





**MARI ANN SIMOVART**

Lepinguvabaduse piirid riigihankes:  
Euroopa Liidu hankeõiguse mõju  
Eesti eraõigusele



Tartu Ülikooli Õigusteaduskond

TÜ õigusteaduskonna nõukogu otsusega 01.07.2010. a. on Mari Ann Simovardi väitekirjale lubatud kaitsmisele *doctor iuris* kraadi taotlemiseks TÜ õigusteaduskonna doktorikraadide kaitsmise komisjonis

Juhendaja: dots. Carry Ginter, PhD  
prof. Irene Kull, Dr Iur

Oponent: prof. Michael Steinicke, PhD

Kaitsmise aeg: 15. september kell 11.15 Iuridicumis, Näituse 20 aud. K-03

Väitekirja trükkimist toetas TÜ õigusteaduskond

ISSN 1406–6394

ISBN 978–9949–19–400–1 (trükis)

ISBN 978–9949–19–401–8 (PDF)

Autoriõigus: Mari Ann Simovart, 2010

Tartu Ülikooli Kirjastus

[www.tyk.ee](http://www.tyk.ee)

Tellimus nr. 325

# SISUKORD

SISSEJUHATUS.....	9
1. Hankelepingute õigusliku regulatsiooni alused.....	16
1.1. Hankelepingu tunnused .....	16
1.1.1. Hankija isik .....	16
1.1.2. Varaline huvi .....	18
1.1.3. Kirjalik vorm .....	19
1.1.4. Tsiviilõiguslik sisu .....	21
1.2. Hankelepingu õigusliku regulatsiooni erinevad allikad .....	24
1.2.1. Riigihanke üldpõhimõtted .....	24
1.2.2. Siseriiklik eraõigus .....	33
1.2.3. Euroopa Liidu hankeõiguse ülimuslikkus siseriikliku eraõiguse suhtes .....	40
1.3. Vahekokkuvõte (1. peatükk) .....	42
2. Hankelepingu sisustamise vabaduse piirangud .....	43
2.1. Ebamõistlikult kahjustavate hankelepingu tingimuste keeld .....	43
2.1.1. Ebamõistlikult kahjustavate tüüptingimuste keeld .....	43
2.1.1.1. Tüüptingimuste eraõiguslik regulatsioon .....	43
2.1.1.2. Lepingueelsed suhted riigihankes .....	47
2.1.1.3. Ebamõistlikult kahjustavate tüüptingimuste kasutamise tagajärjed ja võimalikud õiguskaitse- vahendid riigihankes .....	50
2.1.2. Hankelepingu individuaalselt läbiräägitud tingimuste mõistlikkus .....	54
2.2. Muud hankelepingu sisustamise vabaduse piirangud .....	56
2.2.1. Hankelepingu tähtajaga seonduvad piirangud .....	56
2.2.2. Hankelepingut täitvate isikutega seonduvad piirangud .....	59
2.2.3. Hankelepingu avalikkus <i>versus</i> konfidentsiaalsus .....	63
2.3. Eelnevalt väljatöötatud lepinguvormide kasutamise eelised riigihankes .....	67
2.4. Vahekokkuvõte (2. peatükk) .....	70
3. Hanke sekundaarsed eesmärgid .....	72
3.1. Riigihanke sekundaarsed eesmärgid kui kaudse õigusliku regulatsiooni vahendid .....	72
3.1.1. Sekundaarsete eesmärkide kasutamise kogemus .....	72
3.1.2. Sekundaarsed eesmärgid <i>versus</i> EL õiguse aluspõhimõtted ...	76
3.2. Sekundaarsete eesmärkide rakendamine hankelepingu eritingimuste kaudu .....	80
3.2.1. Eritingimuste kasutamise eelised .....	80
3.2.2. Eritingimuste sisustamine kooskõlas hanke üldpõhimõtetega	82
3.2.3. Hankelepingu eritingimuste kasutamine Eesti õiguse kohaselt .....	85

3.2.3.1. Eritingimuste kehtestamise võimalus .....	85
3.2.3.2. Eritingimuste rikkumise tagajärjed .....	89
3.3. Sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalus soolise võrdõiguslikkuse näitel .....	93
3.3.1. Sooline võrdõiguslikkuse kui üks põhiõigustest .....	93
3.3.2. Sooline võrdõiguslikkus hanke sekundaarse eesmärgina .....	96
3.4. Vahekokkuvõte (3. peatükk) .....	100
4. Hankelepingu sõlmimise eelsetes suhetes toimunud rikkumise eraõiguslik tagajärg .....	101
4.1. Hankelepingu kehtivuse keeld direktiivis 2007/66/EÜ sätestatud eelduste esinemise korral .....	101
4.2. Rikkumise tagajärjed, kui direktiivis 2007/66/EÜ sätestatud eeldusi ei esine .....	105
4.2.1. Üldreegel: hankelepingu kehtivus sõltumata menetluses toimunud rikkumisest .....	105
4.2.2. Hankelepingu erandlik kehtetus, kui direktiivis 2007/66/EÜ sätestatud asjaolusid ei esine .....	110
4.2.2.1. Korruptiivsete hankelepingute kehtetus .....	110
4.2.2.2. Muud tühisuse alused .....	111
4.3. Hankelepingu kehtetuse tagajärjed .....	112
4.3.1. Kehtetuse tagajärgede seos EL riigihankeõiguse efektiivse kohaldamise printsiibiga .....	112
4.3.2. Kehtetu hankelepingu tagasitaitmine .....	114
4.3.3. Kehtetu hankelepingu teise poole kahjunõue hankija vastu ..	115
4.3.4. Hoolas ärimees riigihankelepingu sõlmimisel .....	118
4.4. Kokkuvõte (4. peatükk) .....	120
5. Hankelepingu muutmise vabaduse piirangud .....	122
5.1. Hankelepingu muutmise vabadus .....	122
5.1.1. Hankelepingu muutmise vajadus .....	122
5.1.2. Hankelepingu muutmise eriregulatsioonide näiteid .....	125
5.2. <i>De facto</i> uue riigihanke keeld.....	130
5.2.1. Kohtuasjas Presstext kujundatud reegel: oluliste muudatuste keeld.....	130
5.2.2. Hankelepingu tähtaja muudatused.....	132
5.2.3. Hankelepingu teise poole isikut puudutavad muudatused.....	134
5.2.4. Hankelepingu hinna muudatused .....	137
5.3. Hankelepingu muutmine Eesti seaduste kohaselt.....	141
5.3.1. Riigihangete seaduse § 69 lg 4 sätestatud keelu tõlgenda- mine kooskõlas kohtuasjas Presstext kujundatud reeglitega ..	141
5.3.2. Riigihangete seaduse §-s 69 lg 3 sätestatud piirangute analüüs.....	143
5.4. Hankelepingu muutmine VÕS §-i 97 alusel.....	147
5.4.1. VÕS §-st 97 tulenev nõue kui hea usu põhimõtte edasiarendus .....	147

