelepingu muutmise pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtet juhul, kui selline võimalus koos vastavate detailsete reeglitega on hanketeates sõnaselgelt ette nähtud.⁶⁰ Seega ideaalis oleks hea, kui hankelepingus või alusdokumentides oleks detailselt ettenähtud hankelepingu muutmise võimalus, mis on reguleeritud täpselt, selgelt ja ühemõtteliselt. Kui aga seda ei ole ettenähtud, siis tuleb muudatuse lubatavust hinnata, kas riigihankedirektiivides või siseriiklikus õiguses sätestatud tingimustest lähtudes.

Võrreldes omavahel nii direktiivis kui ka RHS-s ettenähtud aluseid hankelepingu muutmiseks, tuleb asuda seisukohale, et RHS-is sätestatud alused kattuvad direktiiviga. RHS-is on põhjalikult reguleeritud hankelepingu lubatud muudatused: direktiivis on ettenähtud 6 alust, RHS-is aga 7. Vahe tuleneb lepingupoole asendamise regulatsioonist – direktiivis on see regulatsioon ühe punkti all, RHS-is aga jaotatud kahe punkti alla, mis iseenesest on mugavam ja selgem. Oluliste muudatuste osas ei tulene direktiivi ja RHS-i vahel erisusi. Nii RHS-is kui ka direktiivis on olulisteks muudatusteks 1) selliste tingimuste lisamine, mis oleks mõjutanud potentsiaalseid pakkujaid, 2) muudatuse on kallutatud ettevõtja kasuks, 3) muudatusega laiendatakse oluliselt hankelepingu eseme ulatust, 4) pakkuja asendamine (vt täpsem analüüs alapeatükis 1.1.2).

⁵⁸ E. Karindi-Kask. Hankelepingu muutmine. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/hankelepingu_muutmine_1_15.pdf?download=1 (19.03.2018), lk 7.

⁵⁹ TlnHKo 23.11.2018, 3-17-1410.

⁶⁰ EKO C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p 118.

1.2. Direktiividest ja seadusest tulenev menetluskord hankelepingu muutmise vaidlustamisel

Antud alapeatükis käsitleb töö autor direktiividest ja seadusest tulenevat menetluskorda hankelepingu muutmisel. Menetluskord hõlmab endas õiguskaitsemeetmete direktiivist ja RHS-st tulenevaid meetmeid ning hankelepingu muutmise otsuse vormistamise menetlust.

Õiguskaitsemeetmete direktiivi eesmärgiks on tagada tõhusate ning kiirete heastamisvahendite kättesaadavus seoses hankijate ja pakkujate otsustega, kui leping kuulub hankedirektiivide kohaldamisalasse.⁶¹ Euroopa Liidu minimaalsete läbivaatamisstandardite alusel peab ettevõtjatele olema tagatud kogu EL-is juurdepääs kiiretele ja tõhusatele õiguskaitsemenetlustele juhul, kui nende arvates on lepingut sõlmides rikutud riigihankedirektiivide nõudeid.⁶²

Õiguskaitsemeetmete direktiiv eristab järgmisi meetmeid:

- 1) Ajutised meetmed väidetava rikkumise heastamiseks või asjaomaste huvide edasise kahjustamise vältimiseks, sh meetmed, mille eesmärgiks on riigihankelepingu sõlmimise menetluse või tellija otsuse rakendamise peatamine või selle peatamise tagamine. Riigisisese õiguse kohaselt on hankelepingu muutmise kontekstis selleks riigihanke peatamine (VAKO kaudu), esialgne õiguskaitse, kohustamis- ja keelamiskaebuse esitamine (kohtu kaudu);
- 2) Ebaseaduslike otsuste tühistamine või nende otsuste tühistamise tagamine ning õigus nõuda diskrimineerivate tehniliste, majanduslike või finantsnäitajate kõrvaldamist riigihanke dokumentides. Eestis on näiteks vaidlustuskomisjonil võimalik tunnistada kehtetuks hankija tehtud riigihankega seotud seadusega vastuolus olev otsus või hankelepingu tühisuse tuvastamine kohtu poolt;
- 3) kahjutasu isikutele, kellele on rikkumisega kahju tekitatud.⁶³

⁶¹ Riigihangete juhised. Tallinn: Rahandusministeerium 2014, lk 9. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/1._riigihangete_juhis.pdf (19.10.2018). Direktiivi 2007/66/EÜ, preambula p 2.

⁶² Euroopa Komisjoni aruanne Euroopa Parlamendile ja Nõukogule. Riigihangete valdkonnas kasutatavaid läbivaatamismenetlusi käsitlevate direktiivide 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ (muudetud direktiiviga 2007/66/EÜ) tulemuslikkuse kohta. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0028&from=EN> (11.01.2019).

⁶³ Direktiiv nr 2007/66/EÜ artikkel 2. Sama eesmärgi on rõhutatud ka EKo C-166/14, *MedEval*, p-s 29, küll aga direktiivi 89/665 art 2 lg 1 valguses.

Kaks esimest meetet heastavad või püüavad ära hoida võimalikku rikkumist.⁶⁴ Kahju hüvitamise, kui õiguskaitsevahendi eesmärgiks on õiguste rikkumise korral heastada isikule tekkinud kahju. Seetõttu sisuliselt võib direktiivis määratud õiguskaitsevahendeid eristada primaarseteks ehk need, mis aitavad rikkumist kõrvaldada ning sekundaarseteks ehk need, mis hüvitavad rikkumisega kaasnenud kahju, st olukord, kus kahju ei ole võimalik vältida ega kõrvaldada.⁶⁵ Lisaks soovitakse direktiivi 89/665 sätetega tugevdada olemasolevaid mehhanisme tõhusaks õiguskaitseks, eriti selles etapis, kus rikkumist saab veel kõrvaldada. Kui isik ei saa hankija vastu tugineda nendele normidele, siis ei ole õiguste kaitse tõhus.⁶⁶

Riigihankedirektiivi artikkel 72 reguleerib lepingu muudatusi nende kehtivusajal, kuid seejuures ei näe riigihankedirektiivid ega õiguskaitsemeetmete direktiivid ette korda, kuidas seda muudatust tuleb vormistada.

Siseriiklik õigus ehk RHS § 185 lg 2 p-d 1-8 loetleb need hankija dokumendid või otsused, mille peale võib esitada vaidlustuse. RHS § 185 lg 4 kohaselt võib vaidlustaja vaidlustada vabatahtlikku teadet (§ 185 lg 4 p 1) ning hankelepingut (§ 185 lg 4 p-d 2-6) sättes nimetatud aluste esinemisel. Seaduses (RHS § 123) on küll loetletud asjaolud, mis on käsitletavad lepingu muudatusena ning eristatud vastavalt sellele, kas muudatuse korral tuleb korraldada uus riigihange või tegemist on olulise muudatusega. Kuid RHS-st ei tulene vaidlustajale otsesõnu võimalust vaidlustada hankija poolt hankelepingu muutmist. Samuti ei ole seaduses regulatsiooni lepingu muudatuse vormi osas ehk kas muudatus peab olema vormistatud eraldi otsusena või kuidagi muud moodi fikseeritud.

Siinkohal on autori arvates oluline eristada hankemenetlust ja riigihanke korraldamist (ehk riigihanget). Riigihanget on määratletud kui hankija poolt läbiviidavat menetlust, mille eesmärk on (riigi)hankelepingu sõlmimine. Seega olemuselt on riigihange hankelepingu sõlmimisele eelnev menetlus.⁶⁷ Sellist määratlust ei ole aktsepteeritud ning vastupidiselt sellele on selgitatud, et riigihange lõpeb tellitud soorituse saamisega, mitte hankelepingu sõlmimisega,

⁶⁴ Commission of the European Communities. Commission staff working document. Impact assessment report – remedies in the field of public procurement, p 6. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2006/sec_2006_0557_en.pdf (04.02.2019). Puudutab küll lepingueelseid õiguskaitsevahendeid (*pre-contractual remedies*), kuid on kohaldatav ka lepingujärgsetele (*post-contractual remedies*) õiguskaitsevahenditele.

⁶⁵ Analoogne põhimõte on sätestatud ka RVastS § 7 lg-s 1.

⁶⁶ EKo C-19/13 *Fastweb SpA*, p 59. Vt selle kohta ka EKo C-212/02 *komisjon vs Austria*, punkt 20.

⁶⁷ D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, lk 19.

kui lõpeb hankemenetlus. Riigihange ei piirdu vaid hankelepingu sõlmimise eelsete suhetega, vaid hõlmab ka hankelepingu täitmise faasi.⁶⁸ Käesoleva töö autor ei saa päris nõustuda viimase seisukohaga ning põhjendab seda järgmiselt. Selle teooria puudus seisneb selles, et RHS ei reguleeri, kuidas tuleb hankelepingut täita – see kuulub eraõiguse reguleerimisalasse. Antud küsimus on aga oluline, kuivõrd siinkohal tekib küsimus, millises kohtus tuleb lepingu täitmise küsimusi vaidlustada, kas maa- või halduskohtus (nt HKMS § 266 lg 2, mille kohaselt hankeasi on riigihanke korraldamisest, sealhulgas hankelepingu sõlmimisest või muutmisest tekkinud haldusasi). Seetõttu on õigem tõlgendus see, et kuni lepingu sõlmimiseni on tegemist hankemenetlusega.

Riigihankena tuleb käsitada hankija seda tegevust (sh otsuseid), mille aluseks on riigihangete seadus, st kõik see, mis tehakse või tuleks teha riigihangete seaduse reeglite alusel, ongi riigihange. Lepingu täitmise faas ei puuduta sõlmimist ega muutmist, vaid seda, kas töö on teostatud või asi nõuetekohane jms. Seega on lepingu täitmine eraõiguslik küsimus, mis allub eraõiguse reeglitele ning täitmisest tulenevad vaidlustused lahendatakse maakohtus. Riigihange on aga laiem mõiste kui hankemenetlus, kuna hankemenetlus hõlmab ainult ühte riigihanke kui terviku etappi. Samuti hõlmab riigihange ka kõiki neid menetlusi, millele 2. peatüki reeglid ei kohaldu (nt lihthankemenetlus, sotsiaal- ja eriteenuste erimenetlus, ideekonkurss jt).

Samas nõustub autor sellega, et hankemenetlus lõpeb hankelepingu sõlmimisega – see on riigihanke üks osa, seega oma mõttelt ja sisult palju kitsam mõiste. RHS § 4 p 16 kohaselt on riigihanke sisuks ostmine või tellimine, mis kindlasti hõlmab ka lepingu sõlmimist, olgugi, et siin kohaldub VÕS⁶⁹, mitte ainult eelnev menetlus. Riigihanke mõiste sisustamisel on määrav tegevuse sisu – kas see on suunatud asjade ostmisele või teenuste, ehitusööde tellimisele, seejuures, see milline seadus kohaldub (VÕS või RHS) ei ole määrav. Võrdluseks võib tuua HKMS § 266 lg 1, kus hankeasja on määratletud kui riigihanke korraldamist, mis muuhulgas hõlmab ka lepingu sõlmimist ja muutmist. Üldistavalt nimetakski menetlust, kuidas jõutakse hankelepingu sõlmimiseni, lepingu sõlmimist ja sõlmitud lepingu muutmist riigihanke korraldamiseks, mis on hõlmatud RHS § 4 p-ga 16. Kuna riigihange on laiem mõiste ja hõlmab endas ka seda menetlust, mis on suunatud hankelepingu muutmisele (pealegi ka RHS reguleerib hankelepingu muutmist), siis autori arvates hankelepingu muutmise regulatsiooni rikkumine on

⁶⁸ M. A Simovart. Arvustus. D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, 592 lk. – Juridica 2014/X, lk 783.

⁶⁹ Völaõigusseadus. – RT I, 20.02.2019, 8.

hõlmatud RHS § 185 lg-st 1 tuleneva vaidlustamisõigusega. Seejuures on hankelepingu muutmine on § 185 lg 2 p 8 mõistes käsitletav muu RHS-i alusel tehtud hankija otsusena.

Peale eespool väljatoodu on oluline eeldus ka see, et RHS-i kehtestamisel on seadusandja soovinud lähtuda Euroopa Kohtu praktikast, mille järgi muudatused peavad olema vaidlustatavad.⁷⁰ Seega ka sellest on tuletatav see, et hankelepingu õigusvastasel muutmisel peab seda saama vaidlustada RHS-i alusel.

Hankelepingu muutmine on hankija ja pakkuja poolne võlaõiguslik tahteavaldus ning sellest tulenevalt võib tekkida kahtlus, et see ei kuulu RHS § 185 lg 2 p 8 alla. Autor on seisukohal, et hankelepingu muutmise otsus, kui tahteavaldus, on tehtud riigihanke korraldamise tulemusel – nimelt hankelepingu muutmine kui selline, toimub riigihangete seaduse § 123 alusel, olgu see läbi lubatud või keelatud muudatuse. Oma olemuselt on RHS §-s 123 sätestatud hankelepingu muutmisele suunatud tingimused riigihanke osa. Seega sõltumata sellest, et tegemist on võlaõigusliku tahteavaldusega, on see ka hankija otsus RHS-i tähenduses.⁷¹ Seega allub hankelepingu muutmine RHS-i regulatsioonile ja RHS § 185 lg 2 p 8 hõlmab hankelepingu muutmise otsust ehk sellist hankija otsust, mis on tehtud hankelepingu sõlmimise järgselt.

Hankelepingu muutmise otsuse vormistamise osas tuleb märkida, et RHS ei nõua muutmise puhul eraldi otsuse vormistamist ega sätesta sellele mingeid tingimusi. Tekib olukord, kus lepingu muutmise alused on seaduses küll olemas, kuid vormistuslik pool on seaduses reguleerimata, st jäetud hankelepingu poolte endi otsustada. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond on oma nõustamispraktikas asunud seisukohale, et hankelepingu muudatus tuleb vormistada samas vormis nagu oli hankeleping, st kas kirjalikus või kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis. Kui seda teha suuliselt, siis ei ole see läbipaistev ega kontrollitav. Seda, millise RHS sätte alusel muudatus on lubatav, ei pea

⁷⁰ Nimetatu on tuletatav EKo C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, EKo C-454/06, *Pressetext*, EKo C-160/08, *Komisjon vs Saksamaa*; Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri. 450 SE, lk 7. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (11.11.2018). Direktiivi 2007/66/EÜ, preambula p-d 13, 17.

⁷¹ RKEKo 3-3-1-15-01, p-des 19-20 on analüüsitud Tallinna Linnavalitsuse korralduse õiguslikku iseloomu, mis vastas samuti tsiviilõigusliku tahteavalduse tunnustele, kuid samas otsustati sellega ka avalik-õiguslikke küsimusi. Viidatud lahendist tulenevalt - see, et tegemist on võlaõigusliku tahteavaldusega ning samas võib see muudatus olla *de facto* uus hange, ei ole teineteist välistav.

hankelepingu muudatuse dokumendis fikseerima, aga muidugi võib.⁷² Kuivõrd hankija otsus muuta hankelepingut sisaldab konkreetset sisseviidavat muudatust, mille lubatavust tuleb hinnata RHS-i alusel, siis autori hinnangul kehtib ka siinkohal sama vormistamise nõue.

RHS ei näe ette, et peale RHS § 123 lg 1 p-s 3 (samalt pakkujalt täiendavate asjade ostmine, mida riigihanke alusdokumendid ei sisaldanud) või 4 (muudatuse põhjustavad ettenägematud asjaolud) tehtavaid muudatusi tuleb esitada teade registrile (10 päeva jooksul muudatuse tegemisest arvates) ka teiste muudatuste kohta (RHS § 123 lg 5). Küll aga kohustub hankija esitama 30 päeva jooksul pärast hankelepingu lõppemist registrile teabe hankelepingus tehtud muudatuste kohta, mille kohta hankelepingu muutmise teadet ei esitatud RHS § 83 lg 7 p 2 alusel. Seega RHS § 123 lg 1 p-de 1 (hankijal on õigus hankelepingut muuta, kui hankelepingu üldist olemust ei muudeta), 2 (muudatuse väärtusest sõltumata hankelepingu üldine olemus ei muutu), 5 (pakkuja asendatakse kvalifitseerimise tingimusi täitva pakkujaga, kui selline võimalu sisaldus RHAD-s), 6 (pakkuja asendatakse kvalifitseerimise tingimusi täitva pakkujaga ettevõtja rekonstrueerimise, sh ülevõtmise, ühinemise, võõrandamise või maksejõuetuse tõttu) või 7 (muudatuse väärtusest sõltumata ei ole muudatus oluline) alusel tehtud muudatuste kohta tuleb esitada registrile teade RHS § 83 lg 7 p 2 ettenähtud korda järgides. Selgitust, miks on RHS § 123 lg 1 puhul kohustuslik esitada hankelepingu muutmise (hankelepingu kehtivuse ajal) teade ainult p-de 3 ja 4 kohta ja teised teated muudatuste kohta tuleb esitada peale hankelepingu lõppemist (RHS § 83 lg 7 p 2) riigihangete seaduse seletuskiri ei sisalda. Küll aga tuleneb vastav nõue direktiivi sõnastusest (hankedirektiivi art 72 lg 1) ning ka riigihangete direktiivide kommenteeritud väljaandes⁷³ on direktiivide tõlgendamisel vastavate punktide juures see nõue välja toodud – järelikult RHS-is on selline regulatsioon, kuna see tuleneb nii direktiivist ja ka direktiivi tõlgendusest. Täpset põhjendust, miks selline reegel on direktiivis direktiivi kommentaarid ei sisalda, küll aga on direktiivis üldistatult selgitatud, et nõuetekohaste menetluste tagamiseks on olulised hankemenetluste raames otsuste tegemise jälgitavus ja läbipaistvus, sealhulgas tõhus korrupsiooni- ja pettustevastane võitlus.⁷⁴

Eespool analüüsitu põhjal jõudis autor järeldusele, et hankelepingu muutmise otsus on vaidlustatav riigihangete vaidlustuskomisjonis RHS § 185 lg 2 p 8 alusel ning see on käsitletav

⁷² Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1049778, 09.08.2018 (kiri autori valduses).

⁷³ M. Steinicke (viide 15), lk 768.

⁷⁴ Direktiivi 2014/24/EL, preambula p 126.

muu hankija tehtud otsusena. Üks asi on hankelepingu muutmise otsuse vaidlustamine, seejuures on aga oluline küsimus, kas on võimalik vaidlustada ka muudetud hankelepingut. Hankelepingu muutmise puhul tuleks hankelepingu vaidlustamine kõne alla RHS § 185 lg 4 p 3 alusel. Viidatud säte võimaldab vaidlustada hankelepingut, kui hankija ei ole esitanud hanketeadet, vabatahtlikku teadet ega tähtjaks hankelepingu sõlmimise teadet ja hanketeate esitamata jätmine ei olnud vastavalt käesolevale seadusele lubatud. Euroopa Kohtu lahendistest⁷⁵ tuleneb, et olulise lepingumuudatuse puhul tuleks reeglina korraldada uus hankemenetlus. Kui hankija on sõlminud lepingu, mis sisaldab olulist lepingumuudatust, mis ei ole kooskõlas Euroopa Liidu aluspõhimõtetega, siis on tegemist ebaseadusliku otselepinguga. Ka RHS-i puhul kehtib sama põhimõte. Kui seda nõuet eiratakse ehk tehakse hankelepingu muudatus, mille puhul on nõutav uue riigihanke korraldamine, siis muuhulgas jäetakse sisuliselt esitamata hankelepingu sõlmimise teade, mis on RHS § 185 lg 4 p 3 alusel vaidlustatav vaidlustuskomisjonis.

Võrreldes omavahel direktiivist ja seadusest tulenevat regulatsiooni tuleb nentida, et hankelepingu muutmise vormistamine on mõlemas reguleerimata. Mis puudutab vaidlustamise alust, siis direktiivis on see reguleeritud üldiselt, st peab olema võimalik ebaseaduslikku otsust tühistada. Eesti õiguses on autori arvates võimalik hankelepingu muutmise otsus kehtetuks tunnistada ning tuvastada hankelepingu tühisus.

1.3. Huvitatud isik

Õiguskaitsemeetmete rakendamisel on oluline, kelle kaitseks on nad mõeldud ehk oluliseks küsimuseks on see, kas isik, kes ei ole hankelepingu pool võib vaidlustada hankelepingu muudatust või hankelepingut.

Direktiivi 89/665/EMÜ art 1 lg 3 kohaselt peavad liikmesriigid tagama, et läbivaatamise menetlus oleks kättesaadav vähemalt kõigile neile isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse riikliku lepingu vastu⁷⁶ ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada, mistõttu ei ole nõutav, et tegemist oleks vormiliselt pakkuja või

⁷⁵ EKo C-454/06, *Pressetext*; EKo C-496/99 P, *Succhi di Frutta*.

⁷⁶ EKo C-570-08, *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias vs Anatheoritiki Archi Prosforon*, p 25.

kandidaadiga.⁷⁷ Esimese tingimuse puhul on üldjuhul vastav huvi olemas isikutel, kes osalesid pakkumismenetluses. Reeglina on raskem tõendada huvi olemasolu isikul, kes pakkumismenetluses ei osalenud. Võimalus või tõenäosus hanke võitmise osas ei ole nõude kehtestamiseks nõutav tingimus.⁷⁸ Mõiste „riigihankelepingu sõlmimise vastu huvi“, viitab isikule, kes on kõnealuse riigihankelepingu sõlmimiseks näidanud pakkumise esitamisega üles oma huvi selle lepingu sõlmimiseks.⁷⁹ Seega huvi hankelepingu sõlmimise vastu on neil, kes osalesid algses hankemenetluse – seda sõltumata sellest, kas nad oleksid võitnud selles hankes. Isikute puhul, keda tuli seaduse järgi imperatiivselt hankest välistada, ei saa eeldada huvi hankelepingu sõlmimise vastu. Kui isik osaleb sellisel hankel, milles ta ei ole võimeline pakkuma kõiki nõutud teenuseid või asju, siis ei saa tal ka olla hankelepingu sõlmimise vastu huvi, kuivõrd võimalus, et hankes nõutud tingimustel sõlmitakse leping temaga puudub.

Varasemas praktikas on selgitatud, et kaebeõigus peab olema tagatud igale isikule, kelle õigusi võidakse kahjustada hankelepingu sõlmimise otsuse ebaseaduslikkuse tõttu.⁸⁰ Kuivõrd hankelepingu õigusvastasel muutmisel ja uue riigihanke korraldamata jätmisel kahjustatakse ka selle isiku huve, kes algses menetluses ei osalenud, siis on põhjendatud ka nende isikute kaebeõigus. Kohtusse pöördumise õigus võib olla ka isikul, kes pakkumust ei esitanud, kuid oleks pakkumisel osalenud juhul, kui hanke- või kontsessioonilepingusse muudatusega sissetoodud tingimused oluks ette nähtud esialgses pakkumismenetluses.⁸¹

Euroopa Kohtu praktikas on täpsustatud, et ka pärast hankelepingu sõlmimist on pakkumisel osalenud konkurendi kaebus pakkumise võitjale suunatud otsuste tühistamiseks lubatav – sõltumata sellest, kas isiku pakkumus on välja valitud, peab tal olema võimalus kontrollida kogu pakkumismenetluse õiguspärasust tervikuna ja selle jooksul tehtud otsuste õiguspärasust.⁸² Hankija poolt hiljem tehtud otsused võivad otseselt mõjutada pakkumuse tegemist ja osalejate võrdseid võimalusi.⁸³ Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest

⁷⁷ EKo C-26/03, *Stadt Halle ja RPL Lochau*, p 40; Vt ka EKo C-212/02, *komisjon vs Austria*, p 24; M. Steinicke (viide 15), lk 1396; Vt ka direktiiv 89/665/EMÜ art 1 lg 3.

⁷⁸ M. Steinicke (viide 15), lk 1396.

