

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Eraõiguse osakond

Kaidi Sulg

EHITUSE HANKELEPINGU MUUTMINE UUTES RIIGIHANKEDIREKTIIVIDES

Magistritöö

Juhendaja

MA Kadri Matteus

Kaasjuhendaja

Tsiviilõiguse dotsent, dr. iur. Kalev Saare

Tallinn

2016

SISUKORD

| | |
|---|----|
| SISSEJUHATUS | 3 |
| 1. Hankelepingu lubatud muudatused uues riigihankedirektiivis..... | 9 |
| 1.1. Hankelepingu muudatuse hankelepingus ettenägemine | 9 |
| 1.1.1. Hankelepingu muutmist reguleerivate tingimuste sisustamine | 15 |
| 1.1.2. FIDIC üldtingimuste regulatsioon lepingu muudatuse osas..... | 25 |
| 1.1.3. ETÜ 2013 regulatsioon lepingu muudatuse osas | 31 |
| 1.2. Hankelepingu muutmine seoses täiendavate ehitustööde tellimisega | 35 |
| 1.3. Hankelepingu muutmine seoses ettenägematute asjaoludega | 40 |
| 2. Hankelepingu keelatud muudatused..... | 50 |
| 2.1. Hankemenetluses osalenud pakkujate ringi võimalik suurenemine | 50 |
| 2.2. Hankelepingu üldise olemuse muutmine | 56 |
| 2.3. Hankelepingu majandusliku tasakaalu muutmine täitja kasuks..... | 63 |
| 2.4. Hankelepingu reguleerimisala märkimisväärne laienemine | 67 |
| KOKKUVÕTE | 70 |
| Modifications to public works contracts under new Public Procurement Directives | 75 |
| KASUTATUD KIRJANDUS | 80 |
| KASUTATUD ÕIGUSAKTID | 82 |
| KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA | 82 |
| MUUD KASUTATUD ALLIKAD..... | 83 |

SISSEJUHATUS

Riigiasutused, kohaliku omavalitsuse üksused ja asutused ning kohalike omavalitsuste ühendused, avalik õiguslikud juriidilised isikud ja muud avaliku sektori hankijad ostavad vajalikke asju ja teenuseid ning tellivaid ehitustöid riigihanke korras. Kuivõrd hankijad kasutavad asjade ja teenuste ning ehitustööde rahastamiseks avalikke finantsvahendeid, on oluline, et oleks tagatud nimetatud rahaliste vahendite säästlik ja läbipaistev kasutamine.

2015. aastal korraldati kokku rekordiliselt 10 652 riigihanget, mis on ligi 15 protsenti rohkem kui aasta varem.¹ Nimetatud hangete kogumaksumuseks on 1 451 757 507 eurot, sh ehitustööde hangete maksumus on 613 767 128 eurot.² Seega moodustas 2015.a ehitustööde maht rahaliselt rohkem kui 42% hangete kogumaksumusest.

Ehituse hankelepingute näol on üldjuhul tegemist keerukate lepingutega, mille puhul tõusetub tihti hankelepingu täitmise ajal vajadus lepingut muuta, kuivõrd ehitustööde leping sisaldab endas mitmeid riske, mida ei ole kas võimalik hankelepingus eelnevalt ette näha või mis muudavad asjaolusid võrreldes esialgsega nii palju, et hankelepingu muutmine on paratamatu.³ Ehituse hankelepingu muutmise vajaduse tingivad mitmed väga erinevad asjaolud, mh vead hankija poolt esitatud projektis, hankija eelistuste muutumine lepingu täitmise ajal, hankija poolt hanke ettevalmistamisel tehtud ebapiisav eeltöö, ettenägematute asjaolude selgumine ehitustööde teostamise ajal, turule uute täiustatud toodete tulemine jm.

Erinevalt eelmisest riigihankedirektiivist 2004/18/EL⁴, mis hankelepingu muutmist ei reguleerinud, reguleerib hankelepingu muutmist uue riigihankedirektiivi 2014/24/EL⁵ (edaspidi riigihankedirektiiv) artikkel 72. Liikmesriigid kohustusid riigihankedirektiivi siseriiklikkusse õigusesse sisse viima 18.aprilliks 2016, käesoleva magistritöö kirjutamise hetkel on aga selge, et nimetatud tähtpäevaks uus riigihangete seadus ei jõustu⁶.

¹ Rahandusministeerium. Pressiteade 19.01.2016. – riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/uudised/-/asset_publisher/OdtR/content/uus!-2015-aastal-korraldati-rekordarv-riigihankeid?redirect=%2F%2Fweb%2Fguest%2Fuudised (28.02.2016).

² E-riigihangete keskkonnas asuv statistikamoodul. – riigihanked.riik.ee/register/Aruanded.html (28.02.2016).

³ R. Champion, W. Hughes, J. Murdoch. Construction Contracts: Law and Management. Routledge, 5th edition 2015, lk 234; M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad C. Ginter, I. Kull. Tartu Ülikooli Kirjastus, 2010, lk 123-124.

⁴ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, lk 114—240 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 6, kd 7, lk 132 – 262).

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, 28.03.2014, lk 65-242.

⁶ Riigihangete seaduse eelnõu on esitatud Vabariigi Valitsusele heakskiitmiseks. – https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/index?p_p_id=101_INSTANCE_laR8&p_p_lifecycle=0&p_p_state=nor

Teema aktuaalsust kinnitab asjaolu, et riigihangete portaalis⁷ on Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonnalt kui „Rahandusministeeriumi põhimääruse“⁸ § 26 p 5 kohaselt nõuandvalt organilt korduvalt hankelepingu muutmise osas küsimusi esitatud. Nii nimetatud küsimustele antud vastustes kui Rahandusministeeriumi koostatud „Riigihangete juhises“⁹ ja analüüsis „Hankelepingu muutmise“¹⁰ on hankelepingu muutmise temaatikat käsitletud pealiskaudselt. Käesoleva magistritöö teemat ei ole eestikeelses erialases kirjanduses lähtuvalt riigihankedirektiivist käsitletud, v.a tähtaja muutmise (K.Kongi magistritöös¹¹) ning hankelepingu täitja muutmise (K.Suurkivi magistritöös¹²) küsimust. Kuivõrd hankelepingu täitja muutmise teemat on viidatud magistritöös põhjalikult käsitletud, siis käesolevas töös nimetatud teema käsitlemist ei leia. Tähtaja muutmist kui ühte võimalikku ehituse hankelepingu muutmise viisi käsitletakse aga teema tervikliku analüüsimise huvides ka käesolevas töös.

Käesoleva magistritöö eesmärgiks on hinnata, millised muudatused on riigihankedirektiivi kohaselt ehituse hankelepingutes lubatud ning millised mitte. Hankelepingu muutmise piiramise eesmärk ei ole tekitada olukordi, kus hankija väldib hankelepingu muutmist hirmust rikkuda hankealast regulatsiooni ning seda isegi olukorras, kus hankelepingu täitmine ei vasta enam hankija vajadustele.¹³ Kuivõrd hankija peab lepingu muutmise lubatavust hindama igakordselt konkreetsete juhtumi asjaoludest lähtuvalt, on käesoleva magistritöö uurimisküsimuseks, millised on ehituse hankelepingu muutmise alused riigihankedirektiivi ja eelnõu kohaselt. Ehituse hankelepingu muutmise piirangute sisu selgitamise kaudu teeb töö autor järeldusi, millistest kriteeriumitest lähtuvalt tuleks ehituse hankelepingu muutmise lubatavust hinnata.

mal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=2&p_p_col_count=3&_101_INSTANCE_laR8_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_laR8_urlTitle=riigihangete-seaduse-eelnou-on-esitatud-vabariigi-valitsuseleheakskiitmiseks&_101_INSTANCE_laR8_type=content&redirect=%2F1r1%2Fweb%2Fguest (14.04.2016).

⁷ E-riigihangete keskkond: riigihanked.riik.ee.

⁸ Rahandusministeeriumi põhimäärus. VVm 22.12.2011. nr 177. - RT I, 10.07.2015, 2.

⁹ Riigihangete juhised. Tallinn: Rahandusministeerium 2014. -

<https://riigihanked.riik.ee/1r1/web/guest/riigihangete-korraldamine> (28.02.2016).

¹⁰ E. Karindi-Kask. Hankelepingute muutmise. Rahandusministeeriumi analüüs. 2012. -

riigihanked.riik.ee/1r1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-19601.pdf (28.02.2016).

¹¹ K. Kongi. Ehituse hankelepingu tähtaja muutmise uute riigihankedirektiivide valguses. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikool, 2015.

¹² K. Suurkivi. Hankelepingu ülevõtmise lubatavus Euroopa Liidu õiguse ja riigihangete seaduse alusel. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikool, 2013.

¹³ 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 1.

Lisaks riigihankedirektiivile jõustusid 17.04.2014 ka direktiivid võrgustiku sektori¹⁴ ja kontsessioonilepingute¹⁵ kohta. Kuivõrd kõigis kolmes direktiivis on hankelepingute muutmise regulatsioon identne, ei analüüsita neid käesolevas töös eraldi. Käesolevas töös tehtud järeldused riigihankedirektiivi osas saab omistada kõigile kolmele direktiivile.

Euroopa Liidu toimimise lepingu¹⁶ artikli 288 (Euroopa Ühenduse asutamislepingu¹⁷ artikkel 249) kohaselt on direktiiv saavutatava tulemuse seisukohalt siduv iga liikmesriigi suhtes, kellele see on adresseeritud, kuid jätab vormi ja meetodite valiku selle riigi ametiasutustele. Euroopa Kohtu praktika kohaselt on riigihangete valdkonnas ühenduse õigus primaarne siseriikliku regulatsiooni suhtes.¹⁸ Kuigi riigihangete seaduse¹⁹ (edaspidi RHS) § 4 lg 1 kohaselt kohaldatakse hankelepingule õigusaktides vastava lepingu liigi kohta sätestatud, siis riigihanke kontekstis on hanke üldpõhimõtted eraõiguslike normide suhtes ülimuslikud²⁰. Samuti on Riigikohus korduvalt rõhutanud, et hankija on kohustatud järgima Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtteid, sh menetluse läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise põhimõtteid.²¹ Kui pärast hankelepingu sõlmimist saaks hankija vabalt muuta hanketingimusi, rikutaks sellega läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid.²²

Seega, ühelt poolt võib hankelepingu piiramatu muutmise võimaluse puhul kergesti tekkida vastuolu võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttega ning see võib soosida korruptiivsete suhete tekkimist²³, teistelt poolt on teatud ulatuses hankelepingute muudatuste lubatavus vajalik sujuva koostöö tagamiseks lepingupoolte vahel; samuti võib olukord, kus lepingu muutmise võimalus puudub, tuua kaasa selle, et lepingu sisu ega hind ei vasta normaalses konkurentsiolekorras sõlmitud lepingu tunnustele²⁴.

¹⁴ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EÜ, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – ELT L 94/243, 28.03.2014, lk 243–374.

¹⁵ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EÜ, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 91/1, 28.03.2014, lk 1-64.

¹⁶ Euroopa Liidu toimimise leping. – ELT C 326, 26.10.2012.

¹⁷ Euroopa Ühenduse asutamisleping (konsolideeritud versioon 2006). – ELT C 321E, 29.12.1996.

¹⁸ EK C-503/04, *Komisjon vs. Saksamaa*, p 38.

¹⁹ Riigihangete seadus. - RT I, 23.03.2015, 24.

²⁰ M. A. Simovart (viide 3), lk 9.

²¹ RKHK 3-3-1-66-10 p 15, 16; RKHK 3-3-1-31-11 p 16, 17, RKHK 3-3-1-39-12 p 24.

²² EK C-496/99, *Succhi di Frutta SpA* p 121.

²³ M. A. Simovart. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. - *Juridica* 2010/4, lk 248-249.

²⁴ K. Härginen, M. A. Simovart. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? - *Juridica* 2013/9, lk 633.

Käesoleva magistritöö kirjutamise hetkel ei ole uus riigihangete seadus jõustunud. Kuivõrd Eesti kohustub riigihankedirektiivi siseriiklikusse õigusesse ülevõtmisel lähtuma ühenduse õigusest, siis kõrvutatakse käesolevas töös riigihankedirektiivi hankelepingu muutmise regulatsiooni riigihangete seaduse eenduga²⁵ (edaspidi eelnõu) ning analüüsitakse, kas eelnõu regulatsioon hankelepingu muutmise osas on ühenduse õigusega kooskõlas. Kuivõrd riigihankedirektiivi hankelepingu muutmise osas on tuginetud Euroopa Kohtu praktikale²⁶, siis on käesolevas töös analüüsitud ka asjakohaseid Euroopa Kohtu lahendeid.

Käesoleva töö kirjutamisel on lähtutud järgmistest seisukohtadest:

- hankelepingu muutmine ei ole lubatud olukorras, kus muutmise vajadus on tingitud hankija ebapiisavast eeltööst hanke ettevalmistamisel;
- ehituse hankelepingu muutmise lubatavuse hindamisel on lubatud arvesse võtta hankelepingu keerukust.

Käesolev töö on jagatud kaheks peatükiks. Esimeses peatükis käsitletakse hankelepingu lubatud muudatusi ning teises peatükis selgitatakse välja, millised hankelepingu muudatused on keelatud. Kuivõrd riigihankedirektiiv ja eelnõu näevad ette kuus alternatiivi lubatud muudatuste osas ning aluseid, mille alusel hinnata muudatuse olulisust ehk muudatuse lubamatust, on toodud sisuliselt neli, moodustab esimene peatükk käesoleva töö mahukama osa.

Esimeses peatükis analüüsitakse, millised hankelepingu muudatused on riigihankedirektiivi kohaselt lubatud. Peatüki ülesehituses on lähtutud riigihankedirektiivi art 72 lg-st 1. Esimeses alapeatükis käsitletakse hankelepingu muudatuse hankedokumentides ettenägemist. Hankijad kasutavad ehitustööde hankimisel tihti väljatöötatud lepingutingimusi, sh ehituse töövõtulepingu üldtingimusi ETÜ 2013²⁷ ja FIDIC lepingutingimusi²⁸. Käesoleva töö esimeses alapeatükis analüüsitakse, kas viidatud üldtingimuste lepingu muutmise osas toodud regulatsioon on piisav käsitlemaks seda kui hankelepingu muudatust hankedokumentides ettenägevat regulatsiooni. Nimetatud analüüs moodustab esimese peatüki küllaltki mahuka alajaotuse põhjustades magistritöö peatükkide mahtude ebaproportsionaalsuse. Käesoleva töö

²⁵ Riigihangete seaduse eelnõu. 204 SE. - <http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/> (26.04.2016).

²⁶ EK C-454/06, *Pressetext*; EK C-91/08, *Wall AG*; EK C-503/04, *Komisjon vs. Saksamaa; Succhi di Frutta SpA*.

²⁷ Ehituse töövõtulepingute üldtingimused (ETÜ 2013). Tallinn 2013. - http://www.eel.ee/public/files/ETU_2013_loplik.docx (05.03.2016).

²⁸ FIDIC Ehitustöövõtulepingu tingimused ehitus- ja inseneritöödeks tellija antud projektlahendi alusel, esimene väljaanne 1999; FIDIC Töövõtulepingu tingimused seadmestamiseks ja projekteerimiseks-ehitamiseks. Elektri- ja seadmete paigaldamiseks ning ehitus- ja inseneritöödeks, kui projekteerib töövõtja, esimene väljaanne 1999.

üheks eesmärgiks on anda suuniseid, millest peaksid hankijad hankelepingu muutmist reguleerivaid tingimusi sätestades lähtuma ning kuidas ETÜ 2013 ja FIDIC üldtingimusi eritingimustega täiendada tuleks. Lisaks käsitletakse esimeses peatükis hankelepingu muutmist seoses täiendavate ehitustööde tellimisega ja hankelepingu muutmist seoses ettenägematute asjaoludega.

Riigihankedirektiiv ja eelnõu sätestavad *de minimis* reegli, mille kohaselt on ehituse hankelepingut lubatud muuta, kui muudatuse väärtus ei ületa riigihanke (rahvusvahelist) piirmäära ega 15 protsenti ehitustööde hankelepingu algsest maksumusest. Ehituse hankelepingutes on ehitustööde reservi sätestamise näol levinud lepingutingimusega ulatudes üldjuhul kuni 10 protsendini hanke mahust.²⁹ Kui kehtiva riigihangete seaduse regulatsiooni valguses on väljendatud seisukohta, et ehitustööde reservi kasutamiseks peab hankedokumentides olema selgelt reguleeritud reservi maht ja rakendamise tingimused³⁰, siis riigihankedirektiiv ja eelnõu loovad võimaluse ehituse hankelepingu muutmiseks *de minimis* reeglina sätestatud piirmäärade ulatuses sätestades ainsa piiranguna keelu muuta hankelepingu üldist olemust. Küsimust, milles seisneb ehituse hankelepingu üldine olemus, analüüsitakse töö alapeatükis 2.2.

Teises peatükis käsitletakse hankelepingu keelatud muudatusi. Analüüsitakse, millisel juhul võib olla tegemist hankelepingu keelatud muudatusega, mis oleks võinud suurendada hankemenetluses osalejate arvu, juhul, kui muudatused oleksid teada olnud juba hankemenetluse käigus. Samuti käsitletakse olukorda, millal võib muudatuse näol olla tegemist hankelepingu majandusliku tasakaalu muutmiselega lepingu täitja kasuks ning millisel juhul on tegemist hankelepingu muudatusega hankelepingu reguleerimisala märkimisväärse laiendamisega. Samuti analüüsitakse, millisel juhul võib olla tegemist hanke üldise olemuse muutmiselega, kuivõrd sellisel juhul ei ole õigustatud muidu lubatud hankelepingu muudatus.

Magistritöö on teoreetiline analüüs, kus on tuginetud riigihankedirektiivile ja Euroopa Kohtu lahenditele. Lisaks on käesolevas töös analüüsitud asjakohast Riigikohtu praktikat. Samuti on käesolevas töös tuginetud ajakirjades *Public Procurement Law Review* ja *Juridica* avaldatud asjakohastele artiklitele. Kohtupraktika, õigusallikate ja erialakirjanduse analüüsimisel on rakendatud grammatilist ja süstemaatilist tõlgendamist. Euroopa Kohtu lahendite analüüsimisel on kasutatud ka süstemaatilis-loogilist meetodit. Käesolevas töös analüüsitakse riigihankedirektiivi ja eelnõu hankelepingu muutmise regulatsiooni ning võrreldakse seda

²⁹ Riigihangete Register. Korduma kippuvad küsimused, hankeleping (küsimus nr 7). - <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/hankeleping> (29.03.2015).

³⁰ Samas.

kohtupraktikas ja õiguskirjanduses esitatud seisukohtadega kasutades objektiiv-teleoloogilist tõlgendusmeetodit.

Märksõnad: ehitusõigus, Euroopa Liidu õigus, hankemenetlus, lepinguõigus, riigihanked.

1. Hankelepingu lubatud muudatused uues riigihankedirektiivis

Hankelepingu muutmine on lubatud riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p-des a-d sätestatud juhtudel. Käesolevas peatükis käsitletakse riigihankedirektiivi kohaselt lubatud ehituse hankelepingu muudatusi.

Lisaks riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p-des a-d nimetatutele on hankelepingu muutmine riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p e kohaselt lubatud ka juhul, kui sõltumata muudatuse väärtusest ei ole tegemist olulise muudatusega.

Olulise muudatusega on tegemist riigihankedirektiivi art 72 lg 4 kohaselt järgmistel juhtudel:

- „muudatusega lisatakse tingimusi, mis oleksid võimaldanud osaleda ka muudel kui algselt välja valitud taotlejatel või aktsepteerida muid kui algselt aktsepteeritud pakkumusi või mis oleksid hankemenetlusse kaasanud täiendavaid osalejaid, kui neid oleks rakendatud algses hankemenetluses;
- muudatusega muudetakse lepingu või raamlepingu majanduslikku tasakaalu töövõtja jaoks soodsamaks viisil, mida ei olnud algses lepingus või raamlepingus ette nähtud;
- muudatusega laiendatakse lepingu või raamlepingu reguleerimisala märkimisväärselt.“

Olulise muudatusega on tegemist, kui on täidetud kasvõi üks riigihankedirektiivi art 72 lg-s 4 sätestatud tingimustest.

Lisaks on riigihankedirektiivi art 72 lg 4 p d kohaselt olulise lepingumuudatusega tegemist ka töövõtja asendamise korral muudel kui art 72 lg 1 p-s d nimetatud põhjustel. Nagu käesoleva töö sissejuhatuses märgitud, siis hankelepingu täitja muutmise teema käesolevas töös käsitlemist ei leia.

Oluliste ehk keelatud muudatuste sisustamist ehituse hankelepingu korral analüüsitakse käesoleva töö teises peatükis.

1.1. Hankelepingu muudatuse hankelepingus ettenägemine

Riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p a kohaselt võib hankelepingut muuta ilma uut hankemenetlust korraldamata juhul, kui muudatused, sõltumata nende rahalisest väärtusest, olid esialgsetes hankedokumentides ette nähtud selgete, täpsete ja ühemõtteliste läbivaatamisklauslitega, mis võivad hõlmata hinna läbivaatamise klausleid või võimalusi, kusjuures nimetatud klauslites märgitakse võimalike muudatuste või võimaluste ulatus ja olemus ning ka tingimused, mille korral neid võib kasutada. Keelatud on näha ette muudatusi,

millega muudetakse lepingu üldist olemust. Analoogne regulatsioon sisaldub ka eelnõu § 123 lg 1 p-s 2. Käesolevas alapeatükis analüüsitakse, milliste ehituse hankelepingu tingimuste muutmist peaks hankija hanget ette valmistades kaaluma. Samuti käsitletakse küsimust, kui täpselt peavad lepingu muutmise tingimused olema sätestatud, et neile tuginedes oleks võimalik ehituse hankelepingut muuta.

Kuigi nii riigihankedirektiivi kui eelnõu kohaselt võib hankelepingut hankelepingus ette nähtud viisil muuta muudatuse väärtusest sõltumata, siis nimetatud asjaolu ei saa eelduslikult tõlgendada viisil, et lubatud on ka äärmiselt suuremahulised muudatused.³¹

Riigihankedirektiivi regulatsioon osas, mis käsitleb lepingu muudatuse sätestamist hankedokumentides, on lähtunud *Succhi di Frutta SpA* kaasuses Euroopa Kohtu poolt kujundatud reeglist, mille kohaselt, kui hankija soovib lepingutingimusi muuta, peab hankija selle võimaluse ja asjakohased detailsed reeglid hanketingimustes sätestama ning et kõik hanketingimused peavad olema esitatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt, et hoolikad pakkujad saaksid aru tingimuste täpsest tähendusest ja tõlgendaksid neid ühtemoodi.³² Kuigi kehtiv riigihangete seadus sellist regulatsiooni ei sätesta, on ka Riigikohus viitega Euroopa Kohtu praktikale väljendanud seisukohta, mille kohaselt on hankijal võimalik pärast eduka pakkuja väljaselgitamist hanke tingimusi muuta juhul, kui selline võimalus on detailsete reeglitega hankedokumentides selgesõnaliselt ette nähtud.³³

Pressetexti lahendiga loodud reegli kohaselt on tegemist olulise muudatusega järgmistel juhtudel:

- kui muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud seatud algse hankemenetluse ajal ja mis oleksid juhul, kui nad oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti;
- kui muudatusega laiendatakse riigihanke eseme ulatust olulisel määral ka sellistele teenustele, mida ei olnud esialgu ette nähtud;
- kui muudatusega kallutatakse lepingu majandusliku tasakaalu lepingu täitja kasuks viisil, mida ei olnud esialgse lepingu tingimustes ette nähtud.³⁴

³¹ S. Treumer. Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011. - Public Procurement Law Review 2012, 5, lk 165.

³² *Succhi di Frutta SpA* p 111, 118.

³³ RKHK 3-3-1-31-11 p 21.

³⁴ *Pressetext*, p 35-37.

Pressetexti kaasuse valguses tuleb Euroopa Kohtu seisukohta *Succhi di Frutta SpA* otsuses tõlgendada nii, et ainult olulised muudatused on keelatud, kui neid pole hanketingimustes ette nähtud.³⁵

Kui hankija soovib hankelepingus sätestada võimaluse lepingu muutmiseks, peavad vastavad tingimused olema piisavalt detailsed, et oleks tagatud pakkujate võrdne kohtlemine ja hankemenetluse läbipaistvus. Sellisel juhul on ka pakkujatel selge arusaam, millised õigused ja kohustused neile hankelepingust tulenevad.³⁶ Lepingu muutmise sätete sisustamisel on oluline, et nimetatud tingimusi oleks võimalik kohaldada nii, et lepingupooled ei peaks nende osas täiendavalt läbirääkimisi pidama.³⁷ Siiski on lubatud pidada läbirääkimisi üksikasjade üle, mis vaid täpsustavad lepingu muutmise rakendamist, näiteks täpne tarne aeg, eeldusel, et nimetatud täpsustus ei mõjuta muid tingimusi (nt hinda); samas on muudatusi, mis puudutavad pooltevahelist riskijaotust, vastutuse piiramist, sanktsioonide/boonuste suurust ja tagatise, peetud muudatusteks, mille elluviimine eeldab läbirääkimisi lubatust suuremal määral.³⁸

Käesoleva töö autor analüüsis 2015.a avaldatud avatud hankemenetluses ehitustööde hankimisel riigi- ja valitsusasutuste poolt kasutatud hankelepinguid. Riigi- ja valitsusasutuste poolt kasutatud hankelepingud võeti käesolevas töös analüüsi aluseks, kui võrd just nimetatud hankijad hankisid maksumuse poolest 2015.a kõige suuremas ulatuses ehitustöid.³⁹ Analüüsimiseks valiti eelpool nimetatud hankijate poolt kasutatavad hankelepingud juhusliku valimi alusel. Nimetatud hankelepingute analüüsi tulemusena tuleb nentida, et hankelepingu muutmist üldjuhul nõuetekohaselt ei ole reguleeritud.

Kaitseministeeriumi poolt kasutatava hankelepingu⁴⁰ kohaselt kuulub tasu muutmisele seoses muudatusega ehitustöodes, sh ehitustööde mahu või keerukuse oluline muutumine, tellijapoolsete juhiste oluline muutmine töö käigus, mis toob kaasa tehtavate ehitustööde mahu olulise muutmise vajaduse. Lepingu muutmist käsitlevas peatükis on käsitletud vaid nõudeid poolte tahteavaldustele, mida pooled lepingu muutmise soovi korral vahetama

³⁵ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, joonealune märkus 11.

³⁶ P. Henty. The decision of the Court of Appeal in *R (Law Society) v Legal Services Commission*. - Public Procurement Law Review 2008, 3, NA110.

³⁷ Vt M. A. Simovart. Hankelepingute lubatud ja keelatud muudatused uute riigihankedirektiivide ülevõtmise järel. – *Juridica* 2016/1, lk 54.

³⁸ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 3.2, 3.2.1.2.

³⁹ E-riigihangete keskkonnas asuv statistikamoodul (viide 2). 2015.a hangitud ehitustööde kogumaksumus oli 664 467 571 eurot, riigi- ja valitsusasutuste poolt hangitavad ehitustööd moodustasid sellest rahaliselt kõige suurema osa kogumaksumusega 161 814 971 eurot.

⁴⁰ Kaitseministeeriumi riigihankes „Virus JVP lasketiirude ehitamine“ (viitenumber 159320) HD lisa hankelepingu projekti p 5.2, ptk 9.

kohustuvad. Lisaks on välja toodud, et lepingu täitjal on õigus nõuda tähtaja pikendamist järgmistel juhtudel: vääramatule jõu asjaolude ilmnemisel, kui muudatuse tegemise vajadus on põhjustatud tellija ebaõigetest juhistest, kui muudatuste tegemise vajadus on põhjustatud teiste töövõtjate tööst ning kui muudatused on seotud muudatustega ehitusprojekti. Võlaõigusseaduse⁴¹ (edaspidi VÕS) § 641 lg 3 kohaselt ei vastuta töövõtja töö lepingutingimustele mittevastavuse eest, mis tulenes tellija juhistest või kolmanda isiku eeltöödest, kui töövõtja juhiseid või eeltöid piisavalt kontrollis. Seega võib väita, et juhul kui tegemist on lepingu täitja poolt kohustuse täitmisega viivitamisega, mis on põhjustatud tellija ebaõigetest juhistest või teiste töövõtjate tööst, ei vastutakse lepingu täitja nimetatud rikkumise eest tuginedes VÕS § 641 lg-le 3 eeldusel, et töövõtja juhiseid või eeltöid piisavalt kontrollis. Seetõttu nimetatud tähtaja pikendamise alus sisulist tähendust ei oma. Kuivõrd ehitajal on teostatava töö osas ulatuslik mõjusfäär, on töövõtja vastutusest vabanemine vääramatule jõule tuginedes reeglina võimatu.⁴² Seetõttu ei ole autori hinnangul ka punktil, mille kohaselt on töövõtjal õigus nõuda tähtaja pikendamist vääramatule jõu asjaolude ilmnemisel, praktilist tähendust. Kui muudetakse ehitusprojekti, tekib lepingu täitjal õigus tähtaja pikendamisele tulenevalt hanke üldpõhimõtetest. K.Kongi on oma magistritöös märkinud, et juhul, kui hankija tellib esialgselt hankelepingu mahtu mittekuulunud töid, siis peab ta tulenevalt läbipaistvuse põhimõttest täitjaga kokku leppima ka täiendava tähtaja nimetatud tööde teostamiseks, sest esialgselt kokkulepitud tähtaeg on ette nähtud esialgselt hankelepingu mahtu kuulunud töödele.⁴³ Seega võrreldes kehtiva õigusega täiendavaid või täpsemaid aluseid tähtaja muutmise osas ei ole ette nähtud.

Kaitseväge poolt kasutatavas hankelepingus⁴⁴ on muudatustööna defineeritud põhjendatud vajadusel lepingukohastele töödele määratud lahenduste, mahtude, materjalide, seadmete vms muutmist, kusjuures muudatustööde eest makstav tasu ei tohi muuta lepingus kokkulepitud hinda ega tähtaega, vastaselt korral tuleb lepingu muutmise lubatavust kaaluda RHS § 69 lg 3 ja 4 kontekstis. Keskkonnaameti poolt kasutatava hankelepingu⁴⁵ kohaselt on töövõtjal õigus lepingu dokumentidest kõrvale kalduda määras, mis ei muuda töö põhimõttelisi ja funktsionaalseid lahendusi (nn mitteolulised kõrvalekaldumised), mis töövõtja parima arusaamise kohaselt võiksid kaasa aidata töö optimaalsemale valmimisele või töö kvaliteedi

⁴¹ Võlaõigusseadus. - RT I, 11.03.2016, 2.

⁴² P.Kalamees, K.Saare, K.Sein. Töö vastuvõtmine ja töövõtja vastutus ehitusvigade eest. – Juridica 2010/4, lk 265.

⁴³ K.Kongi, lk 21.

⁴⁴ Kaitseväge riigihankes „Viru JVP universaalhalli projektijärgne ehitus“ (viitenumber 163730) töövõtulepingu projekti p 11.1-11.3.