5.4.2. VÕS §-le 97 tugineva nõude eeldused .....	150
5.4.3. VÕS §-le 97 tugineva nõude sisu.....	154
5.4.4. VÕS §-i 97 rakendamine sõltumata RHS § 69 lõikes 3 sätestatud muutmise piirangutest.....	156
5.4.5. RHS §-i 69 lg 4 ülimuslikkus VÕS §-i 97 suhtes.....	159
5.5. Huvitatud isikute õiguskaitsse hankelepingu ebaseadusliku muutmise korral.....	160
5.6. Vahekokkuvõtte (5. peatükk).....	163
KOKKUVÕTE .....	165
LIMITS TO FREEDOM OF CONTRACT: THE INFLUENCE OF EC PUBLIC PROCUREMENT LAW ON ESTONIAN PRIVATE LAW .....	168
An English language extended summary of the doctorate thesis .....	168
Introduction .....	168
1. The basis of legal regulation of procurement contracts .....	172
1.1. Features defining a procurement contract .....	172
1.2. Sources of legal regulation applicable to procurement contracts .....	176
2. Restrictions of the freedom to compose procurement contract terms .....	179
2.1. Exclusion of unreasonably harmful contract conditions .....	179
2.2. Other restrictions concerning the contents of procurement contract terms .....	183
2.3. Advantages of using pre-prepared procurement contracts .....	187
3. Secondary purposes of procurement .....	188
3.1. Secondary purposes of procurement as indirect tools of regulation ..	188
3.2. The pursuit of secondary purposes through contract conditions .....	190
3.3. Gender equality as an example of secondary purpose .....	192
4. Influence of breach in pre-contractual relations on validity of procurement contracts .....	193
4.1. Ineffectiveness of contracts according to the new Remedies Directive 2007/66/EC .....	193
4.2. Consequences of breach if conditions for applying the new Remedies Directive 2007/66/EC are not present .....	195
4.2.1. General rule: validity of contract despite the breach .....	195
4.2.2. Exceptional voidness of a procurement contract if conditions for the application of the new Remedies Directive 2007/66/EC are not present .....	198
4.3. Consequences of voidness of a procurement contract .....	199
5. Restrictions of the freedom to amend procurement contracts .....	205
5.1. The freedom to amend procurement contracts .....	205
5.2. Exclusion of amendments that amount to a <i>de facto</i> new procurement .....	206
5.3. Regulation of amendments to procurement contracts under current Estonian law (PPA) .....	207
5.4. Amendments to procurement contracts under the <i>clausula rebus sic         stantibus</i> doctrine .....	207

5.5. Remedies in case of unlawful amendments to procurement contracts .....	208
CONCLUSIONS .....	210
TRANSLATION OF TABLE OF CONTENTS OF THE THESIS .....	212
KASUTATUD MATERJALIDE LOETELU .....	215
ELULOOKIRJELDUS .....	233
CURRICULUM VITAE .....	235

## SISSEJUHATUS

Käesolev doktoritöö uurib Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Traditsiooniliselt on Eesti õigus juhindunud reeglist, et hankelepingud alluvad ilma oluliste eranditeta eraõiguse normidele.<sup>1</sup> Käesoleva töö autor väidab, et ka pärast lepingu sõlmimise momenti kujundavad hanke eraõiguslike suhete regulatsiooni siseriikliku eraõiguse kõrval Euroopa Liidu (EL) õiguses kujundatud riigihanke üldpõhimõtted. Töö eesmärgiks on tuvastada, (i) milliste riigisisese õiguse ja Euroopa Liidu hankeõiguse koosmõjust tulenevate erisustega on hanke eraõiguslikes suhetes vaja arvestada ning (ii) milline on normidevaheline hierarhia vastuolul korral: kuidas suhestuvad omavahel hanke üldpõhimõtted ja siseriiklikud normid? Analüüsiks on valitud suhted, kus autori arvates avaldub kõige tugevamalt Euroopa Liidu hankeõiguse ja riigisisese õiguse koosmõju.

Uurimuse eesmärk on püstitatud seoses Euroopa Liidu riigihankeõiguses toimunud arengutega, eeskätt Euroopa Kohtu praktikaga, mis tunnistab hanke üldpõhimõtteid ülimuslikuna siseriiklike eraõiguslike normide suhtes. Sellise suuna kujunemine algas otsusega kohtuasjas Alcatel,<sup>2</sup> mis tõstatas nn. ooteperioodi vajalikkuse küsimuse lepingupartneri valimise hetke ja hankelepingu sõlmimise vahel ja kohustas liikmesriike igal juhul võimaldama lepingupartneri valiku otsuse vaidlustamist. Eriti olulised aga on käsitletavas küsimuses kohtuasjades *Pressetext*<sup>3</sup> ja *Komisjon v. Saksamaa*<sup>4</sup> langetatud otsused. Neist esimene käsitles põhjalikult hankelepingu muutmise võimalusi, teine aga tõi sisse täiesti uue ja ootamatu reegli: hankemenetluse teatud oluliste rikkumiste korral ei ole lubatud sellise menetluse tulemusel sõlmitud lepingute jätkuv õigusjõud. Viimast reeglit arendab edasi uus õiguskaitsemeetmete direktiiv nr 2007/66/EÜ.<sup>5</sup> Nimetatud arengud kinnitavad arusaama, et ka riigihankelepinguid puudutavate eraõiguslike vaidluse lahendamisel tuleb juhinduda hanke üldpõhimõtetest, veelgi enam: riigihanke kontekstis alluvad eraõiguse normid hanke üldpõhimõtetele. Seetõttu väidab autor, et Euroopa Liidu riigihankeõiguse mõjusfäär ei lakka

---

<sup>1</sup> Riigihangete seadus, RK s 24.01.2007 – RT I 2007, 15, 76, 01.05.2007; Riigikohtu ÜK o 08.06.2009 Nr. 7 jõust. 08.06.2009, RT III 2009, 30, 218; RK s 13.03.2008 jõust. 28.03.2008, RT I 2008, 14, 92; edaspidi RHS; § 4 lg 1 lause 2; A. Aedma jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu 2004, lk 251–252; M. Käerdi jt. Ettevõtja õigus. Tegevuskava ettevõtlusealase õiguskeskkonna rahvusvahelise konkurentsivõime parandamiseks, *Juridica*, 2006, nr. 4, lk 231.