⁷⁹ EKo C-129/04, *Espace Trianon ja Sofibail*, p 19.

⁸⁰ EKo C-230/02, *Grossmann Air Service*, p-d 26-27.

⁸¹ EKo C-91/08, *Wall AG*, p 38; EKo C-454/06, *Pressetext*, p 35; EKo C-203/08, *Sporting Exchange*, p 50.

⁸² EKo C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p 59.

⁸³ *Ibid*, p 64

tulenevalt peab hankija olema hankemenetluses avaldatud tingimustega seotud kuni hankelepingu täitmise lõpuni.⁸⁴

Seega direktiividest tulenevast regulatsioonist on huvitatud isiku puhul vaidlustuse esitamiseks oluline kriteerium huvi olemasolu hankelepingu vastu ning rikkumise tõttu tekkinud kahju või võimalik kahju tekkimine. Siinkohal on oluline välja tuua, et direktiivi 89/665/EMÜ art 1 lg 3 eesti keelse versiooni osas (selle kohaselt peavad liikmesriigid tagama vaidlustuse esitamise õiguse isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse lepingu vastu või kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada) on kohtupraktikas⁸⁵ juhitud tähelepanu, et kõnealuse sätte eestikeelne tõlge on ebatäpne, sest lause keskel peaks alternatiivse iseloomuga „või“ asemel olema kumulatiivse mõjuga „ja“.⁸⁶ Sama sätte ingliskeelses versioonis on järgmine: „Member States shall ensure that the review procedures are available, under detailed rules which the Member States may establish, at least to any person having or having had an interest in obtaining a particular contract and who has been or risks being harmed by an alleged infringement.“ Ka sätte prantsuskeelne versioon toetab seda seisukohta. Seda vastuolu tuleb silmas pidada ning seejuures arvestada sellega, et vaidlustuse esitamise võimalus peab olema tagatud nii nendele isikutele, kes algses pakkumismenetluses ei osalenud kui ka nendele, kes osalesid.

RHS § 185 lg 1 kohaselt pakkuja, taotleja või riigihankes osalemisest huvitatud ettevõtja võib vaidlustada hankija tegevuse, esitades riigihangete vaidlustuskomisjonile sellekohase vaidlustuse, kui ta leiab, et käesoleva seaduse rikkumine hankija poolt rikub tema õigusi või kahjustab tema huvisid. Seega on riigihangete seaduse kohaselt vaidlustamise õigus pakkujal või huvitatud ettevõtjal. Huvitatud ettevõtja mõistet RHS ei defineeri. Samuti ei ole huvitatud ettevõtja mõistet avatud viidatud sätte kehtestamise aluseks olnud seaduse eelnõu seletuskirjas.⁸⁷ Seepärast tuleks huvitatud ettevõtja mõistet RHS § 185 lg 1 tähenduses sisustada lähtuvalt selle tavapärasest tähendusest ja sätte kontekstist ehk käsitleda teda isikuna, kel on põhjendatud huvi vastava vaidlustuse esitamise vastu.⁸⁸ Põhjendatud huvi on siis kui isik

⁸⁴ EKo C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p 115.

⁸⁵ TlnRnKo 3-18-1684, p 15.

⁸⁶ Vt ka EKo C-570/08, *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias vs Anatheoritiki Archi Prosforon*, p 8.

⁸⁷ Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri. 450 SE. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (09.01.2018).

⁸⁸ D. Minumets, P. Kulm (viide 67), lk 532, mis küll käsitleb huvitatud isikut, kuid autori arvates on see laiendatav ka huvitatud ettevõtjale.

põhistab, et ta oleks osalenud riigihankel, kui muudetud hankelepingu tingimused oleksid olnud ette nähtud esialgses riigihankes.

Õiguskirjanduses on eelmise RHS-i tõlgendamisel väljendatud seisukohta, et hankemenetluses osalemisest huvitatud isiku mõiste sisustamisel tuleks lähtuda RHS v.r § 25 lõikes 1 sätestatud huvitatud isiku definitsioonist ning selles viidatud RHS v.r § 12 lõikes 3 sätestatust, mis reguleerib hankemenetluses osalemise õigust. Eeltoodule tuginedes tuleks hankemenetluses osalemisest huvitatud isikuna käsitada iga isikut, kes pakub asju, teenuseid või ehitustööde tegemist turul ning kes vastab viidatud sätte alusel hankija poolt kehtestatud piirangutele.⁸⁹ Kehtiva seaduse (RHS) § 51 sisaldab sarnast regulatsiooni, mille kohaselt avatud hankemenetluses võib pakkumuse esitada iga ettevõtja, kelle osalemine riigihankes ei ole välistatud võimalike käesoleva seaduse § 7 lõike 3 alusel kehtestatud piirangute alusel. Küll aga ei sisalda kehtiva RHS § 7 lg 3 sellist definitsiooni nagu RHS-i v.r § 12 lg 3 (pakkuja või taotleja võib olla iga isik, kes pakub asju, teenuseid või ehitustööde tegemist turul). Seega kehtiva RHS-i alusel tuleks riigihankes osalemisest huvitatud isikuna käsitleda igat ettevõtjat, kes ei ole hankija poolt välistatud RHS § 7 lg 3 alusel. Küll aga kui hankija sõlmib hankelepingu ettevõtjaga, kes on hankija enda poolt välistatud, siis teine isik, kes on hankija poolt välistatud, tuginedes võrdsele kohtlemisele, peab samuti saama hankelepingut vaidlustada.⁹⁰

Vaidlustuse esitamine peaks olema võimalik ainult sellisel juhul, kui hankija tegevus puudutab vaidlustaja huve ja rikub tema subjektiivseid õigusi. Teisisõnu ei peaks vaidlustust saama esitada isik, kellel niikuinii puudub igasugune võimalus riigihankel osaleda, kuivõrd ta selles valdkonnas üldse ei tegele, ei ole kavatsustki tegeleda ega ole tal ka soovi esitada kellegagi ühist pakkumust. Samuti ei tohiks vaidlustuskomisjon olla sunnitud lahendama vaidlustusi, mis on ilmselgelt esitatud n-ö variisiku poolt näiteks seetõttu, et riigihankes reaalselt osaleda sooviv ettevõtja on vaidlustuse esitamisega hiljaks jäänud või selleks, et ettevõtja isikut varjata.⁹¹

⁸⁹ D. Minumets. P. Kulm (viide 67), lk 528.

⁹⁰ RKHKm 3-3-1-92-16, p-s 28 on riigikohus selgitanud, et Euroopa Liidu õiguses on asjaomasteks pakkujateks peetud neid, keda ei ole veel lõplikult välistatud. Välistamine on lõplik, kui sellest on asjaomastele pakkujatele teatatud ning see on kas sõltumatu järelevalveasutuse poolt õiguspäraseks tunnistatud või kui välistamise kohta ei saa enam alustada läbivaatamismenetlust.

⁹¹ Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri. 450 SE, lk 127. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (26.03.2018).

Muuhulgas välistab see ka populaarkaebuste esitamise võimaluse⁹², sest sellise tingimuse puhul ei saa esitada vaidlustuse igäüks, vaid valdkonnaga piiratud isikute ring.

Riigikohtu hinnangul tuleb hankeasjas analüüsida, kas isik on määratletav pakkujana, taotlejana või hankemenetluses osalemisest huvitatud isikuna ning kas hankija saab tema õigusi rikkuda või õigusega kaitstud huvisid kahjustada.⁹³ Kuigi kohtulahend on tehtud RHS-i v.r pinnalt, siis selles osas on regulatsioon jäänud samaks (kehtivas RHS-s § 185 lg 1) seetõttu on olemasolev kohtupraktika igati arvestatav ka kehtiva seaduse valguses. Euroopa Kohtu praktika kohaselt isikul, kelle pakkumus on lõplikult tagasi lükatud, ei ole hankemenetluse tulemustega seoses enam mingisugust põhjendatud huvi. Seega on huvitatud isiku vaidlustamisõiguse puhul oluline, kas isik on hankemenetlusest lõplikult kõrvale jäetud.⁹⁴ Autori arvates on hankelepingu muutmist puudutavates vaidlustes siiski oluline eelkõige see, kas vaidlustaja on määratletav huvitatud isikuna, kelle õigusi on rikutud või kelle huve on kahjustatud. Seda seetõttu, et eelnevalt väljatoodud lahend puudutab hankemenetlust ja hankemenetluse käigus tehtavaid hankija otsuseid. Tõepoolest, see vaidlustaja, kes on hankija poolt hankemenetluses lõplikult kõrvale jäetud ei saa vaidlustada hankija poolt selles samas hankemenetluses edaspidi vastuvõetavaid otsuseid. Küll aga olukorras, kus hankija sõlmib hankelepingu ning muudab seda õigusvastaselt, siis ka see sama vaidlustaja, kes oli varasemalt hankemenetlusest kõrvale jäetud on võrreldaval positsioonil selle isikuga, kes pole selles hankes pakkumust esitanudki. Hankelepingu oluliste tingimuste muutmisel on nõutav uue hankemenetluse korraldamine, kui hankija ei vii läbi uut hankemenetlust, siis ta sõlmib ebaseadusliku otselepingu enda poolt valitud pakkujaga rikkudes see läbi muuhulgas ka võrdse kohtlemise ja konkurentsi efektiivse ärakasutamise põhimõtet. Ka see pakkuja, kes on hankemenetluses kõrvale jäetud peaks saama vaidlustada hankelepingu olulist muudatust, kuna esiteks tema ei osalenud ega saanudki osaleda selles menetluses, mida hankija ei korraldanud (ebaseadusliku otselepingu sõlmimine) ning ka temal oleks olnud võimalik teha teist pakkumust, kui hankelepingusse muudatustega sissetoodud tingimused olnud ette nähtud esialgses pakkumismenetluses.

Vaidlustamise õigus ei piirdu üksnes isikutega, kes on konkursil pakkumuse esitanud. Riigihankes võib olla ka sellisel isikul kohtusse pöördumise õigus, kes pakkumust ei esitanud, kuid oleks pakkumisel osalenud juhul, kui hankelepingusse muudatusega sissetoodud

⁹² TlnRnKo 3-17-252, 3-17-255, p-i 8 kohaselt populaarkaebused ei ole riigihankemenetluses lubatavad.

⁹³ RKHKm 3-3-1-44-13, p-d 16-17.

⁹⁴ EKo C-131/16, *Archus ja Gama*, p-d 48-59.

tingimused oluks ette nähtud esialgses pakkumismenetluses. Selleks aga peab isik siiski tõendama oma reaalselt huvi pakkumises osalemise vastu.⁹⁵ Praktikas võib see olla problemaatiline. Huvi on rohkem hinnangu küsimus, mitte asjaolu tõendamise küsimus. Tõendada saab asjaolusid, mille alusel saab huvi järeldada või mitte. Näiteks on õiguskirjanduses⁹⁶ leitud, et huvitatud isikuna tuleks käsitleda, igat isikut, kes pakub asju, teenuseid või ehitustööde tegemist turul ning kes kinnitab vaidlustuses oma huvi vaidlustatud hankelepingu sõlmimise vastu. RHS-i v.r pinnal on ebaseaduslike otselepingute tühisuse tuvastamisele suunatud vaidlustuse puhul leitud, et huvi eelnimetatud põhjenduste saamise vastu on igal isikul, kel oli või on huvi vaidlustatud hankelepingu sõlmimiseks sellise hankemenetluse tulemusena, mida hankija oleks pidanud korraldama juhul, kui ta oleks järginud RHS nõudeid.⁹⁷ Kuivõrd ebaseadusliku otselepingu ja hankelepingu õigusvastasel muutmisel on sama kaitstav hüve – õiguspärase hankemenetluse läbiviimine hankija poolt, siis eespool väljatoodust võiks tuletada, et hankelepingu muutmise korral tuleks huvitatud isikuna käsitleda isikut, kel oli või on huvi vaidlustatud hankelepingu sõlmimiseks sellise hankemenetluse tulemusena, mida hankija oleks pidanud korraldama juhul, kui ta oleks järginud RHS nõudeid. Seejuures on oluline see, et huvitatud isikuna ei saa käsitleda isikut, kellel pole hankija poolt kehtestatud piirangu tõttu võimalik üldse hankemenetluses pakkumust või hankemenetluses osalemise taotlust esitada.⁹⁸

Oluline muudatus rikub nende isikute õigusi, kes oleksid soovinud osaleda uues hankes, mille hankija oleks seaduskuulekalt käitudes pidanud korraldama. Muuhulgas võib muudatus puudutada ka nende isikute õigusi, kes lepingu sõlmimiseni viinud hankemenetluses osalesid, kuid kelle pakkumust edukaks ei tunnistanud põhjusel, et pakutud hind oli madalam kui eduka pakkumuse hind.⁹⁹ Siit tuleneb isikute osas järgmine erisus – oluline muudatus võib puudutada neid isikuid, kes oleks võinud riigihankes osaleda, kuid ei osalenud ning neid isikuid, kes osalesid, kuid kelle pakkumus ei osutunud edukaks.

Eesti kohtupraktikas on jõutud järeldusele, et Euroopa Kohtu¹⁰⁰ seisukohast ei järeldu, et huvitatud isikuks on ka pakkumuse teinud isik, kelle pakkumus lükati tagasi ning kes vaidlustab

⁹⁵ RKHKo 3-3-1-31-11, p 18.

⁹⁶ D. Minumets. P. Kulm (viide 67), lk 53-56.

⁹⁷ *Ibid*, lk 534-535.

⁹⁸ *Ibid*, lk 53.

⁹⁹ EKo C-454/06, *Pressetext*, p 35.

¹⁰⁰ EKo C-129/04, *Espace Trianon ja Sofibail*, p 19.

hankelepingu väitega, et see on tühine ja ta on huvitatud samas asjas uue hankemenetluse korraldamisest.¹⁰¹ Raamlepingu tühisuse tuvastamise vaidluses on samuti leitud, kui pakkuja on osalenud hankemenetluses ning tema pakkumus on õiguspäraselt tagasi lükatud, siis tal puudub kaebeõigus nõudmaks raamlepingu tühisuse tuvastamist. Sama arutluskäik kehtib ka olukorras, kus pakkuja on saanud osaleda hankemenetluses, kuid tema pakkumus ei ole edukaks osutunud.¹⁰² Seega on siseriiklik kohus leidnud, et pakkuja kelle pakkumus on tagasi lükatud või pakkuja, kelle pakkumus ei ole edukaks osutunud ning kes ei ole nimetatud hankija otsust vaidlustanud on minetanud hankelepingu sõlmimise võimaluse ning seega ei saa nt hankelepingu tühisuse tuvastamist nõuda.

Käesoleva töö autor nõustub, et eespool nimetatud pakkujad ei saa vaidlustada sama hankemenetluse raames hankija poolt tehtavaid hilisemaid otsuseid.¹⁰³ Küll aga peab ka neile olema tagatud vaidlustamise võimalus olukorras, kus hankija muudab hankelepingut oluliselt, mille tõttu oleks hankija pidanud läbiviima uue riigihanke. Ka nende puhul võib olla sisuliselt tegemist potentsiaalsete pakkujatega, kes on huvitatud hankija poolt õiguspärase riigihanke läbiviimisest. Kui pakkuja, kelle pakkumus lükati tagasi või kelle pakkumus ei osutunud edukaks põhistab, et sõlmitud hankelepingut on muudetud õigusvastaselt ning tal on või on olnud huvi riigihankelepingu sõlmimise vastu – siis on võimalik, et see pakkumus oleks osutunud edukaks, kui vastav muudatus oleks olnud algses hankemenetlus. Sellisel juhul tuleb tunnistada pakkuja kaebeõiguse olemasolu. Hankelepingu muutmisega muutuvad esialgsed tingimused, st kui mõni esitatud pakkumus oli algses menetluses mitte vastav ei tähenda see automaatselt seda, et see on mitte vastav ka peale hankelepingu muutmist või kui mõni pakkumus ei olnud edukas, ei tähenda et see ei ole edukas ka pärast hankelepingu muutmist. Lisaks tuleks sellel isikul ära näidata ka see, et ta on selle rikkumise – hankelepingu õigusvastase muutmise – tõttu kahju kannatanud või võib kahju kannatada.

Õiguskirjanduses on nenditud, et hankemenetluses osalemise huvi põhjendamiseks piisab isiku vastavast kinnitusest vaidlustuses. Isiku vastavust riigihankes seatud nõuetele kontrollitakse alles hankemenetluse käigus vastavas hankemenetluse etapis, mitte ennetavalt hanke alusdokumendi peale vaidlustuse esitamisel.¹⁰⁴ Samas on kohtupraktikas huvitatud isiku

¹⁰¹ TlnHKo 3-17-159, p 40.

¹⁰² TlnHKo 3-17-255, p-d 23, 33.

¹⁰³ Ent sellisel pakkujal säilib siiski teatud aja jooksul teda ennast puudutavate otsuste vaidlustamise õigus.

¹⁰⁴ D. Minumets. P. Kulm (viide 67), lk 528.

kaebeõigust täpsustatud ning märgitud, et vaidlustaja peab suutma ära põhjendada teoreetilise võimaluse pakkuda riigihanke esemeks olevaid teenuseid, ehitustöid või asju. Seega, kui vaidlustaja ei tegutse riigihanke esemega seotud kauba- või teenuse turul, peab ta vaidlustuses näitama ära isikud, kellega koos (ühispakkujana) või kelle kaudu (alltöövõtja) kavatses vaidlustaja hakata hankelepingu esemeks olevaid teenuseid osutama või asju tarnima.¹⁰⁵ Kuigi eespool väljatoodu puudutab eelmist seaduse redaktsiooni ning hankedokumentide vaidlustamist, siis on see kohaldatav analoogia korras ka hankelepingu muutmisele kuna eelnev täpsustab huvitatud isiku definitsiooni, mis on ühene nii hankemenetluses tehtud otsuste vaidlustamisel, kui ka käesolevas töös käsitletava teema osas. Sellest tulenevalt peab huvitatud isik hankelepingu muutmise vaidlustuse esitamise korral põhjendama teoreetilise võimaluse pakkuda riigihanke esemeks olevaid teenuseid, ehitustöid või asju ning kui vaidlustaja ei tegutse selles valdkonnas, siis peab ta ära näitama isikud, kellega koos või kelle kaudu ta kavatses hakata hankelepingu esemeks olevaid teenuseid osutama või asju tarnima.

Autori arvates huvitatud isiku regulatsioon direktiivides ja seaduses ühtib. Direktiivi kohaselt peab läbivaatamise menetlus olema kättesaadav vähemalt kõigile neile isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse hankelepingu vastu ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada, mistõttu ei ole nõutav, et tegemist oleks vormiliselt pakkuja või kandidaadiga. RHS-i kohaselt on huvitatud isikul võimalik esitada vaidlustus, kui RHS-i rikkumine hankija poolt rikub tema õigusi või kahjustab tema huvisid. Huvitatud isiku mõiste sisustamisel on siseriiklik kohus lähtunud Euroopa Kohtu praktikast. Seeläbi on RHS-is tagatud PS-s § 15 sätestatud õigus pöörduda oma õiguste rikkumisel kohtusse. Ka huvitatud isikul on võimalik realiseerida kohtus oma subjektiivset õigust. Seega on tagatud huvitatud isiku õigus nõuda ja riigi objektiivne kohustus tagada menetluse tõhusus nii nagu PS § 15 ette näeb.

¹⁰⁵ TlnRnKm 3-14-50271, p 11; TlnHKm 3-14-50374, p 7.

2. PRIMAARSED ÕIGUSKAITSEVAHENDID HANKELEPINGU ÕIGUSVASTASE MUUTMISE KORRAL

2.1. Õiguskaitsevahendid riigihangete vaidlustuskomisjonis

Vaidlustusmenetlus on reguleeritud RHS-i 8. peatükis. Kui hankeleping muudetakse ja huvitatud isik leiab, et see rikub tema õigusi või kahjustab tema huvisid, on tal võimalik esitada vaidlustus riigihangete vaidlustuskomisjonile.

2.1.1. Vaidlustuse esitamise alused ja kord

Käesoleva töö alapeatükis 1.2. selgitas autor, et hankelepingu muutmist on võimalik käsitada hankija otsusena RHS § 185 lg 2 p 8 mõttes. RHS § 185 lg 2 p 8 on vaidlustuskomisjonisse pöördumise protsessuaalne alus. Kui riigihankes osalemisest huvitatud ettevõtja leiab, et hankija hankelepingu muutmise otsus rikub tema õigusi või kahjustab tema huvisid, siis on tal võimalik esitada vaidlustus vaidlustuskomisjonile. RHS § 197 lg 1 p 5 sätestab, et vaidlustusmenetlus lõpeb vaidlustuskomisjoni otsusega rahuldada vaidlustus osaliselt või täielikult, tunnistades kehtetuks hankija tehtud riigihankega seotud seadusega vastuolus olev otsus. Kuna hankija otsus muuta hankelepingut seondub riigihankega seotud otsusega võib asuda seisukohale, et RHS-st tulenevalt saab vaidlustuskomisjon tunnistada kehtetuks hankija otsust muuta hankelepingut. Kuna hankelepingu muutmise otsus ei ole (algse) hankelepingu aluseks olev otsus, seetõttu selle otsuse kehtetuks tunnistamisel ei muutu kehtetuks esialgne leping. Sellisel juhul muutub kehtetuks vastav otsus, kuid (algne) hankeleping jääb kehtima.

Hankelepingu muutmise on RHS-i reguleerimisalal, tegemist on selle seaduse tähenduses riigihanke osaga, kus muutmise puhul tuleb järgida seaduse eesmärki ja § 123. Eelnevast tulenevalt olen seisukohal, et hankelepingu muutmisel teostab hankija RHS-i tähenduses riigihanget. Riigihanke teostamisel tekkivate vaidluste lahendamise kord on sätestatud RHS-s.

Kuivõrd RHS-is sätestatud vaidlustamise eeldused on täidetud, siis hankija tegevuse vaidlustamiseks tuleb esitada vaidlustus vaidlustuskomisjonile.¹⁰⁶

Vaidlustuskomisjonil on RHS-st tulenev pädevus tuvastada hankelepingu tühisus üksnes RHS-is¹⁰⁷ nimetatud alustel. Kõik muud rikkumised sõlmitud hankelepingu kehtivust ei mõjuta. Küll aga on Riigikohus¹⁰⁸ asunud seisukohale, et hankelepingu tühisust on võimalik tuvastada ka TsÜS § 87 alusel ja jätta kohaldamata RHS v.r § 4 lg 2 (mille kohaselt seaduses sätestatud nõuete järgimata jätmine ei mõjuta hankelepingu kehtivust, kui RHS-s ei ole sätestatud teisiti). Kuid see on kohtu, mitte vaidlustuskomisjoni pädevuses.¹⁰⁹ RHS § 8 lg 2 on sarnase sisuga (lisatud on see, et hankelepingule kohaldatakse võlaõigusseaduses ja teistes õigusaktides asjaomase lepinguliigi kohta sätestatud, kui RHS-s ei ole sätestatud teisiti). Seega on viidatud vaidlustuskomisjoni praktika kohaldatav ka kehtiva seaduse valguses – vaidlustuskomisjon on pädev tuvastama hankelepingu tühisust üksnes RHS § 31 või 121 alusel, muude rikkumiste osas vaidlustuskomisjonil pädevus puudub.

Hiljutises vaidlustuskomisjoni praktikas¹¹⁰ on hankelepingu tühisuse tuvastamise vaidlustuses, nõutud sõlmitud hankelepingu muudatuste tühisuse tuvastamist RHS § 121 lg 1 p-i 1 ja lg 4 ning TsÜS § 87 alusel, samuti õigusvastaselt sõlmitud hankelepingu tühisuse tuvastamist RHS § 121 lg 1 p 1, § 197 lg 3 p-i 1 ning TsÜS § 87 alusel ning hankelepingu muudatuse osas, mis erineb algselt sõlmitud hankelepingus sätestatud tingimustest, tühistamist.¹¹¹ RHS § 121 lg 1 p 1 on siinjuures tühisuse materiaalõiguslik alus.