⁴⁵ Keskkonnaameti riigihankes „Pinnaseteede renoveerimine Saaremaal, Vätal, projekti LIFE to alvars Vanamõisa-Suurerootsi projektialal“ (viitenumber 165930) hankelepingu tingimused p 4.1.2.

tagamisele ning mis ei nõua kooskõlastatud projekti muutmist, nimetatud kõrvalekaldumised kooskõlastatakse eelnevalt kirjalikult tellijaga; analoogset lepingutingimust on hankelepingus kasutanud ka Riigi Infosüsteemide Amet⁴⁶ ja Eesti Ajaloomuuseum⁴⁷, kusjuures Eesti Ajaloomuuseumi poolt kasutatava hankelepingu kohaselt on ka hankijal õigus ühepoolset muuta töövõtja poolt teostatavaid töid ja mahtusid, teatud töö mahust välja jätta või asendada, muid töövõtu osi sealjuures muutmata, kusjuures sellisel juhul vähendatakse tasu tööde mahu vähendamise võrra, mis kalkuleeritakse võttes aluseks pakkumuses märgitud tööde hinna. Sellised hankelepingu tingimused kahjustavad hankemenetluse läbipaistvust, kuivõrd tegemist on äärmiselt laialt tõlgendatavate tingimustega, mis jätavad väga palju ruumi lepingupoolte subjektiivsetele arusaamadele muudatuse mõjust töö valmimisele. Hankelepingut ei saa õiguspäraselt muuta tuginedes lepingutingimustele, mis vaid viitavad võimalusele hankelepingu teatud tingimuste üle läbi rääkida või lisakokkuleppeid sõlmida, kui ei ole täpsustatud muutmise asjaolusid ja ulatust.⁴⁸ Tingimusi, mida saab pärast lepingu sõlmimist lepingu täitja subjektiivsele hinnangule tuginedes sisustada, peaks hankija vältima. Subjektiivsus oleks iseenesest võimalik vähendada lisades tingimuse, mille kohaselt lepingu muutmise aluseks olevaid asjaolusid hindab lepingupooltest sõltumatu ekspert. Kuid hankija peaks tulenevalt läbipaistvuse põhimõttest eksperdi kaasamise vajadust hindama ning vajadusel eksperdi abi kasutama hanke ettevalmistamisel. Hankija kohustuseks on määratleda hankelepingu ese ja sellele esitatavad nõuded hanke ettevalmistamisel, sh kohustub hankija määrama töö optimaalseima teostamise viisi ning hanketingimuste sätestamisega tagama töö parima kvaliteedi.

Erialases kirjanduses on ehitusaegsete vigadena mh välja toodud projektikohaste elementide ja materjalide asendamine ja muud lahenduste muudatused, suured kõrvalekalded projektilistest mõõtmetest, vajalike jäikussidemete mittepaigaldamine, ebakvaliteetsete materjalide või detailide (sh mitte projektikohaste) kasutamine ja tehnoloogilised vead.⁴⁹ Selleks, et oleks tagatud rajatise ohutus ja kvaliteet, on oluline, et lepingu täitmisel kasutataks projektist tulenevatele nõuetele vastavaid materjale. Eelpool tsiteeritud lepingutingimused jätavad töövõtjale väga laia tõlgendusruumi ning võimaldavad muuta hankelepingu tingimusi töövõtja subjektiivsest arvamusest lähtuvalt.

⁴⁶ Riigi Infosüsteemi Ameti riigihankes „Optilikkavõrgu ehitus Tartu linnas“ (viitenumber 167144) lepinguprojekti p 6.3.

⁴⁷ Eesti Ajaloomuuseumi riigihankes Eesti Ajaloomuuseumi „Maarjamäe kompleksi ehitus- ja rekonstrueerimistööd“ (viitenumber 168043) HD Lisa II hankelepingu projekt p 2.45, 3.17.

⁴⁸ M. A. Simovart (viide 37), lk 54.

⁴⁹ K. Õiger. Varinguohlikest ehitusvigadest. Tallinn: Sihtasutus Professor Karl Õigeri Stipendiumifond, 2014, lk 10.

Samuti ei ole hankelepingus lubatav kasutada tingimust, mille kohaselt on hankijal õigus ühepoolset muuta hankelepingus määratud töid ja mahtusid, teatud töö hanke mahust välja jätta või asendada. Hankija peab hankemenetluse ettevalmistamise käigus teostatavad tööd ja mahud kindlaks määrama. Kui hankija sätestab hankelepingus tingimuse, mille kohaselt tal on lubatud teostatavaid töid ja mahtusid ühepoolset muuta, viitab see hankija ebapiisavale eeltööle. Samuti tekitab selline olukord ebaselgust pakkujatele, kellele ei ole selliste tingimuse korral üheselt arusaadav, millised on neile hankelepingust tulenevad kohustused. Olukorras, kus hankija soovib jätta võimaluse teatud töö osadest või lahendustest loobuda eesmärgiga tellida täiendava hanke kaudu uusi materjale või lahendusi, peaks hankija need töö osad või materjalid tulenevalt läbipaistvuse põhimõttest hankelepingus konkreetselt määratlema. Samuti tuleb hankelepingu tingimustega sellisel juhul määratleda ka reeglid, mille järgi toimub töö osade ärajätmise korral maksumuse vähendamine. Sellisel viisil on pakkujatele üheselt arusaadav, milliseid töö osasid ei tule võib olla lepingu täitmisel teostada. Lisaks teatud töö osadest loobumise õigusele on hankijal võimalik hankelepingu tingimustega reguleerida ka olukord, kus hankija eelistused teostatavale tööle hankelepingu täitmise ajal muutuvad. Nimetatud tingimusi käsitletakse käesoleva töö alapeatükis 1.1.1.

Käesoleva töö koostamisel analüüsitud hankelepingutes ei ole üldjuhul riigihankedirektiivist ja eelnõust tulenevate nõuete kohaselt määratletud ehituslepingute tähtaja muutmine. Vastavad tingimused hankelepingutes kas üldse puuduvad või on väga üldised. Näiteks regulatsioon, mille kohaselt antakse lepingu täitjale õigus nõuda lepingu täitmise tähtaja pikendamist juhul, kui teostatakse teatud mahus lisa- või muudatustöid⁵⁰, ei ole piisavalt täpne, samuti ei ole piiratud tähtaja muutmise ulatus. Sellise regulatsiooni kohaldamise eelduseks on asjaolu, et nimetatud lisa- või muudatustööde teostamine on hankelepingus nõuetele vastavalt reguleeritud. Samuti eeldab viidatud tähtaja muutmise tingimuste rakendamine pooltevahelisi läbirääkimisi. Seega ei saa neid tingimusi pidada nõuetekohaseks, et vaid nendele tuginedes oleks võimalik lepingu tähtaega muuta. Selliste tingimuste kasutamise korral kohustub hankija kaaluma, kas tähtaja muudatuse näol on tegemist olulise lepingu muudatusega. Heaks näiteks lepingu tähtaja muutmise reguleerimise osas on Riigi Infosüsteemide Ameti poolt kasutatavas hankelepingus⁵¹ kasutatav tingimus, mille kohaselt lepingu täitjal on õigus nõuda lõpptähtaja muutmist juhul, kui ilmneb, et tehnilises kirjelduses näidatud sidekanalisatsiooni ei ole võimalik kasutada selle parandamistööid või ajamahukaid

⁵⁰ Eesti Ajaloomuuseumi riigihange (viide 47), HD Lisa II hankelepingu projekt p 2.49.2; Keskkonnaameti riigihanges „Pärlijõe Tallinn-Narva mnt truubile tehiskärestiku projekteerimine ja rajamine ning Pärlijõe suubuvatele vooluveekogudele settebasseinide/puittammide rajamine ja Pärlijõe siirdekalade kunstkoelmute rajamine“ (viitenumber 161994) hankelepingu tingimused p 2.37.2.

⁵¹ Riigi Infosüsteemi Ameti riigihange (viide 46), lepinguprojekti p 6.9.

puhastamistööd teostamata või alternatiivset sidekanalisatsiooni kasutamata, kusjuures tööde lõpptähtaja nihutamisel võetakse arvesse teostamata tööde maht, st proportsionaalselt teostamata tööde mahu võrra nihutatakse lõpptähtaega. Selliselt on lepingu tähtaja muutmise tingimused selgelt ja ühemõtteliselt ette nähtud, samuti on sätestatud muudatuse ulatus (proportsionaalselt teostamata tööde mahu võrra) ja kohaldamistingimused (kui selgub, et sidekanalisatsiooni ei ole võimalik kasutada).

Selleks, et hankelepingut saaks muuta hankelepingus ettenähtud tingimuste kohaselt, peavad nimetatud tingimused olema piisavalt detailsed. Nimetatud tingimusi peab olema võimalik kohaldada nii, et pooled peavad läbirääkimisi pidama vaid muudatuse üksikasjade üle. Hankelepingutes tuleb vältida tingimusi, mida on võimalik sisustada lepingupoole subjektiivsest arvamusest lähtuvalt.

1.1.1. Hankelepingu muutmist reguleerivate tingimuste sisustamine

Hankija on kohustatud hanke ettevalmistamisel läbi mõtlema võimalikud olukorrad, mis võivad tekitada vajaduse muuta lepingut selle täitmise ajal. Hankija ei saa kõiki võimalikke olukordi ette näha, kuid igas valdkonnas ja iga objekti puhul on teatud nn ohukohad, millega tuleb arvestada ja mida tuleks hankelepingus reguleerida. Ehituslepingu ettevalmistamisel tuleks välja selgitada võimalikud lepingu täitmist mõjutavad riskid, seejärel analüüsida nimetatud riskide realiseerumise tõenäosust, mõju lepingu täitmisele ning viimaks tuleks hankelepingu projektis sätestada, millise poole kanda nimetatud riskid jäävad.⁵²

Ehituse hankelepingus on oluline ära reguleerida, milliseid töid käsitletakse muudatus- ja lisatöödena. Selle kõige olulisemaks eelduseks on määratleda ühemõtteliselt hangitavate tööde ulatus. Võib esineda juhtumeid, kus kõik vajalikud tööd ei tulene projektist. Sellisel juhul on käesoleva töö kirjutamisel analüüsitud hankelepingutes lepingu eseme piiritlemiseks kasutatud regulatsiooni, mille kohaselt töö hulka kuuluvad ka hankelepingus otseselt nimetamata tööd ja toimingud, mis on vajalikud hankelepingus ettenähtud tulemuse või tellija eesmärgi saavutamiseks⁵³. See viitab asjaolule, et pakkuja ei saa arvestada, et kogu töö maht on piiratud projektis sisalduvate töödega, kuid tegemist on autori hinnangul liialt üldsõnalise regulatsiooniga. Ainult sellisele sõnastusele tuginedes on hankijal keeruline nõuda töövõtjalt tööde teostamist, mis ei sisaldu projektis. Olenevalt projekti ja lisatööde iseloomust peab hankija esitama lisaargumente, miks projektis mittesisaldunud tööd on vajalikud lepingu

⁵² R. Champion, W. Hughes, J. Murdoch, lk 95.

⁵³ Nt Maanteeameti riigihankes „Maanteeuusemi välialade ja parklate rekonstruktsioon“ (viitenumber 172734) HD lisa II hankelepingu projekti p 1.1; Kaitseväe riigihange (viide 44), töövõtulepingu projekti p 1.1; Veeteede Ameti riigihanke „Navigatsiooni püsimärgi Manilaiu tulepaagi teisaldamine uude asukohta ja rekonstrueerimine“ (viitenumber 162622) HD lisa 6 – ehitustööde töövõtulepingu projekti p 1.1.

eesmärgi saavutamiseks. Asjaolu, et lepingu eseme hulka kuuluvad lepingu kohaselt ka lepingus otseselt nimetatud tööd, on sellisel juhul hankijale vaid üheks lisaargumendiks.

Hankija peaks hanget ette valmistades põhjalikult analüüsima, millised tööd sisalduvad projektis ja milliseid töid hankija lisaks projektis sisalduvatele soovib, kuivõrd hankija ja pakkuja seisukohad lepingu eesmärgi saavutamiseks vajalike tööde osas võivad olla väga erinevad. Selliselt väldib hankija võimalikke vaidlusi lepingu täitjaga teemal, kas hankelepingu kohaselt kohustus töövõtja konkreetseid töid, mis projektis ei sisaldu, teostama või mitte. Hankija on kohustatud riigihanke üldpõhimõtetega arvestama ka hanke ettevalmistamise käigus, seega peab hankija vältima hankelepingu tingimusi, mis takistavad hanke avamist konkurentsile, rikuvad hanke läbipaistvuse või isikute võrdse kohtlemise nõuet.⁵⁴

Ka Euroopa Kohus on rõhutanud, et hankelepingu ese ja tingimused peavad olema selgelt määratletud.⁵⁵ Lepingu eseme võimalikult ühemõttelisel sõnastamisel on võimalik välja selgitada, milliste tööde näol on tegemist muudatus- ja lisatöödega.

Üldteada on asjaolu, et ehituslepingute puhul tekib lepingu muutmise vajadus tihti tellija poolt esitatud juhiste, mille hulka kuulub ka projekt, puudulikkusest. Nimetatud probleemi on välja toonud ka Riigikontroll aruandes riigi põhimaanteede renoveerimise kohta, märkides auditi järeldusena mh, et teede ehitusprojektide kvaliteet on tihti kehv, millele viitavad ehituse käigus projekti tehtavad rohked muudatused.⁵⁶

Seega peaks hankija hankelepingut ette valmistades mõtlema läbi, kuidas olukord, kus ilmneb viga ehitusprojektis, lahendatakse.

Projekti puuduste juures tuleb arvestada, et töövõtjal on VÕS § 641 lg-st 3 tulenevalt kohustus tellija juhiseid kontrollida. Kuivõrd töövõtja näol on tegemist professionaaliga, lasub tal suhteliselt laialdane kontrollkohustus.⁵⁷ Riigikohus on märkinud, et lisaks põhikohustusele on töövõtjal tellija informeerimise kohustus tehtud tööga kaasnedes võivatest riskidest, mille kohaselt peab töövõtja tellijat eelkõige informeerima sellest, kas kokkuleppele vastavalt tehtud töö vastab selle ettenähtud eesmärgile ning tellija vajadustele.⁵⁸ Kui pakkuja

⁵⁴ M. A. Simovart. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud: näited vaidlustuskomisjoni praktikast. - Juridica 2012/2, lk 89.

⁵⁵ EK C-340/02, *Komisjon vs Prantsusmaa*, p 20.

⁵⁶ Riigikontrolli aruanne Riigikogule. Riigi põhimaanteede renoveerimine. 21.november 2013. - <http://www.riigikontroll.ee/tabid/206/Audit/2307/Area/4/language/et-EE/Default.aspx>, lk 1-2 (15.03.2016).

⁵⁷ P. Varul jt (koost). VÕS § 641/3.4 a. - Võlaõiguse seadus III. 8. ja 10.osa (§-d 619-916 ja 1005-1067). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009.

⁵⁸ RKTk 3-2-1-180-10 p 9.

osaleb hankemenetluses, peab ta lepingu sõlmimisel arvestama hankemenetluse eripära. Heas usus käituv professionaalne pakkuja peab hankedokumentide hulka kuuluvat ehitusprojekti kontrollima hankemenetluse käigus enne hankelepingu sõlmimist, mitte hankelepingu täitmise ajal. Avastades ehitusprojekti puudused, peaks pakkuja kasutama riigihangete seadusest tulenevat võimalust esitada hankijale hankedokumentidega seotud selgitustaotlus⁵⁹. Sellisel juhul on heas usus käitunud pakkuja täitnud kontrollkohustuse ning vabaneb vastutusest ehitusprojekti esinenud vea tõttu töös esinevate puuduste eest. Hankemenetluses pakkuja poolt esitatud pakkumus on pakkuja tahteavaldus hankelepingu sõlmimiseks (RHS § 43 lg 1, eelnõu § 110 lg 1). Seega, esitades hankemenetluses pakkumuse, väljendab pakkuja tahet sõlmida leping riigihanke alusdokumentides, sh ehitusprojekti, esitatud tingimustel. Riigikohus on väljendanud seisukohta, mille kohaselt töövõtjal lasuvast kontrollkohustusest tuleneb, et kui töövõtja teeb tellija poolt esitatud projekti alusel hinnapakkumise, siis järelkult pidas töövõtja projekti piisavaks, et võtta selle alusel endale lepinguline kohustus.⁶⁰ Tuginedes eeltoodule on autor seisukohal, et juhul kui pakkuja hankemenetluse käigus ei juhtinud hankija tähelepanu ehitusprojekti puudustele, vastutab ta selle tõttu tööl esinevate puuduste eest.

Praktikas esineb tihti juhtumeid, kus viga ehitusprojekti ilmneb lepingu täitmise ajal. Hoolimata sellest, kas tegemist oli veaga, mida hoolikas pakkuja ei pidanudki avastama, või on pakkuja kontrollkohustust rikkunud, on oluline saavutada hankelepingu eesmärk. Kui viga avastatakse töö teostamise staadiumis, kus on võimalik töö teostada viga vältides, tõusetub küsimus, kuidas sõlmitud hankelepingu raames mõjutab see pooltevahelisi kohustusi, eelkõige kelle kanda jäävad projekti muudatustest ja võimalikest täiendavatest töödest tekkivad kulud.

Sellest tulenevalt soovib autor reguleerida ehituse hankelepingutes olukorrad, kus ehituse ajal ilmnevad projekti vead. Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, et olukorras, kus ehitusprojekti on valmistanud kolmas isik, ei ole õige panna ehitajat, kes projekteerimises ei osalenud, kandma kulusid, mis on seotud projekti võimalike muudatuste või vigadega.⁶¹ Teisalt, nagu eespool selgitatud, on töövõtjal ehk pakkujal projekti osas laialdane

⁵⁹ RHS § 56 lg 1 kohaselt on igal hankemenetluses osaleval isikul ja huvitatud isikul, kellel on vastaval hetkel võimalus selles hankemenetluses osaleda, õigus saada selgitusi või täiendavat teavet hanketeate ja hankedokumentide kohta ning pakkumuse esitamise ettepaneku kohta, lg 2 kohaselt esitab hankija nimetatud teabe kolme tööpäeva jooksul vastava taotluse saamisest arvates; eelnõu § 46 lg 1 kohaselt teeb hankija riigihanke alusdokumentidega seotud selgitused või selgitamist võimaldavad dokumendid elektrooniliselt või kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis kättesaadavaks kolme tööpäeva jooksul vastava selgitustaotluse saamisest arvates.

⁶⁰ RKTk 3-2-1-14-12 p 6.

⁶¹ M. A. Simovart (viide 23), lk 256.

kontrollkohustus. Sellest tulenevalt tuleb hankelepingus ette näha tingimused, mille kohaselt projektis vigade ilmnemisel kohustub muudatused projektis tegema töövõtja ehk pakkuja, samuti jäävad pakkuja kanda projekti vigadest tulenevad riskid. Nimetatud ettepanek on esitatud selliste projekti vigade osas, mida hoolikas pakkuja oleks pidanud hankemenetluse jooksul kontrollkohustust täites avastama. Projektis esinevate vigade, mis ei ole vastava valdkonna hoolsale professionaalile äratuntavad, esinemise risk tuleks jätta hankijale. Liiga paljude riskide määramine lepingu täitja kanda võib põhjustada olukorra, kus pakkujad esitavad nimetatud riskide kandmise tõttu kõrgemad pakkumused. Hankelepingus tuleks sätestada tingimus, mille kohaselt kui lepingu täitmise käigus ilmnevad ehitusprojektis vead, mida lepingu täitja ei pidanudki hankemenetluse ajal avastama, kohustub projekti muutmise tagama hankija. Projekti muudatus põhjustab ka muudatused töö koosseisus ja mahus, sellest tulenevalt tuleb hankelepingus määratleda ka muudatus- või lisatööde hinnastamise reeglid ja mõju lepingu täitmise tähtsajale.

Presstexti kaasuses on Euroopa Kohus rõhutanud, et tasu on üks hankelepingu olulistest tingimustest ning viitega *Succhi di Frutta* kaasusele selgitanud, et tasu muutmine lepingu kehtivuse ajal ilma, et seda algse lepingu tingimustes oleks lubatud, võib rikkuda läbipaistvuse tagamise kohustust ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet.⁶² Sellest tulenevalt leiab käesoleva töö autor, et oluline on hankelepingu tingimustes reguleerida, kuidas toimub muudatus- ja lisatööde hinnastamine. Nimetatud seisukohta on väljendatud ka õiguskirjanduses, põhjendades seda asjaoluga, et ainult nii saab tagada, et hankelepingu muutmine vastavalt lepingus toodud tingimustele toimub minimaalsete läbirääkimistega poolte vahel.⁶³ Üks võimalus on lähtuda lisatööde puhul pakkumuses esitatud ühikhindadest. Kui hankija soovib ka lisatööde korral lähtuda pakkumuses esitatud ühikhindadest, tuleks see hankelepingus ühemõtteliselt nii sõnastada. Näiteks on Eesti Ajaloomuuseum⁶⁴ ja Keskkonnaamet⁶⁵ sidunud võimalike muudatustööde hinnad pakkumuses esitatud ühikhindadega. Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, et ka juhul, kui lepinguga ette nähtud muudatuse hinnastamist ei ole lepingus reguleeritud, tuleks lähtuda algselt sõlmitud lepingust.⁶⁶ Käesoleva töö autori arvates ei saa Riigikohtu praktikast silmas pidades nimetatud seisukohaga nõustuda. Nimelt on Riigikohus VÕS § 639 lg 2⁶⁷ osas selgitanud, et nõude

⁶² *Presstext* p 59, 60; *Succhi di Frutta SpA* p 121.

⁶³ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 3.2.1.3.

⁶⁴ Eesti Ajaloomuuseumi riigihange (viide 47), HD Lisa II hankelepingu projekt p 4.7.2.

⁶⁵ Keskkonnaameti riigihange (viide 50), hankelepingu tingimused p 4.7.2.

⁶⁶ S. T. Poulsen. The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law. *Public Procurement Law Review* 2012, 11, lk 183.

⁶⁷ VÕS § 639 lg 2 kohaselt võib mittesiduva eelarve olulisel ületamisel töövõtja nõuda eelarvet ületava tasu maksmist, kui eelarve ületamist ei olnud võimalik ette näha.

suuruse kindlakstegemisel ei ole pooled seotud lepingus kokkulepitud tariifidega, vaid oluline on eelarvet ületava töö keskmine kohalik turuväärtus.⁶⁸ Kuivõrd viidatud säte reguleerib olukorda, kus töövõtjal on õigus tasule, kuid tasu ei ole lepinguga kindlaks määratud, on autor seisukohal, et tsiteeritud Riigikohtu seisukoht on asjakohane ka muudatus- ja lisatöödele tasu määramisel. Õiguskirjanduses on välja pakutud ka variant sätestada muudatustööde maksumus viisil, mis tagab täitja kohtlemise vastavalt õiglasele konkurentsile: täitja ei või muudatuste pealt teenida rohkem kasumit, kui lepingu põhiliselt esemelt.⁶⁹ Seega peab hankija hankelepingut ette valmistades analüüsima, kas lisatööde korral soovib hankija olla seotud pakkumuses esitatud ühikhindadega või soovib lähtuda lisatööde teostamise hetkel kehtivatest turuhindadest.

Juhuks, kui aga muudatus- või lisatööd sisaldavaid selliseid töid, mille ühikhinda pakkumuses ei ole, peaks hankelepingus reguleerima, millest lähtudes selliste tööde hinnad määratakse. Kui muudatuse hind on hanke käigus kokku lepitud, on see eelduslikult hankijale soodsam, kuivõrd hankemenetluse käigus pakkuja võistles edukaks osutumise nimel, võrreldes olukorraga, kus muudatuse hind lepitakse kokku pärast lepingu sõlmimist, kus hankija peab maksma hinda, mida täitja soovib.⁷⁰ Seega peaks hankija lepingus sätestama, et lisa- ja muudatustööde hinna puhul, mida pakkumuse juurde kuuluva kululoendi alusel ei ole võimalik määrata, lähtuvad pooled vastava töö ja materjali turuhinnast. Vastasel korral võib hankija muudatus- või lisatööde vajaduse tekkimisel olla keerulises olukorras, kus lepingu täitja nõuab muudatus- või lisatöö eest ebamõistlikult kõrget hinda, samas on hankijal olenevalt töö iseloomust keeruline ja ajamahukas lepingu täitjat vahetada. Heaks näiteks on siinkohal Veeteede Ameti poolt kasutatud muudatustööde hinnastamise regulatsioon, mille kohaselt muudatuste teostamiseks vajalike tööde hinnad sarnaste tööde puhul ei tohi olla kõrgemad kui lepingust tuletatavad ühikuhinnad ning samasuguste tööde puhul ei tohi need olla kõrgemad kui lepingust tulenevate samasuguste tööde ühikuhinnad, kuid ühelgi juhul mitte kõrgemad kui vastavate tööde turuhinnad, arvestades seejuures tööde maksumuse ja mahu omavahelist suhet, kusjuures, muudatustööde maksumuse määramisel kohustub lepingu täitja hankijale tõestama, et täitja poolt esitatud muudatustööde maksumus ei ole kõrgem turuhinnast.⁷¹

Õiguskirjanduses on hinna muutmise osas näiteks toodud üsna äärmuslik Taani Vaidluste Lahendamise Komisjoni lahend, milles käsitleti olukorda, kus lepingu kohaselt võis hankija

⁶⁸ RKTk 3-2-1-102-14 p 26, RKTk 3-2-1-79-08 p 14.

⁶⁹ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 3.2.1.3.

⁷⁰ Samas, p 3.2.1.2.

⁷¹ Veeteede Ameti riigihange (viide 53), ehitustööde töövõtulepingu projekti p 17.5.

osta hangitud tooteid teistelt pakkujatelt, kui need pakkusid seda odavamaga, v.a kui täitja hinda sama madalaks ei muutnud. Leiti, et selline tingimus ei ole riigihanke reeglitega vastuolus. Samas Taani Konkurentsi- ja Tarbijaameti arvamuse kohaselt oli hinna suurenemise võimaldamine vastavalt lepingu täitja esitatud infole turu olukorra kohta riigihanke reeglitega vastuolus.⁷² Nimetatud seisukohtade erinevuse põhjendamiseks on ilmselt asjakohane tugineda Preetsetexti lahendist tulenenud reeglile, mille kohaselt hankija kasuks tehtud muudatused tuleb reeglina lugeda lubatavaks⁷³, hankija kahjuks tehtavaid muudatusi tuleb kriitilisemalt hinnata.

Kuigi üldjuhul peab oma majandustegevusega, sh erinevate materjalide hindadega, seonduvaid riske võlgnik ise kandma⁷⁴, siis pikaajaliste ja mahukate lepingute puhul võib olla asjakohane näha lepingus ette teatud indeksid, millele tuginedes lepingu hinda vastavalt turu olukorrale muudetakse.

Ka õiguskirjanduses on perioodiliselt kasutatavaid hinnaindeksid peetud heaks näiteks lepingutingimustes lepingu muutmise sisustamise osas, kuivõrd need võimaldavad viia läbirääkimiste vajaduse miinimumini.⁷⁵ Sellisel viisil riskide jagamine hankija ja lepingu täitja vahel võimaldab pakkujal teha sellevõrra madalama pakkumuse, kuivõrd vastasel juhul peaks pakkuja pakkumusse arvestama ka riski, et teatud materjalide hinnad võivad lepingu täitmise ajal oluliselt suurened. Heaks näiteks on Maanteeameti poolt kasutatav bituumeni hinna korrigeerimise regulatsioon, mille kohaselt tulenevalt asjaolust, et lepingu täitmise ajal võib ehitustöödel kasutatavates asfaltbetoonsegudes ja katendikihtide kruntimisel sisalduva bituumeni turuhind märkimisväärselt kõikuda maailmamajandust mõjutavate poliitiliste ja majanduslike sündmuste tagajärjel, põhjustades sellega olulist erinevust arvestuslike ja tegelike kulude vahel, korrigeerivad lepingupooled nimetatud tööde maksumust lepingus sätestatud juhul ja tingimustel. Hankelepingus on ette nähtud detailne regulatsioon, kuidas hinda muudetakse. Kuivõrd igale kuule vastav bituumeni maailmaturu baashind arvutatakse konkreetsele kuule eelnenud kalendrikuu asjakohaste andmete alusel, siis on lisaks reguleeritud olukord, millised andmed võetakse bituumeni hinna korrigeerimisel arvesse juhul, kui lepingu täitja ei pea kinni lepingus sätestatud tähtaegadest.⁷⁶

⁷² Danmarks Otikerforening v Aalborg Kommune of November 18, 1994; Danish Competition and Consumer Authority opinion of June 18, 2002 (viidatud K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 3.2.2.1).

⁷³ Preetsetext p 85, 86.

⁷⁴ K. Sein. Mis on vääramatu jõud? – Juridica 2004/8, lk 514.

⁷⁵ M. A. Simovart (viide 37), lk 54.

⁷⁶ Maanteeameti riigihankes „Põhimaantee 3 (E264) Jõhvi-Tartu-Valga, Mustvee ümbersõidu km 67,1-75,3 rekonstrueerimine“ (viitenumber 172132) HD lisa II hankelepingu projekti eritingimuste p 13.8.

Kui hankelepingus on ette nähtud tingimused lepingu muutmise osas, mis puudutavad lisa- ja muudatustööde teostamist, tuleks hankelepingus määratleda ka põhimõtted, kuidas hankelepingu muutmise hankelepingus sätestatud tingimuste kohaselt mõjutab hankelepingust tulenevate kohustuste täitmise tähtaega. Kui hankelepingus on määratletud konkreetseid muudatus- või lisatöid, on võimalik nende osas määratleda mõju kohustuste täitmise tähtsusele. Eeldusel, et lepingu muutmise tingimused on hankelepingus sätestatud riigihankedirektiivist ja eelnõust tulenevate nõuete kohaselt, piisab nendega seoses tähtsuse muutmiseks ka üldsõnalisemast tingimusest, mille kohaselt lepingu muutmise korral vastavalt lepingus sätestatud tingimustele muudetakse ka kohustuste täitmise tähtaega.

Ettenägelik hankija analüüsib hankelepingu ettevalmistamisel ka seda, kas lepingus tuleks reguleerida olukord, kui turule tulevad uued täiustatud materjalid või muutuvad nõuded teostatavale tööle⁷⁷, samuti kui lepingu täitmise ajal hankija eelistused muutuvad.

Olukord, kus lepingu muutmise nähakse ette puhuks, kus hankijapoolsed eelistused teostatavale tööle muutuvad, võib ühelt poolt viidata sellele, et hankija ei ole piisava põhjalikkusega teinud eeltöid. Seega peaks hankija suutma oma eelistuste muutumist objektiivselt põhjendada, näiteks on hankija saanud uusi teadmisi lepingu täitmise ajal, mida ta ei saanud hanget ette valmistades teada, ja sellest tulenevalt soovib teatud lepingutingimusi muuta. Samuti tuleks lepingus määratleda olukord, kus lepingu täitmise ajal tulevad turule uue täiustatud materjalid või efektiivsemad lahendused. Üks võimalus on reguleerida olukord nii, et täiustatud materjalide või lahenduste turule tuleku korral on hankijal õigus nõuda, et lepingu täitja kasutaks lepingu täitmisel uuemaid materjale või uuemaid lahendusi.