<sup>2</sup> *Alcatel Austria AG jt, Siemens AG Österreich ja Sag-Schrack Anlagentechnik AG versus Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*. Kohtuasi C-81/98. EKL 1999 lk I-07671.

<sup>3</sup> *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v Austria*, C-454/06, EKL 2008, lk I-04401.

<sup>4</sup> *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Saksamaa Liitvabariik*, C-503/04 EKL 2007 lk I-06153.

<sup>5</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (EMPs kohaldatav tekst) ELT L 335, 20.12.2007, lk 31–46.

peatu konkreetse hankelepingu sõlmimise momendil, vaid laieneb riigihanke **kõigile** õigussuhetele, s.h. hanke eraõiguslikele (nii lepingulistele kui muudele) suhetele.

Eesti riigihankeõigus on oma olemuselt kombinatsioon era- ja avalikust õigusest, jagunedes kahte ossa: enne lepingu sõlmimist toimuv allub avalik-õiguslikule regulatsioonile, täpsemalt riigihangete seadusele ja vajadusel selle aluseks olnud hankedirektiividele,<sup>6</sup> kuid alates lepingu sõlmimisest on tegu tavalise eraõigusliku lepinguga ilma eriliste mõõndusteta, välja arvatud lepingu muutmisega seonduvad üksikud piirangud. Samas tekitavad ülalnimetatud, Euroopa Liidu hankeõiguses toimunud arengud küsimuse, kas käsitluste niivõrd range diferentseerimine on õigustatud. On ju hankelepingu sõlmimisele eelnevad suhted (nii hankemenetluses kui ilma selleta) oma loomult lepingueelsete suhete üks eri liike, teisest küljest aga hankelepingu sõlmimisega riigihange sugugi mitte ei lõpe, vaid lepingu täitmine alles algab, s.t. konkreetse hanke eesmärk ja tulemused alles saabuvad. Üldistavat võib öelda, et hankelepingu sõlmimisele eelnevad avalik-õiguslikud suhted – s.o. eraõiguse mõistes lepingueelsed suhted – kuuluvad suhteliselt arusaadavasse, detailselt reguleeritud ja teoreetiliselt uuritud valdkonda nii Euroopa Liidu kui Eesti tasandil. Samuti arvestab hankelepingu sõlmimisele eelnevates suhetes kehtiv riigihankeõiguslik regulatsioon riigihankeid saatva suure avaliku huviga.<sup>7</sup>

Sama ei saa Eesti kontekstis aga öelda hankega seotud eraõiguslike suhete kohta. Autori seisukoht on, et allutades hankelepingud puhtalt eraõiguslikule loogikale, ignoreeritakse nii Euroopa Liidu riigihankeõiguse eesmärgi kui lepingutega kaasnevat olulist avalikku huvi. Kas ja millist mõju aga omavad EL riigihanke üldpõhimõtted hankelepingu kehtivuse küsimustes ning kehtiva lepingu sõlmimisele ajaliselt järgnevates lepinguõiguslikes suhetes? Eesti puhul puudub nimetatud küsimuses nii spetsiifiline riigisisene regulatsioon kui ka õigusteoreetiline käsitlus.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, 30.04.2004, lk 1–113, eestikeelne eriväljaanne ptk 06, kd 07, lk 19–131; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihanke lepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.04.2004, lk 114–240, eestikeelne eriväljaanne ptk 06, kd 07, lk 132–262.

<sup>7</sup> Avaliku huvi kohta vt K. Ikkonen. Avalik huvi kui määratlemata õigusemõiste. *Juridica* III/2005, lk 187–199 ja riigivaraseaduse eelnõu 437 SE III seletuskiri, kättesaadav: [http://www.riigikogu.ee/?page=en\\_vaade&op=ems&eid=565239&u=20100130130620](http://www.riigikogu.ee/?page=en_vaade&op=ems&eid=565239&u=20100130130620) (30.01.2010), lk 17.

<sup>8</sup> Eesti õigusteaduses piirdub riigihanke lepingulisi suhteid käsitlev õiguskirjandus järgmisega: M. A. Simovart. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses, *Juridica*, 2010, nr. 4, lk. 248–257; M. A. Simovart. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. *Juridica*, 2009, nr 3, lk 148–158; M. A. Simovart. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüpitingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. *Juridica*, 2008, nr 1, lk 29–38; M. A. Simovart. Lepingu muutmise nõue riigihankelepingu kohustuste

Eelnimetatud lünga täitmiseks on autor seadnud endale eesmärgiks näidata riigihankelepingute õiguslikku eripära, mis tuleneb otseselt EL hankeõiguse põhimõtete mõjust lepinguvabadusele ja hangetega kaasnevast olulisest avalikust huvist. Autori põhiseisukohaks on, et eraõigusliku regulatsiooni rakendamine hankelepingute suhtes peab järgima hanke üldpõhimõtteid, mistõttu tuleb hankelepingutega seotud kaasustes eraõiguse rakendamisel tunnistada teatud erireegleid.<sup>9</sup> Õiguse rakendamine hankelepingute suhtes peab toimuma kooskõlas riigihangete seaduses sätestatud üldpõhimõtetega ning hankedirektiividest tulenevate reeglitega, isegi kui viimased ei ole otseselt riigisisises õiguses kajastatud.

Töö eesmärgid on püstitatud hierarhiliselt: põhiseisukohani jõudmiseks on püstitatud alamhüpoteesid. Uurimiseesmärkide saavutamiseks kirjeldatakse käsitletavaid instituute teaduslikult ning analüüsitakse kriitiliselt Eesti ja Euroopa Liidu normatiivmaterjale ja kohtupraktikat, vähesel määral tuginetakse varasematele empiirilistele uuringutele, teiste riikide praktikale ja normatiivaktidele. Põhieesmärgi saavutamiseks, s.o. hanke eraõigusele üldpõhimõtetest tuleneva mõju tuvastamiseks ja näitlikustamiseks on autor uurinud lepinguvabaduse erinevate aspektide iseloomulikku avaldumist riigihankes, täpsemalt lepingu tingimuste sisustamise vabadust, s.h. võimalust kasutada lepingutingimusi sekundaarsetel eesmärkidel; piiratud lepinguvabadusega lepingueelsetes suhetes toimunud rikkumise mõju sõlmitud hankelepingu kehtivusele ning vabadust sõlmitud hankelepingut muuta ja selle vabaduse piiranguid.<sup>10</sup> Ühtlasi analüüsitakse käesolevas doktoritöös praegu riigihanke lepinguõigusliku regulatsiooni suhtes ainsana kehtivate erisätete – hankelepingu muutmist piiravate RHS

---

vahekorra muutumise korral. *Juridica*, 2008, nr 4, lk 219–229; K. Taube. Töötajate õiglaste palga- ja töötingimuste saavutamine riigihankelepingu sekundaarse eesmärgina. Bakalaureusetöö. Juhendaja M. A. Simovart. Tallinn, 2009. Käesoleva töö autori poolt üldnimetatud artiklites avaldatud seisukohad on inkorporeeritud doktoritöö teksti.