Vaidlustaja selgitas, et sõlmitud hankelepingu eset on laiendatud ning muudatuste näol on tegemist õigusvastase ja tühise, ilma täiendavat riigihankemenetlust läbiviimata sõlmitud hankelepinguga. Hankija tegevuse puhul on tegemist hankelepingu eseme olulise muutmisega, mis on RHS § 123 lg 2 p-i 1 ja p-i 3 kohaselt õigusvastane. Hankelepingu muudatus on

¹⁰⁶ Viidatud seisukoht on tehtud tuginedes RKHKm 3-3-1-63-08, p-dele 11-14. Seal oli küll tegemist vaidlustusega, mis puudutas seda, kas lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul on tegemist hankemenetlusega RHS-i tähenduses ja kas sellest tulenevalt peaks vaidlust menetlema vaidlustuskomisjon või on õigus esitada kaebus otse halduskohtule. Kolleegium leidis, et tegemist on riigihankega ning vaidlustus tuli esitada vaidlustuskomisjonile. Kuivõrd selleks ajaks oli juba möödunud vaidlustuse esitamise tähtaeg, ei olnud kohtul enam võimalik menetleda tühistamiskaebust ja võimalik on esitada RHS-is nimetatud kahju hüvitamise taotlus.

¹⁰⁷ RHS-i v.r § 69 lg-tes 1 ja 1¹ ja § 71¹ lg 1.

¹⁰⁸ RKHKo 3-3-1-66-10, p-d 15-18.

¹⁰⁹ VAKOo 21.03.2016, 33-16/159295, p 9; TlnRnKo 3-14-50168, p-d 13-14.

¹¹⁰ VAKOo 06.02.2019, 1-19/196493, p 3.

¹¹¹ *Ibid*, p 5.1.

eraldiseisev tehing TsÜS § 67 lg 1 mõttes – seega on muudatuse näol tegemist uue iseseisva riigihankelepinguga, mille hankija oleks pidanud sõlmima RHS-is sätestatud vastavat menetluskorda järgides. Hankija vaidles vaidlustusele vastu – põhjenduses sisaldus mh selline väide, et hankija ei ole teinud ka otsust (RHS § 185 lg 2 p 8), mis võiks rikkuda vaidlustaja õigusi või kahjustada tema huvisid. Kuid vaidlustuse lahendamisel VAKO ei puudutanud seda küsimust. VAKO asus seiskohale, et hankija ei ole muutnud õigusvastaselt sõlmitud lepingut, mistõttu puuduvad ka alused vaidlustuse rahuldamiseks.¹¹²

Muudatuse vaidlustamisel RHS § 121 lg 1 p 1 alusel on selge, et kuivõrd muudatuse tühisuse tuvastamist nõutakse tulenevalt RHS-st, siis kehtib sellele kohtueelse menetluse läbimise kohustus. Samuti ka kõik hankija otsused, mis on hõlmatud RHS § 185 lg 2 p-ga 8, on kaetud kohustusliku kohtueelse menetlusega. Kuivõrd ka hankija otsus muuta hankeleping on hankija otsus RHS § 185 lg 2 p 8 mõttes, siis ka selle vaidlustamisel on kohustus läbida kohtueelne menetlus VAKO-s.

RHS § 189 lg 1 kohaselt peab vaidlustus olema laekunud vaidlustuskomisjonile kümne päeva jooksul alates päevast, mil vaidlustaja sai teada või pidi teada saama oma õiguste rikkumisest või huvide kahjustamisest, kuid mitte pärast hankelepingu sõlmimist. Kuna muuta saab ainult sõlmitud hankelepingut,¹¹³ siis huvitatud isik ei saa esitada vaidlustust, kui ta leiab, et hankelepingu muutmise rikub tema õigusi või kahjustab tema huvisid, sest tulenevalt § 189 lg-st 1 ei tohi vaidlustust esitada pärast hankelepingu sõlmimist. Seega võib esialgu tunduda, et tekib vastuolu. Siinkohal on käesoleva töö autor seisukohal, et siin ei ole vastuolu ning RHS § 189 lg-t 1 tuleb mõista nii, et sätte viimane lauseosa ei laiene üldse hankelepingu muutmisele. Tühist lepingut (sh muudatusega kaasnevat uut tühist *de facto* otselepingut) saab vaidlustada ka hiljem (RHS § 185 lg 4 p 3 ja § 189 lg 8). Selle järelduse valguses võiks ühe riigihangete seaduse *de lege ferenda* arengusuunana näha regulatsiooni täiendamist selliselt, et lisatakse regulatsiooni, mille kohaselt hankelepingu muudatus tuleb vormistada eraldi otsusega, mis tuleb avaldada riigihangete registris. Hankelepingu muudatust võib rakendada 14 päeva möödumisel muudatuse avaldamisest.

¹¹² VAKOo 06.02.2019, 1-19/196493, p-d 4.3, 4.9, 4.16, 5.1. ja 11.

¹¹³ VAKOo 20.06.2018, 113-18/194573, p 14, kus vaidlustuskomisjon leidis, et hankelepingu muutmise regulatsiooni ei saa kohaldada, kuivõrd muuta ei saa lepingut, mida pole veel sõlmitudki.

Kui jaatada lähenemist, et hankelepingu muutmine on käsitletav hankija otsusena RHS § 185 lg 2 p 8 tähenduses, siis üks võimalus on see, et kohtupraktikas lahendatakse see küsimus ning tunnustatakse vaidlustaja kaebeõigust sõltumata RHS § 189 lg-s 1 kehtestatud regulatsioonist.

Seega võttes kokku ülaltoodu võib käesoleva töö autori arvates vaidlustada muudetud hankelepingut tuginedes RHS § 121 lg p-le 1. Hankelepingu muudatuse puhul tühisuse tuvastamise materiaalseks aluseks on RHS § 121 lg 1 p 1 ning RHS § 185 lg 2 p 8 puhul on tegemist VAKO-sse pöördumise protsessuaalse alusega. Jaatades seda, et hankelepingu muutmine on hankija otsus RHS § 185 lg 2 p 8 tähenduses, siis seaduses on tähtaja osas regulatsioon vastuoluline, kuivõrd vaidlustus tuleb esitada vaidlustuskomisjonile enne hankelepingu sõlmimist. Autori arvates õige tõlgenduse puhul vastuolu puudub. Samuti on seadusandjal võimalik kaaluda eespool välja toodud regulatsiooni täiendamist.

Seda, kas vaidlustada üksnes hankelepingu muutmise otsus või hankeleping, mõjutab olulisest muudatusest teada saamise aeg. Kui huvitatud isik saab teada hankelepingu muutmise otsusest nt kui hankeleping on juba täidetud või kui hankelepingu täitmine hakkab juba lõppema, siis ei ole enam mõistlik nõuda hankelepingu tühisuse tuvastamist kuna riigihange, mis korraldati saavutab oma eesmärgi, olgu seda kas õiguspärase või õigusvastase hankelepingu täitmise tulemusel. Sellisel juhul jääb huvitatud isiku õiguskaitsevahendiks kahju hüvitamise nõue.

Hankelepingu vaidlustamisel RHS § 185 lg 4 p 3 alusel on vaidlustuskomisjonil RHS § 197 lg 3 tulenevalt võimalik tuvastada hankelepingu tühisus RHS § 31 või 121 alusel (p 1) või jätta hankelepingu jõusse, lühendades hankelepingu tähtaega, kui on tuvastatud tühisuse asjaolude olemasolu RHS § 31 või § 121 alusel (p 2). Otsuse tegemisel võetakse arvesse olulist avalikku huvi, mida võidakse kahjustada hankelepingu tühisuse korral.

Hankelepingu tühisuse tuvastamisel RHS § 121 lg 1 p 2 alusel ei ole võimalik, et hankija saab tehtud vea parandada ja hankelepingu selles riigihanges uuesti sõlmida. Hankija saab üksnes hankelepingu tühisusele tugineda (RHS § 121 lg 4) ja viia läbi uue riigihanke lähtudes RHS-is sätestatud nõuetest.¹¹⁴ Kuivõrd ka RHS § 121 lg 1 p-i 1 alusel on võimalik tuvastada hankelepingu tühisus, siis autori hinnangul on eespool väljatoodu kohaldatav ka § 121 lg 1 p 1

¹¹⁴ VAKOo 17.08.2018, 155-18/196785, p 7.4; Vt ka VAKOo 17.08.2018, 153-18/197009, p 8.4.

osas. Seega kui vaidlustuskomisjon tuvastab hankelepingu tühisuse, on vaidlustajal eelkõige võimalik vaidlustusega saavutada uue riigihanke korraldamine. Siin aga tuleks jällegi eristada seda, et see kehtib erandliku menetluse kohta¹¹⁵. Kui tuvastatakse muudetud hankelepingu tühisus, siis algne, muutmata hankeleping jääb ikka kehtima ning uue hanke vajadus ei pruugi üldse tekkida, sest hankija võib nt loobub muudatuse alusel tellitud teenusest või soetatud asjast. Uue hanke vajadus tekib hankijal juhul, kui hanke korraldamine on kohustuslik¹¹⁶.

2.1.2. Vaidlustamise tähtaeg

Hankelepingu muutmise korral on hankelepingut võimalik vaidlustada kuue kuu jooksul hankelepingu sõlmimisest arvates (RHS § 189 lg 8). Kuigi algset hankelepingut see ei mõjuta, siiski võib olemasoleva regulatsiooni pinnalt olukord osutada keeruliseks kui hankelepingu muudatust varjatakse pahatahtlikult. Kui vaidlustaja on teadlik hankelepingu muudatusest, kuid tal puuduvad piisavad tõendid selle tõendamiseks, on siiski oluline, et vaidlustaja õigused saaksid kaitstud.

Õiguskirjanduses on väljendatud seisukoht, et RHS-i kohaselt on vaidlustuse esitamise tähtaeg seatud teatud juhtumitel sõltuvusse konkreetse fakti esinemisest, mitte rikkumisest teavitamisest. Eelkõige on tegemist olukordadega, mis puudutavad nn otselepingute sõlmimist. RHS § 189 lg 1 tuleneb, et vaidlustus tuleb esitada vaidlustuskomisjonile õiguste rikkumisest või huvide kahjustamisest teada saamisest. Näiteks sõlmitakse leping täna, sellest hetkest möödub kuus kuud või rohkem, siis vaidlustaja ei pruugi sellest kuue kuu jooksul teada saada.

Kui on kohustuslik esitada hanketeade, mida ei ole tehtud, kuid sõlmitud on hankeleping (nn otseleping) tuleb vaidlustus esitada kuue kuu jooksul selle sõlmimisest arvates (RHS § 189 lg 8). Kuus kuud on küllaltki pikk aeg, mis loob eeldused selleks, et ka huvitatud isikutel oleks võimalus sellest teada saada (nt nähes lepingupoolte käitumist).¹¹⁷ Konkreetse faktina on käesoleval juhul käsitletav lepingumuudatus ehk õigusvastase otselepingu sõlmimine. Tuleb juhtida tähelepanu, et RHS § 124 lg 1 p 1 kohaselt võib hankija hankelepingut lõpetada, kui hankelepingut on lubamatult muudetud. Sätte tõlgendamisel võib järeldada, et õigusvastase

¹¹⁵ Nt TlnHKO 23.11.2017, 3-17-1410 jäätmeeveo kohtuasi.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ J. Jäätma. HKMSK § 270/2. – Halduskohtumenetluse seadustik. Komm vlj. Tallinn: Juura 2013, lk 758.

lepingumuudatuse kontekstis hakkaks tähtaeg kulgema lepingumuudatuse tegemisest. Samale seisukohale on jõudnud ka Marek Korindt oma magistritöös.¹¹⁸ Et tagada direktiivides sätestatud õiguste kaitse ka hankelepingu järgses olukorras leiab käesoleva töö autor, et õigusvastase lepingumuudatuse kontekstis hakkaks tähtaeg kulgema lepingumuudatuse tegemisest teada saamisest. Teada saamise ajast sõltub muuhulgas ka see, mida vaidlustada ja millist õiguskaitsevahendit valida.

Euroopa Kohus on varem kehtinud õiguskaitsemeetmete direktiivi¹¹⁹ tõlgendades sedastanud, et liikmesriikidele on pandud kohustus võtta vajalikud meetmed tagamaks, et liidu õigusega vastuolus olevate hankijate otsused saaks läbi vaadata tõhusalt ja võimalikult kiiresti, ning kindlustada, et õiguskaitsevahendid oleksid tagatud mis tahes isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse lepingu vastu või kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada.¹²⁰

Õiguskaitsemeetmete direktiivi põhjendustest 25 ja 27 nähtub, et hankelepingu tühistamise võimaluse ajaline piiramine on õigustatud avaliku sektori hankijate ja võrgustiku sektori hankijate „otsuste hilisema õiguskindluse tagamiseks”, mis eeldab „sellistest tähtaegadest kinni pidamist”.¹²¹ Euroopa Liidu seadusandja on riigihankemenetluste süsteemi tõhusust silmas pidades omistanud suure tähtsuse esimest liiki õiguskaitsevahenditele, eristades tähtajad lepingute tühistamise nõuete esitamiseks ja teiselt poolt andnud liikmesriikidele õiguse määratleda tähtajad muude õiguskaitsevahendite kasutamiseks. Kui kahjuhüvitisnõude vastuvõetavuse tingimuseks seatakse eelnevalt asjaomase hankemenetluse hanketeate avaldamata jätmises seisneva õigusvastasuse tuvastamine, kusjuures kõnealusele tuvastamisnõudele on seatud kuuekuuline õigust lõpetav tähtaeg, ilma et võetaks arvesse, kas taotluse esitaja teadis õigusnormi rikkumisest või mitte, siis see võib muuta kahjuhüvitisnõude esitamise praktiliselt võimatuks või ülemäära keeruliseks.¹²² Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et õiguskindluse huvides mõistliku kaebuse esitamise õigust lõpetava tähtaja määramine, mis kaitseb nii üksikisikut kui asjaomast haldusasutust, on kooskõlas tõhusa õiguskaitse põhiõigusega. Tähtajad peavad olema sellised, et need ei muuda kõnealuste õiguste

¹¹⁸ M. Korindt (viide 17), lk 52.

¹¹⁹ Direktiiv 89/665/EMÜ art 1 lg-d 1 ja 3.

¹²⁰ EKo C-166/14, *MedEval – Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH*, p 28; vt ka EKo C-61/14 *Orizzonte Salute*, p 43; EKo C-100/12, *Fastweb*, p 25.

¹²¹ EKo C-166/14, *MedEval – Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH*, p 31.

¹²² *Ibid*, p-d 33 ja 41.

kasutamist võimatuks või erakordselt keeruliseks.¹²³ Seega kui vaidlustamistähtaeg hakkaks kulgema hankelepingu sõlmimisest, siis huvitatud isikud ei pruugi muudatusest teada saada. Võib tekkida olukord, kus huvitatud isikul ei ole võimalik rakendada ühte õiguskaitsemeetet, milleks on antud juhul tühisuse tuvastamise nõue. Kuuekuulise tähtaja seostamine teada saamisega või teada saama pidamisega ei oleks õiguskindluse põhimõtet niivõrd riivav ning tagaks direktiivi poolt kehtestatud meetme rakendamise võimaluse. Sellisel juhul muutuks õiguste kasutamine võimatuks või erakordselt keeruliseks, mis on vastuolus direktiivis ettenähtud tõhusa õiguskaitse põhiõigusega.

Rikkumise tuvastamise või kahju hüvitamise nõuete puhul ei hakka tähtaeg kulgema juba alates riigihankeid reguleerivate õigusnormide rikkumisest, vaid sellest hetkest, mil kaebuse esitaja sai sellest riigihankeid reguleerivate õigusnormide rikkumisest teada või pidi teada saama.¹²⁴ Nii on vaidlustuste puhul, mille eesmärk on juba sõlmitud lepingute – olgu kas tagasi- või edasiulatava jõuga – tühiseks tunnistamisele kehtestatud absoluutne kuuekuuline õiguskaitsevahendi kasutamise tähtaeg põhimõtteliselt täiesti mõistlik. Juba sõlmitud lepingu tühisus, mis on eriti raske õiguslik tagajärg, õigustab tähtaja määramist, mis kulgeb ka sõltumata sellest, kas taotleja teadis või vähemalt pidi teadma riigihankeid reguleerivate õigusnormide rikkumisest hankelepingu sõlmimisel. Nii hankija kui tema lepingupartner vajavad sõlmitud lepingu kehtivuse suhtes selgelt õiguskaitset, millele saab tugineda.¹²⁵ Siin on silmas peetud juhtumeid, mis puudutavad hankemenetluse kestel toime pandud rikkumisi, mitte aga hankelepingu järgseid rikkumisi. Käesoleva töö autor leiab, et absoluutne kuuekuuline õiguskaitsevahendi kasutamise tähtaeg ei ole hankelepingu järgsete ebaseaduslike muudatuste puhul mõistlik, kuna ebaseaduslikust muudatusest on teadlikud lepingupooled, mitte aga huvitatud isikud. Huvitatud isikute huvides oleks sellise lepingu tühistamine, selleks aga, et tühisuse tuvastamist nõuda peab huvitatud isik olema teadlik ebaseaduslikust muudatusest. Sellises olukorras oleks mõistlik siduda kuuekuuline õiguskaitsevahendi kasutamise tähtaeg ebaseadusliku muudatuse sõlmimisest teada saamisest või teada saama pidamisest.

Riigikohus on sedastanud, et iga õigusvaidlus peab millalgi saama lõpliku lahendi. Eeskätt õiguskindluse põhimõtte nõuab piiri tõmbamist, pärast mida ei saa enam vaidluse esemeks olnud

¹²³ EKo C-19/13, *Ministero dell'Interno vs Fastweb SpA*, p 58; Vt ka EKo C-603/10 *Pelati*, p 30.

¹²⁴ EKo C-406/08, *Uniplex*, kohtujurist J. Kokotti ettepanek, p 61.

¹²⁵ EKo C-454/06, *Presstext*, kohtujurist J. Kokotti ettepanek, p 162.

küsimusi tõstatada.¹²⁶ Tuleb nõustuda, et igal vaidlusel peab olema mingi piir. Samas tuleb hinnata tõmmatava piiri riivet. Tühisuse tuvastamisel on ühelt poolt kaalul hankelepingu poolte õiguste kaitse, teiselt poolt huvitatud isiku õiguste kaitse. Kui siduda kuuekuuline vaidlustamise tähtaeg ja pidada seda absoluutseks, saaksid huvitatud isiku õigused ja huvi kahjustada. Kuuekuulise tähtaja seostamine teada saamisega või teada saama pidamisega ei rikuks õiguskindluse põhimõtet. Hankija poolt hiljem tehtud otsused võivad otseselt mõjutada pakkumuse tegemist ja osalejate võrdseid võimalusi.¹²⁷ Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest tulenevalt peab hankija olema hankemenetluses avaldatud tingimustega seotud kuni hankelepingu täitmise lõpuni.¹²⁸ Kuna läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise nõuded kuuluvad ka Eesti siseriiklikus õiguses riigihanke korraldamise üldpõhimõtete hulka (RHS § 3 p 1), on Euroopa Kohtu praktikast tulenevad järeldused kohaldatavad ka tühisuse tuvastamise tähtaja küsimuse lahendamisel. Siit tuleneb huvitatud isiku õigus kontrollida ka hankelepingu sõlmimise järgsete otsuste õiguspärasust, kuna need võivad mõjutada riigihanke õiguspärasust tervikuna ja kogu riigihanke jooksul tehtud otsuste õiguspärasust. Järelikult on huvitatud isiku kuuekuulise absoluutse tähtajaga piiramine tema õigusi oluliselt riivav. Seda eelkõige siis, kui vaidlustajaga oleks õiguspärase hanke korral hankeleping sõlmitud.

2.1.3. Riigihanke peatamine

RHS § 193 reguleerib riigihanke peatamist. Kuivõrd riigihange on laiem mõiste kui riigihankemenetlus, siis on oluline analüüsida, kas antud säte laieneb ka hankelepingu muutmisele, st kas sõlmitud hankelepingu muutmisel on võimalik riigihanke peatamine.

Õiguskaitsemeetmete direktiivi artikli 2 lg 1 p-st a tulenevalt tuleb võtta esimesel võimalusel kasutusele ajutisi meetmeid väidetava rikkumise heastamiseks või asjaomaste huvide edasise kahjustamise vältimiseks, sh meetmeid, mille eesmärk on riigihankelepingu sõlmimise menetluse või tellija otsuse rakendamise peatamine või selle peatamise tagamine.

Seega on meede suunatud riigihankelepingu sõlmimise menetluse peatamiseks, tellija otsuse rakendamise peatamiseks või tellija otsuse peatamise tagamiseks – kõik väljatoodu puudutab

¹²⁶ RKHKm 3-3-1-69-03, p 32.

¹²⁷ EKO C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p 64.

¹²⁸ RKHko 3-3-1-31-11, p 16; Vt ka EKO C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p 115.

hankelepingu sõlmimise eelset olukorda. Hankelepingu sõlmimise järgsele olukorrale ei ole ette nähtud ajutisi meetmeid.

RHS § 193 lg 1 kohaselt võib vaidlustuskomisjon vaidlustaja põhjendatud taotluse alusel teha igas vaidlustusmenetluse staadiumis otsuse riigihanke peatamise kohta, võttes arvesse peatamisest tulenevaid võimalikke tagajärgi kõikidele huvidele, mida võidakse kahjustada. Seejuures RHS § 193 lg-tes 5, 7-8 sätestatu puudutab hankija poolt hankelepingu sõlmimise eelseid otsuseid. Viidatud säte hankelepingu sõlmimise järgset olukord ei reguleeri.

Seega tuleb asuda seisukohale, et hankelepingu sõlmimise järgsele olukorrale ei näe ette ajutisi meetmeid ei õiguskaitsemeetmete direktiiv ega RHS. Niisiis on kehtiv regulatsioon direktiivile vastav ning hankelepingu sõlmimise järgselt (eelkõige hankelepingu muutmise olukorras) on võimalik rakendada üksnes teine meede, milleks on tühisuse tuvastamine. Kahju nõude põhjalik analüüs tuleb käesoleva töö 3. peatükis.

2.2. Kohtulikud õiguskaitsevahendid

Antud töös leiab käsitlemist see olukord, kus kehtiva hankelepingu tühisust ei soovi tuvastada hankelepingu pooled, vaid lepingu väline ettevõtja (huvitatud isik, vt sellest põhjalikumalt alapeatükk 1.3). Sisuliselt on tegemist kolmanda isiku õiguskaitsevahendiga, kaitsmaks oma õigust võrdsele kohtlemisele ettevõtlusvabaduse teostamisel. Riigihangete seaduse ja direktiivide reeglid ongi loodud selleks, et eelmainitut tagada.¹²⁹ Sellest tulenevalt on teatud olukordades tegemist hankija poolt selliste rikkumistega, mis tingivad hankelepingu tühisuse tuvastamise võimaluse loomise ka kolmandatele isikutele.¹³⁰ Kuna HKMS välistab hankelepingu tühistamise, ei saa huvitatud isik esitada kohtusse hankelepingu tühistamiskoht. Järgnevalt käsitlem alapeatükkides neid kaebuse liike (v.a hüvitamiskaebus, mida käsitlem eraldi töö kolmandas peatükis), mida huvitatud isikul on võimalik kohtusse esitada.

¹²⁹ J. Jäätma. HKMSK § 267/2. – Halduskohtumenetluse seadustik. Komm vlj. Tallinn: Juura 2013, lk 739.

¹³⁰ *Ibid*, lk 739.