Seoses õigusaktide muutmiselega peaks hankija läbi mõtlema olukorra, kus nõuded teostatavale tööle küll muutuvad, kuid õigusnormi, millest nimetatud nõuded tulenevad, rakendussätted näevad ette eelmise regulatsiooni kohaldamise. Näiteks määruse „Nõuded ehitusprojektile“⁷⁸ § 27 lg 1 kohaselt enne 2015. aasta 1. juulit ehitusloa taotlemisel esitatud ehitise ehitusprojekt peab vastama taotluse esitamisel kehtinud ehitusprojekti nõuetele. Kuivõrd ehitusseadustiku⁷⁹ (edaspidi EhS) § 12 lg 1 kohaselt tuleb ehitada ehitusprojekti kohaselt, järgides ehitise ja ehitamise kohta kehtivaid nõudeid, siis määravad projektile esitatavad nõuded selle, kuidas tuleb ehitada. Rakendussätte korral, mis näeb ette teatud juhtudel muudetavate nõuete kohaldumise, peaks hankija kaaluma, kas ta soovib, et lepingu täitja täidaks lepingu siiski

⁷⁷ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 3.2.1.1.

⁷⁸ Nõuded ehitusprojektile. MTMm 17.07.2015 nr 97. - RT I, 18.07.2015, 7.

⁷⁹ Ehitusseadustik. - RT I, 30.12.2015, 11.

lähtudes muutunud ja kõige hilisematest nõuetest, kuigi õiguspärane oleks lähtuda ka enne muudatuste jõustumist kehtinud nõuetest.

Olukord, kus teostatavale tööle õigusaktidest tulenevad nõuded lepingu täitmise ajal muutuvad, tekib pigem pikemaajaliste, st mitmeaastaste lepingute täitmise korral. Kuigi tegemist ei ole ehituslepingutega, on asjakohaseks, kuid negatiivseks näiteks selliste lepingu muutmise tingimuste (puudumise) osas meedias palju kajastust saanud Maanteeameti tee hooldelepingud.⁸⁰ Probleem nimetatud lepingute puhul seisnes selles, et lepingute kohaselt kohustus lepingu täitja lähtuma lepingu sõlmimise hetkel kehtinud õigusaktidest, kuid lepingute täitmise ajal nõuded tee seisundinõuetele muutusid ning sõlmitud lepingud ei sisaldanud regulatsiooni lepingu muutmise ega muutmise hinnastamise kohta. Hankelepingute täitjad nõudsid uute nõuete täitmise eest aga hinda, mis oli turuhinnast oluliselt kõrgem. Riigikohus on kahju hüvitise suuruse kindlaksmääramise osas väljendanud seisukohta, mille kohaselt olukorras, kus lepingu esemele esitatavad nõuded on võrreldes lepingu sõlmimise ajaga muutunud, lähtutakse kahju hüvitise suuruse kindlaksmääramisel asjaolust, kas ilma muutunud nõudeid täitmata on lepingu eesmärk täidetav.⁸¹ Kuivõrd VÕS § 127 lg 1 kohaselt on lepingu rikkumise korral kahju hüvitamise eesmärgiks kahju kandnud isiku asetamine olukorda, milles ta oleks olnud, kui lepingut ei oleks rikutud, on autor seisukohal, et nimetatud seisukohta saab rakendada ka kohustuse täitmise lepingukohasuse hindamisel. Eelnevast tulenevalt saab väita, et kui nõuded hankelepingu alusel teostatavale tööle pärast lepingu sõlmimist muutuvad, ei ole lepingu täitja kohustatud uutest nõuetest lepingu täitmisel lähtuma. Seega, kui hankeleping sõlmitakse pikaks ajaks, tuleb ette näha tingimused lepingu muutmiseks juhuks, kui nõuded teostatavale tööle muutuvad lepingu täitmise ajal.

Muudatused õigusaktides jõustuvad tulenevalt õiguskindluse põhimõttest teatud etteteatamisaja möödumisel, keelatud on kehtestada uusi regulatsioone n-ö üleöö, kuivõrd normide adressaadid peavad saama uue regulatsiooniga tutvuda ja oma tegevust vastavalt ümber korraldada.⁸² Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, mille kohaselt on pakkuja võimeline kulusid ette arvestama eelkõige lepingute korral, mille täitmise tähtaeg on kuni üks aasta.⁸³ Nimetatud tähtaega võiks rakendada ka muude lepingu muudatuse tingimuste sätestamise kaalumisel hankija poolt. Hankija peaks sellest tulenevalt kaaluma lepingu muutmise tingimuste sätestamist seoses nõuete muutumisega teostatavale tööle, hankija

⁸⁰ H. Mihelson. Maanteeameti asejuht tunnistab: libedusetõrje nõudeid ei järgita neljas piirkonnas. – Postimees 09.02.2016; H. Mihelson. Maanteeamet tunnistab viga. – Postimees 12.02.2016.

⁸¹ RKTk 3-2-1-60-15 p 16.

⁸² A. Mõttus. PõhiSK § 108/4. – Eesti Vabariigi põhiseadus. Komm vlj. 3.vlj. Tallinn: Juura 2012.

⁸³ M. A. Simovart (viide 23), lk 252.

eelistuste ja täiustatud materjalide turule tuleku osas eelkõige üle aasta kehtivate lepingute osas.

Eriti oluline on hankelepingu muutmine reguleerida juhul, kui lepingu esemeks on vanade rajatiste renoveerimine. Vanade rajatiste puhul ei ole sageli võimalik saada piisavalt andmeid rajatise seisukorra kohta kuivõrd puuduvad algsed projektid ja teave pärast rajatise valmimist teostatud muudatuste kohta. Hankija peab ka hanke ettevalmistamisel lähtuma proportsionaalsuse põhimõttest ning mitte tegema liigselt kulutusi teostamiseks erinevaid uuringuid selgitamiseks välja rajatise seisukorra üksikasjad. Nimetatud olukord on mõistlikum lahendada nii, et ehituse hankelepingus reguleeritakse võimalikud olukorrad, mis võivad ehitustööde teostamise ajal tekkida. Vanade rajatiste renoveerimise korral peaks hankija analüüsima, milliste asjaolude kohta tal täielikku teavet ei ole. Kui lepingu esemeks on hoone renoveerimine, kusjuures nimetatud hoone põrandad on rajatud näiteks rohkem kui 50 aastat tagasi ja vahepeal ei ole põrandaid renoveeritud, peaks hankija lepingusse lisama tingimused, mis määravad poolte õigused ja kohustused tulenevalt lisatööde tegemise vajadusest seoses põrandaaluse konstruktsiooni seisukorraga, mis võib tingida konstruktsiooniga seoses lisatööde teostamise vajaduse. Nimetatud lepingutingimused peavad sätestama lepingu täitja kohustuse teostada seonduvalt lepingu täitmisel konstruktsioonide avamisel ilmnenud seni teadmata asjaoludega lisatöid. Samuti tuleb reguleerida, kes määrab vajalike lisatööde sisu ja ulatuse: kas seda teeb hankija ainuisikuliselt või pooled koostöös (nt viisil, et töövõtja esitab põhjendatud ettepaneku, mille alusel hankija otsuse teeb). Väga oluline on määrata, mille alusel toimub nimetatud lisatööde hinnastamine: kas lähtutakse kululoendis toodud hindadest või turuhindadest. Lisatööde hinnastamise määramisel on heaks eeskujuks käesolevas alapeatükis eelpool tsiteeritud muudatustööde hinnastamise lepingutingimus, mille kohaselt muudatuste teostamiseks vajalike tööde hinnad sarnaste tööde puhul ei tohi olla kõrgemad kui lepingust tuletatavad ühikuhinnad ning samasuguste tööde puhul ei tohi need olla kõrgemad kui lepingust tulenevate samasuguste tööde ühikuhinnad, kuid ühelgi juhul mitte kõrgemad kui vastavate tööde turuhinnad, arvestades seejuures tööde maksumuse ja mahu omavahelist suhet, kusjuures, muudatustööde maksumuse määramisel kohustub lepingu täitja hankijale tõestama, et täitja poolt esitatud muudatustööde maksumus ei ole kõrgem turuhinnast.⁸⁴ Samuti tuleb määratleda lisatööde mõju lepingu tähtajale. Autor soovib eeskujuks võtta samuti käesolevas alapeatükis eelpool tsiteeritud lepingutingimuse, mille kohaselt kindlaksmääratud asjaolude ilmnemisel lepingu täitmise käigus lepingu tähtaega

⁸⁴ Veeteede Ameti riigihange (viide 53), ehitustööde töövõtulepingu projekti p 15.4; Veeteede Ameti riigihanke „Navigatsiooni püsimärgi Kübassaare tuletorni rekonstrueerimine“ (viitenumber 164506) HD lisa 6 – ehitustööde töövõtulepingu projekti p 17.5.

pikendatakse, kusjuures uue lõpptähtaja määramisel võetakse arvesse teostamata tööde maht, st proportsionaalselt teostamata tööde mahu võrra lükatakse lõpptähtaega edasi.⁸⁵ Lisaks tuleks reguleerida olukord, kus tööde teostamise käigus selgub, et teostada tuleb selliseid muudatus- või lisatöid, mis eeldavad ehitusööde aluseks oleva projekti muutmist: määratleda tuleb, kumma lepingupoole kohustuseks on tagada projekti muutmise ning juhul, kui see jääb lepingu täitja kohustuseks, tuleks määrata ka projektimuudatuse hinnastamise tingimused. Kuivõrd vanade rajatiste renoveerimisel on tavapärane, et ilmnevad asjaolud, mida projekteerimisel ei osatud ette näha ning projekteerimise käigus pole majanduslikult mõttekas teostada ulatuslikke uuringuid, ei oleks õiglane panna riski, et tööde teostamise käigus ilmneb vajadus muudatus- või lisatöödeks, lepingu täitjale. Seetõttu peaks hankija hoiduma tingimusest, mille kohaselt peaks projekti muutmise vajaduse korral projekti muutmise tagama lepingu täitja omal kulul, kuivõrd sellisel juhul arvestaksid pakkujad selle riski juba pakkumuste esitamisel maksumuse hulka ning juhul, kui nimetatud risk ei realiseeru ehk projekti muuta ei ole vaja, on hankija tellitavate tööde eest maksnud kõrgemat hinda kui olukorras, kus vajadusel projekti muutmise ja vastavate kulude kandmine ei oleks lepingu täitja kohustuseks olnud.

Ka hankelepingus ette nähtud tingimustele vastavate muudatuste tegemisel tuleb arvesse võtta muudatuse sisu ja ulatust ning võrrelda neid esialgse lepinguga: kui muudatus suurendab oluliselt lepingu mahtu või on sisu poolest lepingu algsest esemest oluliselt erinev, ei ole välistatud, et tegemist on uue lepinguga. Näiteks on toodud olukord, kus ostetavate asjade hulka suurendatakse võrreldes esialgse lepinguga viis korda.⁸⁶

Kõige enam on läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtte järgitud hankelepingu muutmise korral vastavalt hankelepingus ette nähtud tingimustele. Hankelepingu muutmist vastavalt lepingutingimustele on nimetatud ka lepingukohaseks muudatuseks⁸⁷, ka eelnõu seletuskirja kohaselt on sellisel juhul tegemist hankelepingu enda tingimuste täitmisega, mitte hankelepingu muutmisega⁸⁸. Nimetatud tingimuste - nagu ka muude hanketingimuste määramise - korral peab olema täidetud nõue, mille kohaselt lepingu muutmise tingimused peavad olema ette nähtud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt, samuti peab nimetatud muudatusi

⁸⁵ Riigi Infosüsteemi Ameti riigihange (viide 46), lepinguprojekti p 6.9.

⁸⁶ S. Arrowsmith. *The Law of Public and Utilities Procurement: Volume 1: Regulation in the EU and the UK*. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2014, p 6-282.

⁸⁷ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 3.1.

⁸⁸ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde. - <http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/> (26.04.2016).

olema võimalik ellu viia ilma pooltevaheliste läbirääkimisteta või pidades läbirääkimisi minimaalselt seonduvalt eelkõige muudatuste detailide täpsustamisega.

Hoolikas hankija peab hanke ettevalmistamisel eelkõige lepingute puhul, mille täitmise tähtaeg on üle ühe aasta, läbi mõtlema, millised asjaolud võivad lepingu täitmise ajal muutuda ning kuidas see mõjutaks lepingu täitmist. Võimalikult täpselt tuleb määratleda hankelepingu ese, sellest tulenevalt on võimalik kindlaks teha muudatus- ja lisatööd. Hankelepingu muutmise tingimustega tuleks eelkõige reguleerida olukorrad, kuidas toimub vajadusel hankijapoolseks juhiseks olnud ehitusprojekti muutmine, kuidas hankelepingut muudetakse, kui lepingu täitmise ajal hankija eelistused muutuvad või turule tulevad uued täiustatud materjalid ning kui muutuvad teostatavale tööle õigusaktidest tulenevad nõuded. Hankelepingu muutmise tingimused on eriti oluline läbi mõelda vanade rajatiste renoveerimise hankimisel. Kui hankija näeb hankelepingus ette lepingu muutmise tingimused, tuleb reguleerida ka see, millest lähtutakse muudatus- ja lisatöödele hinna määramisel. Hankelepingu muutmisel vastavalt lepingus sätestatud tingimustele on riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p a ja eelnõu § 123 lg 1 p 2 kohaselt keelatud muuta hanke üldist olemust. Muudatusi, mis võivad muuta hanke üldist olemust, käsitletakse käesoleva töö peatükis 2.2.

1.1.2. FIDIC üldtingimuste regulatsioon lepingu muudatuse osas

Käesolevas peatükis analüüsitakse hankijate poolt tihti kasutatavate FIDIC üldtingimuste lepingu muutmise regulatsiooni. Eesti hankijate hulgas leiavad enim kasutamist FIDIC ehitustöövõtulepingu tingimused ehitus- ja inseneritöödeks tellija antud projektlahendi alusel ehk nn Punane FIDIC (edaspidi Punane FIDIC) ja FIDIC töövõtulepingu tingimused seadmestamiseks ja projekteerimiseks-ehitamiseks ehk nn Kollane FIDIC (edaspidi Kollane FIDIC). Kui tulenevalt üldtingimuste sisust ei ole vajalik eristada Punast ja Kollast FIDICut, on neile ühiselt viidatud kui FIDICule.

Punase FIDICu korral kohustub lepingu täitja töö teostama hankija poolt esitatud ehitusprojekti kohaselt. Punase FIDICu punkti 14.1 alapunkti a kohaselt tuleb lepinguhind kokku leppida või määrata punkti 12.3 alusel ning alapunkti c kohaselt on kõik töömahud, mis on toodud töömahuloendis või loendites, arvestuslikud ning neid ei saa vaadelda kui tegelikke ning korrektseid töövõtja poolt täidetava töö kohta. Töö ülemõõtmist reguleerib 12.peatükk. Eelnevale tuginedes on õiguskirjanduses väljendatud seisukohta, et heakskiidetud lepingusumma on vaid hinnang tasu kohta.⁸⁹ Seega on Punases FIDICus ette nähtud regulatsioon tasu muutmise osas. Tsiteeritud Punase FIDICu sätted on riigihankedirektiivi ja

⁸⁹ G.-S.Hök, A.-V. Jaeger. FIDIC - A Guide for Practitioners. Springer-Verlag, 2010, lk 179.

eelnõu nõuetele vastavad hankelepingu muutmist ettenägevad tingimused, ka eelnõu seletuskirjas on hankelepingu muutmise regulatsiooni osas näiteks toodud olukord, kus hankeleping sõlmitakse ühikuhindade alusel ning hankelepingu lõplik maksumus oleneb tellitavate ühikute arvust⁹⁰.

Kollase FIDICu korral esitatakse hankija poolt kas väga varases staadiumis (nt eskiis) või osaline ehitusprojekt või ei esitata projekti üldse, st lepingu täitja kohustub lisaks ehitustööde teostamisele ka projekteerima. Punkti 14.1 alapunkti a kohaselt on Kollase FIDICu korral tegemist kogusummal põhineva lepinguga, kus ülemõõtmisi ei toimu.

Muudatus on defineeritud FIDICu punktis 1.1.6.9 kui iga muudatus töös, mille tegemine on punktist 13 tulenevalt juhendatud või heaks kiidetud. Töö on punkti 1.1.5.8 kohaselt alaline ja ajutine töö või üks nendest; ajutine töö on punktide 1.1.5.7 kohaselt töö, mida vajatakse alalise töö tegemiseks ja lõpetamiseks ning puuduste kõrvaldamiseks, alaline töö on punktide 1.1.5.4 kohaselt töö, mida töövõtja peab lepingust tulenevalt tegema. Muudatused on reguleeritud FIDICu peatükis 13. Punase FIDICu punkti 13.1 kohaselt võib muudatus seisneda:

- „muudatuses mõnes lepingus sisalduvas töös,
- muudatuses töö osa kvaliteedis või muudes parameetrites,
- muudatuses töö kõrgusmärkides, asendites ja/või mõõtmetes,
- mõne töö ärajätmises (v.a juhul, kui see on antud tegemiseks teisele),
- täiendavas töös, sisseseades, materjalis või teenuses, mis on vajalik alaliseks tööks, sh kõik kaasnevad lõpetamiskatsetused, puuraugud ning muud katsetuste ja uuringutega seotud tööd,
- muudatuses töö korraldamise järjekorras või ajaparameetrites.“

Kollase FIDICu punkt 13.1 sellist loetelu ei sätesta. Punase FIDICu punkti 13.3 viimase lõigu kohaselt tuleb muudatuse hinnastamisel lähtuda punktist 12; punktist 12.3 tuleneb, et töö hinnastamisel tuleb lähtuda lepingus kokkulepitud hinnast ning juhul, kui lepingus ei ole konkreetse töö osa suhtes hinda kokku lepitud, tuleb lähtuda sarnase töö hinnast. Kollane FIDIC ei sätesta reegleid, millest tuleks muudatuse hinnastamisel lähtuda.

Käesoleva töö autor on seisukohal, et eeltoodud regulatsioon ei vasta riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p-st a ega eelnõu § 123 lg 1 p-st 2 tulenevatele nõuetele. FIDICu üldtingimuste punkt 13.1 sätestab äärmiselt laia muudatuste teostamise võimaluse, mille kohaldamine ei ole

⁹⁰ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde (viide 88), lk 120.

võimalik ilma pooltevahelisi läbirääkimisi pidamata ning seetõttu ei saa nimetatud tingimusi pidada lepingukohaseks muudatuseks. Sellise lepingu muutmise tingimuse korral ei ole tagatud hankemenetluse läbipaistvus, kuivõrd sisuliselt ei ole hankemenetluse ajal teada, millisel viisil lepingut täidetakse. Üldsõnaline ja kõikehõlmav regulatsioon võib tekitada olukordi, kus pakkujad teevad tegelikust madalamaid pakkumusi arvestades asjaoluga, et leping võimaldab sisuliselt piiramatut muutmist. Ka direktiivi preambula punkti 111 kohaselt ei tohi lepingu muutmise tingimused anda hankijale piiramatut kaalutusõigust. Nõuded töö koosseisule ja kvaliteedile määravad töö koosseisu, mistõttu on hankija selliste muutmist lubavate tingimuste korral kohustatud igakordselt analüüsima, kas lepingu muudatuse näol on tegemist olulise muudatusega. Euroopa Kohus on samuti rõhutanud, et tingimus, mis vaid viitab muutmise võimalusele, kuid ei sätesta muutmise osas täpset regulatsiooni, ei anna alust lepingu muutmiseks ilma uut riigihanget korraldamata. Võrdse kohtlemise põhimõttest ja sellest tulenevast läbipaistvuse põhimõttest peavad lepingutingimused olema selgelt määratletud.⁹¹

Käesoleva öö autor on seisukohal, et kui hankija soovib kasutada FIDICu üldtingimusi, peaks ta lepingu muutmise regulatsiooni eritingimustega muutma. Eritingimustega tuleks üldtingimuste punkti 13.1 täpsustada. Regulatsiooni täpne sisu oleneb konkreetse hankelepingu esemest. Hankija võiks lähtuda käesoleva töö peatükis 1.1.1 antud suunistest, mille kohaselt tuleks eelkõige reguleerida olukorrad, kuidas toimub vajadusel hankijapoolseks juhiseks olnud ehitusprojekti muutmine, kuidas hankelepingut muudetakse, kui lepingu täitmise ajal hankija eelistused muutuvad või turule tulevad uued täiustatud materjalid ja lahendused. Eritingimustega tuleks samuti täpsustada üldtingimuste punkti 13.3 reguleerides selgelt, mille alusel määratakse muudatuse eest makstav tasu. Muudatuse tasu määramisel saab lähtuda käesoleva töö peatükis 1.1.1 antud juhistest.

Muudatuse kohta saab FIDICu punkti 13.1 kohaselt juhise väljastada ainult insener. FIDICu mõistes on inseneri näol tegemist isikuga, kes sisuliselt juhib lepingu täitmist. FIDIC eritingimuste koostamise juhendi punkti 13 kohaselt võib muudatusi algatada kolmel moel:

- „insener võib anda juhise muudatuse tegemiseks alapunktist 13.1 tulenevalt, omamata eelnevat kokkulepet teostatavuse ja hinna osas,
- töövõtja võib alapunktist 13.2 tulenevalt teha oma ettepanekud, mis peavad olema soodsad mõlemale lepingupoolele,

⁹¹ EK C-340/02, *Komisjon vs Prantsusmaa*, p 33, 34.

- insener võib alapunktis 13.3 tulenevalt teha ettepaneku, lootes eelneva kokkuleppega vähendada vaidlusi.“

Kui tellija soovib teha muudatusi, peab ta pöörduma inseneri poole, et insener vastava juhise väljastaks.⁹² Käesoleva töö autor on seisukohal, et hankija peaks eritingimustega sätestama, et muudatuse juhise andmiseks peab insener saama eelnevalt tellija nõusoleku lisades vastava nõude punkti 13.3 viimase lõigu järele ning samuti täiendama eritingimustega üldtingimuste punkti 3.1, lisades punkti 3.1 lõppu regulatsiooni, mille kohaselt insener peab enne juhise väljastamist punktis 13 sätestatud muudatuseks saama tellija nõusoleku. Selliselt on tagatud, et hankija saab igakordselt plaanitavast muudatusest teada ning hankijal on võimalus analüüsida, kas soovitud muudatus on lepingutingimustega kooskõlas.

Võttes arvesse FIDIC üldtingimuste punkti 3.1, mille teise lõigu kohaselt ei ole inseneril volitust lepingu muutmiseks, on erialases kirjanduses avaldatud arvamust, et üldtingimuste punkti 13.1 kohaselt muudatuseks juhist andes käitub insener vastavalt lepingule, kuivõrd üldtingimuste punkt 13.1 määrab kindlaks muudatuste võimaliku ulatuse⁹³. Käesoleva töö autor on seisukohal, et hankelepingu raames tuleks muudatuse lubatavust hinnata siiski riigihankedirektiivi valguses. Nagu eespool leitud, ei ole FIDIC üldtingimuste punkt 13.1 nimetatud nõuetele vastav.

Ka Eesti hankijate seas laialt kasutatava tellija reservi sätestab FIDIC üldtingimuste punkt 1.1.4.0, mille kohaselt on ettenähtud summa lepingus kindlaks määratud summa (olemasolul), mis on mõeldud töö mõne osa tegemiseks või sisseseade, materjalide või teenuste hankimiseks punkti 13.5 alusel. FIDIC punkti 13.5 kohaselt võib ettenähtud summat kasutada vaid inseneri juhistest tulenevalt ja vastavalt tuleb korrigeerida lepingu hinda, kusjuures insener võib seoses ettenähtud summaga anda juhise punkti 13.3 alusel seoses muudatustega või seoses sisseseade, materjalide ostmise või teenuste tellimisega. Tellija reservi kasutamise õiguspärasust on tunnustanud ka Rahandusministeerium, kuid märkinud, et selgelt peab olema reguleeritud ehitustööde reservi rakendamise tingimused⁹⁴. Riigihankedirektiivi art 72 lg 2 ja eelnõu § 123 lg 1 p 1 sätestavad *de minimis* reegli, mille kohaselt on ehituse hankelepingut lubatud muuta, kui muudatuse väärtus ei ületa riigihanke (rahvusvahelist) piirmäära ega 15 protsenti ehitustööde hankelepingu algsest maksumusest. Kuivõrd ehitustööde reserv on

⁹² B. W. Totterdill. FIDIC Users' Guide. A Practical Guide to the 1999 Red and Yellow Books (2nd edition). T. Telford, 2006, lk 220.

⁹³ G.-S. Hök, A.-V. Jaeger, lk 228, 269.

⁹⁴ Riigihangete Register. Korduma kippuvad küsimused, hankeleping (küsimus nr 7) (viide 29).

üldjuhul ette nähtud kuni 10 protsendini hanke mahust⁹⁵, võib väita, et *de minimis* reegli näol on tegemist nõu seadusliku reserviga. See tähendab, et *de minimis* reegluga seatud piiramäärade ulatuses võib hankelepingut muuta ilma, et lepingus oleks ette nähtud vastavad detailsed reeglid. Ainsaks piiranguks on keeld muuta hankelepingu üldist olemust. Seega juhul, kui ettenähtud summa ei ületa *de minimis* reegluga sätestatud piirmäära, on ettenähtud summa kasutamine ilma lepingu üldist olemust muutmata lubatud. Kui ettenähtud summa ületab *de minimis* reeglist tulenevat piirmäära, on tegemist lepingu muutmist reguleeriva tingimusega, mille õiguspärasust tuleb hinnata lähtudes riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p-st a ja eelnõu § 123 lg 1 p-st 2. Autor on seisukohal, et nimetatud nõuetele FIDIC üldtingimuste punkt 13.5 ei vasta samadel põhjustel, mida autor on esitanud FIDIC üldtingimuste punktide 13.1-13.3 kohta.

Juhul, kui ettenähtud summa ületab *de minimis* reeglist tulenevat piirmäära, soovib käesoleva töö autor FIDIC üldtingimuste punkti 13.5 eritingimustega muuta, sidudes ettenähtud summa kasutamise üldtingimuste punktis 13.1 sätestatud muudatuste eest tasumisega ning lisada tingimuse, mille kohaselt otsustab nimetatud summa kasutamise ületaja ehk hankija. Eeldusel, et muudatused on eritingimustega nõuetekohaselt reguleeritud, tagab selline sõnastus ettenähtud summa õiguspärase kasutamise, samuti säilib hankijal kontroll nimetatud summa õiguspärase kasutamise üle.

Tähtaja muutmist käsitlevad FIDIC üldtingimuste alapunktid 8.4 ja 8.5, mille kohaselt töövõtjal on õigus ajapikendusele juhul, kui töö lõpetamine viibib mis tahes järgneval põhjusel:

- „muudatuse tõttu,
- üldtingimuste kohaselt annab viivituse põhjus õiguse ajapikenduseks⁹⁶,
- eriti ebasoodsad ilmastikutingimused,
- ettenägematud takistused tööjõu ning toodete hankimisel epideemiade või valitsuse tegevuse tõttu,
- iga viivitus, takistus või keeld, mida on põhjustanud või mis seondub tellija, tellija personali või tellija muude töövõtjatega ehitusplatsil.“

Käesoleva töö autor on seisukohal, et nimetatud alustest esimesel juhul on iseenesest tähtaja muutmine lubatav eeldusel, et esimene alus – muudatus – on eritingimustes nõuetekohaselt

⁹⁵ Samas.

⁹⁶ FIDIC üldtingimuste punkti 8.5 kohaselt on selline olukord juhul, kui töövõtja on täpselt järginud avaliku võimu organite kehtestatud menetlust, need organid viivitavad või takistavad töövõtja tööd, viivitus või takistus oli ettenägematu.

täpsustatud. Nimetatud üldtingimusest tulenevad ülejäänud tähtaja muutmise alused on sellised, mille korral tellija ei saaks töövõtja suhtes seoses hilinemisega õiguskaitsevahendeid rakendada ka tulenevalt võlaõigusseaduse asjakohastest sätetest ja hanke üldpõhimõtetest.

Nagu käesoleva töö peatükis 1.1.1 leitud, peaks hankija hankelepingu ettevalmistamisel analüüsima, kuidas reguleerida olukord, kui muutuvad teostatavale tööle õigusaktidest tulenevad nõuded. FIDICu üldtingimuste punkti 13.7 teise lõigu kohaselt kui pärast lähtekuupäeva õigusaktides tehtud muudatuste või tõlgenduste tulemusel on töövõtjal tekkinud (või tekib) viivitus ja/või tekkinud (või tekib) täiendav kulu, peab töövõtja teatama sellest insenerile ja tal on õigus nii ajapikendusele kui kaasnevate kulude hüvitamisele. Lähtekuupäev on FIDIC üldtingimuste punkti 1.1.3.1 kohaselt päev, mis eelneb 28 päeva pakkumuse esitamise viimasele päevale. Õigusaktidest tulenevad nõuded, mis mõjutavad töövõtja kulusid, võivad seonduda töö teostamisega otseselt, näiteks teatud materjalile esitatud nõuete muutumise või kehtestamisega, või kaudselt, näiteks tee-ehituse korral muutub lepingu täitmise ajal liikluskindlustuse seadus, mis kehtestab erinevalt eelmisest regulatsioonist omavastutuse liikluskorralduse vahendite kahjude korral, mille tekitaja on teadmata. Autor on seisukohal, et nimetatud üldtingimuse kohaldamine tuleks lühemaajaliste, näiteks lepingute puhul, mille täitmise tähtaeg on lühem kui üks aasta, eritingimusega välistada. Hoolas professionaalne pakkuja peab suutma sellise täitmise tähtajaga ehituslepingute puhul võtta arvesse võimalikke muudatusi õigusaktides, kuivõrd üldjuhul jõustuvad muudatused õigusaktides teatatud etteteatamistähtaja möödudes. Juhul, kui pakkuja nimetatud asjaolusid pakkumuses arvesse ei võta, on see autori hinnangul pakkuja risk.

FIDIC üldtingimuste punkti 13.2 kohaselt võib töövõtja igal ajal esitada insenerile kirjaliku ettepaneku, mis (töövõtja arvates) võib selle aktsepteerimisel kiirendada töö lõpetamist, vähendada tellija kulusid töö tegemiseks, hooldamiseks või kasutamiseks, parandada lõpetatud töö efektiivsust või väärtust tellijale või muul moel tuua kasu tellijale. Üldiselt on ehituslepingu korral väga positiivne, kui töövõtja analüüsib tellija poolt tööle esitatud nõudeid ning pakub välja omapoolseid lahendusi muutmaks töö paremaks või odavamaks. Kui tegemist on hankemenetluse tulemusena sõlmitud lepinguga, tuleb arvestada hankemenetluse eripäraga. Läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttega kooskõlas olevaks ei saa pidada olukorda, kus edukaks osutunud pakkuja saab hakata muutma hankija poolt hankedokumentides avaldatud tingimusi hangitavale ehitustööle. Lisaks ei saa sellise regulatsiooni korral hankija hankemenetluse käigus võrreldavaid pakkumusi, kuivõrd ei saa kindlaks teha, kas pakkujad on pakkumuse koostamisel arvestanud hanketingimustes toodud materjalidega või asendanud need mingi muu materjaliga tuginedes üldtingimuste punktile

13.2. FIDIC üldtingimuste punkt 13.2 ei ole küll otseses vastusolus hankelepingu muutmist käsitleva regulatsiooniga, kuid juhul kui töövõtja üldtingimuste punktis 13.2 nimetatud ettepaneku teeb, on hankija kohustatud analüüsima pakutava muudatuse õiguspärasust. FIDIC üldtingimuste punkti 13.2 näol ei ole tegemist olukorraga, kus hankelepingu muutmine on hankelepingus ette nähtud ning seetõttu muudatuse olulisust kaaluma ei peaks.