<sup>9</sup> Samasisulisi seisukohti avaldab Saksa eraõiguse ja hankeregulatsiooni suhtes E. Marschner: *Contract and adaptation of Contracts in the European Public Procurement Law – A comparative study on the German and English Law of Public Procurement*, 2009, kättesaadav: <http://www.nottingham.ac.uk/law2/pprg/events/events-conferences/phd-conference.php>, (22.12.2009); vt ka: E. Marschner. *Vertrag und Anpassung im Europäischen Vergaberecht*. Verlag Fr. Kovac. Hamburg 2009.

<sup>10</sup> Toodud näited ei kujuta endast ammendavat loetelu olukordadest, kus avaldub Euroopa hankeõiguse mõju eraõigusele. Autor ei välista võimalust, et hankele eriomaste lepinguvabaduse piirangute kohta on veel näiteid – sealhulgas võib üheks võimalikuks aspektiks pidada vabadust hankelepingut lõpetada. Siiski tuleb ülaltoodud loetelus toodud näiteid pidada kõige iseloomulikemateks erinevate õigusnormide koosmõju avaldumise seisukohast vaadatuna. Autori arvates võib käesolevas töös pakutud lahendusi üldistavalt laiendada ka muude juhtumite suhtes, kus esineb vastuolu siseriikliku eraõiguse ja euroopa hankeõiguse vahel. Näiteks ei tohi hankelepingu lõpetamise vabadust kasutada nii, et seeläbi rikutaks hanke üldpõhimõtteid. Teatud situatsioonis aga võib vastupidi tekkida hoopis lepingu lõpetamise kohustus: näiteks, kui hankelepingu jätkamine senisel kujul ei ole võimalik, kuid lepingu muutmine oleks vastuolus *Pressetext*’ kohtuasjas kajastatud reeglitega. Hankelepingu lõpetamise kohustus võib ka tuleneda kohtuasjas komisjon v Saksamaa kujundatud reeglist.

§ 69 lõigete 3 ja 4 – sisu, eesmärgiga tuvastada, kas sätestatud piirangud on vajalikud ja õigustatud Euroopa Liidu riigihankeõiguses kujundatud hankelepingu muutmise reeglite valguses.

Doktoritöö struktuur rajaneb töö põhiseisukoha tõendamiseks analüüsitava tel näidetele. Vastavalt sellele on töö jagatud viide ossa. Esimeses peatükis käsitletakse hankelepingute õigusliku regulatsiooni lähtealused: esmalt piiritletakse, kuidas määratleb Eesti kehtiv riigihangete seadus mõiste *hankeleping*, s.o. millised lepinguid käesolevas töös tehtud järeldused hõlmavad, millised hanke-menetluses sõlmitavad lepingud aga on uurimisobjektide hulgast välistatud ja milliste kriteeriumide alusel saab hankelepinguid piirnevates lepingutest, eeskätt halduslepingutest, eristada (osa 1.1). Osas 1.2 uuritakse erinevate reeglite kohaldamist ja selgitatakse nende vahelist hierarhiat. Riigihanke üldpõhimõtteid ja nende seost EÜ asutamislepinguga on varasemates teadustöodes piisavalt käsitletud (nt D. Pachnou doktoritöös<sup>11</sup> ja T. Ojasalu magistritöös<sup>12</sup>), mistõttu ei peatu autor uurimuses eraldi nende sisustamise teemal. Küsimuses, milline peaks olema hankevalduste lahendamisel eraõiguslike ja avalik-õiguslike normide, s.h. hanke üldpõhimõtete, suhe, lähtub autor järgmistest eeldustest. Esiteks, hanke üldpõhimõtete rakendamine ei eelda lepingu piiriülese huvi tuvastamist. Kõik Eesti riigihangete seaduse alusel hankelepinguna määratletavad lepingud alluvad riigihanke üldpõhimõtetele sõltumata piiriülese huvi esinemisest või puudumisest ning väikeste eranditega ka sõltumata lepingu maksumusest ja objektist. Teiseks, EÜ asutamislepingust tulenevad aluspõhimõtted ja/või neid edasi arendavad riigihanke üldpõhimõtted on ülimuslikud siseriiklike eraõiguslike reeglite ees. Kolmandaks, kui riigihangete suhtes kohalduv riigisisene eriregulatsioon ei põhine ei direktiivi(de)s sätestatud reeglitel ega asutamislepingu põhimõtetel, siis tuleb vastuolu korral teiste õigusnormidega kaaluda konkreetsete konfliktsete reeglite olemust. Tulemus võib sellisel juhul olla ka vastupidine, s.o. riigisisene hanke regulatsioon ei pruugi olla ülimuslik eraõigusliku regulatsiooni suhtes.

Töö 2. peatükk käsitleb hankelepingu sisustamise vabadust. Riigihangetega kaasnevast olulisest avalikust huvist ja Euroopa Liidu õigusest tulenevalt on põhjendatud lepinguvabaduse märkimisväärsed piirangud, mis kehtivad hankelepingu-eelsetes suhetes. Äärmiselt piiratud lepinguvabaduse tulemusel on hankelepingud enamasti sõlmitud sellisel viisil, et nad vastavad võlaõigusseaduses (VÕS)<sup>13</sup> sätestatud tüüptingimuste määratlusele. Seetõttu on omakorda

---

<sup>11</sup> D. Pachnou. The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules: a case study of the public works sector in the United Kingdom and Greece. Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, March 2003, kättesaadav:

[http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared\\_procurement/theses/Despina\\_Pachnou\\_thesis.pdf](http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared_procurement/theses/Despina_Pachnou_thesis.pdf) (01.05.2010), p 12.

<sup>12</sup> T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja prof A. Reenumägi. Tallinn 2006.