2.2.1. Tuvastamiskaebus

HKMS § 267 lg-st 3 tulenevalt kohaldatakse halduskohtumenetluses hankelepingu suhtes haldusakti kohta sätestatud. Hankelepingu tühisuse tuvastamise nõude puhul on tegemist tuvastamiskaebusega (HKMS § 37 lg 1 p 6). HKMS § 267 lg 3 kohaselt kohus ei tühista kehtivat hankelepingut. Kohus võib tuvastada hankelepingu tühisuse¹³¹, kui hankeleping on tühine riigihangete seaduses sätestatud alusel. Tegemist on sõnaselge keeluga, seega ei ole võimalik nõuda hankelepingu tühistamist (HKMS § 266 lg 2 ja § 37 lg 2 p 1).¹³²

Kohtupraktikas on leitud, et vaatamata HKMS § 268 lg-s 1 sätestatule, saab hankelepingu tühisuse tuvastamiseks esitada kaebuse otse halduskohtule, kui kaebus tugineb muudele õigusaktidele, mitte RHS-le.¹³³ Olukorras, kus vaidlustuskomisjonil puudub seadusest tulenev pädevus tuvastada hankelepingu tühisus muul alusel peale RHS-s sätestatu, ei saa HKMS § 268 lg 1 piirata isiku õigust taotleda halduskohtult hankelepingu tühisuse kindlakstegemist TsÜS § 87 alusel ilma eelnevalt vaidlustuskomisjoni poole pöördumata, sest selline piirang oleks eesmärgipäratu ega tagaks efektiivset õiguskaitset. Seetõttu tuleb HKMS § 268 lg-t 1 tõlgendada selliselt, et kohustuslik kohtueelne menetlus riigihangete vaidlustuskomisjonis laieneb üksnes juhtumitele, kus vaidlustuskomisjonil on ka seadusest tulenev pädevus vaidlustus sisuliselt lahendada.¹³⁴ RHS § 121 lg-st 4 tuleneb, et hankelepingu tühisus sama paragrahvi lõikes 1 sätestatud alustel tuleb tuvastada vastavalt RHS-is sätestatule. Hankelepingu muutmisel tuleneb tühisuse tuvastamise alus RHS § 121 lg 1 p-st 1. Kuna hankelepingut on võimalik vaidlustada ka riigihangete vaidlustuskomisjonis (analüüsitud pikemalt 2.1 alapeatükis), siis on vaidlustuskomisjonil seadusest tulenev pädevus kaebust sisuliselt lahendada ning seega esineb hankelepingu muutmise puhul tuvastamisnõude esitamisel kohtueelse menetluse läbimise kohustus.

RHS-i v.r pinnalt on kohus leidnud, et RHS-s sätestatud hankelepingu tühisuse alused erinevad Eesti õiguses lepingu tühisuse osas kehtivast arusaamast. Erinevalt tehingu tavapärasest tühisusest, mille puhul on tühine tehing absoluutselt ja automaatselt kehtetu selle sõlmimisest

¹³¹ TrtHKm 3-18-2119, p-s 20 on märgitud, et HKMS § 266 lg 2 kohaselt on tuvastamisnõude esitamine hankeasjades võimalik. Tuvastamisnõude esitamine hankeasjades on jaatanud ka kohtupraktika.

¹³² Ka TlnHKo 3-19-304, p-s 10 märkis kohus, et RHS ei võimalda esitada hankelepingu tühistamise nõuet, vaid võimalik on hankelepingu tühisuse tuvastamise nõude esitamine.

¹³³ TlnRnKo 3-14-50168, p 14; RKHKm 3-3-1-52-11, p-d 17-18.

¹³⁴ VAKOo 11.09.2015, 194-15/163812, p-d 5.2.2. – 5.2.3.

peale, eeldab hankelepingu tühisus vastavasisulise nõude esitamist ja selle tuvastamist vaidlustuskomisjoni või kohtu poolt.¹³⁵ Kuivõrd RHS sätestab need tühisuse alused §-s 121, siis on nii vaidlustuskomisjonil kui ka halduskohtul võimalik tuvastada hankelepingu tühisus.

Võimalus esitada hüvitamiskaebust ei välista õigust esitada tuvastamiskaebus sellise haldusakti või toimingu õigusvastasuse kindlakstegemiseks, millega võidi kahju tekitada. Hilisema hüvitamiskaebuse esitamise kavatsus ei anna õigust tuvastamiskaebuse esitamiseks (HKMS § 45 lg 2). Õigusvastasuse tuvastamise kaebuse tähtaeg on pikem kui tühistamiskaebusel (3 aastat), samas on see kaebus ka tunduvalt ebaefektiivsem. Õigusvastasuse tuvastamine ei too iseenesest kaasa haldusakti kehtetust või täitmata jätmist, ega isegi mitte tühistamise kohustust haldusorganile endale. Kaebaja kaebeõiguse tuvastamiseks tuleb kohtul kontrollida, mis on see subjektiivne õigus, mida kaebaja hankelepingu tühisuse tuvastamise kaudu kaitsta püüab ning kas see oleks vastava nõude kaudu realselt saavutatav. Isikute hankemenetluses osalemise ainus seaduslik eesmärk saab olla majanduslik huvi sõlmida hankeleping. Seega on riigihanke vaidlustusmenetluses kaitstav õigushüve õiguspärane hankelepingu sõlmimise võimalus või hüvitise saamine kahju eest, mis tekkis põhjusel, et hankeleping sõlmiti kellegi teisega.¹³⁶

Nagu oli märgitud alapeatükis 2.1.1, saab vaidlustuskomisjon tunnistada kehtetuks hankelepingu muutmise otsuse. Kuivõrd hankelepingu muutmisel on muudetud kujul hankeleping tühine, siis puuduvad takistused hankija otsuse tühistamiseks. Kehtiv võib küll olla algne leping, aga lepingu muutmise otsus ei ole algse lepingu aluseks, seega HKMS § 267 lg 4 ei keela selle tühistamist.

Hankelepingu tühisuse tuvastamise juures on paratamatuks küsimuseks, kas tühiseks tunnistatakse ainult lepingu muudatus ehk õigusvastane otseleping või tuleb muudatuse tõttu tühiseks tunnistada ka esialgne hankeleping.

Tühisuse mõiste sisustamisel lähtub käesoleva töö autor tsiviilseadustiku üldosa seadusest. TsÜS § 84 lg 1 kohaselt tühisel tehingul ei ole algusest peale õiguslikke tagajärgi. Nii ka hankelepingu puhul – kui on tuvastatud hankelepingu tühisus, siis ei ole sellisel lepingul

¹³⁵ M. A. Simovart (viide 14), lk 103.

¹³⁶ TlnHKm 3-15-1827, p 9.

algusest peale õiguslikke tagajärgi. Nagu märgitud käesoleva töö alapeatükis 2.1 on Eesti õiguses võimalik nõuda tühisuse tuvastamist *ex tunc* ehk tagasi ulatuvalt.

Direktiivi kohaselt võib hankelepingu kehtetus saabuda liikmesriigi seadusandja valikul kas edasi ulatuvalt (*ex nunc*) või tagasi ulatuvalt (*ex tunc*).¹³⁷ Esimesel juhul ehk lepingu kehtetuse saabumisel edasiulatuvalt on tegemist lepingu lõpetamisega, mis tähendab seda, et rikkumise tuvastamise korral tekib hankelepingu lõpetamise kohustus. Tagasiulatuva mõju puhul toob direktiivis nimetatud oluline rikkumine kaasa lepingu tühisuse. Eesti õigusesse on tühisuse tuvastamise kontseptsioon sisse toodud ja õiguskaitsemeetmete direktiiv üle võetud 1. juulil 2010 jõustunud riigihangete seaduse¹³⁸ muudatustega, mille kohaselt RHS v.r. § 69 lõikes 1¹ nimetatud rikkumiste puhul on huvitatud isikutel võimalik nõuda RHS v.r. § 117 lõikele 2¹ tuginedes hankelepingu tühisuse tuvastamist *ex tunc*. Tühisuse tuvastamise võimalus on ette nähtud ka kehtivas RHS §-s 121. Tuleb märkida, et sõltumata kirjutatud õiguse eelnimetatud muudatustest, tuvastas Riigikohus¹³⁹ riigihanke õigust rikkudes sõlmitud kontsessioonilepingu tühisuse Euroopa Liidu asutamislepingu aluspõhimõtete ja neist arendatud riigihanke õiguse üldpõhimõtete rikkumise tõttu.¹⁴⁰

Euroopa Liidu hankeõigus lähtub reeglist, et hankelepingu sõlmimisel toimunud raskete rikkumiste – eeskätt Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise – korral peab huvitatud isikutel olema võimalik saavutada lepingu õigusjõu lõppemine (*ineffectiveness*). Vastav nõue tuleneb Euroopa Kohtu tehtud otsusest¹⁴¹ ning seda konkretiseerib õiguskaitsemeetmete direktiiv. Erandina kohustusliku hankelepingu õigusjõu lõppemisest artikkel 2d lg-s 1 ette nähtud oluliste rikkumiste vaidlustamise korral võivad liikmesriigid anda läbivaatamisasutusele õiguse vältida lepingu õigusjõu lõppemist ülekaaluka üldise huvi tõttu. Sellise erandi kohaldamise eelduseks on ülitähtsad põhjused, mis i) puudutavad mõnda üldist huvi ja ii) sõltuvad kehtiva lepingu jätkamisest. Erandi eelduste täitmisel ei vabasta artikli 2e lg-s 2 osutatud alternatiivsete karistuste kohaldamist.¹⁴²

¹³⁷ Direktiivi 2007/66/EÜ, preambula p 21; M. A. Simovart. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. – *Juridica* 2011/II, lk 91.

¹³⁸ Riigihangete seadus. – RT I, 25.10.2016, 20.

¹³⁹ RKHKo 3-3-1-66-10.

¹⁴⁰ M. A. Simovart (viide 138), lk 91.

¹⁴¹ EKo C-503/04, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs. Saksamaa Liitvabariik*.

¹⁴² M. Steinicke (viide 15), 1426.

Õiguskirjanduses¹⁴³ on leitud, et kogu tehing võib osutada kehtetuks ka juhul, kui ebaseaduslikult muudetud osa on ülejäänud tehingust eraldatav: nimelt olukorras, kus eelduslikult ei oleks tehingut ilma kehtetu osata üldse tehtud. Hankelepingu puhul võib ebaseadusliku muudatusega kaasneva tühisuse olukorda ilmselt sageli komplitseerida just küsimus, kas hankelepingut, mille muudatust on võimalik käsitada tehingu eraldi osana, oleks tehtud ilma kehtetu osata. Siit võib järeldada, et on ka olukordi, kus hankeleping koos ebaseadusliku muudatusega kehtib edasi sõltumata sellest, et sellise muudatuse tõttu on kogu tehing kehtetu. Kohtuasja *Pressetext*¹⁴⁴ valguses on aga väidetud, et takistamaks hankelepingute ebaseaduslikku muutmist hankijate poolt peaks eelistama tagajärge, kus hankelepingu muudatusena vormistatud ebaseadusliku otselepingu tühisuse tuvastamine tingib ühtlasi kogu (muudetud) hankelepingu kehtetuse.¹⁴⁵ Selline järeldus ei pruugi aga olla õiglane. Nt olukorras, kus ehitatakse koolimaja koos ujulaga ning mingil põhjusel ujula puhul tehakse õigusvastane muudatus, mis tingib kogu hankelepingu tühisuse, siis sellisel juhul ei ole õiglane, et koolimaja jääb ujula tõttu ehitamata. Muudatuse õigusvastasus ei pruugi kinnitada, et algne leping on õigusvastane.

Käesoleva töö autor on seisukohal, et kui algne hankeleping on kooskõlas seadusega, siis ta jääb kehtima, kuna ta on sõlmitud õiguspäraselt. Hankelepingu muutmisel on tühine hankelepingu muudatus (seda hankelepingu muudatust peetakse eraldiseisvaks tehinguks ehk uueks iseseisvaks riigihankelepinguks¹⁴⁶). Algne, õiguspäraselt sõlmitud hankeleping võib osutada kehtetuks, siis kui õigusvastase hankelepingu muudatuseta, ei saaks algset hankelepingu täita. Siseriiklikus kohtupraktikas on ka kogu (st nii algse hankelepingu kui ka hankelepingu muudatuse ehk eraldiseisva hankelepingu) lepingu tühisust tuvastatud, kuid seda üksnes erandlikul juhul, milleks konkreetsel juhul oli jäätmeveo korraldamine¹⁴⁷. Mis puudutab avaliku huvi, siis tuleb märkida, et sellele viidates võib jääda kehtima õigusvastane muudatus, küll aga algse hankelepingu kehtivust see ei mõjuta.

Tühisuse tuvastamise nõude esitamise kõige pikemaks tähtjaks seab õiguskaitsemeetmete direktiivi artikkel 2f kuus kuud alates lepingu sõlmimisele järgnevast päevast. Õiguskindlusest

¹⁴³ M. A. Simovart (viide 138), lk 95.

¹⁴⁴ EKo C-454/06 *Pressetext*.

¹⁴⁵ H.-J. Prieß. Ineffectiveness of Contracts under the Remedies Directive – The German Perspective. Presentation at the Conference: Public Procurement Global Revolution V, 9th-10th Sept 2010, University of Copenhagen, p 9.

¹⁴⁶ EKo C-160/08 *Komisjon vs Saksamaa*, p 99; EKo C-454/06 *Pressetext*, p-d 34-36; EKo C-337/98 *Komisjon vs Prantsusmaa*, p-d 44 ja 46; EKo T-540/10 *Hispaania vs Komisjon*, p 62.

¹⁴⁷ Nt TlnHKo 23.11.2017, 3-17-1410 jäätmeveo kohtuasi.

tulenevatel põhjustel on lepingu tühistamiseks tunnistamine võimalik piiratud ajavahemiku jooksul ning sellistest tähtaegadest tuleks kinni pidada.¹⁴⁸ Vaidlustamise tähtaega on täpsemalt analüüsitud käesoleva töö alapeatükis 2.1.2.

2.2.2. Kohustamiskaebus

HKMS § 266 lg 2 kohaselt reguleerib käesolev peatükk (menetlust hankeasjas) tühistamis-, kohustamis-, heastamis- ja tuvastamiskaebuse esitamist ning lahendamist hankeasjas.

HKMS § 37 lg 2 p 2 kohaselt võib kaebusega nõuda haldusakti andmist või toimingute tegemist (kohustamiskaebus). HKMS § 41 lg 3 kohaselt kohustamiskaebuse rahuldamisel võib kohus kohustada vastustajat nii haldusakti andma või toimingute tegema kui ka haldusakti andmist või toimingute tegemist uuesti otsustama. Kuna käesolev magistr töö keskendub hankelepingu järgsele olukorrale, siis vastava kaebuse liigi puhul on oluline kindlaks määrata, mida saab huvitatud isik nõuda ja saavutada olukorras, kus hankeleping on juba sõlmitud ning peale sõlmimist on seda muudetud. Seetõttu on oluline analüüsida, kas vaidlustaja võib kohustamisnõudega kohustada hankijat läbiviima RHS-le vastavat riigihanget või hankelepingut lõpetada.

RHS § 124 lg 1 p 1 reguleerib hankija õigust hankelepingu erakorraliselt enne tähtaega üles öelda, kui hankelepingus on tehtud muudatusi, mis ei ole RHS §-s 123 sätestatu kohaselt lubatavad. M. Korindt on oma magistr töö analüüsinud hankijapoolset hankelepingu lõpetamist selle lubamatu muutmise korral. Töös jõudis autor järeldusele, et hankelepingu ülesütlemine on hankelepingu lõpetamise meetmena selline vahend, mis võimaldab asetada pakkujad uuesti võrdsesse olukorda, tekitada uue konkurentsiolekorra ning kõrvaldada korruptsiooni riski tekitav põhjus ehk hankelepingust tulenev võlasuhe. Hinnates seejuures mõõdukust, tuleb kaaluda riive intensiivsust ning riivet õigustavate põhjuste olulisust. Riivet õigustavad põhjused saavad lubamatult muudetud hankelepingu lõpetamisel olla eelkõige pakkujate võrdse kohtlemise ja konkurentsi edendamise põhimõtete tagamine.¹⁴⁹ Seega võib asuda seisukohale, et RHS § 124 on loodud kaitsma ka huvitatud isiku huve. Vaatamata sellele on käesoleva töö autor seisukohal, et kohustamiskaebusega ei saa kohustada hankijat

¹⁴⁸ Direktiiv 2007/66/EÜ, preambula p 27.

¹⁴⁹ M. Korindt (viide 17), lk 59.

hankelepingut üles ütlema. Muudetud hankelepingu ülesütleamiseks puudub samuti vajadus, kuna see leping on niigi tühine.

Uue RHS-i pinnalt ei ole küll väga palju kohtupraktikat tekkinud, kuid olemasolevate lahendite pinnalt saab teha teatud üldistusi. Lahendites, kus on vaidlustatud hankelepingu sõlmimise järgset olukorda on kohustamiskaebusega nõutud uue riigihanke läbi viimist.¹⁵⁰ Hankelepingu muutmisel on seaduses ettenähtud konkreetsed reeglid ning kui tegemist on olulise rikkumisega, siis tuleb korraldada uus riigihange. Nii näiteks on korraldatud jäätmeveo puhul nõutud linna kohustamist läbi viima riigihangete seaduse nõuetele vastavat riigihanget (teenuste kontsessiooni) jäätmeveopiirkondades korraldatud jäätmeveo teenuse osutaja leidmiseks.¹⁵¹ Kohus leidis, et riigihanke (teenuste kontsessiooni) korraldamiseks kohustamise nõue on lubatav.¹⁵² Niisiis on kohus kohustanud hankijat alustama jäätmeveopiirkondades korraldatud jäätmeveoteenuse osutaja leidmiseks kontsessioonilepingu sõlmimise menetlust. Siinkohal on käesoleva töö autor seisukohal, et lubamatu muudatus ei tekita iseenesest kohustust uue hanke korraldamiseks, kuivõrd muudatuse kehtetuks tunnistamisel või tühisuse tuvastamisel algne leping jääb kehtima ning hankija võib nt uue riigihanke korraldamise asemel hoopiski asja soetamisest või teenuse osutamisest loobuda. Eelnevalt viidatud kohtulahendis oli kohustamiskaebusega nõutud uue riigihanke korraldamist, kuid selle lahendi puhul on tegemist erandiga, sest kohalik omavalitsus on kohustatud jäätmevedu korraldama ning ainus võimalus selleks on riigihange. Seega üldjuhul uue riigihanke korraldamist nõuda ei saa, küll aga ei ole see erandlikel juhtudel välistatud.

Hankelepingu muutmise otsuse puudutavas osas tuleb märkida, et selle puhul kohustamisnõude esitamisel võiks nõuda ka seda sama, mida hankelepingugi puhul, kuid sellel puudub igasugune mõte. Nimelt hankelepingu muutmise otsuse puhul ei ole kohustamiskaebus üldse tõhus – sellega ei saa kohustada korraldama uut riigihanget ega ka hankelepingut lõpetama.

HKMS § 46 lg 2 kohaselt võib kohustamiskaebuse esitada 30 päeva jooksul kaebajale haldusakti andmisest või toimingute tegemisest keeldumise teatavakstegemisest arvates. Haldusakti andmine võib olla õigusvastase hankelepingu sõlmimise moment, kuid siinjuures

¹⁵⁰ Nt TlnHKo 3-17-1158; TlnHKo 3-17-1410.

¹⁵¹ TlnHKo 3-17-1410, p 7; TlnHKo 3-17-1158, p 3.

¹⁵² TlnHKm 20.07.2017, 3-17-1410, p 9.

tuleks arvestada sellega, et siin ei kehti haldusakti puhul kehtestatud teatavakstegemise hetk. Kui lepingut on muudetud õigusvastaselt, siis huvitatud isik ei pruugi sellest teada saada ei koheselt ega ka üleüldse. Sellisel juhul tuleks seostada 30 päevase tähtaja vastava (õigusvastase muudatuse) otsuse tegemisest teada saamisest (tähtaja kohta täpselt alapeatükis 2.1.2). Kui muutmine ja muudetud leping pole teineteisest lahutatavad, siis kehtib kuue kuuline tähtaeg muudetud lepingu tühisuse tuvastamisel, mille raames kontrollitakse ka muutmise otsust. Seeläbi on võimalik tagada huvitatud isikule direktiivi eesmärgist tulenev tõhus õiguskaitse ka hankelepingu õigusvastase muutmise korral.

Seejuures on kohustamiskaebuse juures oluline hinnata nõude eesmärgipärasust. Näiteks kui vaidluse esitamise hetkeks on hankeleping täidetud, siis puudub kohustamiskaebusel igasugune mõte. Seega ka sellisel juhul ei ole antud kaebuse liike tõhus, kuivõrd riigihanke eesmärk on täidetud – olgu selle aluseks õiguspärane või õigusvastane hankelepingu muudatus.

Võttes kokku eespool analüüsitud asub käesoleva töö autor seisukohale, et kohustamiskaebusega ei saa hankijat üldjuhul kohustada korraldama uut riigihanget, v.a erandlikel juhtudel, nt jäätmeveo asi, samuti ei saa kohustada hankelepingut üles ütlema ehk hankelepingut lõpetada.

2.2.3. Keelamiskaebus

HKMS § 266 lg-s 2 ei ole keelamiskaebust eraldi reguleeritud. Õiguskirjanduses on leitud, et sellisel juhul tuleb eelistada lähenemist, et keelamis- ja hüvitamiskaebuse esitamisel kohaldatakse halduskohtumenetluse seadustiku üldist regulatsiooni. Sätte kitsal tõlgendamisel ei saa hankeasjades keelamiskaebust esitada. Sõnaselget keelunormi siiski sätestatud ei ole. Samas ei pruugi kitsendav tõlgendus alati tagada lünkadeta kohtulikku kaitset.¹⁵³

HKMS § 37 lg 2 p 3 kohaselt võib kaebusega nõuda haldusakti andmise või toimingute tegemise keelamist (keelamiskaebus). Seejuures tuleb arvestada HKMS § 45 lg-ga 1, mille kohaselt võib keelamiskaebuse esitada üksnes juhul, kui on põhjust arvata, et vastustaja annab haldusakti või

¹⁵³ J. Jäätma. HKMSK § 266/2. – Halduskohtumenetluse seadustik. Komm vlj. Tallinn: Juura 2013, lk 729.

teeb toimingut, mis rikub kaebaja õigusi, ning õigusi ei saa tõhusalt kaitsta haldusakti või toimingut hilisemal vaidlustamisel. Ehk keelamiskaebuse võib esitada juhul, kui on põhjust arvata, et hankija hankelepingu muutmise otsus või hankeleping (mis sisaldab hankelepingu muudatust) võib rikkuda kaebaja õigusi ning õigusi ei saa tõhusalt kaitsta hilisemal vaidlustamisel. Keelamiskaebusega koos võib esitada ka esialgse õiguskaitse taotluse. Esialgse õiguskaitsega võib taotleda muudatuse täitmise keelamist või hankelepingu täitmise keelamist.

Näiteks on keelamiskaebusega nõutud keelata riigihankemenetluse tulemusel sõlmitud lepingute (otselepingu)¹⁵⁴ alusel teenuse osutamine ehk keelata hankelepingu täitmine, mh ka keelata hankijal jäätmevaldajate mõjutamine, suunamine või mistahes muu kallutamine mõne kindla jäätmeveoteenuse osutaja kasuks.¹⁵⁵ Halduskohus on nende nõuete osas leidnud, et need ei ole eesmärgipärased ning kaebuses toodud asjaoludel lubatavad. Arvestades seisukohta, et hankelepinguid on oluliselt muudetud ja kaebaja eesmärki, oleks viidatud juhul eesmärgipärane olnud hoopis hankelepingute tühisuse tuvastamise nõue seoses hankelepingute olulise muutmisega.¹⁵⁶ Riigikohus aga leidis, et keelamisnõuete puhul ei olnud selles asjast tegemist „hankeasjaga“.¹⁵⁷

HKMS § 45 lg 1 on suunatud tulevikus toimuva ärahoidmiseks, tingimusel, et hiljem ei saa isiku õigusi kaitsta haldusakti või toimingut hilisemal vaidlustamisel. Hankelepingu muutmisel on aga tegemist olukorraga, kus on hankija aktsepteerinud lepingu täitmist muudetud kujul või isegi sõlminud otselepingu. Keelamiskaebuse eesmärgiks ei ole vältida kehtiva haldusakti või hankelepingu täitmist.¹⁵⁸ Tulevikus toimuva tegevusena on käsitletav hankelepingu muudatus, kui see on juba tehtud, siis ei ole see tulevikus ära hoitav tegevus ning seetõttu ei ole antud kaebuse liik tõhus.