FIDIC üldtingimusi, mis käsitlevad lepingu muutmist, ei saa pidada riigihankedirektiivi muutmise tingimustele esitatavatele nõuetele vastavaks. Selleks, et FIDIC üldtingimusi kasutades oleks hankijal lepingu täitmise ajal võimalik muudatusi teha vastavalt lepingutingimustele, peab hankija eritingimustega oluliselt täpsustama, millised muudatused millises ulatuses on lubatud, samuti tuleks määrata, kuidas muudatuste eest tasu määratakse. Oluline on eritingimustega sätestada insenerile tellija ehk hankija nõusoleku saamise kohustus enne muudatuse kohta juhise andmist.

1.1.3. ETÜ 2013 regulatsioon lepingu muudatuse osas

Lepingu muutmist reguleerib ETÜ 2013 (edaspidi käesolevas alapeatükis ETÜ) 8.peatükk. ETÜ punkti 8.1.1 kohaselt on tellijal õigus algatada muudatustöid igal ajal enne täitmisakti väljastamist, töövõtja on kohustatud nimetatud muudatustööd teostama, välja arvatud juhul, kui töövõtja teatab tellijale viie tööpäeva jooksul, et ta ei ole võimeline hankima muudatustööde tegemiseks vajalikke ehitustooteid, et tagada lepingu tähtaegadest kinnipidamist, või et ta ei ole pädev muudatustöid tegema. Punkt 8.1.9 sätestab lisanõuded juhuks, kui tegemist on hankelepinguga, sellisel juhul on punkti 8.1.9.1 kohaselt muudatustööde tegemine lepingu raames lubatud üksnes juhul, kui selle tulemusena ei ületata lepingu hinda (seejuures sõlmitakse reservi kasutamiseks kokkulepe lepingus sätestatud tingimustel). Seega on ETÜ kohaselt muudatuse olulisuse hindamisel oluline üksnes asjaolu, et lepingu hinda ei ületataks.

Hankija on kohustatud ka lepingu täitmisel lähtuma läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttest, sellest tulenevalt peavad RHS § 32 lg 2 p 3 (eelnõu § 77 lg 4 p 4) kohaselt hankedokumentides sisalduma kõik tulevase hankelepingu tingimused või hankelepingu projekt. Kui hankija saaks hankelepingut piiramatult muuta, kusjuures ainsaks piiranguks on lepingu tasu muutumatus, ei oleks tagatud hankemenetluse läbipaistvus ja pakkujate võrdne kohtlemine. Sellise regulatsiooni kohaselt võiks hankija osa töid, mis alguses lepingus sisaldasid, ära jätta, ning jätta lepingu tasu muutmata. Samuti oleks lubatud osa töid asendada teiste töödega. Kuivõrd ETÜ punktide 8.1.1 ja 8.1.9 näol ei ole tegemist selgete ja täpsete muutmistingimustega, mis sätestaksid ka muutmise kohaldamise tingimused ja ulatuse, ei

vasta need riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p-st a ja eelnõu § 123 lg 1 p-st 2 tulenevatele nõuetele. Seega ei saa hankija tuginedes ETÜ punktidele 8.1.1 ja 8.1.9 hankelepingut muuta, vaid on kohustatud igakordselt analüüsima, kas plaanitav muudatus on riigihankedirektiivi art 72 kohaselt lubatud. Muudatuse olulisuse hindamisel ei saa lähtuda vaid tasu muutumatusest.

Samuti ei ole hankelepingusse sobiv ETÜ punkti 8.1.4 viimases lauses sätestatud tingimus, mille kohaselt juhul kui tellija soovib, et töövõtja viiks ellu sellise lahenduse, mida ei ole lepingus kokku lepitud, on tellija kohustatud töövõtjale hüvitama sellega kaasnevad kulud. Hankija ei saa juhul, kui ei ole tegemist lubatud hankelepingu muutmisega, muuta hankelepingus kokkulepitud lahendust.

Kui hankija soovib ETÜ üldtingimusi kasutades lepingut muuta, siis peab hankija selged ja ühemõttelised lepingu muutmise tingimused eritingimustega sätestama. Eritingimuste täpne sisu oleneb konkreetse lepingu eripärast. Üldised juhised on autor andnud käesoleva töö peatükis 1.1.1, mille kohaselt tuleb eelkõige reguleerida olukorrad, kus tekib vajadus muuta ehitusprojekti, hankija eelistused hangitava töö osas muutuvad või kui soovitakse muuta töö teostamisel kasutatavaid materjale.

Tähtaja muutmist reguleerib ETÜ punkt 7.3, mille kohaselt on töövõtjal õigus nõuda täitmisaja pikendamist järgmiste asjaolude ilmnemisel, kui selliste asjaolude tõttu viibib või võib viibida tööde üleandmine: ettenägematud füüsilised tingimused, vääramatu jõud, vead või puudused tellija poolt või korraldusel koostatud ehitusprojekti, töövõtja on lepingu alusel lepingu täitmise peatanud ja sellise peatamise korral on töövõtjal õigus nõuda tähtaegade pikendamist (punkt 12.3.2), tellija on taotlenud töövõtjalt muudatustööde tegemist, kui muudatustööde tegemises ja täitmisaja pikendamises lepatakse kokku lepingus sätestatud tingimustel ja korras, muud lepingus sätestatud alused. Eeldusel, et lepingu muutmine on eritingimustes reguleeritud õiguspäraselt, võib väita, et tähtaja muutmise regulatsioon eritingimustega muutmist ei vaja, kuivõrd ülejäänud punktis 7.3 toodud alused annaksid võlaõigusseaduse ja hanke üldpõhimõtete kohaselt samuti töövõtjale õiguse nõuda tähtaja pikendamist või välistaksid vastutuse seoses kohustuse täitmise hilinemisega.

Muudatustööde hinna määramist reguleerib ETÜ punkt 8.1.6, mille kohaselt sarnaste või samasuguste tööde ja mahtude puhul võetakse aluseks lepingust tulenevad ühikuhinnad, sh arvestades üldkulude osakaalu ühikuhinnas; juhul kui lepingus ei ole vastavate tööde maksumust kindlaks määratud, võetakse aluseks vastavate tööde turuhinnad, arvestades tööde maksumuse ja mahu omavahelist suhet, sh üldkulude osakaalu ühikuhinnas. Käesoleva töö

autor on seisukohal, et muudatustööde hinnastamine on üldtingimustes reguleeritud piisavalt ning eritingimustes täpsustamist ei vaja.

ETÜ punkti 8.1.2 kohaselt on töövõtjal õigus igal ajal esitada tellijale ettepanek muudatustööde tegemiseks, kui sellised tööd kiirendavad tööde lõpetamist, vähendavad tellija kulusid tööde tegemiseks, hooldamiseks või kasutamiseks, parandavad lõpetatud tööde efektiivsust või väärtust tellija jaoks või toovad muul viisil kasu tellijale. Andmed, mida nimetatud ettepanek peab sisaldama, on sätestatud punktis 8.1.5. Analoogse regulatsiooni näeb ette FIDIC üldtingimuste punkt 13.2. Nagu autor käesoleva töö alapeatükis 1.1.2 FIDIC üldtingimuste punkti 13.2 kohta leidis, siis regulatsioon, kus töövõtja võib tellijale esitada ettepaneku lepingu muutmiseks, ei ole otseses vastusolus hankelepingu muutmist käsitleva regulatsiooniga, kuid selle sätte näol ei ole tegemist hankelepingu muutmise ettenägemisega lepingus. Lepingu täitjalt nimetatud ettepaneku saamisel peab hankija hindama pakutava muudatuse olulisust.

Punkti 8.1.3 kohaselt on töövõtjal õigus teha muudatusi tellija poolt või korraldusel koostatud ehitusprojektis või muudes lähteandmetes ja ehitises kasutatavates ehitustoodetes (sh viimistlusmaterjalides) üksnes tellija eelneval kirjalikul nõusolekul, arvestades punktis 3.1.3 sätestatud. Punktist 3.1.3 tuleneb töövõtjale õigus kalduda kõrvale ehitusprojektist tulenevatest nõuetest, mis käsitlevad tehnilisi parameetreid, üksnes tingimusel, et töövõtja fikseerib kõrvalekaldumised ehitusprojektist ehitustööde päevikus ja teostusjoonistel, ning järgmistel juhtudel: sellega ei muutu ettenähtud lõpptulemus, töö põhimõttelised ega funktsionaalsed lahendused; sellega ei vähendata ehitise ega selle osade ohutust, funktsionaalsust, kvaliteeti, planeeritavat eluiga ega suurendata eksploatatsiooni- või hoolduskulusid; sellega ei muudeta ehitise muid olulisi näitajaid; tegemist on selliste kõrvalekaldumistega, mille puhul ei ole vaja ehitusprojekti muuta. Punktis 3.1.3 ei ole sätestatud kohustust saada seal nimetatud muudatuste tegemiseks tellija nõusolekut, eelduseks on töövõtja poolt ehitusprojektist kõrvalekaldumiste fikseerimine ehitustööde päevikus ja teostusjoonistel. Tõlgendades nimetatud tingimusi grammatiliselt, saab järeldada, et ETÜ kohaselt võib töövõtja ühepoolselt muuta ehitusprojektis tehnilisi parameetreid puudutavaid nõudeid punktides 3.1.3.1-3.1.3.4 toodud juhtudel fikseerides muudatused ehitustööde päevikus ja teostusjoonistel; kui tegemist on muudatusega, mida ei ole nimetatud punktides 3.1.3.1-3.1.3.4, tuleb ehitusprojekti muutmiseks saada tellija ehk hankija nõusolek. Regulatsioon, mille kohaselt lepingu täitja võib ühepoolselt muuta ehitusprojektist tulenevaid nõudeid, ei ole hankeregulatsiooni põhimõtetega kooskõlas. Eelkirjeldatud tingimused annavad võimaluse lepingu täitjale vahetada näiteks hanketingimustes nõutud materjale odavamate vastu. Odavama materjali

kasutamine on lubatud eeldusel, et nimetatud materjal vastab kõigile eelpool tsiteeritud tingimustele. Ühelt poolt võib väita, et juhul kui odavama materjal vastab kõigile esitatud nõuetele, st odavama materjali kasutamise tõttu ei muutu ettenähtud lõpptulemus, töö põhimõttelised ega funktsionaalsed lahendused, see ei vähenda ehitise ega selle osade ohutust, funktsionaalsust, kvaliteeti, planeeritavat eluiga ega suurenda eksploatatsiooni- või hoolduskulusid ja odavama materjali kasutamine ei muuda ehitise muid olulisi näitajaid, oleks tegemist lubatud muutmisega. Teisalt on autor seisukohal, et sellise tingimuse kohaldamise osas võivad kergesti lepingupoolte vahel vaidlused tekkida olukorras, kus lepingu täitja on seisukohal, et odavam materjal vastab kõigile esitatud nõuetele, kuid hankija nimetatud seisukohaga nõus ei ole. Tingimusi, mis võivad selliseid vaidlusi põhjustada, peaks hankija vältima, kuivõrd selliste vaidluste pidamine võib põhjustada hankelepingu täitmisega viivitamist.

Erialases kirjanduses on rõhutatud projekteerimise ja ehitamise käigus pakutud lahenduste ja teostuste kontrollimise olulisust, kusjuures oluline on ka ehitamisel kasutatavate materjalide kontrollimine, kuivõrd nii mõnigi kord on muude näitajate hulgas vaid üks parameeter täiesti vastuvõetamatu (nt terase puhul külmahaprus) ja sellist materjali ei saa läbimõttlematult ehitamisel kasutada.⁹⁷ Eelnevast tulenevalt soovib autor lisada eritingimustega nõude, mille kohaselt juhul, kui töövõtja soovib punkti 3.1.3 kohaselt ehitusprojektist tulenevatest nõuetest kõrvale kalduda, peab ta esitama sõltumatu eksperdi arvamuse selle kohta, kas punktides 3.1.3.1-3.1.3.3 sätestatud nõuded on muudetud lahenduse korral täidetud. Teine võimalus on muuta eritingimustega punkti 3.1.3 eemaldades sealt töövõtja õiguse kalduda kõrvale ehitusprojektist tulenevatest nõuetest, mis käsitlevad tehnilisi parameetreid ning eemalda üldtingimuste punktis 8.1.3 viide punktile 3.1.3. Sellisel juhul ei ole lepingu täitjal õigust kalduda kõrvale ehitusprojektist tulenevatest nõuetest.

ETÜ üldtingimusi kasutades peab hankija lepingu muutmise regulatsiooni ettenägemise soovi korral selged ja ühemõttelised lepingu muutmise tingimused eritingimustes sätestama, reguleerides eelkõige olukorrad, kus tekib vajadus muuta ehitusprojekti, hankija eelistused muutuvad või kui soovitakse muuta töö teostamisel kasutatavaid materjale. Eritingimustega tuleks välistada võimalus, mille kohaselt saab lepingu täitja ühepoolset tööle hankedokumentides esitatud nõudeid muuta või lisada nõue, mille kohaselt ehitusprojektist tulenevatest nõuetest kõrvalekaldumise lubatavust peab hindama sõltumatu ekspert. Kui lepingu muutmise tingimused on eritingimustes sätestatud nõuetekohaselt, siis tähtaja

⁹⁷ K. Öiger, lk 127.

muutmise regulatsioon eritingimustega muutmist ei vaja. Samuti on üldtingimustega piisavalt reguleeritud muudatustöödele hinna määramine.

1.2. Hankelepingu muutmise seoses täiendavate ehitustööde tellimisega

Riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p b kohaselt võib hankija osta lepingu täitjalt täiendavaid asju, teenuseid või ehitustöid, mille järele on hankijal tekkinud vajadus tingimusel, et lepingu täitja vahetamine ei ole majanduslikel või tehnilistel põhjustel võimalik tulenevalt asjade, teenuste või rajatiste asendatavuse või koostoimimise vajadusest ning põhjustaks hankijale olulist ebamugavust või topeltkulusid. Sama regulatsioon tuleneb eelnõu § 123 lg 1 p-st 3. Seega peavad lepingu muutmiseks nimetatud alusel olema täidetud kõik järgmised eeldused: ehitustöid tellitakse lepingu täitjalt, täiendavate ehitustööde järele on vajadus, lepingu täitja vahetamine ei ole majanduslikel või tehnilistel põhjustel võimalik ja tekitaks hankijale olulist ebamugavust või topeltkulusid, lisaks ei tohi muudatuse maksumus ületada 50 protsenti esialgse lepingu maksumusest. Käesolevas alapeatükis käsitletakse küsimust, milles seisnevad ehituse hankelepingu korral lepingu täitja vahetamise võimatus majanduslikel või tehnilistel põhjustel. Samuti selgitatakse käesolevas alapeatükis, mis asjaoludel võib väita, et lepingu täitja vahetamine põhjustab hankijale olulist ebamugavust või olulisi lisakulusid.

Lisakulude osas on riigihankedirektiivis ja eelnõus kasutatud erinevat mõistet: riigihankedirektiivi kohaselt on lisatööde tellimine lubatud juhul, kui lepingu täitja vahetamine põhjustaks hankijale topeltkulusid, eelnõu kohaselt peab lepingu täitja vahetamine hankijale põhjustama märkimisväärseid lisakulusid. Eelnõu seletuskirjas ei ole avaldatud erineva mõistekasutuse tähendust. Käesoleva töö autor on seisukohal, et mõiste märkimisväärne kulu on laiema tähendusega kui topeltkulud ning seega võib väita, et eelnõu kohaselt on lisatööde tellimise eeldused täidetud ka juhul, kui lepingu täitja vahetamine ei põhjusta topeltkulusid, kuid tegemist oleks siiski olulise lisakuluga.

Sarnased alused sätestab kehtiv riigihangete seadus väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse korraldamiseks: RHS § 28 lg 5 p 1 kohaselt on ehitustööde või teenuste hankelepingu sõlmimisel hankijal õigus korraldada hankemenetlus väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusena, kui tellitakse samalt pakkujalt esialgses projektis või hankelepingus mittesisaldunud, kuid esialgses hankelepingus kirjeldatud ehitustöödeks või teenuste osutamiseks ettenägematute asjaolude tõttu vajalikuks osunud täiendavaid ehitustöid või teenuseid kuni 20 protsendi ulatuses esialgse hankelepingu maksumusest, kusjuures selliseid täiendavaid ehitustöid või teenuseid ei saa tehniliselt või majanduslikult esialgse hankelepingu esemest eraldada ilma hankijale suuri kulusi põhjustamata või on

täiendavad ehitustööd või teenused esialgse hankelepingu täitmiseks vältimatult vajalikud. Sarnane regulatsioon sisaldus eelmise riigihankedirektiivi art 31 lg 4 p-s a⁹⁸.

Seega on käesolevas alapeatükis käsitletava lubatava muudatuse sisustamisel asjakohane tugineda RHS § 28 lg 5 p 1 ja eelmise riigihankedirektiivi art 31 lg 4 p a tõlgenduspraktikale, kuivõrd riigihankedirektiivis ja eelnõus ei ole nimetatud regulatsiooni näol enam tegemist väljakuulutamisetähtaegade täitmisega hankemenetluse alusega, vaid olukorraga, kus hankijal on lubatud hankelepingut muuta. Riigihankedirektiivi ja eelnõu regulatsioon seoses lisatööde tellimisega näevad endiselt ette tehnilise või majandusliku seotuse hankelepingu esemega, kuid regulatsioon on leebemaks muudetud võrreldes RHS § 28 lg 5 p-ga 1 ja eelmise riigihankedirektiivi art 31 lg 4 p-ga a, nõudmata ettenägematute asjaolude esinemist, samuti on võrreldes RHS § 28 lg 5 p-ga 1 lubatud suuremas ulatuses tasu muutus.

Rahandusministeeriumi RHS § 28 lg 5 p 1 tõlgenduse kohaselt ei ole nimetatud sättele tuginedes lubatud esialgses lepingus sisaldunud tööde ärajätmine ja nende asendamine muude töödega, nimetatud sätte alusel on lubatud tellida rangelt vaid täiendavaid töid.⁹⁹ Nimetatud tõlgendusest ei saa lähtuda riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p b ega eelnõu § 123 lg 1 p 3 sisustamisel, kuivõrd riigihankedirektiivi preambula punkti 108 kohaselt võivad lisatööd esialgselt lepingu eset osaliselt asendada või võib olla tegemist lisatöödega.

Lisatööde tellimise korral peab täiendavate ehitustööde järele olema vajadus ning lepingu täitja vahetamine ei tohi majanduslikel või tehnilistel põhjustel olla võimalik ja peab hankijale tekitama olulist ebamugavust või topeltkulusid. Täiendavate ehitustööde vajadus tähendab seda, et täiendavad ehitustööd peavad olema vajalikud esialgse hankelepingu täitmiseks: esialgse hankelepingu täitmine ei saa olla ilma täiendavate ehitustööde tellimiseta võimalik.¹⁰⁰ Asjakohaseks näiteks oleks tee-ehitamise korral konstruktsiooni täiendava kihi lisamise vajadus, olukorras, kus nimetatud kihi lisamiseta ehitatav tee laguneks suure tõenäosusega peagi pärast lepingu täitmist.

⁹⁸ Direktiivi 2004/18/EL art 32 lg 4 p a kohaselt oli lubatud kasutada väljakuulutamisetähtaegade täitmisega hankemenetlust seoses täiendavate ehitustööde või lisateenustega, mida algne projekt või lepingu ei sisaldanud, kuid mis ettenägematu asjaolu tõttu osutusid vajalikuks projektist või lepingus kirjeldatud tööde teostamiseks, kui täiendavaid ehitustöid või lisateenuseid ei saa tehnilistel või majanduslikel põhjustel esialgselt lepingust eraldada, ilma et see põhjustaks hankijale olulisi ebamugavusi või kui täiendavaid ehitustöid on küll võimalik esialgselt lepingust eraldada, kuid täiendavad tööd on esialgse lepingu täitmiseks vältimatult vajalikud.

⁹⁹ Riigihangete juhised, lk 97.

¹⁰⁰ K. Look. Läbirääkimistega hankemenetluse rakendamise alused. Rahandusministeeriumi analüüs. 2011. - https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-13802.pdf, lk 12 (20.03.2016).

Lepingu täitja vahetamise võimalikkuse hindamisel tuleb analüüsida, kas täiendavate ehitustööde eraldamine põhjustaks hankijale suuri kulusi või mitte.¹⁰¹ Märkimisväärsete lisakulude näitena on eelnõu seletuskirjas toodud olukord, kus tarkvara ümbervahetamise puhul tekiks vajadus uuesti koolitada kogu hankija personal.¹⁰² Käesoleva töö autor on seisukohal, et töövõtja vahetamise võimatus tulenevalt majanduslikest põhjustest ja tingimus, mille kohaselt töövõtja vahetamine peab hankijale põhjustama topelt- või märkimisväärseid kulusid, on ehituse hankelepingute puhul suures osas kattuvad. Mõlema eelduse sisuks on asjaolu, et töövõtja vahetamine tekitab hankijale kulusid, mida samade tööde esialgselt lepingupartnerilt tellimine ei tekitaks. Ehituse hankelepingute puhul seonduvad lisakulud eelkõige asjaoluga, et hankelepingu täitja, kes täidab esialgselt ehituse hankelepingust tulenevaid kohustusi, on objektile viinud vajalikud seadmed ja materjalid ning teostanud vajalikud eeltööd ning sellest tulenevalt saab lisatöid soodsamalt ja kiiremini teostada kui uus töövõtja, kes peaks samad seadmed ja materjalid objektile viima ning teatud juhtudel ka vajalikke eeltöid teostama. Kui vahepealse ehitustööde etapi teostamiseks tellitakse tööd teiselt töövõtjalt, võivad töövõtja vahetamisega seotud lisakulud seisneda ka selles, et esialgne töövõtja peab teatud toiminguid teostama, näiteks katma juba teostatud töö osa kinni kaitsmaks seda ilmastiku mõjude eest ajaks, mil hankija tegeleb uue töövõtja otsimisega. Ilma töövõtja vahetamiseta nimetatud toiminguid teostada vaja ei oleks. Töövõtjal, kes on osa ehitustöid esialgse hankelepingu alusel teostanud, on teiste töövõtjate ees eelised tulenevalt sellest, et ta on kõige paremini kursis lepingu esemele esitatavate nõuete ja konkreetse objekti eripäraga.

Hankelepingu täitja vahetamine põhjustab hankijale ebamugavust olukorras, kus pärast lisatööde teostamist teise töövõtja poolt peaks esialgne hankelepingu täitja oma kohustusi edasi täitma. Ebamugavus seisneb sellisel juhul asjaolus, et hankija peab tagama kahe lepingu täitja vahelise koostöö sujumise, andma lisatööde teostajale üle esialgse töövõtja poolt teostatud tööfrondi ning pärast lisatööde teostamist andma tööjärje jällegi tagasi esialgsele hankelepingu täitjale. Sellises olukorras on ühe töövõtja poolt teostatud tööde näol tegemist kolmanda isiku eeltööga VÕS § 641 lg 3 mõttes, mistõttu oleks raskendatud ka töös ilmnevate vigade korral õiguskaitsevahendite rakendamine, kuivõrd töövõtja ei vastuta teise töövõtja poolt eeltöodes tehtud vigade eest.

Teatud olukordades võib teise töövõtja poolt lisatööde teostamine olla objektiivsetel põhjustel ebamõistlik. Tehniliste põhjustena on RHS § 28 lg 2 p-i 2 osas õiguskirjanduses toodud

¹⁰¹ Samas, lk 12.

¹⁰² Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde (viide 88), lk 120.

näiteks olukord, kus teistsuguse pakkuja kaasamisel kaoks tootja poolt asjale antud garantii.¹⁰³ Riigihangete seaduse § 28 lg 2 p-s 2 sisalduv regulatsioon on võrreldav riigihankedirektiivi art 32 lg 2 p-s b ii ja eelnõu 156 lg 1 p-s 3 sätestatud väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse alusega, mis on kohaldatav olukorras, kus ehitustöid saab tehnilistel põhjustel teostada üks pakkuja. Käesoleva töö autor on seisukohal, et RHS § 28 lg 2 p-i 2 osas toodud näide seoses garantii katkemisega on asjakohane ka käesolevas alapeatükis käsitletava hankelepingu lubatud muudatuse sisustamisel. Seega on ehituse hankelepingute korral lisatööde tellimiseks hankelepingu muutmine õigustatud põhjusel, et töövõtja vahetamise korral oleks võimatu või äärmiselt keeruline lepingu täitjate poolt garantiikohustuste täitmine, kuivõrd hiljem ei oleks enam võimalik kindlaks teha, millise töövõtja rikkumine on puuduse tekitanud. Selline põhjendus on asjakohane juhul, kui lisatöödena tellitavad ehitustööd ei ole esialgselt tööst eraldatavad, näiteks tee-ehitusel teatud lisakihi konstruktsiooni paigaldamisel. Samas, kui tegemist on näiteks eraldiseisva rajatise rajamisega, siis ei ole käesoleva autori arvates eeldus, mille kohaselt töövõtja vahetamine ei ole tehnilistel põhjustel võimalik, täidetud. Viimati esitatud näite korral on lisatööde tellimine lubatud olukorras, kus lisatööde tellimine esialgselt lepingu täitjalt on põhjendatud majanduslikel põhjustel ning töövõtja vahetamine põhjustaks hankijale olulist ebamugavust või märkimisväärseid lisakulusid.

Kuigi riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p-st b ei tulene otsest keeldu muuta lepingu üldist olemust, siis sätestavad nii riigihankedirektiiv kui eelnõu nõude, mille kohaselt lisatellimuse alusel tellitavad tööd peavad olema majanduslikel või tehnilistel põhjustel esialgse hankelepingu esemega seotud. Sellest saab järeldada, et hankelepingu olemuse muutmine lisatööde tellimisel ei ole lubatud.

Riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p b ja eelnõu § 123 lg 1 p 3 kohaselt ei või ühegi muudatuse väärtus ületada 50 protsenti hankelepingu algsest maksumusest. Riigihankedirektiiv sätestab lisaks, et mitme järjestikuse muudatuse korral kohaldatakse seda piirangut iga muudatuse väärtuse suhtes, kuid järjestikkuseid muudatusi ei tohi teha selleks, et hoiduda kõrvale direktiivi sätetest. Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, et direktiivi sätetest kõrvalehiilimisele võib vihjata muudatuse tegemise aeg või mitme lisatellimuse kogumaksumus.¹⁰⁴ Muudatuse tegemise aega on muudatuse lubatavuse hindamisel arvesse võtnud ka kohtujurist Wall AG kaasuses.¹⁰⁵ Kui lepingu muutmise vajadus ilmneb lepingu täitmise varases staadiumis, võib see viidata asjaolule, et hankelepingu tingimused on hankija

¹⁰³ D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Kirjastus Juura, 2014, lk 466; K. Look, lk 12.

¹⁰⁴ M. A. Simovart (viide 37), lk 55.

¹⁰⁵ Wall AG, kohtujurist Bok'i ettepanek, p 72.

poolt läbi mõtlemata ja seega hankija poolt ebapiisavale hanke ettevalmistamisele. Samas ei saa lubatavuse muutmise hindamisel tugineda vaid ajalisele faktorile, kuivõrd direktiivi sätetest kõrvalehiilimisel on ka subjektiivne element, mida on keeruline tõendada; sama tulemuseni muudatuse lubatavuse osas jõuaks, kui tugineda objektiivselt läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttele, hanketingimustele ja hankija poolt oluliseks peetud tingimustele.¹⁰⁶ Käesoleva töö autor nõustub seisukohaga, et muudatuse lubatavuse hindamisel tuleb muu hulgas arvesse võtta ka muudatuse tegemise aega, kuid kui muud käesolevas peatükis käsitletud eeldused lepingu muutmiseks on täidetud, ei saaks vaid ajalisele faktorile tuginedes pidada muudatust lubamatuks.

Muudatuse lubatavuse hindamisel tuleb arvesse võtta ka sõlmitud lepingu keerukust.¹⁰⁷ Ehituslepingute puhul on sageli tegemist keerukate lepingutega, kus lepingutingimuste muutmist tööde teostamise ajal võib pidada tavapäraseks praktikaks.

Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, et lisatööde tellimise regulatsiooni saab kasutada olukorras, kus lepingu muutmise tinginud asjaolud olid ettenähtavad, kuid hankija ei näinud neid asjaolusid ette või ei arvestanud asjaoludega muudel põhjustel.¹⁰⁸ Ilmselt leiab ehituslepingute puhul nimetatud säte kasutamist just kirjeldatud olukorras, kus hankija ei ole hanke ettevalmistamisel mingite lepingu täitmist mõjutavate asjaoludega arvestanud. Kui hankija soovib, et lepingu täitja teostaks ehitustöid, mida esialgne leping ei sisalda, on hankija kohustatud analüüsima tehnilisi põhjuseid ning samuti on oluline välja selgitada, kas soovitud lisatöid ei saa teostada teine töövõtja ning kas töövõtja vahetamine põhjustaks hankijale olulist ebamugavust või topeltkulusid. Autor on seisukohal, et vaid hankija soovist jätkata koostööd olemasoleva töövõtjaga ei saa pidada piisavaks põhjuseks, mis õigustaks lepingu muutmist, hankija peab lepingu muutmise õigustamiseks tooma välja asjaolud, milles seisneb lepingu muutmise vajalikkus ning kuidas on lepingu muutmine tehniliselt või majanduslikult põhjendatud.

Ehituse hankelepingute korral seisnevad täiendavate ehitustööde tellimist õigustavad majanduslikud ja lisakulu põhjustavad põhjused selles, et töövõtja vahetamine tekitab hankijale kulusid, mida samade tööde esialgselt lepingupartnerilt tellimine ei tekitaks. Nimetatud kulud seonduvad eelkõige vajalike eeltööde teostamise ning vajalike seadmete ja materjali objektile tarnimisega. Hankelepingu täitja vahetamine põhjustab hankijale ebamugavust eelkõige olukorras, kus pärast lisatööde teostamist teise töövõtja poolt peaks

¹⁰⁶ S. T. Poulsen, lk 178.

¹⁰⁷ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 2.2.5.

¹⁰⁸ S. Arrowsmith, p 6-301.

esialgse hankelepingu täitja oma kohustusi edasi täitma ja hankija tagama erinevate töövõtjate vahelise koostöö sujumise. Täiendavate ehitustööde tellimist õigustava tehnilise põhjusena võib välja tuua vajaduse tagada garantiikohustuse täitmine töövõtja poolt, kuivõrd töövõtja vahetumise korral oleks võimatu või äärmiselt keeruline lepingu täitjate poolt garantiikohustuste täitmine. Muudatuse lubatavuse hindamisel tuleb mh arvesse võtta ka muudatuse tegemise aeg – kui hankelepingut soovitakse muuta lühikese aja jooksul pärast lepingu sõlmimist, võib see viidata lubamatule muudatusele.