<sup>13</sup> Võlaõigusseadus. RK s 05.06.2002 (RT I 2002, 53, 336) 01.07.2002, 28.01.2010 (RT I 2010, 7, 30) 26.02.2010.

piiratud hankelepingu tüüptingimuste sisustamise vabadus (osa 2.1): keelatud on sisustada hankelepingu tüüptingimusi lepingu täitja jaoks ebamõistlikult kahjulikel tingimustel. Ka nendel suhteliselt harva esinevatel juhtudel, kui leping sõlmitakse individuaalselt läbiräägitud tingimustel, lasuvad hankijal avalikust huvist ja hanke üldpõhimõtetest tulenevalt teatud piirangud lepingutingimuste sisustamisel, mida analüüsin osas 2.2. Arvestades seda, et ühelt poolt on lepingu sisustamise vabadus piiratud ja et teiselt poolt kaasneb hankelepingutega oluline avalik huvi, kerkib üles küsimus, kas ja kuidas võiks olla põhjendatud kohustus või soovitus sõlmida hankelepinguid eelnevalt ettevalmistatud tüüptingimustel. Nimetatud küsimust käsitletakse osas 2.3.

Riigihankega seotud avalik huvi võib samuti muuta vajalikuks ja võimalikuks hankelepingute kasutamise nn. kaudse õigusliku regulatsiooni vahendina: kõrval- ehk sekundaarsete eesmärkide kandjatena. Riigihanke selline rakendus on maailmas (sh teistes EL liikmesriikides)<sup>14</sup> levinud praktika ning ka välismaises õiguskirjanduses on sekundaarsete eesmärkidega seonduv leidnud ohtrat käsitlust, s.h. Euroopa Kohtu viimase aja suhteliselt vastuolulise praktika<sup>15</sup> valguses. Kuigi sisuliselt oleks sekundaarsete eesmärkide üle arutamine olnud õigustatud samuti või pigem 2. peatükis, pühendatakse sellele küsimusele eraldi 3. peatükis, kus seda käsitlust konkretiseeritakse soolise võrdõiguslikkuse näitel. Selline valik on tehtud kahel põhjusel: esiteks on tegemist seni Eesti õiguskirjanduses teenimatult vähe uuritud teemaga ja praktiliselt tundmatu, kuid potentsiaalselt tänuväarse praktikaga.<sup>16</sup> Teiseks on sekundaarseid eesmärke vaja eraldi analüüsida, kuna see tõstatab küsimuse tavapärase eraõigusliku käsitluse sobivusest, sh näiteks õiguskaitsevahendite rakendamise võimalikkusest lepingu eritingimuste rikkumise korral.

Doktoritöö 4. osas analüüsitakse hankelepingu sõlmimisele eelnevates suhetes toimunud rikkumiste mõju hankelepingu kehtivusele ning lepingu kehtetusega kaasnevaid võimalikke tagajärgi. Kui rahvusvahelist piirmäära ületavate lepingute sõlmimisel leiab aset oluline rikkumine, siis Euroopa Kohtu praktika ja uue õigusmeetmete direktiivi 2007/66/EÜ kohaselt on liikmesriigil kohustu tagada rikkumise tulemusel sõlmitud hankelepingu õigusjõu lõpetamine (ingl k *ineffectiveness*). Direktiivis 2007/66/EÜ ettenähtud eelduste esinemisega kaasnevat hankelepingu kehtetust analüüsib autor osas 4.1. Hoopis teistsugune ja palju problemaatilisem on olukord siis, kui uus õiguskaitsemeetmete direktiiv 2007/66/EÜ ei rakendu (osa 4.2). Osas 4.2.1 analüüsib autor kriitiliselt Eestis

---

<sup>14</sup> C. McCrudden. *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change*. Oxford, Oxford University Press 2007, pp 508–509.

<sup>15</sup> Vt eeskätt Dirk Ruffert versus Land Niedersachsen, kohtuasi C-346/06. EKL 2008 Lk I-01989.

<sup>16</sup> Empiirilised uuringud on näidanud, et Eesti ministeeriumeid iseloomustab minimaalne teadlikkus, kohati isegi tõrjuv suhtumine sekundaarsete eesmärkide kasutamisse, sh tööõiguse valdkonnas. Ka Eesti kohalikel omavalitsustel on olnud vaid minimaalne kokkupuude keskkonnahoidlike hangetega. – Vt Taube 2009, lk 38, 61–64; K. Räägel. Keskkonnahoidlikud avalikud hanked. Magistritöö keskkonnatehnoloogias. Juhendaja prof. T. Oja. Tartu 2006, lk 108.

kohaldatavat üldreeglit, mille järgi lepingueelsetes suhetes toimunud rikkumine hankelepingu kehtivust ei mõjuta, välja arvatud osas 4.2.2 käsitletud erandjuhtudel. Hankelepingu kehtetusega seoses tekib küsimus kehtetuks tunnistatud (sõltuvalt riigisiseseast regulatsioonist – lõpetatud) hankelepingu teise poole õigusest kahju hüvitamisele. Tuginedes nii eraõiguse põhimõtetele kui analoogia korras Euroopa Kohtu praktikale ebaseadusliku riigiabi tagastamise kaasustes väidab autor, et sellise kahjunõude puhul tuleb arvestada lepingupoole osalust hankija ebaseaduslikus tegevuses (tegevusetuses) ning eeldada võib lepingupoole n.ö. kaasosalust rikkumises (vt osa 4.3).

Viimases, 5. peatükis, käsitleb autor hanke üldpõhimõtete mõju hankelepingu muutmise vabadusele. Autor selgitab esmalt, milline on lepingu muutmise vabaduse praktiline tähendus ja millele on suunatud selle võimalikud piirangud (osa 5.1). Seejärel analüüsitakse Euroopa Kohtu praktikat (eeskätt kohtuasjas *Pressetext*) eesmärgiga sedastada, millistest kriteeriumidest sõltub hankelepingu muutmise õiguspärasus, s.o. millised piirangud seab lepingu muutmise vabadusele Euroopa Liidu riigihankeõigus (5.2), ning kuidas suhestuvad lepingu muutmise vabadus ja sellel EL hankeõigusest tulenevalt lasuvad piirangud nende keeldudega, mille hankelepingu muutmiseks sätestab Eesti riigihangete seadus (5.3). Samuti analüüsib autor, milline on riigihangete seaduses sätestatud lepingu muutmise piirangute koosmõju *clausula rebus sic stantibus* doktriinil rajaneva võlaõigusseaduse §-ga 97 (5.4). Küsimust, kas ja millised õiguskaitsevahendid on huvitatud isikule kättesaadavad lepingu ebaseadusliku muutmise olukorras, analüüsitakse osas 5.5.