Seega hankelepingu muutmise kontekstis ei ole keelamiskaebus eesmärgipärane ega ka tõhus. Samuti ei ole eesmärgipärane hankelepingu muutmise otsuse puhul keelata selle otsuse alusel lepingu täitmine. Kui kaebaja tahab kaebusega saavutada lõpp tulemusel selle, et hankija peab korraldama uue riigihanke, kuivõrd hankelepingut on oluliselt muudetud, siis eesmärgipärane

¹⁵⁴ TlnHKm 20.07.17, 3-17-1410, p 5.

¹⁵⁵ TlnHKo 3-17-1410, p 7.

¹⁵⁶ TlnHKm 20.07.17, 3-17-1410, p 10.

¹⁵⁷ RKHKo 3-17-1410, p 18.

¹⁵⁸ TlnHKm 20.07.17, 3-17-1410, p 10.1.

on hankelepingu tühisuse tuvastamise nõue seoses hankelepingu olulise muutmisega. Tuvastamisnõude raames saab kohus hinnata hankelepingu muudatust, kas see on oluline või mitte. Seetõttu puudub ka vajadus esitada keelamisnõue hankelepingu muutmise otsusele.

Keelamiskaebus oleks tõhus olukorras, kus kaebaja saaks kuidagimoodi teada, et hankijal on plaanis teha hankelepingu muudatus – siis tuleks kõne alla keelamiskaebuse esitamine. Sellisel juhul on see suunatud tulevikus toimuvale ehk hankelepingu muudatuse tegemise ärahoidmisele. Küll aga on selle puhul eraldi küsimus see, kuidas saaks huvitatud isik sellest teada ning kas ta jõuab vaidlustada seda enne kui hankija selle muudatuse ära teeb. Sellises olukorras tagaks efektiivsema õiguste kaitse see, et muudatus oodatakse ära ja siis nõutakse selle tühisuse tuvastamist. Seega tulemuslikum oleks tühisuse tuvastamise nõue koos esialgse õiguskaitse taotlusega.

Tulenevalt HKMS § 46 lg-st 3 võib keelamiskaebuse esitada tähtajatult. See aga ei tohiks olla põhikriteerium mille järgi kaebust esitada. Oluline on ikkagi saavutada riigihangete seadusest tulenevate kohustuste õiguspärane täitmine ja seda olemasolevate meetmete abil, sõltumata meetme kohaldamise tähtajast.

Eelpool väljatoodud arvestades on autor seisukohal, et hankelepingu õigusvastase muutmise korral ei ole keelamiskaebus vajalik ning vaatamata õiguskirjanduses esitatud seisukohale, käesoleva töö autori arvates nähtub ka HKMS § 266 lg-st 2 ja § 267 lg-st 1, et hankeasjas keelamiskaebust esitada ei saa.

2.2.4. Esialgne õiguskaitse

HKMS § 249 lg 1 kohaselt võib kohus kaebaja põhjendatud taotluse alusel või omal algatusel teha igas menetlusstaadiumis määruse kaebaja õiguste esialgse kaitse kohta, kui vastasel juhul võib kaebaja õiguste kaitse (või kaebuse eesmärgi saavutamine) kohtuotsusega osutada oluliselt raskendatuks või võimatuks. Esialgse õiguskaitse järele peab olema vajadus ning taotlejal tuleb seda põhistada (HKMS § 250 lg 2).

HKMS § 251 valguses sisustaksin esialgse õiguskaitse abinõud olukorras, kus hankeleping on sõlmitud järgmiselt. Esialgse õiguskaitse määrusega võib:

- 1) peatada vaidlustatud hankelepingu kehtivuse või täitmise;¹⁵⁹
- 2) keelata hankelepingu osalistel hankelepingus reguleeritud tegevuse või kohustada neid selleks, samuti seada sellele tegevusele tingimusi.¹⁶⁰

Väljatoodud esialgse õiguskaitse abinõud on kohaldatavad hankelepingu täitmise faasis ning oma sisu poolest ei erine regulatsioonist, mis on mõeldud hankemenetluse faasi jaoks. Võttes jällegi näiteks korraldatud jäätmevedu, siis esialgse õiguskaitse taotlusega on nõutud sõlmitud korraldatud jäätmeveo lepingute alusel korraldatud jäätmeveoteenuse osutamise keelamist. Korraldatud jäätmeveoteenuse vaidluses on kohus tõlgendanud kaebaja esialgse õiguse taotlust selliselt, et kaebaja eesmärgiks on esialgse õiguskaitse korras saavutada olukord, kus jäätmeveopiirkondades tunnistaks hankija vabaturu situatsiooni olemasolu ning kehtiks olmejäätmete veol vabaturu olukord. Seega on kaebaja sooviks saavutada kaebuse eesmärk juba kohtumenetluses esialgse õiguskaitse korras.¹⁶¹

Riigikohus¹⁶² on oma varasemas praktikas pidanud vajalikuks kohaldada esialgset õiguskaitset siis, kui on kahjuliku tagajärje oht,¹⁶³ kaebus ei ole ilmselgelt perspektiivitu¹⁶⁴ ning kahjulike tagajärgede kõrvaldamine pole mõistlikul viisil võimalik.¹⁶⁵ “Haldusakti peatamist ei välista see, et pöördumatute tagajärgede saabumine pole peatamise otsustamise hetkel kindel. [---] Kohus peab haldusakti peatamise otsustamisel arvestama ka kahjulike tagajärgede saabumise ohuga. [---] Kohus ei pea kahjuliku tagajärje ohuga arvestama siis, kui ta on veendunud, et risk on äärmiselt väike või puudub üldse [---] Kahju rahalise hüvitamise võimalus ei tähenda, et tegemist ei ole pöördumatu tagajärgjega.” Need seisukohad kehtivad ka juhtudel, mil esialgse õiguskaitse määrusega kohustatakse sooritama toimingut.¹⁶⁶ Esialgse õiguskaitse kohaldamine peab olema eesmärgipärane ja proportsionaalne.¹⁶⁷ Hankelepingu sõlmimise järgses olukorras on kahjulikuks tagajärjeks ebaseadusliku otselepingu kehtima jäämine, seega seni kuni käib

¹⁵⁹ HKMS § 251 lg 1 p 1 mõttes.

¹⁶⁰ HKMS § 251 lg 1 p 5 mõttes.

¹⁶¹ TlnHKm 20.07.2017, 3-17-1410, p 15.

¹⁶² RKHKm 3-3-1-59-14, p 11.

¹⁶³ RKHKm 3-3-1-67-01, p 3.

¹⁶⁴ RKHKm 3-3-1-85-04, p 16.

¹⁶⁵ RKHKm 3-3-1-67-01.

¹⁶⁶ RKHKm 3-3-1-17-04, p 29.

¹⁶⁷ RKHKm 3-3-1-3-06, p 8.

põhivaidlus selle üle, kas lepingut on muudetud õigusvastaselt või mitte, oleks kohane kohaldada esialgne õiguskaitse, millega keelata sõlmitud lepingu alusel nt tööde või teenuse teostamine.

Kolleegium on ka möönnud, et esialgse õiguskaitse menetluses tuleks vältida põhivaidluse äraotsustamist. See põhimõte ei tähenda kohtu jaoks vääramatut keeldu, vaid seda tuleb arvestada koos muude asjaoludega. Kui esialgse õiguskaitse kohaldamiseks on ülekaalukas vajadus ning pöördumatute õiguslike või faktiliste tagajärgede loomine ei tekita avalikule huvile või kolmandatele isikutele olulist kahju, ei ole esialgse õiguskaitse kohaldamine tingimata välistatud.¹⁶⁸ Esialgse õiguskaitse lahendamisel ei tohi selle kohaldamine tuua kaasa kaebaja soovitud viisil kaebuse eesmärgi saavutamise ehk põhivaidluse äraotsustamist tuleb vältida. See on aga esialgse õiguskaitse taotluse lahendamisel suunis kohtu jaoks.

Esialgse õiguskaitse taotluse esitamisel on väga oluline taotluse piiride määratlemine, st 1) millises ulatuses kaitset taotleda ning 2) millises ulatuses kohtu poolt taotluse positiivse lahendamise (rahuldamise) korral taotletut lubada. Riigikohus on pidanud ülekaalukaks avalikuks huviks vajadust kiiresti parandada kooli halba ehitustehnilist ja tuleohutusalast olukorda, mis seab ohtu laste, õpetajate ja teiste koolitöötajate elu ja tervise.¹⁶⁹ Oluliseks avalikuks huviks ei peeta seda, kui paljudel eraisikutel on kattuv huvi maksta (prügi)teenuse eest võimalikult väikest hinda.¹⁷⁰ Olulise avaliku huvina on samas määratletav see, kui ohtu peaks sattuma linna puhtus ja korrashoid, isikute tervis või looduskeskkond.¹⁷¹

Eespool väljatoodust analüüsist võib järeldada, et hankelepingu muutmisel ei ole keelamiskaebus ega esialgne õiguskaitse taotlus tõhus vahend – seda nii hankelepingu muutmise otsuse kui ka hankelepingu vaidlustamisel. Tõhus ei ole see sellepärast, et hankelepingu muutmisel on eelkõige huvi uue riigihanke korraldamise vastu, keelamine on aga suunatud tulevikus toimuva ära hoidmiseks. Kuivõrd vaidlustamise ajaks on muudatus kui selline juba tehtud, siis ei ole keelamisnõudel ka mitte mingisugust eesmärki. Esialgse õiguskaitse raames võib küll nõuda hankelepingu täitmise keelamist, kuid kuivõrd riigihanke tulemusel osutatakse näiteks toitlustusteenuseid, bussivedu, jäätmevedu jm tähtsat, siis selle

¹⁶⁸ RKHKm 3-3-1-59-14, p 19.

¹⁶⁹ RKHKm 3-3-1-51-09, p 14.

¹⁷⁰ RKHKm 3-3-1-44-09, p 13.

¹⁷¹ *Ibid.*

tegevuse peatamine üldjuhul ei kaalu üle ettevõtja huvi õiguspärase riigihanke läbiviimiseks. Selleks on tõhusam meede – tühisuse tuvastamine, mille tulemusel saab, kas tuvastada lepingu tühisuse või lühendada lepingu täitmise tähtaega.

Kui aga peaks tekkima olukord, mil kohus leiab, et esialgne õiguskaitse hankelepingu muutmisel on põhjendatud, siis on kehtestatud täpsemad reeglid ka kohtule. Õigusselguse huvides tuleb määruses selgitada esialgse õiguskaitse mõjusid.¹⁷² Halduskohtul tuleb tagada esialgse õiguskaitse määruse üheselt mõistetavus, et nii menetlusosalistele kui ka muudele isikutele oleksid selged haldusakti kehtivuse peatamise õiguslikud tagajärjed.¹⁷³ Õigusselguse huvides tuleks haldusakti täitmise peatamise korral vastavas haldusaktis või kohtumääruses alati täpsustada, millises osas peatamine toimub ja millised on peatamise ajal kellegi õigused ja kohustused.¹⁷⁴ Viidatud lahendis antud selgitused esialgse õiguskaitse mõjude kohta on rakendatavad ka hankelepingu ebaseadusliku muutmise kontekstis esialgse õiguskaitse kohaldamisel. Esialgse õiguskaitse määrus peab olema üheselt mõistetav ja täpne.

Riigikohtu lahenditest¹⁷⁵ on esialgse õiguskaitse taotlejatele tuletatavad aga järgmised suunised:

- 1) subjektiivse õiguse olemasolu ehk kaebus peab olema suunatud kaebaja enda, mitte kolmandate isikute õiguste kaitseks;
- 2) tuleb selgelt välja tuua oht ja ohu kahjulik tagajärg, sh millised pöördumatud tagajärjed kaasnevad juhul kui esialgse õiguskaitse taotlust ei rahuldata;
- 3) kaebuse perspektiiv;
- 4) tuleb ka välja tuua, et ohu vältimiseks muud võimalikud meetmed on ammendatud.

HKMS § 252 lg 4 kohaselt võib kohus kuni 30-päevaseks tähtajaks esialgset õiguskaitset kohaldada määrusega, mis ei sisalda põhjendusi. Kui menetlusosalised määrust ei vaidlusta, rakendub esialgne õiguskaitse kuni HKMS § 249 lõikes 4 sätestatud tähtpäevani. HKMS § 249 lg-st 4 tuleneb, et esialgse õiguskaitse määrusest tulenev õigus, kohustus ja keeld, samuti esialgse õiguskaitse määruse alusel antud haldusakt kehtivad kuni kohtuotsuse jõustumiseni või

¹⁷² RKHKo 3-3-1-78-15, p 18.

¹⁷³ RKHKm 3-3-1-13-04, p 18.

¹⁷⁴ RKHKo 3-3-1-78-15, p 21.

¹⁷⁵ RKHKm 3-3-1-59-14, p-d 11-12, 15-18.

kaebuse tagastamise või läbi vaatamata jätmise või asja menetluse lõpetamise määruse jõustumiseni. See tähendab, kui asja lõpetatavaks lahendiks on kohtuotsus, pikeneb esialgne õiguskaitse 30 päeva võrra, kui asi lõpetatakse määrusega, siis HKMS § 204 lg 2 kohaselt määruskaebuse esitamise tähtaeg on 15 päeva määruse määruskaebuse esitajale kättetoimetamisest arvates, seega sõltuvalt sellest millal pooled määruse kättesaavad pikeneb esialgne õiguskaitse 15 päeva võrra.

Võttes kokku eespool väljatoodu tuleb asuda seisukohale, et Eesti õigussüsteemis kohaldatavad primaarsed õiguskaitsevahendid – seda nii vaidlustuskomisjonis kui ka kohtus, tagavad õiguskaitsemeetmete direktiiviga ja PS § 15 lauses 1 sätestatud eesmärged ning võimaldavad huvitatud isikule kiiret ja tõhusat õiguskaitset ka siis, kui on aset leidnud oluline ja seetõttu keelatud hankelepingu muutmine. Hankelepingu olulise muudatuse puhul on huvitatud isikul võimalik saavutada selle tühisuse tuvastamist. Küll aga on hankelepingu muudatuse tühisuse tuvastamine ei tähenda seda, et tühine on ka algselt sõlmitud hankeleping. See jääb kehtima. Läbi selle on saavutatud ka direktiivis seatud eesmärk – ebaseadusliku otsuse tühistamine. Ka PS § 15 eesmärk on täidetud – huvitatud isikul on võimalik oma õigusi kaitsta ja seda läbi VAKO ja kohtu.

3. SEKUNDAARSED ÕIGUSKAITSEVAHENDID HANKELEPINGU ÕIGUSVASTASE MUUTMISE KORRAL

Riigihankest huvitatud ettevõtjal on seadusega ettenähtud võimalus nõuda hankija õigusvastase tegevuse tõttu tekitatud kahju hüvitamist. Siinkohal on oluline analüüsida, milline kahju on hankelepingu muutmise korral hüvitatav ning millised eeldused peavad olema täidetud kahju nõudmiseks.

3.1. Kahju liigid hankelepingu õigusvastase muutmise korral

Riigihankemenetluses tuleb RVastS-st pidada kahju hüvitamise üldregulatsiooniks, mille reguleerimisalasse kuulub avaliku võimu kandjate tekitatud kahju hüvitamine niivõrd, kui võrd see ei ole reguleeritud eriseaduses.¹⁷⁶ Kohtupraktikas¹⁷⁷ on leitud, et riigivastutuse seadus on kohaldatav kõigile avalik-õiguslikus suhtes avaliku võimu kandja tekitatud kahju hüvitamise juhtudele, kus puudub täpsem eriregulatsioon.¹⁷⁸ RHS aga on RVastS suhtes eriregulatsiooniks ning sellisel juhul küsimustes, mida riigihangete seadus ei reguleeri, tuleb lähtuda riigivastutuse seaduse vastavast regulatsioonist.

RVastS § 7 lg 1 sätestab, et isik, kelle õigusi on avaliku võimu kandja õigusvastase tegevusega avalik-õiguslikus suhtes rikkunud, võib nõuda talle tekitatud kahju hüvitamist, kui kahju ei olnud võimalik vältida ega ole võimalik kõrvaldada RVastS §-des 3, 4 ja 6 sätestatud viisil õiguste kaitsmise või taastamisega. Sellest sättest tuleneb, et kui hankija õigusvastase tegevusega on rikutud huvitatud isiku õigusi, võib nõuda talle tekitatud kahju hüvitamist. Kuna RVastS ei välista hüvitatava kahjana ühtegi kahju liiki, siis on eelnevast tulenevalt käesoleva alapeatüki küsimus see, millise kahju hüvitamine on RHS-i ja RVastS alusel võimalik riigihankelepingu õigusvastase muutmise korral. Autor leiab, et hankelepingu õigusvastase muutmise korral kuulub huvitatud isikule hüvitatava kahju hulka saamata jäänud tulu ning ka otsese varalise kahju hüvitamine ei ole lepingu muutmise korral põhimõtteliselt välistatud.

¹⁷⁶ RKÜKo 3-3-1-85-09, p 110.

¹⁷⁷ *Ibid*, p 106.

¹⁷⁸ RKHKo 3-3-1-47-08.

Seadus eristab peamiste kahju liikidena varalist ja mittevaralist kahju. Mittevaralise kahju all peetakse silmas eelkõige kahjustatud isiku füüsilist ja hingelist valu, mida saab tekitada ainult füüsilisele isikule. Kuna RHS-i kohaselt on hankijaks, pakkujaks ja taotlejaks eelkõige juriidilised isikud nende erinevates vormides, siis mittevaraline kahju ei ole hüvitatav ning käesoleva teema kontekstis puudub vajaduse seda põhjalikumalt käsitleda (RHS §-d 5, 7 ja 8 lg 1).

Varaline kahju võib seisneda otseses varalises kahjus ja saamata jäänud tulus. Samuti on VÕS § 14 lg 3 kohaselt hüvitatavaks kahju liigiks ka usalduskahju. Usalduskahju moodustavad kulutused või kaotused, mis võlasuhte poolel on tekkinud liigse usalduse tõttu tehingu kehtivusse.¹⁷⁹ Usalduskahju võib kõne alla tulla lepingu poolte vahel. Kuivõrd huvitatud isik on lepinguväline isik, siis ei tule talle ka usalduskahju hüvitada. Otsene varaline kahju puudutab kaotsiläänud või hävinud vara väärtust, mis huvitatud isikul puudub. Teoreetiliselt võib näiteks tekkida ka selline olukord, kus huvitatud isik jääb algsest lepingus ilma, mille tõttu lõpetab töötajatega lepingud, seejärel hankelepingut teise isikuga muudetakse. Muudatus osutub tühiseks, hankija lõpetab algse lepingu ja huvitatud isik saavutab endaga uue hankelepingu sõlmimise, aga peab nüüd tegema lisakulutusi (iseasi on siin see, kas selline kahju oleks normi kaitse-eesmärgiga hõlmatud). Seega otsese varalise kahju hüvitamine ei ole hankelepingu muutmise korral põhimõtteliselt välistatud.

Saamata jäänud tulu on eelkõige kasu, mida isik oleks vastavalt asjaoludele, eelkõige tema tehtud ettevalmistuste tõttu tõenäoliselt saanud, kui kohustust ei oleks rikutud või õigusvastaselt kahju tekitatud. Seega väljendub kahju isiku vara oodatud suurenemise ärajäämisel.¹⁸⁰ Riigihangete seadusest, ei tulene ühestki sättest, et isikul on õigus nõuda saamata jäänud tulu hüvitamist. On olemas küll menetlusõiguslik säte – RHS § 185 lg 6, mille kohaselt pärast hankelepingu sõlmimist võib kahju hüvitamise taotluse esitada vaidlustuskomisjonile, kuid materiaalõiguslik alus, mis ütleks, et saamata jäänud tulu nõudmine või hüvitamine on võimalik otsesõnu puudub. RHS-is saamata jäänud tulu hüvitamise otsese viite puudumisel tuleb pöörduda RVastS poole. RVastS § 7 lg 3 kohaselt on saamata jäänud tulu hüvitatav. RVastS § 7 lg-st 4 tulenevalt on riigihankeasjades hüvitatava kahju liikide määramisel võimalik lähtuda eraõiguse kahju hüvitamise sätetest ehk eelkõige VÕS-st. Ka RHS § 8 lg 2 näeb ette, et

¹⁷⁹ I. Kull, M. Käerdi, V. Kõve. Võlaõigus I, üldosa. Tallinn, Juura 2004, lk 84, 260.

¹⁸⁰ *Ibid*, lk 261.

hankelepingule kohaldatakse võlaõigusseaduses ja teistes õigusaktides asjaomase lepinguliigi kohta sätestatud, kui käesolevas seaduses ei ole sätestatud teisiti. Küll aga antud teema puhul RHS § 8 lg 2 ei rakendu, sest tegemist pole lepingulise kahjuga, vaid lepingueelse avalik-õigusliku menetluse raames tekitatud kahjuga.

Hankelepingu muutmisel saamata jäänud tulu nõudmisel oleks see sisustatav kasuna, mida huvitatud isik oleks tema tehtud ettevalmistuste tõttu tõenäoliselt saanud, kui hankija poleks rikkunud õiguspärase riigihanke läbiviimise kohustust ning seeläbi õigusvastaselt kahju tekitanud. Kui hankija oleks käitunud õiguspäraselt – poleks sõlmitud hankelepingut oluliselt muutnud (või juhul, kui muutis, siis korraldanud uue riigihanke), st kui ta ei oleks sõlminud ebaseaduslikku otselepingut, oleks kahju taotleja saanud kasu. Seda aga juhul, kui õnnestub tõendada, et hankemenetluse korraldamisel oleks just kaebajaga hankeleping sõlmitud – enamasti ei ole ju teada, kellega oleks leping sõlmitud.

Saamata jäänud tulu hüvitamise võimalust ei ole välistanud ka Euroopa Komisjon – nimelt on Komisjoni soovitusel välja toodud, et õiguste tõhusaks kaitseks on hüvitatavaks kahju liigiks ka saamata jäänud tulu.¹⁸¹ Ka välismaises õiguskirjanduses on jaatud saamata jäänud tulu nõude võimalikkust.¹⁸² Teatud tingimustel on saamata jäänud tulu võimalik nõuda nt Prantsusmaal, Taanis, Norras, Rootsis ja Islandil.¹⁸³

Euroopa Kohtu¹⁸⁴ hinnangul tuleneb iga isiku õigusest ja tõhususe põhimõttest nõuda konkurentsi piirava või kahjustava kokkuleppe või tegevusega tekitatud kahju hüvitamist selliselt, et oleks võimalik nõuda mitte ainult otsest varalist kahju (*damnum emergens*), vaid ka saamata jäänud tulu (*lucrum cessans*) ja viivist. Euroopa Liidu õiguse rikkumisega tekitatud kahju hüvitamisel ei saa lubada saamata jäänud tuluga täielikult mitteamestamist, kuna eriti majandus- või kaubandussuhetega seotud vaidlustes muudaks saamata jäänud tulu

¹⁸¹ Commission Green Paper, Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward, p 8, 15. Arvutivõrgus:

http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_2_green_papers/com1996_green_paper_public_procurement_in_eu.pdf (08.09.2018).