1.3. Hankelepingu muutmine seoses ettenägematute asjaoludega

Riigihankedirektiivi art 71 lg 1 p c kohaselt on lubatud hankelepingut muuta, kui muudatused tulenevad olukorrast, mida hoolas avaliku sektori hankija ei saanud ette näha ning muudatusega ei muudeta lepingu üldist olemust. Sarnane regulatsioon on sätestatud eelnõu § 123 lg 1 p-s 4. Nimetatud sätetele tuginedes on hankelepingu muutmine lubatud, kui hankija on teinud piisavalt põhjalikku eeltööd hanke ettevalmistamisel, lepingu täitmise ajal ilmnevad ettenägematud asjaolud, mis tingivad vajaduse muuta sõlmitud hankelepingut ning plaanitavad muudatused ei muuda lepingu olemust. Muudatuse sisu on piiratud vaid tingimusega, et hanke olemust ei muudeta. Seega on nimetatud regulatsiooni kohaldamisala laiem kui regulatsioonil, mis käsitleb lisatööde tellimist, kuna lisatööde tellimise korral peab muudatuse tulemusena teostatavatel töödel olema tehniline või majanduslik seos juba teostatud töödega.

Käesolevas alapeatükis käsitletakse küsimust, milles seisnevad ehituse hankelepingu korral ettenägematud asjaolud, millele tuginedes on lubatud hankelepingut muuta. Samuti selgitatakse käesolevas alapeatükis, millisel moel mõjutab asjaolu ettenägematuks hindamist hankija hoolsuskohustus hanke ettevalmistamisel.

Kehtiva RHS § 69 lg 3 kohaselt on lubatud hankelepingut muuta juhul, kui muutmise tingivad objektiivsed asjaolud, mida ei olnud hankijal võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha ja hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamise, lg-st 4 tuleneb lisaks nõue, mille kohaselt hankija ei või hankelepingu muutmises kokku leppida, kui muutmisega taotletavat eesmärki on võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega. Seega saab asjaolu ettenägematuse sisustamisel tugineda Rahandusministeeriumi ja kohtupraktikas RHS § 69 lg 3 osas väljendatud seisukohtadele.

Tuginedes RHS § 69 lg 3 osas väljendatud seisukohtadele võib väita, et muudatused maksudes ei ole ettenägematuks asjaoluks, mis õigustaks hankelepingu muutmist, maksude tõstmisest tulenevat riski on peetud pakkuja äririskiks ning maksukeskkonna muutumist ajas loetud üldtuntud asjaoluks.¹⁰⁹ Samuti ei anna hankelepingu muutmiseks alust asjaolu, et hankelepingu muutmise tulemusena tekib pakkujal kohustus registreerida ennast käibemaksukohustuslasena.¹¹⁰

Ehituse töövõtulepingu puhul tuleb arvesse võtta, et kuivõrd töövõtja näol on eelduslikult tegemist professionaaliga, siis tasu kokkuleppimise korral on töö tegelik sooritatavus kokkulepitud summa eest töövõtja tüüpilise ettevõtleriski kuuluv asjaolu.¹¹¹ Riigikohus on märkinud, et kuivõrd hinna näol on tegemist riigihankelepingu olulise tingimuse ja olulise hindamiskriteeriumiga pakkuja valikul, ei saa hinnakokkulepe riigihankelepingus olla täies ulatuses mittesiduv; kui kasutatakse osaliselt mittesiduvat eelarvet, peab see olema hankelepingus selgelt ette nähtud.¹¹² Samuti on Riigikohus väljendanud seisukohta, et pakkujad peavad arvestama lepingu täitmisega seotud kulude kasvuga, kui hankelepingu muutmist ja hindade tõstmise mehhanismi ei olnud lepingus ette nähtud, pakkujal lepingu täitmisega seotud kulude suurenemine ei õigusta hankelepingu muutmist.¹¹³ Ka Rahandusministeerium on väljendanud seisukohta, et hinnatõus ei saa üldjuhul olla hankelepingu muutmise aluseks.¹¹⁴ Ehituse hankelepingute puhul seondub hinnatõus eelkõige tööde teostamisel kasutatavate materjalide hindade tõusuga.

Võlaõigusseaduse § 97 lg 1 kohaselt kui pärast lepingu sõlmimist muutuvad lepingu sõlmimise aluseks olnud asjaolud ja sellega kaasneb lepingupoolte kohustuste vahekorra oluline muutumine, mistõttu ühe lepingupoolte kohustuste täitmise kulud suurenevad oluliselt või teiselt lepingupoolelt lepinguga saadava väärtus väheneb oluliselt, võib kahjustatud lepingupool nõuda teiselt lepingupoolelt lepingu muutmist poolte kohustuste esialgse vahekorra taastamiseks; VÕS § 97 lg 2 p-dest 1-3 tulenevalt saab asjaolude muutumisele tugineda, kui kahjustatud lepingupool ei saanud lepingu sõlmimisel nimetatud asjaolude muutumisega arvestada ega nende muutumist mõjutada ning ei kanna nimetatud asjaolude muutumise riisikot. Riigikohus on pidanud VÕS §-s 97 nimetatud nõuetele põhimõtteliselt

¹⁰⁹ Riigihangete Register. Korduma kippuvad küsimused, hankeleping (küsimus nr 7 ja 9) (viide 29).

¹¹⁰ E. Karindi-Kask, lk 10.

¹¹¹ P. Varul jt (koost) (viide 57), VÕS § 639/3.3.2.

¹¹² RKTK 3-2-1-102-14 p 19.

¹¹³ RKHK 3-3-1-31-11 p 20, 21.

¹¹⁴ Riigihangete juhhis, lk 167.

vastavaks asjaolu, et pärast Pronkssõduri monumendi teisaldamist 2007.a aprillis naftasaaduste transiit oluliselt vähenes.¹¹⁵

Eeltoodust võib järeldada, et muudatused maksunduses ja tavapärases turusituatsioonis toimuvad hinnamuudatused ei ole ettenägematuteks asjaoludeks, mis annavad aluse hankelepingu muutmiseks. Kui muudatused ehitustöödel kasutatavate materjalide hindades on tingitud aga teatud poliitilisest sündmustest, võib nimetatud asjaolu ettenägematuks pidada.

Riigihankedirektiivi preambula punkti 109 kohaselt mõistetakse ettenägematu asjaolu all asjaolusid, mida avaliku sektori hankija ei saanud hoolimata esialgse lepingu sõlmimisele eelnenud põhjalikust ettevalmistustööst ette näha, kusjuures arvesse tuleb võtta olemasolevaid vahendeid, konkreetse projekti olemust ja omadusi ning vastava valdkonna head tava. Eelnevast tuleneb, et asjaolu ettenägematuse hindamisel on oluline kindlaks teha, milline on hankija hoolsusstandard ning kas hankija käitus hanget ette valmistades sellele vastavalt. Hankija kohustub hanget ette valmistades läbi mõtlema kõik hankemenetlusega seonduvad asjaolud, vajadusel tuleb kaasata eksperte, tellida uuringuid jm.¹¹⁶ Samas on oluline silmas pidada, et hankija peab tagama tasakaalu hanke ettevalmistamisele tehtavate kulutuste ja hangitavate ehitustööde maksumuse vahel. Eelkõige on oluline, et hankija pööraks hanke ettevalmistamisel tähelepanu sellele, kuidas oleks tagatud hanke eesmärkide saavutamine.

Hankija on ühelt poolt kohustatud hanke ettevalmistamisel vajadusel kaasama eksperte, tellima uuringuid või konsulteerima turuosalistega, teisalt on riigihankedirektiivi preambula p 109 kohaselt oluline tagada mõistlik tasakaal lepingu sõlmimise ettevalmistamisele kulunud ressursside ja lepingu eeldatava maksumuse vahel. Indikatsiooni, kui suures osas lepingu eeldatavast maksumusest lepingu ettevalmistamiseks kulutamine on mõistlik, riigihankedirektiiv ei anna. Seega peab hankija lähtuvalt konkreetse hanke eseme eripärast ja lepingu eeldatavast maksumusest määrama, kui suures ulatuses on mõistlik hanke ettevalmistavatele tegevustele kulutada. Riigikontroll heitis Tallinna Sadamale Muuga konteinerterminali 17. kai rajamise hankega seoses ette asjaolu, et Tallinna Sadam ei küsinud üheltki ekspordilt arvamust tööde tehnilise kirjelduse kohta, sh selle kohta, kas sadama soovitud omadustega rajatise saaks rajada ka teistsugust, väiksema materjalikuluga lahendust kasutades ja seeläbi odavamalt.¹¹⁷ Tuleb arvesse võtta, et tegemist oli suure eeldatava

¹¹⁵ RKTk 3-2-1-24-11 p 13.

¹¹⁶ E. Karindi-Kask, lk 10.

¹¹⁷ Riigikontrolli aruanne Riigikogule. Muuga konteinerterminali 17. kai rajamine. 11. september 2012. - <http://www.riigikontroll.ee/Suhtedavalikkusega/Pressiteated/tabid/168/ItemId/645/View/Docs/amid/557/language/et-EE/Default.aspx>, lk 10 (15.03.2016).

maksumusega (983 miljonit krooni ehk ligi 63 miljonit eurot) hankega, mistõttu oli ka hankija hoolsusstandard väga kõrge.

Ehitusprojekti koostamisel tuleb tugineda õigetele lähteandmetele.¹¹⁸ Ehitusseadustiku § 14 lg 2 kohaselt tuleb vajadusel ehitusprojekti koostamiseks oluliste ehitustehniliste andmete väljaselgitamiseks teha ehitusuuring. Ehitusuuringute all mõistetakse lisaks ehitusgeodeetilistele ja -geoloogilistele uuringutele ka muid uuringuid, näiteks liikluskoormuse, müra, õhusaaste uuringuid.¹¹⁹ Ehitusuuringute vajaduse üle otsustab eelkõige projekteerija.¹²⁰ Siiski võib esineda olukordi, kus hoolimata uuringute teostamisest ehituslepingu täitmise ajal selguvad näiteks aluspinnase sellised tingimused, mida teostatud uuringud ei näidanud. Lisaks võib ilmneda inimtekkelisi asjaolusid, näiteks reostus või vanad maa-alused rajatised, mille kohta informatsioon puudus. Käesoleva töö autor on seisukohal, et kui hanke ettevalmistamisel on läbi viidud uuringud, mis vastavas valdkonnas üldjuhul läbi viiakse, on hankija hanke ettevalmistamisel hoolsuskohustuse täitnud.

Olukord, kus ettenägematute asjaolude ilmumine on tõenäoline, on vanade rajatiste rekonstrueerimise hanked. Selliste hangete ettevalmistamisel ei ole hankijal mõistlik teostada hanke ettevalmistamisel ulatuslikult uuringuid selgitamiseks välja rajatise täpne seisukord, kuivõrd ilmselt oleks tegemist ebamõistlikult kuluka tegevusega. Vanade rajatiste rekonstrueerimise hankemenetluses osalemise korral on vastava valdkonna hoolsad pakkujad eelduslikult teadlikud, et selliste objektide puhul on ettenägematute asjaolude ilmumine ehituslepingu täitmise ajal tavapärane ning sellest tulenevalt saab väita, et tagatud on läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine. Autor on seisukohal, et vanade rajatiste renoveerimise hankimisel on hankijal kõrgendatud hoolsuskohustus seoses hankelepingu tingimuste väljatöötamisega, mis reguleerivad hankelepingu muutmist. Juhised, millest nimetatud tingimuste väljatöötamisel lähtuda, on autor andnud töö alapeatükis 1.1.1.

Ehituslepingute osas on õiguskirjanduses märgitud, et mahukate ehituslepingute puhul on lepingu muudatus tõenäolisem kui teatud töö osade jaoks sõlmitud hankelepingute puhul, kuivõrd mahukas leping on rohkem tulemusele suunatud ja seega jätab seega rohkem võimalusi lepingu täitjale valida tulemuse saavutamise viis.¹²¹ Käesoleva töö autor nimetatud seisukohaga täielikult ei nõustu. Autor nõustub, et ehituslepingute näol on üldjuhul tegemist keerukate lepingutega ja on üldteada, et ehituslepingute täitmisel esineb tihti asjaolusid, mis

¹¹⁸ Seletuskiri ehitusseadustiku eelnõu juurde. - <http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/9e8a422c-beb8-476c-897c-f9b761fb9b92/Ehitusseadustik/>, lk 30 (15.03.2016).

¹¹⁹ Samas, lk 30-31.

¹²⁰ Samas, lk 31.

¹²¹ S. T .Poulsen, lk 177.

tingivad lepingu muutmise vajaduse. Kuid autor on siiski seisukohal, et ainuüksi lepingu mahukusele tuginedes ei saa lepingu muutmist lubatavaks pidada. Võlaõigusseaduse § 635 lg 1 kohaselt kohustub töövõtulepinguga üks isik valmistama või muutama asja või saavutama teenuse osutamisega muu kokkulepitud tulemuse (töö), teine isik aga maksma selle eest tasu. Kuigi lepingu täitja põhikohustuseks on saavutada lepinguga kokkulepitud tulemus, siis peab hankelepingu täitja lähtuma tööle hanketingimustest tulenevatest nõuetest eelkõige töös kasutatavate materjalide ja meetodite osas.

Euroopa Kohus ei pidanud hankelepingu puhul, mille esemeks oli ülikooli hoonete renoveerimine ja ehitus, üliõpilaste kasvavat arvu ettenägematuks asjaoluks, kuivõrd tegemist oli aastatepikkuse tendentsiga ning hankija oleks pidanud selle asjaoluga arvestama.¹²² Hankelepingu muutmise lubatavust tuginedes RHS § 69 lg-tele 3 ja 4 on analüüsinud Riigikontroll aruandes seoses Tallinna Sadama hankega Muuga konteinerterminali 17. kai rajamiseks.¹²³ Hankija avaldas seitse nädalat pärast hankelepingu sõlmimist soovi muuta hankelepingu tingimusi nii, et 17.kail saaksid töötada suurema tõstevõimega ja seetõttu kaile suuremat survet avaldavad kraanad kui hanketingimustes määratud. Lepingu täitja selgitas, et selleks tuleb muuta kai konstruktsiooni, kasutada teatud osas teisi materjale ja võimsamat tehnikat ning sellest tulenevalt suureneb töö maksumus. Hankija nõustus täitja poolt esitatud ettepanekuga ning poolte vahel sõlmiti hankelepingu muudatus. Tallinna Sadam põhjendas hankelepingu muutmise vajadust asjaoluga, et kui kai kandevõime on suurem kui esialgsetes hanketingimustes määratud, saab sadam vastu võtta suuremaid laevu ja suurendada sellega seoses oma konkurentsivõimet, eelkõige arvestati Hiina ettevõtete kasvava huviga sadama teenuste vastu. Nimetatud asjaolud ilmsid hankija väitel alles pärast hankelepingu sõlmimist. Riigikontrolli auditi käigus selgus aga, et Hiina sadama huvist luua Tallinna Sadama terminalis võimalus suurte laevade teenindamiseks oli hankija teadlik enne hankelepingu sõlmimist. Seega ei olnud hankelepingu muutmise aluseks ettenägematud asjaolud.

Kehtiva riigihangete seaduse § 3 p-de 1 ja 3 kohaselt on hankija kohustatud kasutama rahalisi vahendeid säästlikult ja otstarbekalt ning viima hankemenetlust läbi tagades selle läbipaistvuse ja kontrollitavuse, samad kohustused sätestavad eelnõu § 3 p-d 1 ja 5. Eeltoodust tuleneb hankija planeerimiskohustus.¹²⁴

¹²² EK C-24/91, *Komisjon vs Hispaania*, p 10.

¹²³ Riigikontrolli aruanne Riigikogule. Muuga konteinerterminali 17. kai rajamine (viide 117).

¹²⁴ Riigikontrolli aruanne Riigikogule. Muuga konteinerterminali 17. kai rajamine (viide 117), Lisa 1: advokaadibüroo Sorainen arvamus, lk 39.

Hankija peab hankemenetluse ettevalmistamisel lähtuma hoolsuskohustusest. Hankijal on kohustus läbi mõelda, mis on hankelepingu eesmärgiks ning milliste hanketingimuste määratlemisega on seda eesmärki võimalik saavutada. Hankija eelistuste muutumine või eesmärgi täpsustumine hankelepingu täitmise ajal ei ole ettenägematuks asjaoluks, mis annaks aluse hankelepingu muutmiseks. Asjaolu, et hankija muudab oma eelistusi lepingu täitmise ajal, viitab hanke puudulikule planeerimisele.

Hoolsusstandardi sisu sõltub hankijast. Maanteeamet kui kompetentsikeskus tee-ehitustööde valdkonnas või Tallinna Sadam kui Eesti suurim vee-ehitiste tellija peavad rakendama oluliselt kõrgemat hoolsusstandardit kui näiteks kohalikud omavalitsused samalaadsete tööde tellimisel, kuivõrd kohalikel omavalitsustel ei ole nii ulatuslikku kogemust ega nii suurt ja pädevat personali kui Maanteeametil või Tallinna Sadamal nimetatud valdkondades. Võib esineda olukordi, kus asjaolu võib ühe hankija puhul pidada ettenägematuks, kuid teise hankija puhul võib jõuda tulemuseni, et hankija pidi seda asjaolu ette nägema. Seega tuleb asjaolu ettenägematuse hindamisel arvesse võtta ka hankija isikut.

Ilmselt tekib vajadus hinnata asjaolu ettenägematust pigem projekteerimis-ehitushangete korral, kus tegemist on kogumaksumusega lepinguga. Ehitustööde hankimisel, kus hankijal on tööde teostamiseks ehitusprojekt olemas, on projekteerimise ja vajalike uuringute teostamise käigus ehitustöid puudutavad asjaolud ilmnunud ja hankija saab nimetatud asjaoludega ehituse hanke ettevalmistamisel arvestada. Projekteerimis-ehitushanke korral võib töövõtja projekteerimise käigus avastada, et esinevad asjaolud, mille tõttu ei ole võimalik hanketingimuste kohaselt lepingut täita, näiteks erinevad aluspinnase tingimused oodatust. Samuti võivad hankelepingu muutmist õigustavad ettenägematud asjaolud olla seotud muinsuskaitsega või arheoloogiliste leidudega ehitusalusel maa-alal, mis takistavad ehitustööde tähtaegset teostamist.¹²⁵

Ehituslepingute puhul tuleb asjaolude ettenägematuse hindamisel lisaks hankija hoolsuskohustusele arvesse võtta asjaolu, et ka pakkujatel kui oma ala professionaalidel on laialdane kontrolli- ja informeerimiskohustus. Riigikohus on ühelt poolt märkinud, et eriteadmistega isikute juhiseid ei pea täiendavalt kontrollima,¹²⁶ teisalt on väljendanud seisukohta, et isegi kui tellija tegutseb majandustegevuses, on töövõtulepingu raames asjatundjaks eelkõige töövõtja¹²⁷. Kuivõrd töövõtuleping sõlmitakse eelduslikult oma ala asjatundjaga ja seetõttu võib töövõtjalt alati oodata erilist asjatundlikkust ning tegevusalal

¹²⁵ Riigihangete juhiseid, lk 166.

¹²⁶ RKT 3-2-1-14-12 p 6.

¹²⁷ RKT 3-2-1-60-15 p 15.

tegutsemiseks vajalike kutsealaste teadmiste ja oskuste olemasolu¹²⁸, on autor seisukohal, et pakkuja kontrolli- ja informeerimiskohustust ei vähenda asjaolu, et hankija näol on tegemist vastavas valdkonnas eriteadmisi omava isikuga. Ehitushangete puhul puudutab pakkuja kontrollikohustus eelkõige hankija juhiseid, sh hankija poolt esitatud ehitusprojekti. Kui ehitusprojekti ilmnevad pärast ehituslepingu sõlmimist vead, mille hoolas pakkuja oleks pidanud avastama, on tegemist asjaoluga, mille eest vastutab pakkuja. Hoolsa pakkuja mõistet saab sisustada konkreetsel kutsealal põhjalikult läbitöötatud kutsestandardite ja normatiivide kaudu.¹²⁹ Eelkõige on sellisteks puudusteks, mida pakkuja oleks pidanud avastama, ilmsed vastuolud projekti erinevate osade vahel, samuti puudused, kus on eksitud üldteada asjaolude vastu, näiteks on tee-ehitusprojekti välja jäetud teatud konstruktsioonikiht. Siiski ei tulene VÕS § 641 lg-st 3 pakkujale kohustus pakkuda ise võimalikke lahendusi.¹³⁰

Pakkujad peavad hankemenetluse ajal hankija juhistes avastama puudused, mis oleks äratuntavad vastava valdkonna hoolsale professionaalile. Projekteerimis- ja ehitushangete korral, kus pakkuja määrab pakkumuse koostamisel töömahud, tuleb töömahtude või materjalikulutuste ettenähtavuse hindamisel lähtuda küsimusest, millise kalkulatsiooni oleks koostanud objektiivne ja hoolikas töövõtja; töömahtude suurenemisel ei saa tugineda ettenägematusetele, kui juba töömahtude määramisel on selge, et selliste mahtude alusel ei ole võimalik nõuetekohast tööd teostada või on pakkuja töömahtude määramisel lähtunud minimaalsetest võimalikest töömahtudest.¹³¹ Töövõtulepingu puhul on tegemist tulemusele suunatud lepinguga, mis tähendab, et töövõtja vastutab tulemuse mittesaavutamise või lepingutingimustele mittevastava tulemuse eest ka juhul, kui ta on tulemuse saavutamiseks vajalike toimingute tegemisel järginud käibes vajalikku hoolsust.¹³²

Euroopa Kohus ei pidanud ettenägematuks asjaolu, et lepingu täitmise käigus jäeti vajalik kooskõlastus projektile andmata ning seetõttu tuli teostatavaid töid muuta. Kohus märkis, et kui projekt puudutab teatud isikute õigusi, on hankijal võimalik nimetatud isikute seisukohad enne hankemenetlust välja selgitada. Asjaolu, et projekti ei kooskõlastata, on ettenähtav, kuivõrd kooskõlastuse saamise nõudel on kindel eesmärk ning asutus, kelle kooskõlastus on projektile nõutav, peab teatud asjaolusid kontrollima. Kui nimetatud asutus leiab

¹²⁸ K. Saare, K. Tamm, U. Volens. Ehitise garantii kehtivas eraõiguse süsteemis. – *Juridica* 2013/3, lk 173.

¹²⁹ Samas, lk 173.

¹³⁰ RKTK 3-2-1-177-11 p 13.

¹³¹ P. Varul jt (koost) (viide 57). VÕS § 639/3.3.2.

¹³² P. Varul jt (koost) (viide 57). VÕS § 635/3.1.1.

õiguspäraselt, et esinevad alused kooskõlastamata jätmiseks, siis ei ole tegemist ettenägematu asjaoluga.¹³³

Viimati nimetatud lahendis väljendatud Euroopa Kohtu seisukoht on asjakohane ehituslepingutes, kus ehitusloa taotlemine on sätestatud lepingu täitja kohustusena. Ehitusseadustiku § 42 lg 1 kohaselt antakse ehitusluba, kui esitatud ehitusprojekt vastab õigusaktides sätestatud nõuetele, eelkõige detailplaneeringule või projekteerimistingimustele ning ehitisele ja ehitamisele esitatud nõuetele, seaduses sätestatud juhul peab ehitise vastama riigi või kohaliku omavalitsuse eriplaneeringule. Lisaks tuleb arvestada, et EhS § 42 lg 3 kohaselt võib ehitusloale sätestada kõrvaltingimuse, mh p 5 kohaselt ehitise või ehitamise keerukusest tulenevad lisatingimused ehitamiseks ja p 6 kohaselt ehitusprojekti ekspertiisi tegemise. Samuti on EhS § 42 lg 6 kohaselt pädeval asutusel põhjendatud juhul õigus nõuda ehitusuuringute tegemist või olemasolevate uuringute täpsustamist. Ehitusloa väljastamisel on tegemist haldusmenetlusega, kus haldusorgan teostab kaalutusõigust. Haldusmenetluse seaduse¹³⁴ § 4 lg 2 kohaselt tuleb kaalutusõigust teostada kooskõlas volituse piiride, kaalutusõiguse eesmärgi ning õiguse üldpõhimõtetega, arvestades olulisi asjaolusid ning kaaludes põhjendatud huve. Pädev asutus on ehitusloa menetlemisel kohustatud arvesse võtma erinevaid asjaolusid ning tegema konkreetsest asjaoludest lähtuvalt otsuse. Ei saa väita, et pädev asutus alati ehitusloa väljastab, vastasel korral kaoks ehitusloa menetlusel mõte. Seega juhul, kui ehitusloamenetluse tulemusena ehitusluba ei väljastata, pädev asutus kehtestab ehitusloa kõrvaltingimused või nõutakse ehitusuuringute tegemist või täpsustamist, ei saa seda pidada ettenägematuks asjaoluks, mis lubaks hankelepingut muuta. Juhul, kui tegemist on projekteerimis-ehitushankega, peaks ehitusloa mitteväljastamise risk jääma lepingu täitja kanda. Sellisel juhul peaks projekteerimis-ehituslepingu täitja pädeva asutuse poolt nõutud toimingud teostama omal kulul ning vastutama hankija ees seoses täiendavatest toimingutest põhjustatud kohustuste täitmise viivitusega. Kui tegemist on ehitustööde hankimisega, tuleb hinnata põhjust, mille tõttu ehitusloa kõrvaltingimused esitati, ehitusuuringute tegemist või täpsustamist nõuti: kui tegemist projekti vigadega, mida hoolas hankija oleks hankemenetluse ajal pidanud VÕS § 641 lg-st 3 tulenevast kontrollkohustusest märkama, on nimetatud asjaolude esinemise risk lepingu täitja kanda. Seega peab sellisel juhul lepingu täitja vajalikud toimingud ehitusloa saamiseks omal kulul teostama ning vastutama ka sellest tuleneva viivituse eest kohustuste täitmisel. Kui ehitusluba ei väljastata aga põhjusel, mida hoolas pakkuja ei pidanud hankemenetluse ajal märkama, on lepingu täitja

¹³³ EK C-318/94, *Komisjon vs Saksamaa*, p 15-18.

¹³⁴ Haldusmenetluse seadus. - RT I, 23.02.2011, 8.

vastutus sellega seonduva kohustuste täitmise eest välistatud VÕS § 101 lg 3 alusel. Toimingute, mis on pädeva asutuse otsuse kohaselt vaja ehitusloa saamiseks teha, teostamise peab tagama hankija. Sama põhimõtte kehtib juhul, kui ehitusloa taotlemine on hankija kohustus, kuid hankija hakkab ehitusloa taotlemise pärast ehituse hankelepingu sõlmimist. Kui ehitusloa taotlemine on hankija kohustus, peaks hoolas hankija ehitusloa taotlemise enne hankemenetluse algust.

Kui ehitusloa menetluse tulemusena on hankelepingu eesmärgi täitmiseks vajalik tellida lisatöid, tuleb nende lubatavust hinnata tulenevalt täiendavate ehitustööde tellimise alustest, mida käsitleti käesoleva töö alapeatükis 1.2.

Kui lepingu muutmise tinginud asjaolud olid ettenähtavad, kuid hankija ei näinud neid asjaolusid ette või ei arvestanud asjaoludega muudel põhjustel, on S.Arrowsmithi hinnangul võimalik hankelepingut muuta tuginedes riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p-st b tulenevale lisatööde tellimise klauslile.¹³⁵

Riigihankedirektiivi preambula punkti 109 kohaselt on lepingu muutmine ettenägematutele asjaoludele tuginedes asjakohane pigem pikemaajaliste lepingute puhul. Pikemaajaliste lepingute puhul on Euroopa Kohtu seisukoha kohaselt muutmisel lubatud arvesse võtta ka tehnoloogia arengut.¹³⁶ Ehituslepingute puhul tähendab see seisukoht, et kui ettenägematute asjaolude tõttu on vaja muuta mingi konkreetse materjali mahtu, kuid kuna lepingu sõlmimisest on möödunud pikem ajavahemik ja selle materjali asemel turule tulnud täiustatud materjal, siis võib lisaks mahule muuta ka materjali.

Hankelepingu muutmise korral tuginedes ettenägematutele asjaoludele ei pea säilima lepingu majanduslik tasakaal.¹³⁷ Seega peab hankija tagama, et lepingu eesmärk saaks täidetud. Hankija ei pea analüüsima, kas muudatuse tulemusena lepingu täitja kohustuste maht ja selle eest saadav tasu jäi võrreldes esialgse lepinguga samaks.

Riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p c alapunkti iii kohaselt ei või hankelepingu muutmise korral ettenägematutele asjaoludele tuginedes maksumus suureneda rohkem kui 50 protsenti esialgse lepingu maksumusest, sama piirang tuleneb ka eelnõu § 123 lg 1 p-st 4. See tähendab, et erinevate muudatuste koguväärtus kokku võib ületada 50 protsenti esialgse lepingu maksumusest. Järjestikkuseid muudatusi ei tohi aga teha selleks, et hoiduda kõrvale direktiivi sätetest. Kui tegemist on sisu poolest ühe muudatusega, on keelatud see muudatus mitmeks

¹³⁵ S. Arrowsmith, p 6-301.

¹³⁶ EK C-337/98, *Komisjon vs Prantsusmaa*, p 51.

¹³⁷ S. Arrowsmith, p 6-300.

jagada, et jääda lubatud väärtuse piiresse. Nagu lisatööde tellimise korral, saab ka käesolevas peatükis käsitletaval alusel lepingu muutmise lubatavuse hindamisel tugineda muudatuse tegemise ajale. Lisaks on õiguskirjanduses märgitud, et arvesse tuleb võtta ka lepingu keerukust: kui lihtsat lepingu muudetakse lühikese aja jooksul pärast sõlmimist, on tegemist pigem keelatud muudatusega ning lubatavaks saab ilmselt pidada keeruka lepingu muutmist pikka aega pärast sõlmimist.¹³⁸

Hankelepingu muutmine tuginedes ettenägematutele asjaoludele on asjakohane pigem pikemaajaliste ja keerukate lepingute puhul. Üldine hinnatõus ja muudatused maksunduses ei anna alust hankelepingu muutmiseks. Hankelepingu muutmine hinnatõusu tõttu on õigustatud, kui hinnatõusu on põhjustanud mingi ettenägematu pooltest sõltumatu sündmus.

Hankijal on hanke ettevalmistamisel planeerimiskohustus. Asjaolu ettenägematuse hindamisel on oluline analüüsida, milline on konkreetse hankija hoolsusstandard ning kas hankija käitus hanke ettevalmistamisel sellele vastavalt, hankija eelistuste muutumine hankelepingu täitmise ajal ei anna lepingu muutmiseks õiguslikku alust. Hankija peab tagama tasakaalu hanke ettevalmistamisele tehtavate kulutuste ja hangitavate ehitustööde maksumuse vahel. Samuti tuleb hankelepingu muutmise lubatavuse hindamisel arvestada asjaoluga, et ehituslepingute korral on pakkujatel laialdane kontrollikohustus hankija poolt antud juhiste, eelkõige ehitusprojekti, osas.