Kasutatud kirjandusallikatest tuleb olulisemateks lugeda järgmisi teoseid: prof. S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*<sup>17</sup> ning prof. S. Arrowsmith ja P. Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*.<sup>18</sup> Riigihanke üldpõhimõtete rakendamise osas olid väärtuslikeks allikateks D. Pachnou doktoritöö<sup>19</sup> ning T. Ojasalu magistratöö *Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses*.<sup>20</sup> Oluliseks allikaks riigihanke sekundaarsete eesmärkide valdkonnas oli M. De Castro Meirelese doktoritöö *The World Bank Procurement Regulations: a Critical Analysis of the Enforcement Mechanism and of the Application of Secondary Policies in Financed Projects*.<sup>21</sup> Käesoleva

---

<sup>17</sup> S. Arrowsmith. *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, Sweet & Maxwell 2005.

<sup>18</sup> S. Arrowsmith, P. Kunzlik, *Social and environmental policies in EC procurement law. New directives and new directions*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2009.

<sup>19</sup> Pachnou 2003.

<sup>20</sup> Ojasalu 2006.

<sup>21</sup> M. De Castro Meireles. *The World Bank Procurement Regulations: a Critical Analysis of the Enforcement Mechanism and of the Application of Secondary Policies in Financed Projects*. Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, February 2006, available in the internet:

töö kirjutamisel olid aktuaalsete õigusprobleemide tuvastamisel hindamatuks abiks ka Nottingham ülikooli õigusteaduskonna korraldatud riigihankeõiguse alase PhD-kandidaatide konverentsi ettekanded,<sup>22</sup> eelkõige E. Marschneri uurimus.<sup>23</sup> Kohtupraktika osas on tuginetud peamiselt Euroopa Kohtu lahenditele ja Eesti riigikohtu praktikale.

Autor on väga tänulik oma juhendajatele – professor Irene Kullile, ja dotsent Carri Ginterile, mõlemad Tartu Ülikoolist. Samuti tänab autor professor Sue Arrowsmith'i ja Nottingham Ülikooli riigihankeõiguse uurimisrühma (*Public Procurement Research Group*) suurepärase võimaluse eest teha uurimistööd Nottingham' ülikooli juures.

---

[http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared\\_procurement/theses/Marta\\_Meireles\\_master\\_FINAL.pdf](http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared_procurement/theses/Marta_Meireles_master_FINAL.pdf) (22.06.2008)

<sup>22</sup> The fourth public procurement PhD conference at th, School of Law, University of Nottingham, September 7-8 2009. Kättesaadav:

<http://www.nottingham.ac.uk/PPRG/ConferencesandEvents/pastevents/phd-conference.aspx> (19.03.2010)

<sup>23</sup> Marschner, Contract ... 2009.

# I. Hankelepingute õigusliku regulatsiooni alused

## I.1. Hankelepingu tunnused

### I.1.1. Hankija isik

Käesolevas töös käsitletavate lepingute ringi täpsemaks piiritlemiseks analüüsib autor esmalt, milliseid lepinguid tuleb kehtiva seaduse alusel käsitleda hankelepingutena ning milliste kriteeriumide alusel eristada hankelepinguid ühelt poolt ülejäänud eraõiguslikest lepingutest ja teiselt poolt halduslepingutest. Üks elemente, millele sealjuures tugineda, on hankija isik.

Riigihangete seaduse §-s 4 lg 1 sätestatud legaaldefiniitsiooni kohaselt loetakse hankelepinguteks kõik vastastikuste varaliste kohustustega lepinguid, mis on sõlmitud riigihanke tulemusena ühe või mitme *hankija* poolt ühe või mitme isikuga ja mille esemeks on asjad, teenused või ehitustööd. Legaaldefiniitsioon tugineb hankedirektiivides sätestatud hankelepingu mõistele: *Riigihankelepingud – ühe või mitme ettevõtja ning ühe või mitme ostja vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud, mille objektiks on ehitustööd, toodete tarnimine või teenuste osutamine [hankedirektiivi] tähenduses.*<sup>24</sup> Riigikohus on *hankelepingu* mõiste sisustamist täpsustanud, selgitades, et hankelepinguga on tegemist ka näiteks (RHS § 19 nimetatud) nn. lihtsustatud korras tellitavate teenuste puhul, kui hankija küll hankemenetlust korraldama ei pea, kuid teostab siiski teenuste tellimist. *Lihtsustatud korras tellitava teenuse tellija on ... seaduse tähenduses hankija (§ 10)... Kui hankija tunnustab hankemenetluses esitatud pakkumuse vastavaks ja edukaks, siis sõlmib ta pakkujaga hankelepingu (§ 4 lg 1).* Seega on ka sellisel juhul on tegemist hankelepinguga ja hankija tegevus allub riigihangete seaduses sätestatud üldpõhimõtetele.<sup>25</sup>

Eeltoodust nähtvalt on lepingu määratlemisel hankelepinguna esmaseks eelduseks asjaolu, et leping sõlmitakse hankija tunnustele vastava isiku või isikute poolt. Omakorda on riigihangete õiguslik regulatsioon diferentseeritud tulenevalt sellest, kas tegu on nn avaliku või võrgustikuhankijaga. Avalikeks hankijateks on riigihangete seaduse § 10 lg 1 kohaselt (p 1) riik või riigiasutus; (p 2) kohaliku omavalitsuse üksus või asutus või kohalike omavalitsuste ühendus; (p 3) muu avalik-õiguslik juriidiline isik või avalik-õigusliku juriidilise isiku asutus; (p 4) sihtasutus, mille üheks asutajaks on riik või mille asutajatest rohkem kui pool on punktis 2 või 3 nimetatud isikud või mille nõukogu liikmetest rohkem kui poole määravad punktides 1–3 nimetatud isikud; (p 5) mittetulundusühing, mille liikmetest rohkem kui pool on punktides 1–3 nimetatud isikud. Samuti võib avalikuks hankijaks olla eraõiguslik juriidiline isik, mis on *asutatud eesmärgiga täita või mis täidab põhi- või*

<sup>24</sup> Direktiiv 2004/18/EÜ, artikkel 1 p 2 (a); direktiiv 2004/17/EÜ, art 1, p 2 (a).

<sup>25</sup> Riigikohtu halduskolleegiumi kohtumäärus haldusasjas nr 3-3-1-63-08, p 13.