¹⁸² J. Arnould. Damages for performing an illegal contract: the other side of the mirror - comments on the three recent judgments of the French Council of State. – Public Procurement Law Review 2008/6, ch. 2.1 – 3.2.

¹⁸³ S. Treumer. Damages for breach of the EC public procurement rules – changes in European regulation and practice. – Public Procurement Law Review 2006/4, p 159.

¹⁸⁴ EKo C-46/93 ja C-48/93, *Brasserie du pêcheur ja Factortame*, p 87; EKo C-397/98 ja C-410/98, *Metallgesellschaft jt*, p 91; EKo C-295/04 ja C-298/04, *Manfredi jt*, p-d 95-96.

mittehüvitatavus kahju hüvitamise võimatuks. Kohtujuristi seisukoha kohaselt jätab õiguskaitsemeetmete direktiiv kahju koosseisu meelega lahtiseks, et liikmesriigil oleks võimalik vabalt kaasa arvata nii otsene varaline kahju kui saamata jäänud tulu.¹⁸⁵ Seega tuleneb Euroopa Liidu õigusest üldine põhimõte, et kahju tuleb hüvitada, kuid täpsete kahju liikide määramine on liikmesriikide enda määrata, kuid kergekäeliselt saamata jäänud tulu hüvitatava kahju koosseisust välja arvata liikmesriigid siiski ei tohi.¹⁸⁶ Lisaks, toetudes Euroopa kohtu eelnevale praktikale, on kohtujurist oma ettepanekus märkinud, et EL õiguse rikkumise korral peab olema võimalik kahju hüvitada ja hüvitatava kahju puhul ei saa täiesti välistada saamata jäänud tulu.¹⁸⁷ Eespool väljatoodust võib järeldada, et saamata jäänud tulu on üks kahju hüvitamise liikidest, mis on tunnustatud Euroopa Liidu õigusega. RHS § 202 lg 1 viitab riigivastutuse seaduse regulatsioonile. RVastS § 7 lg 3 annab võimaluse hüvitada ka saamata jäänud tulu, seega käesoleval juhul Eesti, kui ühe liikmesriikidest, regulatsioon ei välista sellise kulu hüvitamist, samuti ei ole see välistatud ka hankelepingu muutmise kontekstis.

Õiguskirjanduses on leitud, et vaidlustusmenetluses on hüvitatavaks kahjuks eelkõige taotleja või pakkuja poolt saamata jäänud tulu, mille vastav isik oleks hankelepingu õiguspärase sõlmimise korral võinud lepingu täitmisel teenida.¹⁸⁸ Seda on peetud võimalikuks, ent nenditud, et praktikas ei ole see range tõendamiskoormise tõttu tihti kasutamiskõlblik.¹⁸⁹ Kuigi saamata jäänud tulu nõudmine on võimalik, siis selle hüvitamine praktikas on üsna keeruline.¹⁹⁰

Hüvitatud isik oleks võinud saada kasu, kui õigusvastast hankelepingu muudatust poleks tehtud. Kui hankija oleks hankelepingu keelatud muudatuse korral korraldanud uue riigihanke, oleks ka huvitatud isikul võimalik osaleda sellel riigihankel või teha teistsugune pakkumine ning võimalik, et huvitatud isikuga (kahju nõudjaga) oleks sõlmitud hankeleping ning hankelepingu

¹⁸⁵ EKo C-568/08, *Spijker jt vs Drenthe provints*, kohtujurist P. C. Villalón ettepanek, p-d 96 ja 106.

¹⁸⁶ *Ibid*, p-d 110 ja 112; M. Laaring. Riigivastutuse seaduse muutmise vajaduse analüüs. Tallinn: Justiitsministeerium 2009, lk 9. Arvutivõrgus: http://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/riigivastutuse_seaduse_muutmise_vajaduse_analuu_s_2009_0.pdf (18.02.2019). T. Tähe. Kahju hüvitamine hankemenetluses toimunud rikkumiste korral. Magistritöö. Juhendaja dr. iur. Mari Ann Simovart. Taru Ülikool 2015, lk 30.

¹⁸⁷ EKo C-568/08, *Spijker jt vs Drenthe provints*, kohtujurist P. C. Villalón ettepanek, p-d 110 ja 112. Samuti ettepanekus viidatud EKo C-46/93 ja C-48/93, *Brasserie du pêcheur ja Factortame*; EKo C-397/98 ja C-410/98, *Metallgesellschaft jt*; EKo C-295/04 ja C-298/04, *Manfredi jt*.

¹⁸⁸ D. Minumets, P. Kulm (viide 67), lk 566.

¹⁸⁹ E. Fels. Hankelepingu kehtivuse vaidlustamine. – *Juridica* 2016/I, lk 63.

¹⁹⁰ L. Kanger. Kahju hüvitamise nõue riigivastutuse seaduse alusel. Kohtupraktika analüüs. Tartu: Riigikohtu õigusteabe osakond 2008. Arvutivõrgus: https://www.riigikohus.ee/sites/default/files/elfinder/analyyisid/2008/analyyis_riigivastutusl_kanger.pdf (25.11.2018).

täitmisega teenitud tulu. Kuna saamata jäänud tulu näol on tegemist tulevikus tekkiva kahjuga (oletusliku tuluga), on selle konkreetset ulatust sageli äärmiselt raske, kui mitte võimatu tõendada. Kuna ka kohtul on võimalik seda hinnata vaid ligilähedaselt, tuleb kahjustatud isikul tõendada üksnes neid asjaolusid, millest nähtub tulu saamise tõenäosus, st et tal oli kavatsus ja võimalus tulu saada.¹⁹¹ Saamata jäänud tulu hüvitamise probleemidele on tähelepanu juhitud ka teistes riikides. Näiteks Saksamaal on tõendamiskoormuse osas ette nähtud, et kahju hüvitamist taotleval ettevõtte peab tõendama, et kõik tingimused, sh ka põhjuslik seos on täidetud. Samuti peab pakkuja tõendama oma kahju suurust.¹⁹² Iisraelis on näiteks määratud kahjutasu küll hankemenetluses osalemise eest, kuid saamata jäänud tulu ei hüvitatud, kuivõrd ei olnud tõestatud põhjuslik seoses rikkumise ja väidetava kahju vahel.¹⁹³ See eest on arvatud, et Prantsuse süsteem on kõige rohkem arenenud – kui nõude esitaja suudab tõendada, et tal on tõsine võimalus hankelepingu sõlmimiseks, hüvitatakse talle saamata jäänud tulu.¹⁹⁴

Eestis on riigihankeõiguses kehtestatud eriregulatsioon, mille järgi riigihanketulemuste vaidlustamisel tõhusa õiguskaitse saavutamine on keeruline.¹⁹⁵ Selle kindlakstegemine, kes oleks riigihankemenetluses võitjaks tulnud siis, kui õigusvastast haldusakti poleks antud ja lepingut poleks sõlmitud, on äärmiselt keeruline,¹⁹⁶ seda eeskätt tõendamise osas.

3.2. Kahju nõude materiaaloiguslikud eeldused

Kahju hüvitamise nõude eelusteks¹⁹⁷ on

- 1) hankija otsuse, toimingute või dokumendi õigusvastasus,
- 2) õigusvastasuse tõttu jäi kahju hüvitise taotlejal hankijaga hankeleping sõlmimata;
- 3) põhjuslik seos.

¹⁹¹ RKTko 3-2-1-94-08, p 12; RKTko 3-2-1-55-11, p 12; RKTko 3-2-1-100-13, p 13.

¹⁹² A. Rubach-Larsen. Damages under German law for infringement of EU procurement law. – Public Procurement Law Review 2006/4, p 11.

¹⁹³ A. Reich, O. Shabat. The remedy of damages in public procurement in Israel and the EU: a proposal for reform. – Public Procurement Law Review 2014/2, p 3.

¹⁹⁴ S. Treumer, F. Lichere. Enforcement of the EU Public Procurement Rules. DJØF Publishing Copenhagen 2011, p 74. Arvutivõrgus: <https://www.birmingham.ac.uk/Documents/college-artslaw/law/iel/library/EPLS.Vol3.Enforcement.pdf> (02.04.2019).

¹⁹⁵ E. Vene. Ajaline faktor halduskohtumenetluses tühistamis- ja kohustamiskaebuse lahendamist ning rahuldamist mõjutava tegurina. Doktoritöö. Juhendajad: prof. emer. Kalle Merusk, dr. iur Ivo Pilving. Tartu Ülikooli Kirjastus, 2017, lk 151.

¹⁹⁶ *Ibid*, lk 150.

¹⁹⁷ VAKOo 18.09.2014, 12.2.-9/7737, p 8; VAKOo 23.09.2015, 12.2.-9/10350, p 7; VAKOo 26.01.2017, 12-2-9/12135, p 6.

Juhul, kui kahjunõude rahuldamise eeldused on täidetud, tuleb selgitada, kas esineb aluseid vastutuse piiramiseks (RVastS § 13 lg 1).¹⁹⁸

Eespool nimetatud eelduste osas tuleb märkida, et VAKO¹⁹⁹ üldjuhul ei jõudnud teiste eelduste kontrollimiseni, kuna esimene eeldus, mille kohaselt hankija otsus peab olema õigusvastane, ei olnud täidetud. Seega jäid ülejäänud eeldused hindamata, kuna selleks puudus vajadus.

Kahju hüvitamise nõude esitamisel peab kindlasti olema täidetud riigihankeõiguse rikkumise eeldus.²⁰⁰ RHS § 185 lg-st 6 tulenevalt on esmaseks eelduseks õigusvastasus. Tulenevalt RHS-st ja RVastS-st tuleb õigusvastasuse juures tuvastada õiguste rikkumine ning kas see õiguste rikkumine, kui õigusvastane tegu, tõi kaasa ka subjektiivse õiguse rikkumise. Kahju hüvitamist võib isik nõuda üksnes tema õigusi rikkivas ulatuses. Hankelepingu muutmisel kahju hüvitamise puhul on hankija õigusvastaseks tegevuseks RHS § 121 lg 1 p 1 rikkumine. Õigusvastase käitumise korral lepingu õigusvastase muutmise tagajärg pidi olema hankijale teada. Üldjuhul toimub hankelepingu õigusvastane muutmine tahte alusel. Kui hankija ei tahaks seda, siis ta ei muudaks lepingut õigusvastaselt. Juhul, kui hankelepingu õigusvastane muutmine ei olnud teadlik (nt ka siis, kui hankija eksis lepingu muutmise lubatavuse tingimuste hindamisel) või tahtlik ning hankija tahab käituda õiguspäraselt, siis on seaduses ettenähtud võimalus hankelepingu üles öelda. Seega kui kohus tuvastab, et hankija on rikkunud RHS § 121 lg 1 p 1, siis on aset leidnud kaebaja (huvitatud isiku) (subjektiivsete)õiguste rikkumine ning seetõttu on täidetud kahju hüvitamise esimene ehk õigusvastasuse eeldus.

Lisaks sellele, et kahju tekitaja tegevus on õigusvastane ning on aset leidnud subjektiivsete õiguste rikkumine on oluline tuvastada ka põhjuslik seos. See, kas kahju tekkis õigusvastase teo tagajärjel, tuvastatakse nn *conditio sine qua non* põhimõttest. Selleks tuleb kindlaks teha, kas kahju oleks tekkinud ilma õigusvastase teota ehk kas õigusvastane tegu oli kahju tekkimise vältimatuks põhjuseks.²⁰¹

¹⁹⁸ RKHKo 3-3-1-11-15, p 11.

¹⁹⁹ Näiteks VAKOo 18.09.2014, 12.2.-9/7737; VAKOo 23.09.2015, 12.2.-9/10350; VAKOo 26.01.2017, 12-2-9/12135.

²⁰⁰ D. Fairgrieve, F. Lichère (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy. Oxford and Portland: Hart Publishing 2011, p 34, 37.

²⁰¹ RKTko 3-2-1-173-12, p-s 18 märkis kohus, et *conditio sine qua non* põhimõtte kohaselt ajalisel eelnev sündmus loetakse hilisema sündmuse põhjuseks, kui ilma esimese sündmuseta poleks ajalisel hilisemat sündmust toimunud. E. Andresen. Riigivastutus. Tartu 2009, lk 45.

Põhjusliku seose hindamisel tuleb märkida, et see ei pea olema vahetu. Kohtud on põhjusliku seose osas asunud seisukohale, et põhjusliku seose sisustamisel tuleb RVastS § 7 lg 4 alusel lähtuda VÕS § 127 lg-st 4. Kahju ei pea olema teo vahetu tagajärg, tegemist võib olla ka põhjuste ahelaga. Eeltoodu ei tähenda siiski, et kannatanule tuleb hüvitada igasugune ja rikkumisega ükskõik kui kauges seoses olev negatiivne tagajärg. Teoga liialt kauges põhjuslikus seoses oleva tagajärje eest hüvitise määramine on piiratud VÕS § 127 lg 2 ja § 1045 lg 3 alusel – seadusest tuleneva kohustuse rikkumisega tekitatud kahju ei tule hüvitada ulatuses, milles kahju ärahoidmine ei olnud selle kohustuse või sätte eesmärgiks, mille rikkumise tagajärjel kahju hüvitamise kohustus tekkis.²⁰² Hankelepingu muutmise puhul tähendab see aga seda, et kahju hüvitamise puhul põhjusliku seose hindamisel tuleb tuvastada, kas hankelepingu õigusvastane muutmise, mille asemel hankija oleks pidanud korraldama uue riigihanke, põhjustab huvitatud isikule kahju.

Hankelepingu ebaseadusliku muutmise korral peab hankija hüvitama kahju juhul, kui asjaolu, millel tema vastutus põhineb, on kahju tekkimisega, sellises seoses, et tekkinud kahju on selle asjaolu tagajärg. Vastutusel põhinev asjaolu on hankelepingu õigusvastane muutmise. Näiteks sõlmib hankija hankelepingu ning peale hankelepingu sõlmimist otsustab hankija hankelepingut õigusvastaselt muuta, on tegemist õigusvastase tegevusega, mis võib teistele riigihankemenetluses osalenud pakkujatele või osaleda võinud võimalikele pakkujatele põhjustada kahju – seda aga ainult siis, kui on alust arvata, et korrektse uue hanke korral oleks leping sõlmitud hüvitise nõudjaga, ning selle eest vastutab hankija. Hankelepingu ebaseadusliku muutmise kontekstis tuleks hinnata, kas riigihankeõiguse rikkumine mõjutas kahjunõude esitaja võimalust sõlmida ise hankijaga õiguspärase riigihankemenetluse tulemusel hankeleping. Selle juures tuleb hinnata, kas hankelepingu sõlmimine (õiguspärase hankemenetluse tulemusel) oleks kahjunõude esitajaga olnud tõenäoline²⁰³.

Näiteks on vaidlustuskomisjon leidnud, et RHS § 217 sätestab kahju hüvitamise erinormina selle, millisel juhul on pakkujal või taotlejal õigus nõuda hankijalt pakkumuse esitamise seotud kulude hüvitamist. Juhul, kui hankija on rikkunud riigihangete läbiviimist reguleerivaid sätteid, on sellise pakkuja või taotleja, kellega oleks hankelepingu sõlmimine olnud tõenäoline, pakkumuse esitamise seonduvad kulud käsitletavad kahjuna. Hankija poolt RHS-is sätestatud

²⁰² RKHKo 3-3-1-11-15, p 12; TlnRnKo 3-14-50059, p 11; RKHKo 3-3-1-17-12, p 8.

²⁰³ VAKOo 27.02.2013, 12.2-9/14024, p-d 8 ja 11.2.

menetluskorra rikkumise korral saab taotleda RHS § 217 alusel kulude hüvitamist mitte üksnes siis, kui hankeleping jäi taotluse esitajaga sõlmimata nagu tuleneb RHS § 185 lg-st 6, vaid ka siis, kui hankelepingu sõlmimine oleks olnud tõenäoline. Sellise kulude hüvitamise taotluse lahendamisel ei pea vaidlustuskomisjon kindaks tegema seda, et just taotlejaga oleks hankeleping sõlmitud, vaid tuvastama hankelepingu sõlmimise tõenäosuse. RHS § 217 kohaselt ei too hankija poolt riigihanke läbiviimist reguleerivate sätete rikkumine igal juhul pakkujale kaasa pakkumuse esitamise kulude hüvitamise nõudeõigust, vaid pakkuja peab tõendama, et ilma RHS-i rikkumiseta oleks hankelepingu sõlmimine temaga olnud tõenäoline.²⁰⁴ Kuigi RHS § 217 ei saa kohaldada saamata jäänud tulu suhtes on eespool viidatud lahendis tehtud järeldused ülekantavad ka saamata jäänud tulule. RHS § 217 on kulusid puudutav erinorm. Saamata jäänud tulud puhul tuleb lähtuda RVastS-st.²⁰⁵

Tõendamise puhul tuleb märkida, et see on huvitatud isiku jaoks üsnagi keeruline. Siinkohal võiks kaebajat aidata, vaid tõendamiskoormuse üleminek hankijale. Kui lepingu sõlmimine on võimalik, peaks pigem hankija tõendama, et leping oleks sõlmitud mitte kaebajaga, vaid kellegi teisega. Praegune regulatsioon on selline, et kahju võib küll nõuda, kuid seda tõendada (eriti põhjusliku seoses osas) on praktiliselt võimatu. See aga ei ole kooskõlas ei direktiivi ega ka PS §-ga 15, kuna hankelepingu õigusvastasel muutmisel ei ole kahju hüvitamine tõenäoline ning seega ei ole ka olemasolev regulatsioon tõhus.

Normi kaitse-eesmärgiga hõlmamata õigusi halduse õigusvastane tegevus ei riku. Rikutud normi kaitse-eesmärgi teooriast on lähtunud varasemates haldusasjades.²⁰⁶ VÕS § 127 lg 2 kohaldamisel peab kohus märkima kohustuse või sätte, mille rikkumist vastustajale ette heidetakse ning mille kaitse-eesmärgi ulatust kohus hindab.²⁰⁷ Riigikohus²⁰⁸ selgitas, et CO2 kvootide müügisüsteemi eesmärgiks ei ole ettevõtjatele tulu tagamine ja ettevõtlusvabaduse kaitse, vaid kasvuhoonegaaside emissiooni globaalne vähendamine avalikes huvides, mistõttu ei ole tegemist sellise tuluga, mille saamine oleks hõlmatud omandipõhiõiguse ja ettevõtlusvabadusega. Lisaks täpsustas Riigikohus,²⁰⁹ et ka intressikahju puhul on VÕS § 127 lg 2 alusel oluline hinnata seda, kas intressikahju on seotud rikutud kohustuse kaitse-

²⁰⁴ VAKOo 27.02.2013, 12.2-9/14024, p-d 8 ja 11.2.

²⁰⁵ E. Andresen (viide 201), lk 36. Hankelepingu õigusvastasel muutmise puhul kuulub kahju hüvitamisele VÕS-s sätestatud erinvas ulatuses (RVastS § 7 lg 4).

²⁰⁶ RKHKo 3-3-1-64-13, p 32 ja seal viidatud praktika.

²⁰⁷ RKTko 3-2-1-106-11, p 12; RKTko 3-2-1-174-10, p 12.

²⁰⁸ RKHKo 3-3-1-11-15, p 25.

²⁰⁹ RKHKo 3-3-1-11-15, p-d 26.2-26.3.

eesmärgiga.²¹⁰ Hankelepingu õigusvastasel muutmisel peab välja tooma kohustuse või sätte, mille rikkumist ette heidetakse ning mille eesmärgi ulatust kohus kontrollib. Selleks oleks RHS § 121 lg 1 p 1 ja § 123 lg 2. Normi kaitse-eesmärk hõlmab õigust õiguspärase riigihanke läbiviimiseks ning hankelepingu olulise muutmise korral uue riigihanke korraldamiseks. Seega kui see nõue on rikutud, on see hankijale ette heidetav.

Süü elemendi osas tuleb märkida, et kehtivas riigivastutusõiguses on süü vastutuse eelduseks üksnes mittevaralise kahju hüvitamise nõude korral (RVastS § 9 lg 1). RVastS § 13 lg 2 küll tuleneb, et saamata jäänud tulu ei hüvitata, kui kahju hüvitamiseks kohustatud isik tõendab, et ta ei olnud kahju tekitamises süüdi, ent kuna saamata jäänud tulu hüvitatakse RVastS § 7 lg 3 kohaselt sama paragrahvi eelmiste lõigete alusel, siis normi asukoha arvestades ei ole tegemist vastutuse eeldusega.²¹¹

RVastS § 13 lg 2 osas on kohus selgitanud, et sätte kohaselt hüvitatakse saamata jäänud tulu üksnes juhul, kui see on tekitatud süülise käitumisega. Süü vormid on VÕS § 104 lg-te 2-5 kohaselt hooletus, raske hooletus ja tahtlus.²¹² Kuna riigivastutuse seadus ei täpsusta, milline avaliku võimu kandja poolt tekitatud otsene varaline kahju riigivastutuse seaduse alusel hüvitamisele kuulub, tuleb iga juhtumi puhul analüüsida, kas kahju hüvitamisel saab kohaldada võlaõigusseaduse sätteid või kuulub kahju avalik-õiguslike suhete eripärast tingituna hüvitamisele võlaõigusseaduses sätestatud erinevas ulatuses (RVastS § 7 lg 4).²¹³ Seega kuna süü pole riigivastutuses saamata jäänud tulu koosseisuline eeldus on süü puudumine üksnes vastutust piirav asjaolu. Siin on RVastS-s selge ja teadlik erisus VÕS-st, seega VÕS-i selles küsimuses kohaldada ei saa.

3.3. Kahju nõude menetlemise kord riigihangete vaidlustuskomisjonis

Kahju nõude materiaaõiguslik alus on sätestatud RHS § 185 lg-s 6, mille kohaselt pärast hankelepingu sõlmimist võib kahju hüvitamise taotluse esitada vaidlustuskomisjonile ettevõtja, kellega jäi hankeleping sõlmimata hankija õigusvastase otsuse või riigihanke alusdokumendi

²¹⁰ TlnRnKo 3-14-50059, p 11.

²¹¹ E. Andresen (viide 201), lk 55, 62.

²¹² RKHKo 3-3-1-11-15, p 28.

²¹³ E. Andresen (viide 201), lk 36.

tõttu, välja arvatud juhul, kui ta ei ole õigeaegselt hankija otsuseid või riigihanke alusdokumente vaidlustanud, kuigi tal oli see võimalus olemas. Seega võib kahju nõude esitada ettevõtja, kellega jäi hankeleping sõlmimata hankija õigusvastase otsuse tõttu.

RHS § 202 reguleerib kahju hüvitamise taotluse esitamise korda. Sätte esimese lõike kohaselt võib kahjunõude esitada riigihanke korraldamise, hankelepingu sõlmimisega või muutmisega hankija poolt tekitatud kahju hüvitamiseks

- a) hankijale riigivastutuse seaduses sätestatud korras,
- b) taotluse vaidlustuskomisjonile käesolevas seaduses sätestatud korras või
- c) kaebuse halduskohtule.

Kui huvitatud isik soovib esitada kahju hüvitamise taotluse hankijale, kohaldub sellele RVastS-s sätestatud regulatsioon, mille kohaselt tuleb taotlus esitada 3 aasta jooksul kahjust teada saamisest, sõltumata teada saamisest aga 10 aasta jooksul kahju tekitamisest või selle põhjustanud sündmusest arvates (RVastS § 17 lg 3). Samad tähtajad kehtivad kõigi riigivastutuse seaduse alusel esitatavate kahjunõuete osas.