¹³⁸ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 2.2.5.

2. Hankelepingu keelatud muudatused

Riigihankedirektiivi art 72 lg-s 4 on sätestatud tingimused, mille korral on tegemist hankelepingu olulise muudatusega ja mille esinemise korral on hankija kohustatud korraldama uue hankemenetluse. Hankelepingu keelatud muudatuse puhul on tegemist Pressetexti lahendis Euroopa Kohtu poolt väljendatud seisukohtade kodifitseerimisega. Oluliseks kvalifitseerub muudatus juhul, kui täidetud on kasvõi üks riigihankedirektiivi art 72 lg-s 4 sätestatud tingimustest.

Käesolevas peatükis käsitletakse hankelepingu olulisi ehk keelatud muudatusi. Riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p e kohaselt on lubatud mitteolulised muudatused sõltumata väärtusest. Seetõttu on oluline selgitada riigihankedirektiivi art 72 lg 4 mõttes olulise muudatuse sisu. Muudatused, mille näol ei ole tegemist riigihankedirektiivi art 72 lg 4 mõttes olulise muudatusega, on lubatud.

2.1. Hankemenetluses osalenud pakkujate ringi võimalik suurenemine

Riigihankedirektiivi art 72 lg 4 p a kohaselt on tegemist olulise muudatusega, kui muudatusega lisatakse tingimusi, mis oleksid võimaldanud osaleda ka muudel kui algselt välja valitud taotlejatel või aktsepteerida muid kui algselt aktsepteeritud pakkumusi või mis oleksid hankemenetlusesse kaasanud täiendavaid osalejaid, kui muudatusi oleks rakendatud algses hankemenetluses. Eelnõu § 123 lg 2 p 1 kohaselt on muudatus oluline, kui muudatusega lisatakse tingimus, mis laiendanuks võimalike riigihankes osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakkumuste hulka, kui riigihanke alusdokument oleks sellist tingimust sisaldanud. Käesolevas alapeatükis analüüsitakse, milliste ehituse hankelepingu tingimuste muutmine oleks võinud hankemenetluses osalenud pakkujate ringi mõjutada.

Muudatuse lubatavuse hindamisel tuleb seega analüüsida, millised hanketingimused mõjutavad potentsiaalsete pakkujate otsust hankemenetluses osalemises osas. Erialakirjanduses on sellise tingimuse näiteks toodud olukord, kus esialgsete hanketingimuste kohaselt nõutakse lepingu täitjalt pangagarantiid täies tasu ulatuses, kuid pärast lepingu sõlmimist aktsepteerib hankija vaid 50 protsendi suurust tagatist; samuti vastutust reguleerivad tingimused, mille kohaselt algselt on nõutud, et ühispakkujad vastutaksid solidaarselt, kuid hiljem nimetatud tingimust muudetakse nii, et iga pakkuja vastab oma lepingu täitmise osa eest.¹³⁹ Toodud näited puudutavad pakkujate finantskohustusi ja on

¹³⁹ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 2.2.2.

ilmselge, et finantsotsustel on suur kaal otsustamaks hankemenetluses osalemise üle. Pangagarantii esitamine on pakkuja jaoks otsene kulu ning vähendab pakkuja jaoks lepingu täitmise kasumlikkust. Pakkujate finantskohustusi mõjutavad ka hankelepingu tingimused, mis sätestavad lepingu täitja kohustuse sõlmida enne lepingu täitmist vastutuskindlustusleping. Kui hankelepingus on kindlaks määratud kahju suurus, mille kindlustusandja peab lepingu täitja poolt kolmandatele isikutele tekitatud kindlustusjuhtumi tagajärjel hüvitama, on keelatud hankelepingu muutmine viisil, mille tulemusena hankija aktsepteerib, et lepingu täitja on vastutuskindlustuslepingu sõlminud väiksema hüvitise ülempiiri osas, kui hankelepingu kohaselt nõutud. Tuleb eeldada, et pakkuja rahalisi kohustusi ja lepingu täitmise kasumlikkust mõjutavad asjaolud omavad alati mõju pakkujate ringile hankemenetluses. Kuigi vastutust puudutavad tingimused ei oma pakkujale otsest rahalist mõju, siis ei saa välistada, et mõned pakkujad ei osalenud hankemenetluses põhjusel, et ei soovinud võtta ebamäärast ja hoomamatut riski teiste töövõtjate poolt teostatavate töö osade suhtes.

Pakkuja võimaliku vastutuse ulatust lepingu täitmisel on käsitletud ka Euroopa Kohus lahendis C-243/89, kus hanke esemeks oli silla ehitus. Hanketingimuste kohaselt tuli pakkumus teha valides kolme projekti vahel ning kui pakkuja soovis töid teostada mõne muu projekti alusel, kohustus pakkuja võtma nimetatud projekti osas täieliku vastutuse ning muu hulgas jäi pakkuja kanda töömahtude muutumise risk. Edukaks tunnistati pakkumus, milles pakkuja tegi pakkumuse enda projekti alusel, võtmata vastutust nimetatud projekti eest. Euroopa Kohus märkis, et selline käitumine on vastuolus läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttega, kuna pakkujal võimaldati hanketingimustes sätestatust erinev pakkumus teha, kusjuures sellist võimalust ei olnud hanketingimustes ette nähtud.¹⁴⁰

Samuti mõjutavad pakkujate otsust hankemenetluses osalemise osas tingimused, mis puudutavad hankija poolt tasu maksmist. Tasu näol on kahtlemata tegemist olulise lepingutingimusega.¹⁴¹ Euroopa Kohus on *Succhi di Frutta SpA* kaasuses märkinud, et hankija ei tohi pärast lepingu sõlmimist muuta tasumisega seotud tingimusi.¹⁴² Erialakirjanduses on peetud tingimust, millega muudetakse hankelepingu finantstingimusi nii, et lisatakse lepingu täitjale ettemaksu tegemise säte, lubamatuks.¹⁴³ Ettemaksete tegemine omab kahtlemata mõju pakkujate otsustele hankemenetluses osalemise osas. Eriti mõjutab

¹⁴⁰ EK C-243/89, *Komisjon vs Taani*, p 40, 41.

¹⁴¹ *Pressetext* p 59.

¹⁴² *Succhi di Frutta SpA* p 117.

¹⁴³ E. Karindi-Kask, lk 11.

ettemaksete tegemine väiksemate ettevõtete otsuseid, kelle finantsvõimekus on madalam. Kui esialgsete tingimuste kohaselt ei olnud ettemaksete tegemine ette nähtud, võisid hankemenetluses osalemisest loobuda mitmed ettevõtted, kellel polnud võimalik tarnida tööde teostamiseks vajalikke materjale. Kui ettemaksete tegemine oleks algusest peale teada olnud, oleks nimetatud ettevõtted saanud hankemenetluses osaleda. Seetõttu peab hankija vältima lepingu muutmist, kui muudatuse sisuks on lepingu täitjale ettemaksete tegemine. Lisaks on oluline märkida, et riigi raamatupidamise üldeeskirja¹⁴⁴ § 15 lg 8 kohaselt ettemaksete tasumist võimaluse korral välditakse¹⁴⁵.

Lisaks ettemakse tasumisele mõjutavad pakkujate ringi ka muud tasumist reguleerivad sätted. Kui hanketingimuste kohaselt kohustus hankija kogu tasu maksuma pärast töö lõpetamist lepingu täitja poolt, ei saa pidada lubatavaks lepingu muudatust, millega nähakse ette etapiviisiline tasumine pärast teatud töö osade teostamist. Tingimus, mille kohaselt vahemakseid ei teostata, võis samuti suure tõenäosusega mõjutada väiksemate ettevõtete otsust hankemenetluses osalemise osas. Olukord, kus tasumine toimub ühes osas pärast kõigi kohustuste täitmist lepingu täitja poolt, eeldab samuti pakkujatelt suuremat finantsvõimekust. Seetõttu võib väita, et suure tõenäosusega oleks riigihankes osalejate ring olnud laiem, kui selline tingimus oleks kõigile pakkujatele hankemenetluse ajal teada olnud.

Presstexti lahendis on märgitud, et muudatust võib pidada oluliseks, kui muudatus oleks tinginud esialgses hankemenetluses ka teiste kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujate osalemise või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti.¹⁴⁶ Seisukohta, mille kohaselt tingimuste muutmine võib tekitada olukorra, kus hankemenetluses osalenud pakkujad oleksid võinud võimalikku muudatust arvestades teha teistsugused pakkumused, on Euroopa Kohus väljendanud ka *Succhi di Frutta SpA* kaasuses.¹⁴⁷

Seega, kuigi see otseselt riigihankedirektiivi ega eelnõu sõnastusest ei tulene, tuleb muudatuse olulisuse hindamisel peale pakkujate ringi võimaliku suurenemise analüüsida ka küsimust, kas muudatus oleks võinud tingida mõne teise pakkuja edukaks tunnistamise. Näiteks võiks tuua väga spetsiifilise ehitustöö hankemenetluse, mille puhul on Eestis välja kujunenud teatud

¹⁴⁴ Riigi raamatupidamise üldeeskiri. RaM 11.12.2003 nr 105. - RT I, 22.12.2015, 33.

¹⁴⁵ Raamatupidamise seaduse (Raamatupidamise seadus. - RT I, 30.12.2015, 65) § 36 lg 1 kohaselt on riigi raamatupidamise üldeeskiri kehtestatud riigi ja riigiraamatupidamiskohustuslaste raamatupidamise ja finantsaruandluse korraldamiseks, § 2 lg 4 kohaselt on riigiraamatupidamiskohustuslaseks iga ministeerium ja Riigikantselei oma valitsemis- ja haldusala ulatuses ning põhiseaduslikud institutsioonid – Riigikogu, Vabariigi President, Riigikontroll, õiguskantsler ja Riigikohus.

¹⁴⁶ *Presstext* p 35.

¹⁴⁷ *Succhi di Frutta SpA* p 116.

pakkujate ring, kes analoogsetel hangetel üldjuhul osalevad. Juhul, kui kõik eelnimetatud pakkujad hankemenetluses osalesid, ei saa hankija väita, et muudatusel ei ole mõju pakkujate ringile, kuivõrd ei ole välistatud, et kui muudatus oleks teada olnud hankemenetluse ajal, oleks võinud edukaks osutada mõni teine pakkuja.

Euroopa Kohus on Wall AG kaasuses märkinud, et kui ühe alltöövõtja eelistamine oli konkreetse lepinguga täitmisega seoses oluline, näiteks kui tugineti alltöövõtja pädevusele, võib nimetatud tingimuse muutmise näol olla tegemist olulise muudatusega, kuivõrd nimetatud muudatus oleks võinud mõjutada esialgses hankemenetluses osalenud pakkujate ringi või oleks põhjustanud mõne teise pakkumuse edukaks tunnistamise.¹⁴⁸

Ehituse hankelepingute korral on tavapärane, et hankija seab teatud nõuded pakkuja meeskonna liikmetele. Ehitusseadustiku § 23 lg 1 kohaselt pädev isik teeb, kontrollib või juhib iseseisvalt oma pädevusega seonduval tegevusalal tööd ja vastutab selle eest, esitab enda nimel, ettevõtja heaks tegutsedes ka ettevõtja nimel, tehnilisi seisukohti ning vajaduse korral korraldab ressursside jagamist ja teiste tööd, § 23 lg 2 kohaselt on isik pädev, kui tal on töö eripärale vastav kvalifikatsioon. Selleks, et töö teostamisel oleks tagatud vastavas valdkonnas kvalifitseeritud ning vajalike oskuste ja kogemustega personal, seatakse tingimused, mille kohaselt peab tööde teostamisel kasutama mh isikuid, kes vastavad hanketingimustes sätestatud nõuetele hariduse, töökogemuse ja kvalifikatsiooni osas. Arvestada tuleb asjaoluga, et EHS § 24 lg 2 kohaselt peab pädeva isiku kvalifikatsioon olema tõendatud järgmistel tegevusaladel: „ehitusloakohustusliku ehitise ehitamine, ehitusloakohustusliku ehitise ehitusprojekti koostamine, omanikujärelevalve tegemine, energiamärgise andmine, energiaauditi tegemine, ehitusuuringute teostamine, ehitusprojekti ekspertiisi teostamine, ehitise auditi tegemine, tahkekütusel töötava kütteseadme ning korstna ja ühenduslõõri ehitamine ja paigaldamine, korstnapühkimine, liiklusohutuse auditi tegemine, avalikult kasutatavate teede korrashoiu teostamine ja liikluskorralduse projektide tegemine.“ Isiku kvalifikatsiooni tõendab EHS § 24 lg 1 kohaselt kutseaduse kohane kutse või muu õigusakti kohane pädevustunnistus. Kui hankelepingut muudetakse nimetatud nõuete osas, võib eeldada, et see muudatus mõjutab esialgses hankemenetluses osalenud pakkujate ringi. Esialgses hankemenetluses ei osalenud ettevõtjad, kellel ei ole võimalik töö teostamisel kasutada esialgsetele tingimustele vastavaid isikuid. Seega tuleb lubamatuks pidada muudatusi, mis käsitlevad nõudeid töövõtja meeskonna liikmete kvalifikatsioonile, eelnevale töökogemusele ja haridusele. Õiguskirjanduses on samuti lubamatuks peetud muudatust, kus

¹⁴⁸ Wall AG p 38-39.

algsest nõutakse ettevõtjalt või töid juhtivalt vastutavalt spetsialistilt kindla tegevusloa omamist, kuid hiljem seda ei nõuta.¹⁴⁹

Oluline asjaolu lepingu kulutõhususe kaalumisel on lepingu täitmise tähtaeg. Pakkujad, kaaludes hankemenetluses osalemist, analüüsivad, kas nad on arvestades personali suurust ja olemasolevaid vahendeid võimelised hankedokumentides sätestatud tähtaja jooksul hangitavaid töid teostama. Juhul, kui muudetud tähtaeg on oluliselt pikem, kui hankedokumentides sätestatud, on tõenäoline, et pakkujad, kes oleksid pikema tähtaja korral hankemenetluses osalenud, loobusid pakkumuse esitamisest lühikese ja seetõttu mitte kulutõhusa tähtaja tõttu.¹⁵⁰ Seega võib väita, hankelepingu tähtaja pikendamine omab potentsiaalselt mõju esialgses hankemenetluses osalenud pakkujate ringile. Lisaks arvestavad pakkujad hankemenetluses osalemise üle otsustades neil hanketeate avaldamise ajal pooleliolevate objektidega. Pakkujad analüüsivad, kas ajaks, kui edukaks tunnistamise korral tuleks hankelepingust tulenevaid kohustusi täitma hakata, on see seoses pooleliolevate objektidega võimalik. Muudatust, mille kohaselt hankelepingu täitmise alguse tähtpäeva muudetakse hilisemaks, kusjuures lepingu täitmise tähtaja pikkus jääb muutumatuks, tuleb samuti pidada keelatud muudatuseks. Kirjeldatud olukorras pole välistatud, et kui hankelepingu täitmise alustamise tähtpäev oleks juba esialgsete hanketingimuste kohaselt olnud hilisem, oleksid hankemenetluses pakkumuse teinud ka need pakkujad, kes pooleliolevate objektide tõttu pakkumust ei teinud. Olukorras, kus hankelepingu täitmise alustamise tähtpäevaks ei ole hankeleping sõlmitud näiteks vaidlustuse tõttu, on tähtaegade edasilükkamist viivituse võrra hankepraktikas lubatavaks peetud.

Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, et isegi kui ei ole alust eeldada, et muudatus võiks võimalike pakkujate ringi suurendada, ei ole lubatud muudatused, mis muudavad hanketingimustes esitatud tingimusi, mille kohta hankija on öelnud, et need on olulised tingimused; kui mõne tingimuse osas ei ole lubatud hankedokumentide kohaselt muudatusi teha, siis nimetatud tingimusi ei tohi ka hiljem lepingu täitmise ajal muuta, muudatuse olulisust on võimalik hinnata ka selle kaudu, kas nimetatud tingimuse rikkumise puhuks on lepingus ette nähtud sanktsioon – kui jah, võib sellest järeldada, et tegemist on hankija jaoks olulise tingimusega.¹⁵¹

Sageli on ehituse hankelepingutes ette nähtud leppetrahv kohustuse täitmisega hilinemise osas. Tähtaja olulisuse saab tuletada ka muudest asjaoludest, mh sellest, millise eesmärgi

¹⁴⁹ M. A. Simovart (viide 37), lk 53.

¹⁵⁰ M. A. Simovart (viide 23), lk 254; E. Karindi-Kask, lk 8.

¹⁵¹ S. T. Poulsen, lk 175-176.

täitmiseks on hankemenetlus läbi viidud. Kui hankelepingu esemeks on ehitustööde teostamine suveperioodil koolides või lasteaedades, on ilmselge, et hankija jaoks on väga oluline, et hankeleping oleks õppeaasta alguseks täidetud. Teetööde hankimise puhul on töö teostamise aeg samuti oluline, kuivõrd töid teostatakse välitingimustes ja sellest tulenevalt on nimetatud tööde teostamine võimalik vaid teatud ajal aastast. See tähendab, et kui hankelepingu kohaselt on lepingu täitmise tähtaeg sätestatud nii, et tööd lõpetatakse vahetult enne sobiva perioodi lõppu, võib väiksemgi muudatus tähtaja pikendamise osas põhjustada lepingu täitmise tähtaja lükkumise järgmisse perioodi. Nimetatud juhtudel on lepingute tähtaegne täitmine väga oluline. Muudatus tingimustes, mis puudutavad lepinguliste kohustuste täitmise aega, omab eeltoodud näidete korral potentsiaalselt mõju esialgses hankemenetluses osalenud pakkujate ringile.

Pakkujate ringi suurenemist tuleb hinnata lepingu sõlmimise aja, mitte muudatuse kaalumise aja seisuga.¹⁵²

Sageli seisneb ehituslepingute muudatus selles, et lepingu esemeks olevate tööde mahtu vähendatakse. Hankelepingu mahu vähendamine võib seisneda nii teatud töö osade ärajätmises kui mahtude vähendamises. Autor on seisukohal, et lepingu mahu vähendamine võib suure tõenäosusega mõjutada esialgses hankemenetluses osalenud pakkujaid. Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, et kui hankija otsustab tööde mahtu vähendada majanduslikel põhjustel, ei nõua see üldjuhul uue hankemenetluse korraldamist, kuivõrd see võib konkurentsi mõjutada vaid erandlikes olukordades.¹⁵³ Teisalt on hankija kohustatud hankemenetlust planeerides täitma hoolsuskohustust. Eeldusel, et hankijad hankemenetluse ettevalmistamisel hoolsuskohustust täidavad, ei tohiks esineda olukordi, kus hankija soovib hankelepingu mahtu vähendada majanduslikel põhjustel. Kui selline olukord siiski tekib, on see ilmne viide hankija ebapiisavale ettevalmistustööle ning see ei tohiks anda õiguslikku alust lepingu muutmiseks.

Hankelepingu maht omab enamasti mõju ka hankelepingu täitmise tähtajale: mida mahukam leping, seda pikem aeg kulub üldjuhul lepingust tulenevate kohustuste täitmiseks. Seega pole hankelepingu mahu vähendamise korral võimalik välistada, et pakkujad, kes loobusid hankemenetluses osalemisest põhjusel, et tegemist on liialt mahuka ja pikaajase lepinguga, oleksid kohustuste vähendatud mahu korral hankemenetluses osalenud.

¹⁵² S. T. Poulsen, lk 174.

¹⁵³ Samas, lk 179.

Hankijal on tugev argument väitmaks, et muudatus ei mõjuta algset pakkujate ringi ega edukaks tunnistatud pakkujat, kui edukaks tunnistatud pakkuja pakkumuse ja järgmise pakkumuse vahe oli väga suur või osaleski hankel ainult üks pakkuja.¹⁵⁴ Tuleb rõhutada, et tegemist on ühe argumendiga, millest üksi ei piisa.

Hindamaks, kas kavandatav muudatus omab mõju pakkujate ringile, tuleb välja selgitada, millised hanketingimused mõjutavad potentsiaalsete pakkujate otsust hankemenetluses osalemise kohta. Eeldatavasti mõjutavad pakkujate otsust hankemenetluses osalemise osas pakkuja rahalisi kohustusi ja lepingu täitmise kasumlikkust mõjutavad asjaolud. Samuti võib väita, et esialgses hankemenetluses osalenud pakkujaid mõjutavad tingimused, mis puudutavad tasu maksmist, sh ettemaksu tasumist ja vahemaksete teostamist puudutav regulatsioon. Pakkujate ringi mõjutavaks muudatuseks tuleb pidada tingimusi, mis puudutavad nõudeid seoses tegevuslubade, nõuetega töövõtja meeskonna liikmete kvalifikatsioonile, eelnevale töökogemusele ja haridusele. Võib väita, et üldjuhul omavad mõju pakkujate ringile ja hankemenetluse tulemusele ka tingimused, mis käsitlevad lepingu täitmise tähtaega ning lepingu mahtu.

2.2. Hankelepingu üldise olemuse muutmine

Lisaks riigihankedirektiivi art 72 lg-s 4 ja eelnõu § 123 lg-s 2 sätestatutele on keelatud ka muudatused, millega muudetakse hankelepingu üldist olemust. Nii on see hankelepingu muutmisel vastavalt lepingus ettenähtud tingimustele (riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p a, eelnõu § 123 lg 1 p 2) ja lepingu muutmise korral ettenägematute asjaolude tõttu (riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p c, eelnõu § 123 lg 1 p 4). Kuigi ei riigihankedirektiiv ega eelnõu seda otsesõnu ei sätesta, kehtib sarnane piirang ka lisatööde tellimisel riigihankedirektiivi art 72 lg 1 p b ja eelnõu § 123 lg 1 p 3 kohaselt, kuivõrd on sätestatud nõue, mille kohaselt lisatööd peavad olema esialgse tööga kas tehniliselt või majanduslikult seotud.

Samuti on keeld muuta hankelepingu üldist olemust sätestatud riigihankedirektiivi art 72 lg-s 2 ja eelnõu § 123 lg 1 p-s 1, mis sätestavad *de minimis* reegli. Nimetatud reegli kohaselt on ehituse hankelepingut lubatud muuta, kui muudatuse väärtus ei ületa riigihanke (rahvusvahelist) piirmäära ega 15 protsenti ehitustööde hankelepingu algsest maksumusest. *De minimis* reegli rakendamine eeldab, et muudatust on võimalik rahaliselt hinnata.

¹⁵⁴ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 2.2.2.

Käesolevas alapeatükis käsitletakse küsimust, milles seisneb ehituse hankelepingu üldine olemus ja millest lähtuvalt tuleb lepingu üldise olemusega seonduvalt hinnata lepingu muutmise lubatavust.

Eelnõu seletuskirjas on märgitud, et muudatused 15 protsendi ulatuses ei tohiks muuta hankelepingu üldist olemust.¹⁵⁵ Samas on õiguskirjanduses avaldatud seisukohta, mille kohaselt kui muudetakse lepingu üldist olemust, siis võib ka rahaliselt väikesemahuline muudatus oluliselt mõjutada pakkujate ringi.¹⁵⁶

Mõistet riigihanke olemus ei ole riigihankedirektiivis defineeritud. Mõningase vihje nimetatud mõiste sisustamiseks saab riigihankedirektiivi preambula punktist 109, milles on näitena riigihanke olemuse muutmise kohta toodud olukord, kus riigihanke esemeks olevad ehitustööd, asjad või teenused asendatakse millegi muuga või riigihanke liiki oluliselt muudetakse. Riigihanke liigi olulise muudatusena on eelnõu seletuskirjas nimetatud sellist muudatust, mille tulemusena tulnuks rakendada rangemaid nõudeid seoses läbipaistvuse tagamise kohustusega, pakkujate kõrvaldamise või kvalifitseerimisega või menetluslike tähtaegadega.¹⁵⁷

Riigihangete seaduse § 28 lg 2 p 1 sätestab hankija õiguse korraldada hankemenetlus väljakuulutamisetähtaegade tähtsustamisega hankemenetlusena olukorras, kus hankemenetluse käigus ei esitatud ühtegi pakkumust ega hankemenetluses osalemise taotlust või kõik esitatud pakkumused olid olemuselt erinevad hankedokumentides sätestatud hankelepingu eseme tehnilisest kirjeldusest ja riigihanke esialgseid tingimusi olemuslikult ei muudeta. Viidatud sätte osas on hanketingimuste olemusliku muutmise seoses märgitud, et nimetatud juhul tuleb vältida tehnilise kirjelduse ning hankelepingu oluliste tingimuste muutmist.¹⁵⁸ Tehnilises kirjelduses tuleb RHS § 32 lg 1 p 1 (eelnõu § 87 lg 1 p 2) kohaselt esitada ehitustööde hankelepingu esemeks olevate ehitustööde omadused ja neile esitatavad tehnilised nõuded. Käesoleva töö autor on seisukohal, et eelpool toodud tõlgendus on liialt kitsendav. Riigihangete seaduse § 32 lg 2 (eelnõu § 87 lg 3) kohaselt peab ehitustöödele esitatavate tehniliste nõuete kogum kirjeldama nõudeid materjalidele, toodetele või asjadele viisil, mis võimaldab hinnata nende sobivust hankija seatud objekti kasutusotstarbega. Seega saab väita, et tuginedes eeltoodud tõlgendusele ei oleks lubatud ka tehnilises kirjelduses toodud

¹⁵⁵ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde (viide 88), lk 118.

¹⁵⁶ S. Treumer (viide 31), lk 164.

¹⁵⁷ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde (viide 88), lk 119.

¹⁵⁸ Riigihangete Register. Korduma kippuvad küsimused, väljakuulutamisetähtaegade tähtsustamisega hankemenetlus (küsimus nr 1.4). - <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/valjakuulutamisetähtaegade-tähtsustamisega-hankemenetlus1> (22.03.2015).

materjalide omaduste muutmine. Autor on seisukohal, et mõnele materjalile esitatavate nõuete muutmine ei ole muudatus, mis vältimatult muudaks hanke olemust. Muutes nõudeid materjalile, ei saa küll välistada muudatuse mõju pakkujate ringile, kuid autor on seisukohal, et juhul, kui muudatuse väärtus jääb *de minimis* reeglis toodud piirmäärade piiresse, tuleb muudatust pigem lubatavaks pidada. Vastasel korras oleks ehituslepingute korral võimalikud vaid muudatused mahtudes. Sellist piirangut aga riigihankedirektiivist ei tulene.

Riigihankedirektiivi preambula punktis 109 on hanke üldist olemust muutvaks nimetatud muudatusi, mille puhul võib eeldada hüpoteetilist mõju esialgse hankemenetluse tulemusele. Samuti on õiguskirjanduses rahalises mõttes väikeste muudatuste korral hanke olemuse muutmise võimalikkust nähtud eelkõige olukorras, kus see muudatus võis mõjutada hankes osalenud pakkujate ringi.¹⁵⁹ Seega seostub hanke olemus muuhulgas mõjuga hankemenetluse tulemusele ja pakkujate ringile.

Erialakirjanduses on hanke olemuse muutmisena näiteks toodud olukord, kus lihatoote tarnimise hankes seatakse lisatingimus, et tegu peab olema halal lihaga või seatakse eriline tingimus seoses toote märgistamisega.¹⁶⁰ Teisalt on asjakohaseks peetud pigem vastupidist näidet, mille korral esialgsete hangetingimuste kohaselt hangiti halal liha tarnimist, kuid hiljem nimetatud tingimust muudetakse aktsepteerides ka tavalisi lihatooteid.¹⁶¹ Käesoleva töö autor nõustub pigem viimase seisukohaga. Mõju hankes osalenud pakkujatele on ilmselgelt suurem olukorras, kus hanketingimusi lepingu sõlmimise järgselt laiendatakse, st võimaldatakse lepingu täitjale teatud osas suurem valikuvõimalus. Ehituslepingute puhul on asjakohaseks näiteks olukord, kus hankija on tehnilises kirjelduses teatud töö teostamisel kasutatavale materjalile ette näinud mitmed tingimused, kuid pärast lepingu sõlmimist nimetatud nõudeid muudetakse nii, et kõik tehnilises kirjelduses esitatud tingimused nimetatud materjalile ei pea täidetud olema. Ehitustööde puhul on üldjuhul tegemist mahukate lepingutega, mille korral mõned nõuded kasvõi ühele materjalile võivad töö maksumust suures ulatuses mõjutada ja seega eeldavalt ka hankemenetluse tulemust. Isegi kui protsentuaalselt võib olla tegemist väikese muudatusega, siis summaliselt võib muudatus omada hankemenetlusele olulist mõju.

¹⁵⁹ S. Treumer. Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive - Public Procurement Law Review 2014, 3, p 2.4.

¹⁶⁰ S. Treumer (viide 31), lk 164.

¹⁶¹ M. A. Simovart (viide 37), lk 53.

Eelnõu seletuskirjas on hankelepingu olemuse muutmise näitena toodud olukord, kus hanke esemeks olnud lasteaia asemel ehitatakse veehoidla.¹⁶² Autor nõustub, et viidatud näite korral on ilmselgelt hankelepingu olemust muutva lepingu muutmisega. Selline näide võib aga hankijatele jätta ekslikult mulje, justkui oleks vaid niivõrd kardinaalse muudatuse näol tegemist hankelepingu olemuse muutmisega. Isegi kui hankelepingu eesmärgiks jääb lasteaia ehitamine, on võimalik hankelepingu olemust muuta muutes näiteks hoone suurust, nõudeid mitmetele materjalidele ja ehituslikke lahendusi.

Ehituse hankelepingute korral on *de minimis* reegli kohaselt lubatud eelkõige muudatused mahtudes, kuid pole välistatud ka muudatused nõuetes materjalidele. Kui muudatus seisneb muus kui mahtude muutmises, on tõenäosus, et muudatusega muudetakse hankelepingu olemust, suurem. Autor on seisukohal, et kui muudatus seisneb muus kui mahtude muutmises ja muudatuse väärtus ületab *de minimis* reegli piirmäärasid, peab hankija analüüsima, kas plaanitav muudatus muudab lepingu üldist olemust. Muudatused, mille sisuks on mahtude, materjali nõuete või tehnoloogiate muutmine või täiendavate töö osade tellimine *de minimis* reeglist tulenevate piirmäärade ulatuses, ei muuda autori hinnangul hankelepingu üldist olemust. Viidatud sisu ja väärtusega muudatuste kaudu ei ole võimalik tellida lasteaia asemel veehoidla ehitamist, kuivõrd lasteaia asemel veehoidla ehitamise tellimine eeldaks muudatusi suuremal määral, sh osade tööde ärajätmist ja nende asendamist teistsuguste töödega.

Eelnõu § 8 lg 6 kohaselt hankeleping, mille esemeks on üheaegselt asi või teenus või ehitustöö, sõlmitakse peamisele hankelepingu esemele kohaldatavate reeglite järgi. Sellest võib järeldada, et ehituse hankelepinguga on lubatud osta ka asju. Ehituse hankelepingu muudatusega, mille kohaselt hankija ostab asju, näiteks vajaminevat mööblit, *de minimis* reeglist tulenevate piirmäärade ulatuses, ei muudeta autori arvates hankelepingu üldist olemust.