*kõrvaltegevusena ülesannet avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu, ning mida põhiliselt rahastavad või mille juhtimis-, haldus- või järelevalveorgani liikmetest rohkem kui poole määravad või mille juhtimist muul viisil kontrollivad koos või eraldi [RHS § 10 lg 1] punktides 1–5 või teised punktis 6 nimetatud isikud või mõne muu Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi vastavad isikud.*<sup>26</sup>

Nn võrgustikuhankijateks on RHS § 10 lg 3 nimetatud hankijad, s.o. tegutsemisel RHS §-des 83–89 nimetatud valdkondades (1) isik, kellele on antud erivõi ainuõigus tegutseda selles valdkonnas; (2) äriühing, mille osa- või aktsiakapitalist rohkem kui poolt omavad või mille aktsiate või osadega esindatud häältel rohkem kui poolt valitsevad või mille juhatuse või nõukogu liikmetest rohkem kui poole määravad otseselt või kaudselt eelnimetatud eri- või ainuõigusega isikud või need isikud koos mõne muu Euroopa Liidu liikmesriigi vastavate isikutega. RHS §-d 83–89 nimetavad ja täpsustavad järgmisi valdkondi: gaasi- ja soojusenergia; elektrienergia; vesi; transporditeenused; postiteenused; nafta, gaasi, kivisöe, põlevkivi, turba ja teiste tahkekütuste leiukohtade uurin-gute või kaevandamisega seotud valdkonnad ning sadamate või lennuväljadega seotud valdkonnad.

Mõlemal juhul, s.o nii avaliku kui võrgustikuhankija puhul kaasneb hankija isikuga avaliku huvi element, tingituna nii hankija funktsioonidest kui tegevuse mõjust ja ulatusest. Kõrgendatud avalikust huvist ja riigihanke üldprintsipiide järgimise vajadusest tulenevalt on mõlemat liiki hankijatel lubatud hankelepinguid sõlmida üksnes seaduses ettenähtud tingimustel ja korras (RHS § 4 lg 2). Samas on avalike hankijate tegevusega kaasnev avalik huvi võrgustiku-hankijatega võrreldes mõnevõrra suurem ja otsesem. Tulenevalt hankijate põhiseaduslikest funktsioonidest peab avalik-õiguslik juriidiline isik era-õiguslikes suhetes osaledes arvestama põhiõigustega, proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise, õiguspärase ootuse ja teiste avaliku õiguse põhimõtete ja normidega.<sup>27</sup> Võrgustikuhankija puhul on avalik huvi mõnevõrra väiksem ning avalikust huvist tulenevad piirangud võivad vajada tasakaalustamist hankijate endi põhiseaduslike õigustega, näiteks ettevõtlusvabadusega. Seetõttu on hankelepingule eelnevates suhetes rakenduvad nõuded hankija isikust sõltuvalt diferentseeritud.<sup>28</sup>

Hankijate laia ringi valguses võib tõstatada küsimus, kuivõrd täpne ja õnnestunud on üldse eestikeelne termin *riigihange*, mis tähistab nii avalikku kui võrgustikuhanget. Nagu eespool näidatud, on hankekohuslaseks ka paljud eraõiguslikud juriidilised isikud. Ka avalike hankijate hulgas on olulisel määral esindatud kohaliku omavaltsuse, mitte riigiga seotud isikud. Seda silmas pidades oleks ilmselt täpsem kasutada praegu riigihangete seadusega reguleeritud hangete tähistamiseks väljendit *avalik hange* (see oleks ka otsene vaste

---

<sup>26</sup> RHS § 10 lg 1 p 6 ja lg 2 p 1 ja 2.

<sup>27</sup> Riigikohtu haldus- ja tsiviilkolleegiumi vahelise erikogu otsus haldusasjas nr 3-3-1-15-01, p 12.

<sup>28</sup> RHS 5. ptk.

nt ingliskeelsele terminile *public procurement*). Väljend *avalik hange* viitaks küll hangetega seonduvale avalikule huvile, samuti hangete (enamasti) avalikule läbiviimisele, tekitamata sealjuures eksitavat seost, nagu peaks hankelepingu üheks pooleks alati olema riik või selle esindaja. Teisest küljest on arusaadav, et käibes tugevalt juurdunud termini *riigihange* muutmine võib tekitada liialt palju arusaamatusi ning mitte olla seetõttu põhjendatud. Sel põhjusel lähtub ka käesoleva töö autor kehtivast legaalterminist ja kasutab väljendit riigihange või hange.

### I.1.2. Varaline huvi

Hankija isiku kõrval seonduvad kõrgendatud avaliku huviga ka hankelepingu täitmisel kasutatavad rahalised ressursid: on ju tegemist kas otseselt avalike ressursside – nt. avalike hankijate puhul eelarvest tuleneva vahendite – kasutamise või varaliste kohustustega, mis kaudselt mõjutavad üldist huvi omavate teenuste osutamist – nt. võrgustikuhankija tehtavatest investeeringutest sõltub tarbijatele osutatavate teenuste hind. Seda silmas pidades on õigustatud, et varaliste kohustuste olemasolu on üheks eelduseks lepingu määratlemisel hankelepinguna ning et ühtlasi sõltuvad lepingu maksumusest, s.t. kaasnevatest varalistest kohustustest lepingueelsetes suhetes rakendatavad nõuded.

Riigihangete seaduses sätestatud varaliste huvide kriteeriumit tuleb käsitleda kui vastastikkuse soorituse või soorituse eest vastutasu (*consideration*) nõuet.<sup>29</sup> Varalise huvi kriteerium loetakse täidetuks ka kaudse (mitterahalise) tulu saamise puhul.<sup>30</sup> Euroopa Kohus rakendab varaliste kohustuste kriteeriumit kõige laiemas tähenduses. Sisuliselt täidab nimetatud eelduse igasugune varaline eelis, s.h. tasaarvestamine või teatud vastuteene saamine.<sup>31</sup> Hankelepinguga on varaliste huvide kriteeriumi tähenduses tegemist alati, kui vastutasuks teenuse või kauba eest saab pakkuja mingit majanduslikku kasu, mis annab teatud laadi turueelise ja millest võiksid olla huvitatud ka teised pakkujad.<sup>32</sup>

On küsitav, kas tuleks lugeda varalise huviga lepinguks kauba tasuta pakku- mist ettenägev leping, kui pakkuja saab tänu sellele kaudset tasu või eeliseid. Kauba tasuta üleandmist hankijale võib asjaoludest sõltuvalt pidada teatud

---

<sup>29</sup> Arrowsmith 2008, p 283. Kuigi *consideration* kui lepingutasu (vastutasu) institusioon on omane pigem anglo-ameerika õigusele, rakendub sama nõue sisuliselt hankelepinguõiguses sõltumata hankelepingute regulatsiooni siseriikliku orientatsioonist.

<sup>30</sup> P. Henty. Chandler in the Court of Appeal: public procurement issues – R. (on the application of Chandler) v Secretary of State for Children, Schools and Families. Public Procurement Law Review, 2010, 2, NA64–67, p 66.