RHS § 197 lg 1 kohaselt lõppeb vaidlustusmenetlus vaidlustuskomisjoni otsusega jätta kahju hüvitamise taotlus rahuldamata (p 4) või rahuldada osaliselt või täielikult taotlus mõista hankijalt vaidlustaja kasuks välja hüvitis hankija õigusvastase otsuse, toimingute või riigihanke alusdokumendi tõttu tekkinud kahju hüvitamiseks (p 6). Kahju hüvitamise puhul ei eristaks autor hankelepingu muutmise otsust ja muudetud hankelepingut, kuivõrd kahju hüvitamise taotluse esitamisel ei oma see tähtsust. Mõlema puhul on tegemist hankija õigusvastase otsustusega ning seetõttu puudub vajaduse nende eristamiseks.

RHS-st tulenevad kahju hüvitamise taotluse esitamise tähtajad riigihangete vaidlustuskomisjonile. RHS § 189 lg 10 kohaselt võib kahju hüvitamise taotluse esitada vaidlustuskomisjonile ühe aasta jooksul hankelepingu sõlmimisest arvates. Seega, kui huvitatud isik taotleb kahju hüvitamist VAKO kaudu, kohaldub taotluse esitamisele 1 aastane tähtaeg alates hankelepingu sõlmimisest.

On oluline märkida, et RHS 189 lg 10 ei ole erinorm RVastS §-le 17. Tegemist on alternatiivsete võimalustega ning vaidlustuse esitamise tähtajad varieeruvad sõltuvalt adressaadist. Tähtajad on erinevad ning kahju hüvitamise nõudmisel tuleb seda kindlasti ka arvestada.

Näiteks kui algselt esitada kaebus hankijale või vaidlustuskomisjonile ning kaebaja ei nõustu selle otsusega, siis ei kohaldu HKMS-st tulenev 3 aastane tähtaeg, vaid siis rakendub RHS § 202 lg-st 3 tulenev 30 päevane tähtaeg. Kuivõrd kahju hüvitamise osas VAKO-s kohustusliku vaidlustusmenetluse läbimist ei ole, saab huvitatud isik vabalt valida, kellele ta kahju hüvitamise taotluse esitab. Valik võib sõltuda erinevatest asjaoludest: kas kahju teada saamise ajast või asja menetlemise kuludest või muust. Näiteks hankijale taotluse esitamisel riigilõivu ei ole. VAKO-le vaidlustuse esitamisel tuleb arvestada RHS § 186, riigilõivuseaduse²¹⁴ (*edaspidi* RLS) § 258 lg 3 viitega § 60 lg 2. RLS § 60 lg 2 sätestab, et halduskohtule kahju hüvitamiseks või alusetu rikastumise teel saadu tagastamiseks kaebuse esitamisel tasutakse riigilõivu kolm protsenti summast, mille väljamõistmist taotletakse, või vara väärtusest, mille tagastamiseks kohustamist taotletakse, kuid mitte alla 15 euro ja mitte üle 750 euro. Seega väljatoodud riigilõivu regulatsiooni kohaldub nii VAKO-sse kui ka halduskohtusse pöördumisel. Lisaks riigilõivule tuleb arvestada ka eespool väljatooduga, mille kohaselt, kui huvitatud isik esitab kaebuse hankijale või VAKO-le ning ta ei nõustu tehtud otsusega, siis rakendub halduskohtusse pöördumisel 30 päevane, mitte 3 aastane kaebuse esitamise tähtaeg.

3.4. Kahju nõude menetlemise kord kohtus

HKMS § 37 lg 2 kohaselt võib kaebusega nõuda avalik-õiguslikus suhtes tekitatud kahju hüvitamist (hüvitamiskaebus) (p 4) ning § 37 lg 2 p 5 alusel haldusakti või toimingu õigusvastaste tagajärgede kõrvaldamist (heastamiskaebus). Alapeatükis 2.2.3 märkis autor, et mh hüvitamiskaebuse puhul kohaldatakse HKMS-i üldist regulatsiooni.

Heastamiskaebuse kohta on selgitatud, et see nõue on suunatud haldusakti või toimingu tagajärgede kõrvaldamisele naturaalistitutsiooni korras. Kohus ei saa hüvitamiskaebuse alusel teha ettekirjutust tagajärgede kõrvaldamiseks ega heastamiskaebuse alusel mõista välja

²¹⁴ Riigilõivuseadus. – RT I, 19.03.2019, 41.

hüvitist.²¹⁵ Hankelepingu muutmise korral on eesmärgiks saada hankijalt hüvitist tema õigusvastase tegevuse tõttu. Kui hankeleping muudetakse, siis on juba tagajärg saabunud ning heastamiskaebusel ei ole sellisel juhul mitte mingisugust eesmärki ega ka mõtet. Seetõttu on hankelepingu muutmisel põhikaebuseks siiski hüvitamiskaebus.

HKMS § 268 lõikest 1 tuleneb, et pakkuja, taotleja või riigihankes osalemisest huvitatud isik võib esitada oma õiguste kaitseks kaebuse hankija tegevuse peale, kui ta on läbinud menetluse riigihangete vaidlustuskomisjonis. Õiguskirjanduses on väidetud, et kui lugeda RHS § 202 lg 1 üksnes grammatiliselt ja süstemaatiliselt, siis hüvitamiskaebuse esitamisel ei pea isik olema läbinud menetlust vaidlustuskomisjonis.²¹⁶ Autori arvates tuleneb HKMS § 268 lg-st 1, et vaidlustusmenetluse puhul on tegemist kohustusliku kohtueelse menetlusega. Kahju hüvitamise nõude esitamiseks kohtusse peavad olema täidetud kahju nõude lubatavuse eeldused.

Kaebetähtaja juures tuleb silmas pidada, et HKMS § 46 lg 4 on sätestatud üksnes kahju hüvitamise ja tagajärgede kõrvaldamise nõude üldtähtaeg. Kui isik esitab eelnevalt samasisulise taotluse haldusorganile ja viimane jätab selle rahuldamata, on tegemist kohtueelse menetluse läbimisega ning tulenevalt HKMS § 47 lg-st 2 (RVastS § 18 lg-st 2) tuleb sellisel juhul esitada kaebus 30 päeva jooksul haldurogani otsuse teatavakstegemisest.²¹⁷ See regulatsioon on kohaldatav ainult juhul, kui kahju oli tõepoolest juba tekkinud ja haldusorganile oli esitatud taotlus selle kahju hüvitamiseks.²¹⁸ Riigihankeõiguse kontekstis on vastav regulatsioon ümber sõnastatav nii, et kui kaebus on eelnevalt esitatud hankijale või riigihangete vaidlustuskomisjonile ja viimane jätab selle hüvitamata või rahuldamata, on tegemist kohtueelse menetluse läbimisega ning sellisel juhul tuleb esitada kaebus 30 päeva jooksul vaidlustuskomisjoni otsuse teatavakstegemisest.

Hetkel, kui hankeleping muudetakse, lõpeb ka kahjustav tegevus. Seejuures kahjustavaks tegevuseks ei saa kindlasti mitte lugeda muudetud lepingu täitmist. Käesoleva töö kontekstis – hankelepingu muudatusest teada saades saab huvitatud isik aru, et tal jääb tulu saamata. Sellises

²¹⁵ I. Pilving. HKMSK § 41/5. – Halduskohtumenetluse seadustik. Komm vlj. Tallinn: Juura 2013, lk 174.

²¹⁶ J. Jäätma. HKMSK § 268/2. – Halduskohtumenetluse seadustik. Komm vlj. Tallinn: Juura 2013, lk 748.

²¹⁷ E. Vene. HKMSK § 46/V. – Halduskohtumenetluse seadustik. Komm vlj. Tallinn: Juura 2013, lk 199.

²¹⁸ RKHKm 3-3-1-50-07.

olukorras ei saa kahjustava tegevuse lõppemise hetkeks olla mingi muu hetk. Teadasaamise hetk on konkreetne – muudatusest teadasaamise hetk.

HKMS § 46 lg 4 sätestab, et hüvitamiskaebuse võib esitada kolme aasta jooksul arvates päevast, kui kaebaja sai teada või pidi teada saada kahjust ja selle põhjustanud isikust. Sõltumata sellest ei saa hüvitamiskaebust esitada pärast kümne aasta möödumist kahju tekitanud haldusakti andmisest või toiminguga tegemisest.

Kahju nõude tähtaja osas on oluline selgitada, kuidas tõlgendada RVastS § 17 lg 3 tulenevat “*teada sai või pidi teada saada*” ehk mis hetk see täpselt on? Kuna analoogne säte hüvitamisnõude kohta sisaldub ka HKMS § 46 lg 4, on eespool viidatud hetke määramiseks aktuaalsed HKMS kommentaarid. Kahju hüvitamise kaebuse tähtaegsuse hindamiseks on riigikohus soovitanud järgmist metoodikat – kõigepealt tuleks välja selgitada, milles seisneb kahju, mille hüvitamist taotletakse. Seejärel on võimalik selgitada, millise haldusakti või toiminguga kahju tekitati, millal hakkas kulgema kaebuse esitamise tähtaeg, ning otsustada, kas kaebus on tähtaegne või mitte.²¹⁹ Hankelepingu õigusvastasel muutmisel tuleb tähtaega lugeda muudatuse tegemisest (ehk kahju tekkimisest) teadasaamisest.

Kokkuvõttes sekundaarsete õiguskaitsevahendite osas jõudis käesoleva töö autor järeldusele, et hankelepingu õigusvastase muutmise korral kuulub huvitatud isikule hüvitatava kahju hulka saamata jäänud tulu ning ka otsese varalise kahju hüvitamine ei ole lepingu muutmise korral põhimõtteliselt välistatud. Küll aga kehtiv regulatsioon ei taga õiguskaitsemeetmete direktiivis ja PS § 15 1. lauses sätestatud eesmärkide täitmist. Hankelepingu olulisel muutmisel eelkõige kahju nõudmisel on tõhusa õiguskaitse saavutamine keeruline. Huvitatud isikul on äärmisel raske tõendada, et just tema oleks riigihankemenetluse võitjaks tulnud siis, kui õigusvastast lepingut poleks sõlmitud. Seetõttu tuleks seadusandjal kaaluda huvitatud isiku jaoks kahju tõendamise kohustuse leevendamist, seda eelkõige läbi tõendamiskoormuse ülemineku hankijale.

²¹⁹ E. Vene. HKMSK § 46/V. – Halduskohtumenetluse seadustik. Komm vlj. Tallinn: Juura 2013, lk 198.

Kokkuvõte

Käesoleva magistritöö peamine eesmärk oli välja selgitada, kas Eesti õigussüsteemis kohaldatavad primaarsed ja sekundaarsed õiguskaitsevahendid tagavad õiguskaitsemeetmete direktiiviga ja põhiseaduse (PS) § 15 lauses 1 sätestatud eesmärke ning võimaldavad kiiret ja tõhusat õiguskaitset riigihankest huvitatud isikule, seda eelkõige siis, kui on aset leidnud oluline ja seetõttu keelatud hankelepingu muutmine. Seejuures kaardistades hankelepingu õigusvastasel muutmisel tekkivaid kitsas kohti, pakkudes välja ning võrreldes erinevaid lahendusi kitsaskohtade ületamiseks.

Võrreldes omavahel nii direktiivis kui ka RHS-s ettenähtud aluseid hankelepingu muutmiseks, asus autor seisukohale, et RHS-is sätestatud alused kattuvad direktiiviga. Autor eristas hankemenetlust ja riigihanke korraldamist (ehk riigihanget). Kuni hankelepingu sõlmimiseni on tegemist hankemenetlusega, mis on aga oma mõttelt ja sisult palju kitsam mõiste. Riigihankena tuleb käsitada hankija seda tegevust (sh otsuseid), mille aluseks on riigihangete seadus, st kõik see, mis tehakse või tuleks teha riigihangete seaduse reeglite alusel. Lepingu täitmise faas ei puuduta lepingu sõlmimist ega muutmist, vaid seda, kas töö on teostatud või asi nõuetekohane jms. Riigihanke korraldamisena RHS § 4 p 16 mõttes tuleb mõista hankelepingu sõlmimiseni jõudmist, lepingu sõlmimist ja sõlmitud lepingu muutmist. Kuna riigihange on laiem mõiste ja hõlmab endas ka sõlmitud hankelepingu muutmise menetluse läbiviimist (pealegi ka RHS reguleerib hankelepingu muutmist), siis on autori arvates pakkujal, taotlejal või riigihankes osalemisest huvitatud isikul õigus RHS § 185 lg 1 alusel esitada vaidlustus. Kuna hankija otsus muuta hankelepingut on riigihankes tehtud hankija otsus, ei ole RHS-i mõttega vastuolus, kui vaidlustuskomisjonil on õigus see tunnistada kehtetuks. Sellisel juhul muutub kehtetuks vastav otsus, kuid hankeleping jääb kehtima.

Hankelepingu olulise muudatuse puhul on võimalik vaidlustada ka sõlmitud riigihankeleping, mida saab teha RHS § 185 lg 4 p 3 alusel. Kui hankija tegi muudatuse, mis ei olnud lubatav ning ta oleks pidanud korraldama uue riigihanke, siis ta jättis sisuliselt esitamata hankelepingu sõlmimise teate, mis on RHS § 185 lg 4 p 3 alusel vaidlustatav vaidlustuskomisjonis.

Hankelepingu muutmise otsuse vormistamise osas puudub regulatsioon nii direktiivides kui ka RHS-is. Küll aga on siseriiklikult leitud, et hankelepingu muudatus tuleb vormistada samas vormis nagu oli hankeleping, st kas kirjalikus või kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis.

Vaidlustuse esitamine peaks olema võimalik ainult sellisel juhul, kui hankija tegevus puudutab vaidlustaja huve ja rikub tema subjektiivseid õigusi. Oluline muudatus rikub nende isikute õigusi, kes oleksid soovinud osaleda uues hankes, mille hankija oleks seaduskuulekalt käitudes pidanud korraldama, kuid ei osalenud ning neid isikuid, kes osalesid, kuid kelle pakkumus ei osutunud edukaks või ka need isikud, kes jäeti hankemenetluses kõrvale. Selleks, et esitada vaidlustus tuleb huvitatud isikul ära näidata see, et neil oli teoreetiline võimalus pakkuda riigihanke esemeks olevaid teenuseid, ehitustöid või asju. Kui ta ei tegutse temale huvi pakkavas valdkonnas, siis peab ta ära näitama isikud, kellega koos või kelle kaudu ta kavatses hakata hankelepingu esemeks olevaid teenuseid osutama või asju tarnima. Kui isik, kelle pakkumus lükati tagasi või kelle pakkumus ei osutunud edukaks, põhistab, et sõlmitud hankelepingut on muudetud õigusvastaselt, ja tal on või on olnud huvi riigihankelepingu sõlmimise vastu, esineb teoreetiline võimalus, et ka tema pakkumine oleks võinud olla edukas, kui vastav muudatus oleks olnud alguses hankemenetlus. Kui isik soovib kahju nõuda, tuleks tal lisaks ära näidata ka see, et ta on selle rikkumise – hankelepingu õigusvastase muutmise – tõttu kahju kannatanud või võib kahju kannatada. Autori arvates tuleb direktiivi ja riigisisese õiguse tähenduses huvitatud isiku mõistet sarnaselt sisustada. Direktiivi kohaselt peab läbivaatamise menetlus olema kättesaadav vähemalt kõigile neile isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse hankelepingu vastu ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada, mistõttu ei ole nõutav, et tegemist oleks vormiliselt pakkuja või kandidaadiga. RHS-i kohaselt on huvitatud isikul võimalik esitada vaidlustus, kui hankija tegevus rikub huvitatud isiku õigusi või kahjustab tema huvisid. Huvitatud isiku mõiste sisustamisel on siseriiklik kohus lähtunud Euroopa Kohtu praktikast. Seeläbi on RHS-is tagatud PS-s § 15 sätestatud õigus pöörduda oma õiguste rikkumisel kohtusse. Ka huvitatud isikul on võimalik realiseerida kohtus oma subjektiivset õigust. Seega on huvitatud isikule tagatud õigus pöörduda kohtusse ja panna enda õigus maksma.

Vaidlustuskomisjon on pädev tuvastama hankelepingu tühisust üksnes RHS § 31 või 121 alusel, muude rikkumiste osas vaidlustuskomisjonil pädevus puudub. Hankelepingu muutmise otsuse vaidlustamisel saab VAKO otsuse kehtetuks tunnistada, kuid algne hankeleping jääb ikka kehtima. Vaidlustuskomisjoni praktikas on hankelepingu muudatuse tühisuse tuvastamist

hinnatud RHS § 121 lg 1 p 1 ja lg 4 valguses. Tuvastades hankelepingu tühisuse algne hankeleping jääb kehtima ning uue hanke vajadus ei pruugi üldse tekkida, sest hankija nt loobub muudatuse alusel tellitud teenusest või soetatud asjast. Uue hanke vajadus tekib hankijal juhul, kui ta ei saa algset hankelepingut täita ilma muudatuseta või sellisel juhul kui hanke korraldamine on kohustuslik (nt jäätmeveo asi). RHS § 121 lg 1 p 1 on tühisuse materiaalne alus ja § 185 lg 2 p 8 on VAKO-sse pöördumise protsessuaalne alus. RHS § 189 lg-t 1 tuleb mõista nii, et sätte viimane lauseosa ei laiene üldse hankelepingu muutmisele. Selle järelduse valguses võiks ühe riigihangete seaduse *de lege ferenda* arengusuunana näha regulatsiooni täiendamist selliselt, et lisatakse regulatsiooni, mille kohaselt hankelepingu muudatus tuleb vormistada eraldi otsusega, mis tuleb avaldada riigihangete registris. Hankelepingu muudatust võib rakendada 14 päeva möödumisel muudatuse avaldamisest. Seda, kas vaidlustada üksnes hankelepingu muutmise otsus või hankeleping, mõjutab olulisest muudatusest teada saamise aeg.

Õigusvastase lepingumuudatuse kontekstis peaks tähtaeg kulgema lepingumuudatuse tegemisest teada saamisest. Kuuekuulise tähtaja seostamine teada saamisega või teada saama pidamisega ei oleks õiguskindluse põhimõtet niivõrd riivav ning tagaks direktiivi poolt kehtestatud meetme rakendamise võimaluse.

Hankelepingu sõlmimise järgsele olukorrale ei näe ajutisi meetmeid ette ei õiguskaitsemeetmete direktiiv ega RHS. Niisiis on kehtiv regulatsioon direktiivile vastav ning hankelepingu sõlmimise järgselt (eelkõige hankelepingu muutmise olukorras) on võimalik rakendada üksnes teine meede, milleks on tühisuse tuvastamine.

Kohtus ei ole võimalik nõuda hankelepingu tühistamist (HKMS § 266 lg 2 ja § 37 lg 2 p 1). Küll aga saab tuvastamiskaebusega nõuda hankelepingu tühisuse tuvastamist (HKMS § 37 lg 1 p 6).

Kohustamiskaebusega ei saa hankijat üldjuhul kohustada korraldama uut riigihanget, v.a erandlikel juhtudel, nt jäätmeveo asi, samuti ei saa kohustada hankelepingut üles ütlema ehk hankelepingut lõpetada.

Hankelepingu muutmise kontekstis ei ole keelamiskaebus eesmärgipärane ega ka tõhus. Samuti ei ole eesmärgipärane hankelepingu muutmise otsuse puhul keelata selle otsuse alusel lepingu täitmine. Vaatamata õiguskirjanduses esitatud seisukohale, käesoleva töö autori arvates nähtub ka HKMS § 266 lg-st 2 ja § 267 lg-st 1, et hankeasjas keelamiskaebust esitada ei saa. Esialgse õiguskaitse raames võib küll nõuda hankelepingu täitmise keelamist, kuid kuivõrd riigihanke tulemusel osutatakse näiteks toidlustusteenuseid, bussivedu, jäätmevedu jm tähtsat, siis selle tegevuse peatamine üldjuhul ei kaalu üle ettevõtja huvi õiguspärase riigihanke läbiviimiseks.

Kokkuvõtteks võib asuda seisukohale, et Eesti õigussüsteemis kohaldatavad primaarsed õiguskaitsevahendid – seda nii vaidlustuskomisjonis kui ka kohtus - tagavad õiguskaitsemeetmete direktiivi ja PS § 15 lauses 1 sätestatud eesmärgi ning võimaldavad huvitatud isikule kiiret ja tõhusat õiguskaitset ka siis, kui on aset leidnud oluline ja seetõttu keelatud hankelepingu muutmine. Hankelepingu olulise muudatuse puhul on huvitatud isikul võimalik saavutada selle tühisuse tuvastamine. Küll aga ei tähenda hankelepingu muudatuse tühisuse tuvastamine, et tühine oleks alati ka algselt sõlmitud hankeleping. See jääb reeglina kehtima. Läbi selle on saavutatud ka direktiivis seatud eesmärk – ebaseadusliku otsuse tühistamine. Ka PS § 15 eesmärk on täidetud – huvitatud isikul on võimalik oma õigusi kaitsta ja seda läbi VAKO ja kohtu. Huvitatud isikul on sellises olukorras õigus nõuda kahju hüvitamist.

Hankelepingu õigusvastase muutmise korral kuulub huvitatud isikule hüvitatava kahju hulka saamata jäänud tulu ning ka otsese varalise kahju hüvitamine ei ole lepingu muutmise korral põhimõtteliselt välistatud. Kahju hüvitamise puhul ei eristaks autor hankelepingu muutmise otsust ja muudetud hankelepingut, kuivõrd kahju hüvitamise taotluse esitamiseks ei oma see tähtsust. Kahju hüvitamise nõude esitamiseks kohtusse peavad olema täidetud kahju nõude eeldused. Kindlasti peab olema toimunud riigihankeõiguse rikkumine, isikule peab olema tekkinud kahju ja peab esinema põhjuslik seos.

Sekundaarsete õiguskaitsevahendite osas jõudis käesoleva töö autor järeldusele, et hankelepingu õigusvastase muutmise korral kuulub huvitatud isikule hüvitatava kahju hulka saamata jäänud tulu. Otsese varalise kahju hüvitamine ei ole põhimõtteliselt välistatud. Küll aga ei pruugi kehtiv regulatsioon tagada õiguskaitsemeetmete direktiivis ja PS § 15 1. lauses sätestatud eesmärgi. Hankelepingu olulise muutmise olukorras on tõhusa õiguskaitse

saavutamine keeruline. Huvitatud isikul on äärmisel raske tõendada, et just tema oleks riigihankemenetluse võitjaks tulnud, kui õigusvastast lepingut poleks sõlmitud. Seetõttu tuleks seadusandjal kaaluda huvitatud isiku jaoks kahju tõendamise kohustuse leevendamist, seda eelkõige läbi tõendamiskoormuse ülemineku hankijale.

Lõpetuseks on autor seisukohal, et siseriiklikus õiguses sätestatud hankelepingu muutmise alused ja selle vaidlustamise kord ning teoreetiline võimalus nõuda kahju hüvitamist ei pruugi alati huvitatud isikule tagada reaalselt ja tõhusat võimalust kaitsta enda õigusi ebaseadusliku hankelepingu muutmisel.

LEGAL REMEDIES WHENEVER A PUBLIC CONTRACT IS UNLAWFULLY MODIFIED

Summary

The new procurement directives adopted in 2014 codify the positions of the European Court about the admissibility of modification of public contracts and specify more than in earlier directives the rules for modification of public contracts. The new directives also clarify in which circumstances the modification of a public contract during its term requires a new procurement procedure. A new procurement procedure is required when substantial modifications are made to the initial procurement contract, especially in relation to the rights and obligations of the contracting parties. In legal literature as well as court case-law it has been concluded that whenever a new procurement procedure is not set up whenever a modification of a contract was not admissible according to the procurement directives equals a situation of illegal direct contract.