Riigihankedirektiivi art 72 lg 2 kohaselt ei pea kontrollima, kas tegemist on olulise muudatusega, kui muudatuse väärtus on väiksem art 72 lg-s 2 toodud väärtustest. Sellest ei saa aga järeldada, et kui on tegemist suurema väärtusega muudatusega, oleks automaatselt tegu riigihankedirektiivi art 72 lg 4 p-s a nimetatud olukorraga.¹⁶³ Riigihankedirektiivi preambula punkti 107 kohaselt kui art 72 lg-s 2 sätestatud piiramäärasid ületatakse, ei pea korraldama uut hankemenetlust, kui need muudatused vastavad muudele lubatud muudatuste tingimustele.

¹⁶² Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde (viide 88), lk 118.

¹⁶³ S. Arrowsmith, p 6-297.

Riigihankedirektiivi art 72 lg 5 kohaselt on uue hankemenetluse korraldamine kohustuslik, kui sõlmitud hankelepingusse soovitakse viia muid kui art 72 lg-tes 1 ja 2 sätestatud muudatusi. Õiguskirjanduses on avaldatud arvamust, et lisaks riigihankedirektiivi art 72 lg-tes 1 ja 2 sätestatud muudatustele kuuluvad lubatud muudatuste alla ka muudatused, mille eesmärgiks on heastada lepingu täitja poolt lepingu rikkumisi.¹⁶⁴

Võlaõigusseaduse § 100 kohaselt võib kohustuse rikkumine seisneda nii kohustuse täitmata jätmises kui mittekohases täitmises, sealhulgas täitmisega viivitamises. Kui rikkumine seisneb lepingu täitja poolt tööde teostamisel mittekohase materjali kasutamises, ei tohiks sellele autori arvates järgneda lepingu muutmist. Hankija peaks sellises olukorras rakendama seadusest ja lepingust tulenevaid õiguskaitsevahendeid, kuivõrd vastasel korral ei ole välistatud, et nimetatud muudatus omaks mõju esialgsele hankemenetlusele. Õiguskaitsevahenditena on sellises olukorras rakendatavad eelkõige VÕS §-s 108 sätestatud lepingu täitmise nõue, mis VÕS § 646 lg 1 kohaselt seisneb töövõtulepingute puhul töö parandamise või uue töö tegemise nõudes, samuti VÕS §-st 112 tulenev tasu vähendamine (hinna alandamine).

Hankija peaks tulenevalt võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest rakendama õiguskaitsevahendina tasu vähendamist vaid olukorras, kus ta teatavate objektiivsete põhjuste tõttu ei saa lepingu täitmise nõuet esitada. Tasu vähendamise rakendamise problemaatika seisneb selles, et kuivõrd tegemist on hankija poolt mittekohase töö aktsepteerimisega madalama hinna eest, võib selline muudatus omada mõju esialgsele hankemenetlusele või hankemenetluse tulemusele.

Tasu vähendamise rakendamine võiks olla asjakohane olukorras, kus hankija soovib tagada avalike ülesannete täitmise ilma ebavajaliku viivitusega.¹⁶⁵ Näiteks võiks tuua olukorra, kus tee-ehitamisel on lepingu täitja lepingut rikkunud, kuid tööde valmimise tähtaeg on oluline, kuna tee on liikluseks suletud ja vaidlused töövõtjaga pikendaksid seda perioodi veelgi. Samuti on tööde teostamise aeg oluline, kui tegemist teatud avariiliste olukordade likvideerimisega. Asjakohane on ka eelpool toodud lasteaia ehitamise näide, mille korral on ehitusööde valmimise aeg väga oluline. Kui lepingu täitja rikub sellises olukorras lepingut kasutades tööde teostamisel materjali, mis ei vasta lepingust tulenevatele nõuetele, on hankijal võimalik valida erinevate õiguskaitsevahendite vahel. Kui lepingu täitmise nõuet ehk nõuet kasutada lepingust tulenevatele nõuetele vastavat materjali ei ole võimalik esitada, kuivõrd

¹⁶⁴ S. Treumer (viide 159), p 1.

¹⁶⁵ S. T. Poulsen, lk 170.

sellisel juhul ei valmiks ehitustööd õigeks ajaks, on õigustatud tasu vähendamise rakendamine. Tasu vähendamise rakendamisel peab hankija analüüsima, kas lepingule mittevastava materjali kasutamise on võimalik täita lepingu eesmärk.

Kui lepingu täitja rikub kohustust, võib hankija vastavalt VÕS §-le 114 anda lepingu täitjale täiendava tähtaja kohustuse täitmiseks. Võlaõigusseaduse § 114 lg 2 kohaselt ei vabasta täiendava tähtaja andmine võlgnikku vastutusest kohustuse rikkumise eest, seega on täiendava tähtaja andmisel hankijal võimalik nõuda lepingu täitjalt leppetrahvi lepingu rikkumise eest, kui see on hankelepingus kokku lepitud. Kui lepingu täitja ei täida kohustust määratud täiendava tähtaja jooksul, on VÕS § 116 lg 2 p 5 kohaselt tegemist olulise lepingurikkumisega, mille tulemusena saab hankija kasutada õiguskaitsevahendina ka taganemist. Olulise lepingurikkumisega on tegemist ka VÕS § 116 lg 2 p-des 1-4 ja VÕS § 647 lg-s 1 nimetatud juhtudel, kuid täiendava tähtaja andmisega seotud asjaolusid on hankijal võimaliku vaidluse korral kõige lihtsam tõendada. Võlaõigusseaduse § 116 lg 2 p 5 mõte on taganemise protseduuri lihtsustamine.¹⁶⁶ Kui hankija ei ole määranud lepingu täitjale kohustuse täitmiseks täiendavat tähtaega, vaid on lepingu täitmise tähtaega muutnud, ei kaasne uue kokkulepitud tähtaja ületamisega eelpool kirjeldatud õiguslikku tagajärge.

Kui lepingu rikkumine seisneb täitmisega hilinemises, on hankija poolt hilinemise aktsepteerimise näol ilma õiguskaitsevahendeid kasutamata või lepingus ettenähtud leppetrahvi rakendamata sisuliselt tegemist hankelepingu muutmisega. Lepingu täitmise aeg on oluline asjaolu, mida pakkujad pakkumuse koostamisel arvesse võtavad. Pole välistatud, et kui lepingu täitmise aeg oleks juba hankemenetluse ajal pikemana sätestatud, oleks hankemenetluses osalenud ka teised pakkujad või oleks edukaks osutunud mõni teine pakkuja peale lepingu täitja. Seega ei ole kohustuste täitmise hilinemise aktsepteerimise korral välistatud mõju esialgsele hankemenetlusele.

Praktika, kus õiguskaitsevahendeid ega leppetrahvi lepingu rikkumiste korral ei rakendata, vähendab ehituse hankelepingute täitjate poolt lepingute kohast täitmist. Nii luuakse olukord, kus pakkujad arvestavad pakkumuste tegemisel, et lepingu rikkumisel on lepingu muutmise lubatud ning seetõttu ei saa hankija hankemenetluse käigus võrreldavaid pakkumusi, kuivõrd ei ole kindlakstehtav, millises ulatuses on pakkujad sõlmitava hankelepingu rikkumisega arvestanud.

¹⁶⁶ P. Varul jt (koost). VÕS § 116/5 - Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§-d 1-207). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006.

Juhul, kui hankelepingus on lepingu rikkumise puhuks kokku lepitud leppetrahv, peaks hankija seda tulenevalt võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttest rakendama. Mõistlikus suuruses leppetrahv on oluline ausa konkurentsiolekorra kujundamiseks riigihangetes, korruptsiooni vältimiseks ja hea halduspraktika jõustamiseks.¹⁶⁷ Nimetud eesmärke täidab leppetrahvi lepingus kokkuleppimine vaid juhul, kui hankijad leppetrahve rakendavad. Leppetrahvi suuruse määramisel peab hankija arvestama asjaoluga, et hankelepingu tingimus, mille üle läbirääkimisi peetud ei ole, on tüüptingimus.¹⁶⁸ Selleks, et leppetrahvi sätestamine täidaks eesmärgi, peab hankija selle lepingus ette nägema mõistlikus suuruses, et vältida leppetrahvi kokkuleppe tühisust teise poole ebamõistliku kahjustamise tõttu vastavalt VÕS § 42 lg 3 p-le 5.¹⁶⁹

Kui lepingu täitja on lepingut rikkunud, on hankija keerulises olukorras. Ühelt poolt on hankijal võimalik kasutada erinevaid õiguskaitsevahendeid ja rakendada leppetrahvi, kuid kui hankija ja lepingu täitja peavad seoses lepingu täitmisega veel koostööd tegema, ei soovi hankijad sageli õiguskaitsevahendeid ega leppetrahvi rakendada kartes halvendada edasist koostööd. Võlaõigusseaduse § 159 lg-st 2 tuleneb kohustus teavitada teist poolt leppetrahvi nõudest mõistliku aja jooksul pärast kohustuse rikkumise avastamist. Riigikohus on märkinud, et nimetatud mõistliku tähtaja algust tuleb arvestama hakata alates täiendava tähtaja möödumisest.¹⁷⁰ Samuti on Riigikohus selgitanud, et asjaolu, et enne kohustuse täitmist ei ole teine pool teatanud leppetrahvi nõudest, ei saa tekitada õigustatud ootust selle osas, et leppetrahvi ei rakendata.¹⁷¹ Seega peaksid hankijad lepingu täitja poolt lepingu rikkumisel leppetrahve rakendama teavitades lepingu täitjat leppetrahvi rakendamisest pärast kohustuste täitmist. Sellisel viisil ei pea hankija kartma, et koostöö lepingu täitjaga muutub leppetrahvi rakendamise tõttu keerulisemaks.

Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, et kui lepingut muudetakse lepingu lõpetamise asemel, on oluline lepingumuudatus lubatud vähendades võimalike vaidluste arvu ja sellega seonduvaid kulusid nii hankija kui täitja jaoks.¹⁷² Käesoleva töö autor nimetatud seisukohaga ei nõustu. Võimalikud vaidlused ja sellega tekkivad kulud ei ole aluseks, mis võimaldaks õiguspäraselt hankelepingut muuta. Autor nõustub professor Treumeri seisukohaga, et muudatused eesmärgiga heastada töö puudusi, on sageli oluline muudatus, sest kui muudetud

¹⁶⁷ D. Koroljov, M. A. Simovart. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes. - *Juridica* 2016/1, lk 50.

¹⁶⁸ M. A. Simovart. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglase lepingutingimuste regulatsiooni näide. - *Juridica* 2008/1, lk 34.

¹⁶⁹ Samas, lk 38.

¹⁷⁰ RKTk 3-2-1-69-08 p 23.

¹⁷¹ RKTk 3-2-1-142-11 p 17.

¹⁷² K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 2.2.5.

tingimus oleks olnud teada algusest peale, oleks võinud edukaks pakkujaks osutada teine pakkuja.¹⁷³

Hankelepingu üldise olemuse muutmise hindamisel tuleb tugineda hankedokumentides avaldatud tingimustele. Hankelepingu üldist olemust on muuhulgas sisustatud muudatuse mõju kaudu pakkujate ringile. Tõenäoliselt eksisteerib mõju pakkujate ringile olukorras, kus hanketingimusi lepingu sõlmimise järgselt laiendatakse. Tulenevalt keelust muuda hankelepingu üldist olemust peaks hankija hoiduma aktsepteerimast lepingu täitja poolt hankelepingu rikkumist kasutamata õiguskaitsevahendeid ja rakendamata lepingus kokkulepitud leppetrahvi. Ehituse hankelepingute puhul on *de minimis* reeglis toodud piirmäärade piiresse jäävate muudatuste korral üldjuhul lubatud nii muudatused töö mahtudes kui nõuetes kasutatavatele materjalidele.

2.3. Hankelepingu majandusliku tasakaalu muutmine täitja kasuks

Riigihankedirektiivi art 72 lg 4 p b kohaselt on tegemist olulise lepingu muudatusega, kui muudatusega muudetakse lepingu majanduslikku tasakaalu töövõtja jaoks soodsamaks viisil, mida ei olnud alguses lepingus ette nähtud. Eelnõu § 123 lg 2 p 2 kohaselt on tegemist olulise muudatusega, kui muudatus tingib hankelepingust tuleneva lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise pakkuja kasuks hankelepingus sätestamata viisil. Käesolevas peatükis käsitletakse, millised muudatused mõjutavad ehituse hankelepingu majanduslikku tasakaalu.

Tegemist on Pressetexti kaasuses Euroopa Kohtu poolt väljendatud seisukoha kodifitseerimisega. Nimetatud lahendis märkis kohus, et kui tegemist on hinna alandamisega, ei saa seda pidada uue riigihankelepingu sõlmimiseks ning et asjaolu, et hankija saab suuremat hinnaalandust osade lepingu esemeks olevate teenuste osas, ei tekita teisi pakkujaid kahjustavat konkurentsi moonutamist.¹⁷⁴ Eeltoodust tuleneb kaks asjaolu, mida tuleb muudatuse olulisuse hindamisel arvestada: millise lepingupoole jaoks on muudatus majanduslikus mõttes kasulik ning kas muudatus puudutab suurt osa lepingu aluselt täidetavaid kohustusi või ainult osaliselt.

Pressetexti lahendis on kohus märkinud, et hankelepingu kehtivuse ajal lepingutasude ümberarvestamine eurodesse koos nende suuruse muutmiseega ei pruugi tähendada uut riigihankelepingut, tingimusel et selline muutus on väga väike ja objektiivselt põhjendatav

¹⁷³ S. Treumer (viide 31), lk 160-161.

¹⁷⁴ Presstext p 86, 87.

sellega, et see hõlbustab lepingu täitmist, näiteks lihtsustab arveldustoiminguid.¹⁷⁵ Seega võib väita, et kui väga väike ja objektiivselt põhjendatav muudatus on majanduslikus mõttes hankija kahjuks, ei ole tegemist olulise lepingumuudatusega. Sellised olukordi esineb ehituse hankelepingute korral ilmselt väga harva. Võttes arvesse Riigikohtu seisukohta, mille kohaselt töö kasumlikkuse riski kannab üldjuhul töövõtja ehk lepingu täitja¹⁷⁶, ei esine olukordi, kus lepingu majandusliku tasakaalu kallutamine lepingu täitja kasuks oleks objektiivselt põhjendatav.

Õiguskirjanduses on märgitud, et hankelepingu tasakaalu muutmine hankija kasuks on pigem õigustatud, lepingulise tasakaalu muutmisel lepingu täitja kasuks tuleb lähtuda eeldusest, et hankija on kohustatud korraldama uue hankemenetluse, kuivõrd tasu muutmine hankija kahjuks soosib korruptiivseid suhteid.¹⁷⁷ Olulise muudatusega on tegemist juhul, kui suurendatakse hinda ilma lepingu täitja lepingust tulenevaid kohustusi suurendamata; samuti kui lepingusse lisatakse uusi kohustusi, mille eest hankija tasub eriti heldelt, kompenseerides nii ülejäänud lepingu osas tekkinud kahjud.¹⁷⁸

Siiski ei pea lepingu täitja tegema muudatuse tulemusena teostatavaid töid ilma kasumita. Lubatavaks on peetud olukorda, kus lepingu alusel teostavate tööde eest saadava kasumi määr jääb samaks, mis esialgses pakkumuses.¹⁷⁹ Hinna muutmisel peaks arvesse võtma ka reaalsel turuolukorda: kui hinna suurendamise tulemusena ei saa eeldada, et teised pakkujad pakuksid odavamalt hinda, tuleb muudatust lubatavaks pidada.¹⁸⁰

Majandusliku tasakaalu muutmine ei seisne vaid hinna muutmises. Oluliseks muudatuseks tuleb pidada ka muudatust, mille korral tasu jääb küll muutmata, aga vähendatakse lepingu täitja kohustusi. Asjakohaseks näiteks on Riigikohtu menetluses olnud kaasus¹⁸¹, kus sõlmitud hankelepingu kohaselt kohustus lepingu täitja ehitama ajutise liikluslahenduse, mille kohaselt on mõlemas sõidusuunas kaks sõidurada. Lepingupoolte kokkuleppe kohaselt ehitas lepingu täitja liikluslahenduse skeemi järgi, mille kohaselt oli mõlemas sõidusuunas vaid üks sõidurada. Lepingu tasu ei muudetud, ehitaja poolt teostatud liikluslahenduse väärtus oli aga 33 668 euro võrra väiksem lepingus määratud liikluslahenduse väärtusest. Kui lepingu täitja kohustusi vähendatakse ilma tasu muutmata, on ilmselgelt tegemist olulise muudatusega.

¹⁷⁵ *Pressetext* p 61.

¹⁷⁶ RKHK 3-3-1-31-11 p 20, 21.

¹⁷⁷ M. A. Simovart (viide 23), lk 253; S. Arrowsmith, p 6-277.

¹⁷⁸ S. Arrowsmith, p 6-277, E. Karindi-Kask, lk 9.

¹⁷⁹ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 2.2.4.

¹⁸⁰ A. Brown. When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06. *Public Procurement Law* 2008, 6, NA 262.

¹⁸¹ RKKK 3-1-1-46-14 p 14.

Tuleb arvestada asjaoluga, et kogu majanduslik tasakaal ei tohi täitja kasuks muutuda, st kui lepingu muudatuse tulemusena saab täitja mingit muud kasu peale rahalise, näiteks väheneb täitja risk saada hankijalt leppetrahvi nõudeid, tuleb neid asjaolusid majandusliku tasakaalu hindamisel arvesse võtta.¹⁸² Ka nimetatud seisukohast tuleneb, et hankelepingu muutmise eesmärgiga heastada lepingu täitja poolt hankelepingu rikkumised, ei ole lubatud, kuivõrd ilma õiguskaitsevahendeid või leppetrahve rakendamata kallutab hankija hankelepingu majanduslikku tasakaalu lepingu täitja kasuks.

Alati ei ole muudatuse korral hankija kasuks tegemist lubatud muudatusega. Pressetexti kaasuses on kohtujurist märkinud, et ka kokkulepe madalamas tasus võib kaasa tuua konkurentsimoonusi, hankija peab muudatuse olulisuse hindamisel lähtuma sellest, millised on turul muutmise hetkel valitsevad tingimused: kui lepingu esemeks oleva töö hinnad on ka üldiselt langenud, ei pruugi tasu vähendamise kokkulepe tagada hankijale parimat lahendust, kuivõrd pole välistatud, et teised pakkujad pakuksid hangitavad tööd veelgi soodsamalt.¹⁸³ Üheselt ei ole selged sellise seisukoha tagajärjed. Kui pooled täidaksid lepingut ilma muutmata, ei ole hankijal kohustust kontrollida, kas mingil ajahetkel on hankelepingu esemeks olevaid ehitustöid teistelt pakkujatelt võimalik soodsamalt hankida. Samas tekib justkui selline kohustus olukorras, kus pooled on lepingut hankijale soodsamaks muutmas. Autor on seisukohal, et olukord, kus hankija on kohustatud hinna madalamaks muutmise korral analüüsima, kas teised pakkujad sama tööd veel soodsamalt teostaksid, on pigem erand. Autori arvates võiks selline kohustus hankijal tekkida näiteks olukorras, kus lepingu muutmise ei seisne vaid hinna muutumises, vaid lepingut muudetakse ka teiste tingimuste osas. Sellisel juhul on hankijal kohustus hinnata kõigi muudatuste koosmõju hankelepingu majanduslikule tasakaalule arvestades sealjuures turuolukorda. Vastupidine tõlgendus, mille korral hankija peaks igakordselt hinna madalamaks muutmise korral turu olukorda analüüsima, viiks absurdse järelduseni, mille korral on hankija jaoks lihtsam jätkata hankelepingu täitmist senistel tingimustel kui nõustuda hinna soodsamaks muutmisega.

Tähtaja muutmise kallutab samuti lepingu majanduslikku tasakaalu lepingu täitja kasuks.¹⁸⁴ Esiteks põhjusel, et mida pikem tähtaeg, seda kulutõhusam see lepingu täitja jaoks on. Teiseks väheneb tähtaja pikendamise korral lepingu täitja risk saada hankijalt leppetrahvi nõudeid kohustuse täitmisega viivitamise tõttu.

¹⁸² K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p 2.2.4.

¹⁸³ *Pressetext*, kohtujurist J.Kokott'i ettepanek, p 90-91.

¹⁸⁴ E. Karindi-Kask, lk 8.

Erialakirjanduses on väljendatud seisukohta, mille kohaselt kui hinna alandamine toimub olulisel määral, võib tegemist olla läbipaistvuse põhimõtte rikkumisega.¹⁸⁵ Käesoleva töö autor nimetatud seisukohaga ei nõustu. Pakkujad osalevad hankemenetluses eesmärgiga teha kas odavam või majanduslikult soodsaim pakkumus. Edukaks tunnistatakse odavam või majanduslikult soodsaim pakkumus. Kui lepingu täitmise jooksul muutub leping hankija jaoks veelgi odavamaks, ei ole käesoleva autori hinnangul rikutud läbipaistvuse põhimõtet. Kui lepingu täitja oleks hankemenetluse ajal teinud pakkumuse, mis sisult vastab hilisemale tasu muutmisele hankija kasuks, ei oleks see mõjutanud hankemenetluse tulemust. Kuivõrd ehituse töövõtjate näol on tegemist kasumile orienteeritud ettevõtetega, ei ole tasu vähendamine nii suures ulatuses, et tuleks hakata analüüsima nimetatud kokkuleppe kooskõla riigihanke põhimõtetega, tõenäoline.

Riigihankedirektiivi art 72 lg 2, mis sätestab *de minimis* reegli, ei sätesta selle kohaldamise osas muid piiranguid peale keelu muuta lepingu üldist olemust. Sellest võiks justkui järeldada, et nimetatud väärtuste ulatuses on lubatud muuta hankelepingu majanduslikku tasakaalu ka lepingu täitja kasuks. S.Arrowsmith on märkinud, et *de minimis* reegli rakendamise korral majandusliku tasakaalu muutmisel täitja kasuks tuleb lähtuda proportsionaalsuse põhimõttest võttes arvesse muutmise tinginud asjaolusid.¹⁸⁶ See tähendab, et *de minimis* reeglist tulenevate piirmäärade ulatuses võib põhimõtteliselt olla lubatud hankelepingu muutmise hankelepingu täitja kasuks, kuid selline muudatus peab olema objektiivselt põhjendatav. Autori arvates võiks asjakohased põhjendused seonduda hankija huviga täita oma kohustusi ilma olulise viivitusega.

Üldiselt on keelatud muudatused, mille tulemusena muutub hankelepingu majanduslik tasakaal lepingu täitja kasuks. Majandusliku tasakaalu muutmise lepingu täitja kasuks ei tähenda vaid tasu tõstmist, vaid arvesse tuleb võtta ka muidu muudatusi, mis lepingu täitjale kasulikud on. Sellest tulenevalt tuleb lubamatuks pidada ka muudatusi, mille korral tasu küll jääb samaks, kuid lepingu täitja kohustuste mahtu vähendatakse; samuti muudatusi, mille kohaselt lisatakse lepingu täitjale kohustusi, mille täitmise eest kohustub hankija tasuma ebaproportsionaalselt kõrget hinda. Kui lepingu muudatuse tulemusena väheneb lepingu täitja risk saada hankijalt leppetrahvi nõudeid, muudab see majanduslikku tasakaalu lepingu täitja kasuks. Väikesemahulised objektiivselt põhjendatavad muudatused hankija kahjuks pole ilmselt keelatud. Mõiste väikesemahuline sisustamisel võiks lähtuda *de minimis* reegluga sätestatud piirmääradest.

¹⁸⁵ E. Karindi-Kask, lk 9.

¹⁸⁶ S. Arrowsmith, p 6-277, 6-297.

2.4. Hankelepingu reguleerimisala märkimisväärne laienemine

Riigihankedirektiivi art 72 lg 4 p c ja eelnõu 123 lg 2 p 3 kohaselt on muudatus keelatud, kui muudatus laiendab oluliselt hankelepinguga määratud hankelepingu eseme ulatust. Käesolevas alapeatükis analüüsitakse, millist laadi muudatustega laiendatakse oluliselt ehituse hankelepingu eset.

Hankija on kohustatud hankelepingu muutmise lubatavust viidatud sätete alusel hindama juhul, kui muudatus puudutab ehituse hankelepingu esemeks olevaid ehitustöid. Nimetatud sätte alusel ei tule hinnata muudatusi, mis seonduvad näiteks lepingu täitmise tähtaja, tasu või tagatistega.

Pressetexti kaasuses leidis Euroopa Kohus, et olulise muutmisega on tegemist juhul, kui muudatusega laiendatakse hankelepingu eseme ulatust olulisel määral ka sellistele teenustele, mida ei olnud esialgu ette nähtud.¹⁸⁷ Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, et hankelepingu reguleerimisala võivad märkimisväärselt laiendada nii muudatused kvantitatiivses mõttes kui ka muudatused, millega lisatakse lepingusse töid, mida leping algselt ei sisaldanud.¹⁸⁸ Seega võib hankelepingu reguleerimisala olulise laiendamise olla tegemist nii olukorras, kus muudatuse sisuks on hankelepingusse uute ehitustööde lisamine, kui ka juhul, kus muudatusega suurendatakse hankelepingus kokkulepitud tööde mahtusid. Kuivõrd keelatud on muudatused, millega hankelepingu reguleerimisala märkimisväärselt laiendatakse, ei kuulu sätte kohaldamisele olukorras, kus hankelepingu mahtu vähendatakse.

Euroopa Kohus on hankelepingu reguleerimisala märkimisväärselt laiendamist käsitlenud kaasuses, kus käsitleti kiirabi teenuste hankimist.¹⁸⁹ Muuhulgas käsitleti nimetatud lahendis küsimust, kas muudatus, mille kohaselt lisati teenindusalasid lisaks esialgses hankelepingus määratud teeninduspiirkonnale, on oluline. Kohtujuristi ettepanekus nimetatud asjas leiti, et tegemist on olulise muudatusega, kusjuures arvesse võeti nii asjaolu, et kogu tegevuspiirkond suurenes ligikaudu 25 protsenti ja lepingu kogumaksumus vähemalt 15 protsenti.¹⁹⁰ Seega ei saa väita, et hankelepingus juba sisalduva töö mahu suurendamise korral oleks põhjendamise kohustus mingil moel väiksem kui muudatuse korral, mille puhul lisatakse hankelepingu mahtu töid, mis seal esialgu ei sisaldunud.

¹⁸⁷ *Pressetext* p 36.

¹⁸⁸ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl, p.2.2.3.

¹⁸⁹ EK C-160/08, *Komisjon vs Saksamaa*.

¹⁹⁰ EK C-160/08, *Komisjon vs Saksamaa*, kohtujurist V.Trstenjak'i ettepanek, p 135.

Riigihankedirektiivi valguses tähendab see seisukoht, et kui muudatus ei mahu *de minimis* reegli alla, peab hankija kaaluma, kas tegemist on hankelepingu reguleerimisala märkimisväärse laiendamisega, kuigi hankelepingu ese on olemuselt sama, muutub vaid maht. Seega olukorras, kus hankelepingu esemeks on teatud tee osa renoveerimine, ei ole lubatud hankelepingut muuta tellides täiendava tee osa renoveerimise, kui sellise muudatuse väärtus ületab *de minimis* reeglist tulenevaid piirmäärasid.

Euroopa Kohus on Wall AG kaasuses väljendanud seisukohta, mille kohaselt tuleb uus leping sõlmida tulenevalt menetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttest, kui muudatused on võrreldes esialgse lepinguga oluliselt erinevad.¹⁹¹ Seega tuleb muudatuse olulisuse hindamisel analüüsida, milline on hankedokumentidega kindlaksmääratud tööde ulatus.

S.Arrowsmith on riigihankedirektiivi art 72 lg 4 p-s c sisalduvast regulatsioonist teinud järgmised järeldused: nimetatud sätte eesmärk on tagada uue hankemenetluse korraldamine olukorras, kus muudatuse mõju pakkujate ringile ei ole ilmselge, kuid see pole välistatud, kui võrd võib esineda valdkondi, kus isegi 100 protsendi ulatuses lepingu mahu muudatus ei pruugi avaldada mõju pakkujate ringile; teiseks võimaldab sätte sõnastus pidada muudatusi, mis võivad küll omada mõju pakkujate ringile, kuid ei laienda hankelepingu reguleerimisala märkimisväärselt, lubatavaks.¹⁹² Seega, isegi juhul, kui hankija arvates ei mõjuta muudatus pakkujate ringi, on hankija kohustatud analüüsima, kas muudatusega laiendatakse oluliselt hankelepingu reguleerimisala.

Hankelepingu reguleerimisala laienemise hindamise korral tuleb arvesse võtta ka lepingu keerukust ja kestvust. Pikaajaliste ja keerukate lepingute korral vajab muudatuse oluliseks hindamine rohkem põhjendusi kui lühema tähtajaga lihtsamate lepingute muudatus.¹⁹³ Euroopa Kohus on pikaajaliste lepingute korral pidanud lubatavaks võtta arvesse tehnoloogia arengut.¹⁹⁴ Seega võib väita, et kui tegemist on mitmeaastase täitmistähtajaga ehituslepinguga, on lubatud teatud materjalide väljavahetamine, kui see on objektiivselt põhjendatav seoses tehnoloogiliste arengutega, ilma, et sellist muudatust peaks pidama hankelepingu reguleerimisala märkimisväärselt laiendavaks. Autor on seisukohal, et sama võib väita ka teatud töö osade tehniliste lahenduste muutmise korral eeldusel, et tegemist on objektiivselt põhjendatava muudatusega.

¹⁹¹ Wall AG p 37.

¹⁹² S. Arrowsmith, p 6-274.

¹⁹³ S. T. Poulsen, lk 170.

¹⁹⁴ EK C-337/98, *Komisjon vs Prantsusmaa*, p 51.

Kui hankelepingu muudatuse korral on täidetud nii lubatud kui keelatud muudatuse eeldused, on muudatuse tegemine lubatud.¹⁹⁵ Seega on hankija kohustatud analüüsima, kas plaanitava muudatusega hankelepingu reguleerimisala märkimisväärselt laieneb, juhtudel, kus muudatuse tegemiseks ei ole täidetud lisatööde tellimise ega ettenägematute asjaolude tõttu tehtavate muudatuste eeldused. Samuti on lubatud *de minimis* reegli kohased muudatused ilma, et peaks kontrollima, kas muudatusega laiendatakse märkimisväärselt hankelepingu reguleerimisala.

Juhul, kui soovitakse muuta ehituse hankelepingu esemeks olevaid ehitustöid, tuleb hinnata, kas muudatusega laiendatakse märkimisväärselt hankelepingu reguleerimisala. Hankelepingu reguleerimisala märkimisväärse laiendamise võib olla tegemist nii esialgu hankelepingu esemeks olnud ehitustööde mahtude suurendamise kui ka uute tööde lisamise korral. Hankelepingu reguleerimisala laienemise korral tuleb arvesse võtta ka lepingu keerukust ja kestvust.

¹⁹⁵ M. A. Simovart (viide 37), lk 56.