Legal remedies are provided to ensure the general principles and to protect the rights related to public procurement, which are regulated on the European Union level by legal remedies (review) Directive 89/665/EEC and 92/13/EEC (as amended by the directive 2007/66 EU). The purpose of the legal remedies directive is to ensure effective legal protection and rapid availability of remedies in case of illegal activity of the contracting authority. The explanatory note of the European Commission states that according to the Directive, the legal remedies are the suspension of the decision by the public contracting authority, annulment of illegal decisions (including the annulment of the contract) and the payment of indemnity. The aforementioned legal remedies are divided into primary legal remedies, i.e. those helping to eliminate the infringement and secondary, i.e. those which solely compensate the damage caused by the infringement and do not eliminate the infringement.

According to the Estonian Constitution, Article 15, first sentence, everyone has the right to turn to the Court in case of infringement of their rights and freedoms. The first sentence of the Art. 15, paragraph 1 provides for subjective guarantee of procedural right which purpose is to render the substantial law fundamental rights into reality. The constitutional message of this sentence is – it should be possible to use each subjective right in Court during an effective and fair procedure within reasonable timeframe. The fundamental rights stemming from the Articles 14

and 15 of the Estonian Constitution contain a person's subjective right to require and the objective obligation of the State to guarantee the efficiency of the procedure. These are procedural fundamental rights which purpose is to open up the way to exercise a person's substantial fundamental rights and to ensure the efficient protection of fundamental rights.

The legal remedies stemming from the directive on legal remedies are provided by the Procurement Act (the RHS Act) and the Code of administrative court procedure (the HKMS Code) in the Estonian law. In the same way the liability of the public authority is regulated by the State Liability Act (RVastS) as a general legal act in Estonia. The main purpose of this Master thesis is to examine whether the primary and secondary legal remedies that are applicable in the Estonian law system ensure the objectives provided by the legal remedies directive and those provided by the 1st sentence of the Article 15 of the Estonian Constitution (the PS) and enable rapid and efficient legal remedies to the person interested in the public procurement, before all in the case where a substantial and therefore forbidden modification of a public contract has occurred. The author of the present Master Thesis also contributes to map the bottlenecks occurring while public contracts are illegally modified, the author is also suggesting and comparing different solutions to overcome those bottlenecks.

The research methods of this theses are historical, systematic, analytical and comparative.

When comparing the legal bases for public contract modifications in the Directive and in the Public Procurement Act (the RHS Act), the author reached the position that the legal bases of the RHS Act match those of the Directive. The author distinguished a procurement procedure from public procurement procedure or public contract. Until a procurement agreement is concluded, it is about a procurement procedure that is more narrow as to its significance and substance. A public contract is constituted by the contracting authority activity (including decisions) that are based on the Public Procurement Act, i.e. everything that is or must be performed according to the rules of the Public Procurement Act. The stage of implementation of a contract does not concern the conclusion or modification of the contract, merely whether the work has been performed as required or whether an object corresponds to the requirements. Organising a public procurement in the sense of the Art. 4, point 16 of the RHS Act is the activity of reaching the conclusion of a public contract, the conclusion of the public contract itself and the modification of a public contract that is already concluded.

As a public procurement is a wider term encompassing the procedure of modification of a public contract already concluded (the more so as the RHS provides for public contract modification as well), then the author estimates that the tenderer, applicant or a person interested in the participation in the public procurement have the right, according to the Article 185, paragraph 1 of the RHS, to contest the decision. As the contracting authority decision to modify a public contract is made in the course of public procurement, it is not in contradiction with the sense of the RHS Act whenever the Review Committee has the right to annul such a decision. In such a case, a decision is annulled, but the public contract remains valid.

In case of a substantial modification of a public contract it is also possible to contest also the public contract, pursuant to the Art. 185, par. 4, point 3 of the RHS Act. Whenever a contracting authority introduced a forbidden modification and should have organised a new procurement procedure, they in fact did not submit any contract notice about the conclusion of a public contract which is an action that may be challenged in the Review Committee according to the Art. 185, par. 4, point 3.

The drafting itself of the public contract modification decision has not been regulated either in the directives nor the RHS Act. However, on national level it has been estimated that the modification of public contract should be drafted in similar form as was the public contract, i.e. in written or under a form allowing written reproduction of the decision.

Contesting should only be possible whenever the activity of the contracting authority is concerning the interests of the challenger and is infringing their subjective rights. A substantial modification is infringing the rights of the persons who would have wished to partake in the new public procurement which the contracting authority would have organised if they had behaved law-abidingly, but did not partake and it also infringing the rights of the persons who did participate but whose tender was not successful or the persons who were eliminated from the procurement procedure. In order to contest an interested person must indicate that they had a theoretical possibility to supply the services, construction works or goods that were the object of the public procurement. When this is not their field of activity, they must indicate the persons with whose cooperation or mediation they intended to supply services or goods that were the object of a public contract. Whenever a person whose tender was rejected or was not successful may motivate that the concluded public contract had been unlawfully modified and they have

or have had an interest to conclude the public contract, there exists a theoretical possibility that their tender might also have been successful, if the modification had been included to the initial procurement procedure. If the person wishes to claim damages, they also have to indicate that they have borne a damage or may bear a damage because of this infringement – the unlawful modification of the public contract. Pursuant to the directive the review procedure should be available at least to all these persons who have or have had an interest towards the specific public contract and who have borne damage or may bear damage because of the alleged infringement, therefore it is not required that they be pro forma tenderer or candidate. Pursuant to the RHS the interested person has the possibility to challenge whenever the activity of the contracting party is infringing the rights of the interested person or is damaging their interests. When determining the term of an interested person, the national courts are based on the European Court case-law. Therefore the RHS Act ensures the right provided by the Estonian Constitution, Article 15, to take an action in court whenever the rights have been infringed. The interested persons have also the right to take action in court to protect their subjective rights. Thus the right to take action in court is ensured also for the interested persons and they may claim their rights.

The Review Committee is competent to identify the nullity of a public contract only pursuant to the Art. 31 or Art. 121 of the RHS Act and has no competence regarding any other infringements. Whenever a public contract modification decision is contested, the decision by the Review Committee (the VAKO) may be declared invalid but the initial public contract still remains valid. In the practice of the Review Committee the identification of the nullity of a public contract has been evaluated in the light of the Art. 121, par. 1, point 1 and par. 4 of the RHS Act. Whenever a public contract is declared null and void, the initial public contract remains valid and there is no necessary need for a new public procurement, because the contracting authority for instance abandons the services commissioned or good purchased according to the modification. The need for a new public procurement arises for the contracting authority in the case they may not implement the initial public contract without the modification or in the case the organisation of public procurement is mandatory (e.g. the case of waste transport). The substantial legal basis of the nullity is the Art. 121, par. 1, point 1 of the RHS Act and the procedural basis for turning to the Review Committee is the Art. 185, par. 2, point 8. The Art. 189, par. 1 of the RHS has to be understood so that the provisions last part of sentence does not extend at all to the modification of a public contract. In the light of this conclusion, one of the development orientations of the regulation of the public procurement law

de lege ferenda might be the addition of a regulation whereby the modification of a public contract must be drafted by a separate decision that should be published in the Public Procurement Register. The modification of a public contract may be implemented 14 days after the publication of the modification. Whether to contest merely the public contract modification decision or the public contract is very much impacted by the time when the substantial modification became known.

In the context of unlawful contract modification the time limit should run from the moment of getting to know the contract modification. Whenever the six month time limit would be related to getting to know or should have got to know the modification – this would not infringe the principle of legal security so much and would ensure the possibility to apply the measure provided by the directive.

For the situation after the conclusion of public contract no temporary measures are foreseen neither by the legal remedies directive nor the RHS Act. Consequently the valid regulation corresponds to the directive and after the conclusion of public contract (especially when the public contract is modified) it is only possible to apply another measure, which is the identification of nullity.

In the Court it is not possible to claim the annulment of public contract (Art. 266, par. 2 and Art. 37, par. 2, point 1 of the HKMS). However, by a claim to identify it is possible to identify the nullity of a public contract (Art. 37, par. 1 point 6 of the HKMS / Code of Administrative Court Procedure).

By an obligating claim it is generally not possible to obligate the contracting authority to organise a new public procurement, excepted in exceptional cases, e.g. the case of waste transport, in the same way it is not possible to obligate to end the public contract or terminate it.

In the context of public contract modification a forbidding complaint is not in compliance with the objective nor efficient. In the same way, it is not in compliance with the objective, for the public contract modification decision, to prohibit, according to this decision, to implement the

contract. Despite of the position presented in legal literature, the author of the present thesis estimates that pursuant to the Art. 266, par. 2 and 267, par. 1 of the HKMS it is not possible to submit prohibition complaints in procurement cases. In the framework of interim measures the prohibition of implementing the procurement contract may be required, but whenever, as a result of a public procurement contract for instance catering services, bus transport, waste transport etc. are supplied, then in general the suspension of such activity does not outweigh the interest of the enterprise to proceed to a legal public procurement.

In conclusion the position may be adopted that the primary legal remedies which are applicable in the Estonian legal system – both in Review Committee and the Court – do ensure the objectives provided by the legal remedies directive and the Art. 15, 1st sentence of the Estonian Constitution and enable rapid and efficient legal protection to the interested person also when a substantial and therefore prohibited modification of public contract has taken place. In case of substantial modification of public contract the interested person has the possibility to obtain the identification of its nullity. However the identification of nullity of a public contract does not mean that the initially concluded public contract would also always be null and void. This contract remains valid as a rule. By this the objective aimed by the directive is reached – the annulment of an unlawful decision. The objective of the Art. 15 of the Estonian Constitution is also fulfilled – the interested person has the possibility to protect their rights via the Review Committee and the Court. The interested person has in this situation the right to claim compensation of damages.

In case of unlawful modification of public contracts the interested person's compensated damage includes the revenue that has not been obtained and in principle it is not excluded that the direct material damage may also be compensated in case of contract modification. In case of compensating the damages the author would not distinguish the decision of public contract modification from the modified public contract, because this has no relevance from the viewpoint of damages to be compensated.

In order to submit the claim for compensation for damages to the Court, the pre-requirements of the damage claim must be fulfilled. Certainly an infringement of public procurement law has to be taken place, damage has to be occurred to the person and a causality relation should exist.

Regarding the secondary legal remedies, the author of the present thesis has come to the conclusion that in case of unlawful modification of a public contract the damage to be compensated to the interested person includes the revenue not obtained. In principle, the compensation of direct material damage is not excluded. However, the valid regulation may not ensure the objectives provided by the legal remedies directive and the Art. 15, 1st sentence of the Estonian Constitution. In a situation of substantial modification of a public contract it is complicated to obtain efficient legal protection. It is extremely difficult for an interested person to prove that it would be them who would have been successful in a procurement procedure, if the unlawful contract had not been concluded. Therefore the legislator should consider alleviation of the burden of proof concerning the damage for the interested person, first and foremost by means of setting the burden of proof to the contracting authority.

To conclude, the author estimates that the bases for public contract modification provided by the national law and the rules for challenging such modification and the theoretical possibility to claim compensation of damages may not always ensure to the interested person actual and efficient possibility to protect their rights in case of unlawful modification of a public contract.

KASUTATUD KIRJANDUS

1. Andresen, E. Riigivastutus. Tartu 2009.
2. Arnould, J. Damages for performing an illegal contract: the other side of the mirror - comments on the three recent judgments of the French Council of State. – Public Procurement Law Review 2008/6.
3. Commission of the European Communities. Commission staff working document. Impact assessment report – remedies in the field of public procurement. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2006/sec_2006_0557_en.pdf (04.02.2019).
4. Commission Green Paper, Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward. Arvutivõrgus: http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_2_green_papers/com_1996_green_paper_public_procurement_in_eu.pdf (08.09.2018).
5. Euroopa Komisjoni aruanne Euroopa Parlamendile ja Nõukogule. Riigihangete valdkonnas kasutatavaid läbivaatamismenetlusi käsitlevate direktiivide 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ (muudetud direktiiviga 2007/66/EÜ) tulemuslikkuse kohta. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0028&from=EN> (11.01.2019).
6. Fairgrieve, D., Lichère, F. (edit). Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy. Oxford and Potland: Hart Publishing 2011.
7. Fels, E. Euroopa Liidu riigihankeõiguse normide rikkumise mõju hankelepingu kehtivusele. Magistritöö. Juhendaja dr. iur. Mari Ann Simovart. Taru Ülikool 2015.
8. Fels, E. Hankelepingu kehtivuse vaidlustamine. – Juridica 2016/I.
9. 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. – Public Procurement Law Review 2013/2.
10. Kanger, L. Kahju hüvitamise nõue riigivastutuse seaduse alusel. Kohtupraktika analüüs. Tartu: Riigikohtu õigusteabe osakond 2008. – Arvutivõrgus: https://www.riigikohus.ee/sites/default/files/elfinder/analyysid/2008/analyys_riigivastutus_l_kanger.pdf (25.11.2018).
11. Karindi-Kask, E. Hankelepingu muutmine. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-19601.pdf (19.03.2018).

12. Korindt, M. Hankijapoolne hankelepingu lõpetamine selle lubamatu muutmise korral. Magistritöö. Juhendaja dr. iur. Mari Ann Simovart. Taru Ülikool 2016.
13. Kull, I. jt. Võlaõigus I. Üldosa. Tallinn: Juura 2004.
14. Laaring, M. Riigivastutuse seaduse muutmise vajaduse analüüs. Tallinn: Justiitsministeerium 2009. – Arvutivõrgus: http://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/riigivastutuse_seaduse_muutmisvajaduse_analuus_2009_0.pdf (18.02.2019).
15. Lahesoo, E. Efektive õiguskaitse piirangud riigihankeasjades halduskohtumenetluses. Magistritöö. Juhendaja PhD Einar Vene, PhD Mait Laaring. Tartu Ülikool 2018.
16. Madise, Ü; jt. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj. 4. vlj. Tallinn: Juura 2017.
17. Merusk K, jt. Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2013.
18. Minumets, D, Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014.
19. 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.
20. Prieß, H.-J. Ineffectiveness of Contracts under the Remedies Directive – The German Perspective. Presentation at the Conference: Public Procurement Global Revolution V, 9th-10th Sept 2010, University of Copenhagen.
21. Rahandusministeerium. Korduma kipuvad küsimused 01.09.2017 jõustunud RHS kohta. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/faq_files/kkk_08.03.2019.pdf (10.01.2019).
22. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1053894, 11.12.2018 (kiri autori valduses).
23. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1052519, 30.10.2018 (kiri autori valduses).
24. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1051605, 08.10.2018 (kiri autori valduses).
25. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1049608, 06.08.2018 (kiri autori valduses).
26. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1043616, 08.05.2018 (kiri autori valduses).
27. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1054723, 31.12.2018 (kiri autori valduses).

28. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1053945, 05.12.2018 (kiri autori valduses).
29. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna vastus päringule nr 1049778, 09.08.2018 (kiri autori valduses).
30. Riigihangete juhised. Tallinn: Rahandusministeerium 2014. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/riigihangete-korraldamine> (19.10.2018).
31. Riigihanked. Praktilisi näpunäiteid kõige levinumate vigade vältimiseks Euroopa struktuuri- ja investeerimisfondidest rahastavate projektide puhul. Euroopa Komisjoni juhend 2015. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_et.pdf (28.02.2019).
32. Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri. 450 SE. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (20.10.2018).
33. Reich, A.; Shabat, O. The remedy of damages in public procurement in Israel and the EU: a proposal for reform. – Public Procurement Law Review 2014/2.
34. Rubach-Larsen, A. Damages under German law for infringement of EU procurement law. – Public Procurement Law Review 2006/4.
35. Simovart, M. A. Arvustus. D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, 592 lk. – Juridica 2014/X.
36. Simovart, M. A. Hankelepingute lubatud ja keelatud muudatused uute riigihankedirektiivide ülevõtmise järel. – Juridica 2016/I.
37. Simovart, M. A. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. – Juridica 2011/II.
38. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu riigihankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad: dots Carri Ginter, PhD Irene Kull. Tartu Ülikooli Kirjastus, 2010.
39. Simovart, M. A. Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules. – Upphandlingsrättslig Tidskrift, 2015 no 1, pp 36-37. Arvutivõrgus: <http://www.urt.cc/?q=node/90> (28.02.2019).
40. Steinicke, M.; Vesterdorf, P. L. EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. North America: Hart Publishing 2018.
41. Toomjõe, E. Hankelepingu muutmine ja selle tagajärjed. Magistratöö. Juhendaja dr. iur. Martin Käerdi. Taru Ülikool 2016.

42. Treumer, S. Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive. Modernising Public Procurement: The New Directive. Djof Publishing 2014.
43. Treumer, S. Damages for breach of the EC public procurement rules – changes in European regulation and practice. – Public Procurement Law Review 2006/4.
44. Treumer, S.; Lichere, F. Enforcement of the EU Public Procurement Rules. DJØF Publishing Copenhagen 2011. Arvutivõrgus: <https://www.birmingham.ac.uk/Documents/college-artslaw/law/iel/library/EPLS.Vol3.Enforcement.pdf> (02.04.2019).
45. Tähe, T. Kahju hüvitamine hankemenetluses toimunud rikkumiste korral. Magistritöö. Juhendaja dr. iur. Mari Ann Simovart. Tartu Ülikool 2015.
46. Vene, E. Ajaline faktor halduskohtumenetluses tühistamis- ja kohustamiskaebuse lahendamist ning rahuldamist mõjutava tegurina. Doktoritöö. Juhendajad: prof. emer. Kalle Merusk, dr. iur Ivo Pilving. Tartu Ülikooli Kirjastus, 2017.

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

1. Eesti Vabariigi põhiseadus. – RT I, 15.05.2015, 2.
2. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. – ELT C 326, 26.10.2012, lk 47-390.
3. Euroopa Nõukogu 21.12.1989. a direktiiv nr 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 395, 30.12.1989, lk 33-35.
4. Euroopa Nõukogu 25.02.1992. direktiiv nr 92/13/EMÜ, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 076, 23.03.1992, lk 14-20.
5. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 65–242.
6. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 65–242.
7. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.12.2007. a direktiiv nr 2007/66/EÜ millega muudetakse direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (EMPs kohaldatav tekst). – ELT L 335, 20.12.2007, lk 31-46.
8. Halduskohtumenetluse seadustik. – RT I, 13.03.2019, 53.
9. Riigihangete seaduse. – RT I, 13.03.2019, 145.
10. Riigihangete seaduse. – RT I, 25.10.2016, 20.
11. Riigilõivuseadus. – RT I, 19.03.2019, 41.
12. Riigivastutuse seadus. – RT I, 17.12.2015, 76.
13. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I, 30.01.2018, 6.
14. Võlaõigusseadus. – RT I, 20.02.2019, 8.

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

1. EKo C-503/04, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs. Saksamaa Liitvabariik*.
2. EKo C-337/98, *Komisjon vs Prantsusmaa*.
3. EÜKo T-540/10, *Hispaania vs Komisjon*.
4. EKo C-160/08, *Komisjon vs Saksamaa*.
5. EKo C-166/14, *MedEval – Qualitäts-, Leistungs- und Struktur Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH*.
6. EKo C-61/14, *Orizzonte Salute*.
7. EKo C-100/12, *Fastweb SpA vs Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*.
8. EKo C-19/13, *Ministero dell'Interno vs Fastweb SpA*.
9. EKo C-603/10, *Pelati*.
10. EKo C-406/08, *Uniplex*, kohtujurist J. Kokotti ettepanek.
11. EKo C-454/06, *Pressetext*, kohtujurist J. Kokotti ettepanek.
12. EKo C-46/93 ja C-48/93, *Brasserie du pêcheur ja Factortame*.
13. EKo C-397/98 ja C-410/98, *Metallgesellschaft jt*.
14. EKo C-295/04 ja C-298/04, *Manfredi jt*.
15. EKo C-568/08, *Spijker jt vs Drenthe provints*, kohtujurist P. C. Villalón ettepanek.
16. EKo C-570/08, *Symvoulío Apochetefseon Lefkosias vs Anatheoritiki Archi Prosforon*.
17. EKo C-26/03, *Stadt Halle ja RPL Lochau*.
18. EKo C-212/02, *komisjon vs Austria*.
19. EKo C-129/04, *Espace Trianon ja Sofibail*.
20. EKo C-230/02, *Grossmann Air Service*.
21. EKo C-91/08, *Wall AG*.
22. EKo C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*.
23. EKo C-203/08, *Sporting Exchange*.
24. EKo C-496/99 P, *Succhi di Frutta*.
25. EKo C-131/16, *Archus ja Gama*.
26. EKo C-549/14, *Finn Frogne*.
27. RKHko 3-3-1-11-15.
28. RKHKm 3-3-1-92-16.
29. RKHko 3-3-1-17-12.
30. RKHko 3-3-1-64-13.
31. RKTKo 3-2-1-106-11.

32. RKTKo 3-2-1-174-10.
33. RKHKm 3-3-1-69-03.
34. RKHKo 3-3-1-31-11.
35. RKHKo 3-3-1-2-14.
36. RKHKm 3-3-1-52-11.
37. RKHKo 3-17-1410.
38. RKHKm 3-3-1-59-14.
39. RKHKm 3-3-1-67-01.
40. RKHKm 3-3-1-85-04.
41. RKHKm 3-3-1-17-04.
42. RKHKm 3-3-1-3-06.
43. RKHKm 3-3-1-51-09.
44. RKHKm 3-3-1-44-09.
45. RKHKo 3-3-1-78-15.
46. RKHKm 3-3-1-13-04.
47. RKÜKo 3-3-1-85-09.
48. RKHKo 3-3-1-47-08.
49. RKTKo 3-2-1-94-08.
50. RKTKo 3-2-1-55-11.
51. RKTKo 3-2-1-100-13.
52. RKTKo 3-2-1-173-12
53. RKHKm 3-3-1-50-07.
54. RKHKm 3-3-1-44-13.
55. RKHKo 3-3-1-66-10.
56. RKHKm 3-3-1-63-08.
57. RKHKm 3-17-1151.
58. RKKKo 3-3-1-46-14.
59. RKEKo 3-3-1-15-01.
60. TlnHKo 22.03.2019, 3-19-304.
61. TrtHKm 31.01.2019, 3-18-2119.
62. TlnRnKo 29.11.2018, 3-18-1684.
63. TlnRnKo 05.04.2018, 3-17-1410.
64. TlnHKo 02.04.2018, 3-17-2743.
65. TlnHKo 23.11.2017, 3-17-1410.
66. TlnHKo 27.10.2017, 3-17-1158.

67. TlnHKm 20.07.2017, 3-17-1410.
68. TlnRnKo 01.06.2017, 3-17-252, 3-17-255.
69. TlnHKo 17.03.2017, 3-17-255.
70. TlnHKo 07.03.2017, 3-17-159.
71. TlnRnKo 27.01.2017, 3-16-2129.
72. TlnRnKo 17.12.2015, 3-14-50059.
73. TlnHKm 03.08.2015, 3-15-1827.
74. TlnRnKo 12.06.2014, 3-14-50168.
75. TlnHKm 31.03.2014, 3-14-50374.
76. TlnRnKm 14.03.2014, 3-14-50271.
77. VAKOo 06.02.2019, 1-19/196493.
78. VAKOo 08.10.2018, 182-18/196662.
79. VAKOo 17.08.2018, 155-18/196785.
80. VAKOo 17.08.2018, 153-18/197009.
81. VAKOo 20.06.2018, 113-18/194573.
82. VAKOo 26.01.2017, 12-2-9/12135.
83. VAKOo 21.03.2016, 33-16/159295.
84. VAKOo 23.09.2015, 12.2-9/10350.
85. VAKOo 11.09.2015, 194-15/163812.
86. VAKOo 18.09.2014, 12.2.-9/7737.
87. VAKOo 27.02.2013, 12.2-9/14024.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Anastassia Amel (sünnikuupäev 09.04.1992),

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose “ÕIGUSKAITSEVAHENDID HANKELEPINGU ÕIGUSVASTASEL MUUTMISEL”,

mille juhendajad on PhD Janar Jäätma ja Dr. Iur Ivo Pilving

- 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.

Tallinnas, 30.04.2019