KOKKUVÕTE

Ehituse hankelepingute korral esineb praktikas sageli vajadus muuta lepingu täitmise ajal selle tingimusi. Läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetega ei oleks kooskõlas regulatsioon, mille kohaselt on hankelepingu muutmise piiramatult lubatud. Seetõttu tulenevad riigihankedirektiivist ja riigihangete seaduse eelnõust hankelepingu muutmise piirangud. Võib väita, et hankelepingu muutmist reguleerivad sätted on riigihankedirektiivis ja riigihangete seaduse eelnõus identsed.

Kuivõrd hankija peab igakordselt lähtuvalt konkreetsetest asjaoludest hankelepingu muutmise lubatavuse üle otsustama, oli käesoleva magistritöö eesmärgiks hinnata, millised muudatused on riigihankedirektiivi kohaselt ehituse hankelepingutes lubatud ning millised mitte, et välja selgitada, millistest kriteeriumitest lähtuvalt tuleb ehituse hankelepingu muutmise lubatavust hinnata.

Ehituse hankelepingu muudatuse lubatavuse hindamisel tuleb arvesse võtta lepingu keerukust ja täitmise tähtaega. Mida keerukama ja pikema täitmise tähtajaga hankelepinguga tegemist, seda rohkem peab põhjendama muudatuse oluliseks hindamist. Eeldus, et ehituse hankelepingu muutmise lubatavuse hindamisel on lubatud arvesse võtta hankelepingu keerukust, sai tõestatud.

Käesoleva töö esimeses peatükis käsitleti hankelepingu lubatud muudatusi. Kuivõrd riigihankedirektiiv ja riigihangete seaduse eelnõu sätestavad rohkem lubatud kui keelatud muudatuste aluseid, moodustas esimene peatükk käesoleva töö mahukama osa.

Kõige enam riigihanke põhimõtetega kooskõlas on hankelepingu muutmise, mis toimub vastavalt hankelepingus ettenähtud tingimustele. Käesolevas töös anti suuniseid, milliseid hankelepingu muutmist ettenägevaid tingimusi peaksid hankijad ehituslepingutes sätestama.

Läbivaatamisklauslid peavad selleks, et nende alusel oleks võimalik muudatusi teha, olema sätestatud piisavalt detailselt. Hankija on kohustatud lepingu esemeks olevad tööd võimalikult täpselt määratlema. Kuivõrd ehituslepingute puhul tekib lepingu muutmise vajadus tihti ehitusprojekti puudulikkuse tõttu, tuleks nimetatud olukorrad ehituse hankelepingus reguleerida. Ehitusprojekti vigade, mille hoolikas pakkuja oleks pidanud hankemenetluse jooksul kontrollikohustust täites avastama, esinemise risk tuleks jätta lepingu täitja kanda. Projektis esinevate vigade, mis ei pidanud vastava valdkonna hoolsale asjatundjale olema äratuntavad, esinemise risk tuleks jätta hankijale.

Samuti tuleb määratleda, milliste põhimõtete järgi toimub muudatus- ja lisatööde eest tasu määramine: kas lähtutakse kululoendis toodud hindadest või võetakse aluseks turuhinnad. Pikaajaliste lepingute korral tuleb kaaluda lepingutingimuste määratlemist seoses nõuete muutumisega teostatavale tööle ning hankija eelistuste ja täiustatud materjalide turule tulekuga. Samuti võib olla asjakohane sätestada indeksid, millele tuginedes lepingu hinda vastavalt turu olukorrale muudetakse. Hankelepingutes tuleb vältida tingimusi, mida on võimalik sisustada lepingupoole subjektiivsest arvamusest lähtuvalt.

Hankelepingu muutmise tingimused on eriti oluline läbi mõelda vanade rajatiste renoveerimise hangete korral.

Töös analüüsiti hankijate poolt sageli kasutatavate ehituse töövõtulepingu üldtingimusi ETÜ 2013 ja FIDIC lepingutingimusi ning leiti, et nimetatud tüüplepingute tingimuste lepingu muutmise regulatsioon ei ole piisavalt detailne, et nimetatud regulatsioonile tuginedes oleks võimalik hankelepingut muuta. Käesolevas töös anti suuniseid, kuidas peaksid hankijad ETÜ 2013 ja FIDIC üldtingimusi eritingimustega täiendama. ETÜ 2013 ja FIDIC üldtingimusi tuleb lepingu muutmise osas eritingimustega oluliselt täpsustada määratledes, millised muudatused millises ulatuses on lubatud, samuti tuleb FIDIC üldtingimusi kasutades määrata, millest lähtudes muudatuste eest tasu määratakse.

Riigihankedirektiivi ja riigihangete seaduse eelnõu kohaselt on lubatud hankija poolt lisatööde tellimine ja hankelepingu muutmine ettenägematute asjaolude tõttu.

Täiendavad ehitustööd peavad olema vajalikud esialgse hankelepingu täitmiseks. Muudatuse kohaselt tellitavad lisatööd võivad esialgset lepingu eset osaliselt asendada.

Lisatööde tellimise korral peab tellitavate tööde ja esialgse hankelepingu eseme vahel olema teatud tehniline või majanduslik seos. Nimetatud eeldus on täidetud olukorras, kus töövõtja vahetamise korral oleks võimatu või äärmiselt keeruline lepingu täitjate poolt garantiikohustuse täitmine. Lisaks peab töövõtja vahetamine põhjustama hankijale olulist ebamugavust või topeltkulusid. Eeldused, mille kohaselt on töövõtja vahetamine võimatu tulenevalt majanduslikest põhjustest ja töövõtja vahetamine põhjustab hankijale märkimisväärseid kulusid, on täidetud olukorras, töövõtja vahetamine tekitab hankijale kulusid, mida samade tööde esialgselt lepingupartnerilt tellimine ei tekitaks. Ehituslepingute puhul on töövõtja vahetamisega tekkivad lisakulud seotud objektile vajalike seadmete ja materjalide kohaletoimetamisega, samuti toimingutega seoses poolelioleva töö kaitsmisega ilmastiku mõjude eest ajaks, mil hankija tegeleb uue töövõtja otsimisega. Hankelepingu täitja

vahetamine põhjustab hankijale ebamugavust olukorras, kus hankija peab tagama erinevate töövõtjate vahelise koostöö sujumise.

Ettenägematute asjaolude tõttu hankelepingu muutmise rakendusala on laiem kui lisatööde tellimise korral. Asjaolu ettenägematuse hindamisel on oluline analüüsida, kas hankija on hanke ettevalmistamisel täitnud hoolsuskohustust. Hankija hoolsusstandardi hindamisel tuleb arvesse võtta ka hankija isikut. Hankija eelistuste muutumine ja eesmärgi täpsustumine lepingu täitmise ajal ei anna alust lepingu muutmiseks. Hankija peab tagama tasakaalu hanke ettevalmistamisele tehtavate kulutuste ja hangitavate ehitustööde maksumuse vahel.

Asjaolu ettenägematuse hindamisel tuleb arvestada, et ehituslepingute korral on pakkujatel hankija juhiste, eelkõige ehitusprojekti, osas kontrollikohustus. Pakkujad peavad hankemenetluses enne pakkumuse esitamist kontrollima hankija juhiseid ning avastama sealt hoolsale töövõtjale äratuntavad vead, vastasel korral vastutab nimetatud vigade eest edukaks osutunud pakkuja ehk lepingu täitja. Asjaolu, et hankelepingu esemeks olevate ehitustööde teostamiseks ei väljastata ehitusluba, on ettenähtav. Kui ehitusloa menetluses esitatakse ehitusloa kõrvaltingimused, nõutakse ehitusuuringute tegemist või täpsustamist, tuleb analüüsida nimetatud täiendavate nõudmiste esitamise põhjuseid arvestades asjaoluga, kas tegemist on projekteerimis-ehituslepingu või ehituslepinguga. Eeltoodust tulenevalt saab otsustada, kumb lepingupooltest kannab nimetatud asjaolu esinemise riski ja kas lepingu täitja vastutab ehitusloa menetlusest põhjustatud viivituse eest.

Ehituse hankelepingute korral leiab lisatööde tellimist võimaldav säte ilmselt enim rakendust olukordades, kus hankija ei arvestanud hankemenetluse ettevalmistamisel asjaoluga, mis ei ole ettenägematu, kuid põhjustab hankelepingu muutmise vajaduse. Siiski ei ole üldjuhul õiguspärane hankelepingu muutmine tingituna hankija puudulikust eeltööst. Seega eeldus, et hankelepingu muutmine ei ole lubatud olukorras, kus muutmise vajadus on tingitud hankija ebapiisavast eeltööst hanke ettevalmistamisel, sai osaliselt tõestatud.

Nii lisatööde tellimisel kui hankelepingu muutmisel ettenägematute asjaolude tõttu võib erinevate muudatuste koguväärtus kokku ületada 50 protsenti esialgse lepingu maksumusest. Järjestikkuseid muudatusi ei tohi teha selleks, et hoiduda kõrvale riigihankedirektiivi sätetest. Kui tegemist on sisu poolest ühe muudatusega, on keelatud see muudatus mitmeks jagada, et jääda lubatud väärtuse piiresse. Riigihankedirektiivi sätetest kõrvalehoidumisele võib viidata hankelepingu muutmine lühikese aja jooksul pärast lepingu sõlmimist või mitme järjestikkuse muudatuse tegemine lühikese aja jooksul.

Hankelepingu keelatud muudatused on suures osas sisustatavad muudatuse mõju kaudu hankemenetluses osalenud pakkujate ringile ja hankemenetluse tulemusele.

Tingimuste, mis puudutavad pakkuja rahalisi kohustusi ja lepingu täitmise kasumlikkust, muutmine mõjutab eeldatavasti pakkujate ringi ning on seetõttu keelatud. Lubatud ei ole muudatused, millega nähakse kogu tasu ühes osas tasumise asemel ette vahemaksete tegemine pärast teatud töö osade valmimist, samuti on keelatud näha muudatusega ette ettemaksete tegemine. Üldjuhul tuleb oluliseks muudatuseks pidada ka kohustuste täitmise tähtaja pikendamist ja töödega alustamise tähtpäeva edasilükkamist jättes lepingu täitmise tähtaja pikkuse muutmata. Lepingu esemeks olevate tööde mahu vähendamine võib samuti suure tõenäosusega mõjutada esialgses hankemenetluses osalenud pakkujate ringi.

Hankelepingu muutmist käsitlevas regulatsioonis on eristatud mõisteid hankelepingu oluline ja olemuslik muutmine. Ehituse hankelepingute puhul *de minimis* reeglis toodud piirmäärade ulatuses tehtavad muudatused ei muuda üldjuhul lepingu olemust. Keelatud on muudatused, mille eesmärgiks on heastada töö puudusi.

Juhul, kui muudatus ei mõjuta hankemenetluses osalenud pakkujate ringi, tuleb hinnata, kas muudatuse näol võib olla tegemist hankelepingu reguleerimisala märkimisväärse laiendamisega. Hankelepingu reguleerimisala märkimisväärse laiendamisega võib olla tegemist olukorras, kus muudatus puudutab ehituse hankelepingu esemeks olevaid ehitustöid, muudatuse väärtus ületab *de minimis* reeglist tulenevaid piirmäärasid ja muudatuse näol ei ole tegemist hankelepingu esemeks olevate tööde mahu vähendamisega. Hankelepingu reguleerimisala märkimisväärne laiendamine võib seisneda nii esialgse ehituse hankelepingu esemeks olnud ehitustööde mahtude suurendamises kui ka uute tööde lisamises.

Olulise muudatusega on tegemist juhul, kui muudatuse tulemusena muutub hankelepingu majanduslik tasakaal lepingu täitja kasuks. Lisaks tasu suurendamisele on lepingu majandusliku tasakaalu muutmisega lepingu täitja kasuks tegemist olukorras, kus lepingu täitja kohustuste mahtu vähendatakse jättes tasu muutmata või lisatakse hankelepingusse kohustusi, mille eest kohustub hankija tasuma erakordselt kõrget tasu. Samuti omavad lepingu majanduslikule tasakaalule mõju muudatused, mis mõjutavad hankija õigust rakendada leppetrahvi.

Riigihankedirektiivi ja riigihangete seaduse eelnõu kohaselt on keelatud hankelepingu olulised muudatused. Lubatud muudatuste loetelu on sätestatud lahtisena. Seega juhul, kui

tegemist ei ole riigihankedirektiivi ja riigihangete seaduse mõttes olulise muudatusega, on muudatus lubatud.

Modifications to public works contracts under new Public Procurement Directives

Abstract

The purpose of this Master was to analyse the legality of modifications to public works contracts under the new Public Procurement Directive (hereinafter ‘the Public Procurement Directive’). The section of the Public Procurement Directive concerning modifications to public works contracts is based on the case-law of the Court of Justice of the European Union, in particular cases C-454/06 *Pressetex*, C-91/08 *Wall AG*, C-503/04 *Commission v Germany* and C-496/99 *Succhi di Frutta SpA*.

Given that the rules on the modification of public works contracts laid down in the Public Procurement Directive are identical to those in the Draft Public Procurement Act, the Public Procurement Directive and the relevant case-law of the Court of Justice constitute an important source of interpretation when it comes to rules on the modification of public works contracts laid down in the Draft Public Procurement Act.

As contracting authorities should assess the permissibility of a modification to a public works contract on a case-by-case basis, this Master’s thesis addressed the question of which are the grounds for modifications to a public works contract in accordance with the Public Procurement Directive and the Draft Public Procurement Act.

Public works contracts are, as a rule, complex contracts which often need to be modified during contract performance. The need to modify a public works contract may arise from various circumstances, including errors in the design documentation provided by the contracting authority, changes in the preferences of the contracting authority during the performance of the contract, inadequate preparatory work by the contracting authority, unforeseeable circumstances arising during the execution of works, new or significantly improved products coming onto the market, etc.

The issue is topical, because so far it has not been discussed in professional literature from the perspective of the new Public Procurement Directive. Moreover, both legal literature and the Ministry of Finance as an advisory body in the field of public procurement have only dealt with this issue in a superficial manner.

Unlimited possibilities to modify a public contract would be contrary to the principles of equal treatment and transparency, while excessive restrictions would lead to a situation where smooth cooperation between the parties is hampered.

This paper is based on the following suppositions:

- modifications to a public contract are not permitted in a situation where the need for modifications arises from inadequate preparation of the procurement by the contracting authority;
- an assessment of the permissibility of modifications to a public contract may take into account the complexity of the contract.

The author has used mainly the teleological and systematic logical methods of interpretation to reach the conclusions in this paper.

The thesis comprised two chapters. The first chapter of this thesis described the modifications to public works contracts which are permitted under the Public Procurement Directive and the Draft Public Procurement Act; the second chapter attempted to identify which modifications are prohibited.

This Master's thesis was a theoretical analysis based on the Public Procurement Directive and the established case-law of the Court of Justice. The author also analysed the relevant case-law of the Supreme Court and the relevant articles published in law journals Public Procurement Law Review and Juridica.

The discussion in this paper leads to the following conclusions.

The modifications to a public works contract which are most in tune with the procurement principles are those made according to the terms and conditions set out in that public works contract. For a public works contract to be modified in accordance with the terms and conditions set out in that contract, those terms and conditions should be sufficiently detailed. It should be possible to apply those terms and conditions so that only the details of a modification need to be negotiated between the parties.

Public works contracts the term of which exceeds one year should include review clauses concerning changes in the legislative and regulative requirements and in the preferences of the contracting authority as well as the introduction of new or significantly improved materials. Where the contracting authority has laid down the conditions for modifications to the public

works contract, the methods of determining the price of implementing the modifications and extra work should also be regulated. It is also important to include review clauses concerning the situations in which errors in design documents are discovered during the performance of the a public contract.

The author analysed the terms and conditions of standard contracts ETÜ 2013 and FIDIC, often used in public works contracts, to examine whether the provisions of the standard contracts concerning modifications meet the requirements of the Public Procurement Directive and the Draft Public Procurement Act.

The author has reached the conclusion that the provisions of ETÜ 2013 and FIDIC are not sufficiently detailed and unequivocal so that public works contracts could be modified solely by relying on those provisions. If the contracting authority uses the general terms and conditions of FIDIC, they should lay down special terms and conditions to further specify which modifications are permitted and to what extent as well as how the remuneration for implementing the modifications is determined. It is important that such special terms and conditions lay down the obligation of the engineer to obtain explicit authorisation from the contracting authority before the implementation of any modification. The special terms and conditions should also specify the general terms and conditions of ETÜ 2013 and lay down clear and unequivocal criteria for making modifications to the public works contract.

According to the Public Procurement Directive and the Draft Public Procurement Act, contracting authorities may request additional works or modifications to a public contract if this is necessary due to unforeseeable circumstances.

Where additional works are requested, there should be a technical or economic link with the subject-matter of the contract. Such link exists, for example, where the performance of warranty obligations to the contracting authority is not ensured if additional works are commissioned from another contractor, because works performed by different contractors cannot be differentiated. Moreover, the condition that replacing the contractor must cause significant inconvenience to the contracting authority or give rise to considerable additional costs must be met. The author takes the view that, with regard to public works contracts, the causes behind the economic factors justifying additional works that give rise to additional costs lie in the fact that replacing the original contractor would result in costs which the contracting authority would have avoided if the works were commissioned from the original contractual partner. Replacing the contractor would cause inconvenience to the contracting

authority if the original contractor was required to continue the performance of contractual obligations after additional works have been performed and completed by another contractor.

The only substantive limitation to modifications to a public contract due to unforeseen circumstances is, besides the price of modifications, the requirement according to which the overall nature of the contract may not be altered. Therefore, the scope of application of such modification is broader than in case of requesting additional works. When assessing the unforeseen nature of circumstances it is important to analyse whether or not the contracting authority has applied appropriate due diligence when preparing the procurement. Before commencing a procurement procedure, the contracting authority is required to identify the ways to achieve the objective of the contract and establish the procurement requirements accordingly. Changes in the contracting authority's preferences and specifications to the objective cannot constitute legal grounds for modifying the contract. The fact that according to § 641 (3) of the Law of Obligations Act the contractor is required to check the building design documentation, the materials or the preliminary work, must also be taken into account. Tenderers are required to check the instructions of the contracting authority before submitting their tenders, in order to discover any errors that should be obvious to a diligent contractor.

It is likely that the provision in a public works contract enabling to commission additional works is mainly used in a situation where the contracting authority has failed to take into account some factors affecting the performance of the contract when preparing the procurement procedure. The supposition that modifications to a public contract are not permitted in a situation where the need for modifications arises from inadequate preparation of the procurement by the contracting authority, was partly proven.

Prohibited modifications to a public contract can be determined, to a large extent, based on their effect on the tenderers involved in, and the outcome of, the award procedure.

The author came to the conclusion that modifications concerning remuneration and the period of completion are most likely to have an impact on the tenderers involved in, and the outcome of, the award procedure. Modifications to a public contract which are important and, therefore, prohibited, are those intended to amend the terms and conditions which the contracting authority has regarded to be material or for an infringement of which a contractual penalty has been provided for.

The contracting authority may not change the economic balance of the contract in favour of the contractor. Besides increases in the contract price, the economic balance of the contract is

changed in favour of the contractor if the obligations of the contractor are reduced without reducing the price accordingly or obligations are added to the public contract for which the contracting authority undertakes to pay an exceptionally high price. The economic balance of a contract is also affected by modifications which affect the contracting authority's right to demand the payment of a contractual penalty.

In cases where the conditions for requesting additional works or those for modifying the contract due to unforeseen circumstances are not met, the contracting authority is required to analyse whether the proposed modification would considerably extend the scope of the public contract. This may be the case both where the volume of works that constituted the initial object of the contract is increased and where additional works are added. If the scope of the contract is extended, the complexity and duration of the contract should be taken into account.

The Public Procurement Directive and the Draft Public Procurement Act do not provide for modifications or options that would alter the overall nature of the contract. An assessment of the alteration of the overall nature of the contract should be based on the terms and conditions of the tender documents. A situation where the contracting authority accepts an infringement of the contract by the contractor without resorting to any legal remedies and without demanding the payment of the contractual penalty agreed under the contract should be considered unacceptable.

The supposition that an assessment of the permissibility of modifications to a public contract may take into account the complexity of the contract was proven.

According to the Public Procurement Directive and the Draft Public Procurement Act, substantial modifications to public works contracts are prohibited. Permitted modifications are listed non-exhaustively, i.e. a modification is permitted if it does not constitute a substantial modification within the meaning of the Public Procurement Directive and the Public Procurement Act.

KASUTATUD KIRJANDUS

1. Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement: Volume 1: Regulation in the EU and the UK. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2014.
2. Brown, A. When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06. - Public Procurement Law 2008, 6.
3. Champion, R., Hughes, W., Murdoch, J. Construction Contracts: Law and Management. Routledge, 5th edition 2015.
4. Eesti Vabariigi põhiseadus. Komm vlj. 3.vlj. Tallinn: Juura 2012.
5. Hartlev, K., Liljenbøl, M. W. Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender. - Public Procurement Law Review 2013, 2.
6. Henty, P. The decision of the Court of Appeal in R (Law Society) v Legal Services Commission. - Public Procurement Law Review 2008, 3.
7. Härginen, K., Simovart, M. A. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? - Juridica 2013/9.
8. Hök, G.-S., Jaeger, A.-V. FIDIC - A Guide for Practitioners. Springer-Verlag, 2010.
9. Kalamees, P., Saare, K., Sein, K. Töö vastuvõtmine ja töövõtja vastutus ehitusvigade eest. - Juridica 2010/4.
10. Karindi-Kask, E. Hankelepingute muutmine. Rahandusministeeriumi analüüs. 2012. - riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_1_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-19601.pdf (28.02.2016).
11. Kongi, K. Ehituse hankelepingu tähtaja muutmine uute riigihankedirektiivide valguses. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikool, 2015.
12. Look, K. Läbirääkimistega hankemenetluse rakendamise alused. Rahandusministeeriumi analüüs. 2011. - https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_1_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-13802.pdf (20.03.2016).
13. Koroljov, D., Simovart, M. A. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes. - Juridica 2016/1.
14. Mihelson, H. Maanteeameti asejuht tunnistab: libedusetõrje nõudeid ei järgita neljas piirkonnas. - Postimees 09.02.2016.
15. Mihelson, H. Maanteeamet tunnistab viga. - Postimees 12.02.2016.
16. Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Kirjastus Juura, 2014.

17. Saare, K., Tamm, K., Volens, U. Ehitise garantii kehtivas eraõiguse süsteemis. – *Juridica* 2013/3.
18. Sein, K. Mis on väärmatu jõud? – *Juridica* 2004/8.
19. Simovart, M. A. Hankelepingute lubatud ja keelatud muudatused uute riigihankedirektiivide ülevõtmise järel. – *Juridica* 2016/1.
20. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad C. Ginter, I. Kull. Tartu Ülikooli Kirjastus, 2010.
21. Simovart, M. A. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud: näited vaidlustuskomisjoni praktikast. - *Juridica* 2012/2.
22. Simovart, M. A. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. - *Juridica* 2008/1.
23. Simovart, M.A. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. - *Juridica* 2010/4.
24. Poulsen, S. T. The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law. - *Public Procurement Law Review* 2012, 11.
25. Suurkivi, K. Hankelepingu ülevõtmise lubatavus Euroopa Liidu õiguse ja riigihangete seaduse alusel. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikool, 2013.
26. Totterdill, B. W. FIDIC Users' Guide. A Practical Guide to the 1999 Red and Yellow Books (2nd edition) . T.Telford, 2006.
27. Treumer, S. Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive - *Public Procurement Law Review* 2014, 3.
28. Treumer, S. Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011. - *Public Procurement Law Review* 2012, 21.
29. Varul, P jt (koost). Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§-d 1-207). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006.
30. Varul, P jt (koost). Võlaõigusseadus III. 8. ja 10.osa (§-d 619-916 ja 1005-1067). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009.
31. Õiger, K. Varinguohtlikest ehitusvigadest. Tallinn: Sihtasutus Professor Karl Õigeri Stipendiumifond, 2014.

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

32. Euroopa Liidu toimimise leping. – ELT C 326, 26.10.2012.
33. Euroopa Ühenduse asutamisleping (konsolideeritud versioon 2006). – ELT C 321E, 29.12.1996.
34. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, lk 114—240 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 6, kd 7, lk 132 – 262).
35. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 91/1, 28.03.2014, lk 1-64.
36. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.03.2014, lk 65-242.
37. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – ELT L 94/243, 28.03.2014, lk 243–374.
38. Ehitusseadustik. - RT I, 30.12.2015, 11.
39. Riigihangete seadus. - RT I, 23.03.2015, 24.
40. Võlaõigusseadus. - RT I, 11.03.2016, 2.
41. Rahandusministeeriumi põhimäärus. VVm 22.12.2011. nr 177. - RT I, 10.07.2015, 2.
42. Nõuded ehitusprojektile. MTMm 17.07.2015 nr 97. - RT I, 18.07.2015, 7.

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

43. EK C-24/91, Komisjon vs Hispaania.
44. EK C-337/98, Komisjon vs Prantsusmaa.
45. EK C-340/02, Komisjon vs Prantsusmaa.
46. EK C-454/06, Pressetext.
47. EK C-454/06, Pressetext, kohtujurist J.Kokott'i ettepanek.
48. EK C-160/08, Komisjon vs Saksamaa.
49. EK C-160/08, Komisjon vs Saksamaa, kohtujurist V.Trstenjak'i ettepanek.
50. EK C-318/94, Komisjon vs Saksamaa.
51. EK C-503/04, Komisjon vs. Saksamaa.

52. EK C-243/89, Komisjon vs Taani.
53. EK C-496/99, Succhi di Frutta SpA.
54. EK C-91/08, Wall AG.
55. EK C-91/08, Wall AG, kohtujurist Bok'i ettepanek.
56. RKHK 3-3-1-31-11.
57. RKHK 3-3-1-39-12.
58. RKHK 3-3-1-66-10.
59. RKKK 3-1-1-46-14.
60. RKTK 3-2-1-14-12.
61. RKTK 3-2-1-24-11.
62. RKTK 3-2-1-60-15.
63. RKTK 3-2-1-69-08.
64. RKTK 3-2-1-79-08.
65. RKTK 3-2-1-102-14.
66. RKTK 3-2-1-142-11.
67. RKTK 3-2-1-177-11.
68. RKTK 3-2-1-180-10.
69. Danish Competition and Consumer Authority opinion of June 18, 2002. (Viidatud: 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 3.2.2.1.)
70. Danmarks Otikerforening v Aalborg Kommune of November 18, 1994. (Viidatud: 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 3.2.2.1.)

MUUD KASUTATUD ALLIKAD

71. E-riigihangete keskkond: riigihanked.riik.ee.
72. Eesti Ajaloomuuseumi riigihange Eesti Ajaloomuuseumi „Maarjamäe kompleksi ehitus- ja rekonstrueerimistööd“ (viitenumber 168043).
73. Ehituse töövõtulepingute üldtingimused (ETÜ 2013). Tallinn 2013. - http://www.eeel.ee/public/files/ETU_2013_loplik.docx (05.03.2016).
74. Euroopa Komisjoni 20.12.2011 ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv riigihangete kohta. KOM (2011) 896 lõplik. - <http://eur->

- lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:ET:PDF
(03.03.2016).
75. FIDIC Ehitustöövõtulepingu tingimused ehitus- ja inseneritöödeks tellija antud projektlahendi alusel, esimene väljaanne 1999.
76. FIDIC Töövõtulepingu tingimused seadmestamiseks ja projekteerimiseks-ehitamiseks. Elektri- ja seadmete paigaldamiseks ning ehitus- ja inseneritöödeks, kui projekteerib töövõtja, esimene väljaanne 1999.
77. Kaitseministeeriumi riigihange „Viru JVP lasketiirude ehitamine“ (viitenumber 159320).
78. Kaitseväe riigihange „Viru JVP universaalhalli projektijärgne ehitus“ (viitenumber 163730).
79. Keskkonnaameti riigihange „Pinnaseteede renoveerimine Saaremaal, Vätal, projekti LIFE to alvars Vanamõisa-Suurerootsi projektialal“ (viitenumber 165930).
80. Keskkonnaameti riigihange „Pärlijõe Tallinn-Narva mnt truubile tehiskärestiku projekteerimine ja rajamine ning Pärlijõkke suubuvatele vooluveekogudele settebasseinide/puittammide rajamine ja Pärlijõkke siirdekalade kunstkoelmute rajamine“ (viitenumber 161994).
81. Maanteeameti riigihange „Maanteemuuseumi välialade ja parklate rekonstruktsioon“ (viitenumber 172734).
82. Maanteeameti riigihange „Põhimaantee 3 (E264) Jõhvi-Tartu-Valga, Mustvee ümbersõidu km 67,1-75,3 rekonstrueerimine“ (viitenumber 172132).
83. Rahandusministeerium. Pressiteade 19.01.2016. –
riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/uudised/-/asset_publisher/0dtR/content/uus!-2015-aastal-korraldati-rekordarv-riigihankeid?redirect=%2F%2F%2Fweb%2Fguest%2Fuudised (28.02.2016).
84. Riigi Infosüsteemi Ameti riigihange „Optilikkavõrgu ehitus Tartu linnas“ (viitenumber 167144).
85. Riigihangete juhis. Rahandusministeerium. 2014. -
riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=15617&folderId=431009&name=DLFE-32501.pdf (28.02.2016).
86. Riigihangete seaduse eelnõu. 204 SE. -
<http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/> (26.04.2016).
87. Riigihangete seaduse eelnõu on esitatud Vabariigi Valitsusele heakskiitmiseks. -
https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/index?p_p_id=101_INSTANCE_laR8&p_p_li

- fecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=2&p_p_col_count=3&_101_INSTANCE_laR8_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_laR8_urlTitle=riigihangete-seaduse-eelnou-on-esitatud-vabariigi-valitsusele-heakskiitmiseks&_101_INSTANCE_laR8_type=content&redirect=%2F1r1%2Fweb%2Fguest (14.04.2016).
88. Riigikontrolli aruanne Riigikogule. Muuga konteinerterminali 17. kai rajamine. 11. september 2012. - <http://www.riigikontroll.ee/Suhtedavalikkusega/Pressiteated/tabid/168/ItemId/645/View/Docs/amid/557/language/et-EE/Default.aspx> (15.03.2016).
89. Riigikontrolli aruanne Riigikogule. Riigi põhimaanteede renoveerimine. 21. november 2013. - <http://www.riigikontroll.ee/tabid/206/Audit/2307/Area/4/language/et-EE/Default.aspx> (15.03.2016).
90. Seletuskiri ehitusseadustiku eelnõu juurde. - <http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/9e8a422c-beb8-476c-897c-f9b761fb9b92/Ehitusseadustik/> (15.03.2016).
91. Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde. - <http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus/> (26.04.2016).
92. Veeteede Ameti riigihange „Navigatsiooni püsिमärgi Manilaiu tulepaagi teisaldamine uude asukohta ja rekonstrueerimine“ (viitenumber 162622).
93. Veeteede Ameti riigihange „Navigatsiooni püsिमärgi Kübassaare tuletorni rekonstrueerimine“ (viitenumber 164506).

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Kaidi Sulg (sünnikuupäev: 10.03.1987),

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Ehituse hankelepingu muutmine uutes riigihankedirektiivides“, mille juhendaja on Kadri Matteus ja kaasjuhendaja Kalev Saare,
 - 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, **02.05.2016**