<sup>31</sup> vt nt Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti ja Leopoldo Freyrie versus Comune di Milano; Pirelli SpA, Milano Centrale Servizi SpA ja Fondazione Teatro alla Scala osavõtul (edaspidi: *La Scala*). Kohtuasi C-399/98. EKL 2001 lk I-05409, punktid 54–56 ja 84–86.

<sup>32</sup> Arrowsmith 2008, p 297.

mõttes tootja tasuta reklaamiks. Samuti tekib küsimus varalisest huvist juhul, kui isik pakub hankijale tasuta kaupa, näiteks seadmeid, ning on tänu sellele ilmses eelises, kui hankija korraldab hiljem hanke sama kauba tasuliseks hooldamiseks. Eelduslikult ei tule annetusi ega kingitusi käsitleda hankelepingutena. Siiski peab seda eeldust olema võimalik ümber lükata, kui ilmneb, et konkreetse kaasuse asjaoludel kaasneb kinkelepinguga reaalselt oluline majanduslik kasu või eelis, millest ka teised pakkujaid võiksid olla huvitatud. Varaliseks kasuks tuleb lugeda sellisel juhul ka kasu, mis otseselt rahalises makses ei seisne.<sup>33</sup>

Ainsa erandina varaliste kohustuste kriteeriumile on ilma hankijapoolse varalise kohustusega võimalik sõlmida kontsessioonilepinguid, s.o riigihangete seaduse kohaselt sellised ehitustööde või teenuste lepingud, mille puhul seisneb kontsessioonäri tasu vastavalt talle antud ehitise eksploateerimise õiguses või õiguses osutada teenust ja saada teenuse kasutajatelt tasu.<sup>34</sup> Hankijal võib kontsessioonilepingu järgi olla kohustus maksta teisele poolele lepingu täitmise eest tasu, aga leping võib olla sõlmitud ka ilma sellise kohustusega.<sup>35</sup> Viimasel juhul võtab hankelepingu teine pool riski selles osas, kas ja millises ulatuses ta lepingu täitmise eest tasu saab.

### 1.1.3. Kirjalik vorm

Hankedirektiivide kohaselt tuleb hankeleping vormistada kirjalikult.<sup>36</sup> Kirjaliku vormi nõue on üks väheseid hankedirektiivides otseselt ettenähtud nõudeid, mis puudutab eraõigust. Euroopa Kohus on lepingu vormi tähtsusele viidanud seoses vaidlusega lepingu sõlmimise momendi üle,<sup>37</sup> leides, et õigusvaidluses ei ole isikul võimalik tugineda allkirjastamata jäänud raamlepingule muuhulgas põhjusel, et direktiividest tulenevalt on nõutav sellise lepingu kirjalik vormistamine. Ka Eesti riigihangete seadus kehtestab kirjaliku vormi nõude nende hankelepingute suhtes, mille maksumus ilma käibemaksuta on vähemalt 10 000 eurot. Sellest piirmäärast allapoole jäävate lepingute puhul kehtestab vorminõuded hankija ise.<sup>38</sup>

Tuleb aga silmas pidada, et kirjaliku vormi nõue direktiivide tähenduses ei ühti sama nõudega Eesti seaduse mõistes. Direktiivides sätestatud määratluse

---

<sup>33</sup> Arrowsmith 2008, p 298.

<sup>34</sup> RHS § 6 lg 1 ja 2.

<sup>35</sup> Kontsessioonilepingu näiteks on kokkulepe, mille järgi *teenuseid puudutava lepingu raames ei maksa lepingupartnerile otseselt tasu hankija, vaid tal on õigus võtta kolmandatelt isikutelt tasu* – vt: Wasser- und Abwasserzeckverband Gotha und Landkreismunicipalitäten (WAZV Gotha) versus Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft GmbH, kohtuasi C-206/08, 7. 11. 2009, ELT C 267, lk 20.

<sup>36</sup> 2004/17/EÜ art 1 p-d 2–4 ja 11; 2004/18/EÜ art 1 p-d 2–5 ja 12.

<sup>37</sup> Embassy Limousines & Services versus Euroopa Parlament. Kohtuasi T-203/96. EKL 1998, lk II-04239, punktid 6, 39–41.

<sup>38</sup> RHS § 5 lg 1 ja 2.

kohaselt loetakse *kirjalikult* vormistatuks *iga sõnast või numbritest koosnev avaldus, mida on võimalik lugeda, paljundada ja seejärel edastada*. Eraldi on täpsustatud, et selline vorm võib hõlmata ka *elektrooniliselt edastatud ja salvestatud teavet*.<sup>39</sup> Elektroonilised vahendid on direktiivis omakorda määratletud kui *elektroonikaseadmete kasutamine selleks, et töödelda (sh. digitaalselt tihendada) ja säilitada andmeid, mida antakse üle, edastatakse ja võetakse vastu juhtmete või raadio teel, optiliste või muude elektromagnetiliste vahendite abil*.<sup>40</sup>

Eesti õiguses defineerib kirjaliku vormi tsiviilseadustiku üldosa seadus (TsÜS),<sup>41</sup> mille kohaselt peab kirjalikus vormis dokument *olema tehingu teinud isikute poolt omakäeliselt allkirjastatud, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti*.<sup>42</sup> Kirjaliku vormiga võrdsustab Eesti seadus küll elektroonilise vormi, kuid ka see vorminõue ei vasta direktiivides nimetatud elektrooniliste vahendite definitsioonile. Nimelt on elektroonilise vormiga tegemist juhul, kui tehing on tehtud püsivat taasesitamist võimaldaval viisil, sisaldab tehingu teinud isikute nimesid ja on elektrooniliselt allkirjastatud. Elektrooniline allkiri peab olema antud *viisil, mis võimaldab allkirja seostada tehingu sisu, tehingu teinud isiku ja tehingu tegemise ajaga*, näiteks on elektroonilise allkirjaga tegemist digitaalallkirja puhul.<sup>43</sup>

Nagu näha, seab Eesti seadus kirjaliku vormi suhtes hankedirektiividega võrreldes rangemad nõuded, kuna omakäelise allkirjastamise nõuet direktiividest ei tulene. Direktiivides sätestatud kirjaliku vormi nõue on sisuliselt kõige lähedasem eesti kirjalikku taasesitamist võimaldavale vormile: kirjalikku taasesitamist võimaldav tehing peab olema *tehtud püsivat kirjalikku taasesitamist võimaldaval viisil ja sisaldama tehingu teinud isikute nimesid*.<sup>44</sup>

Hankedirektiivide jõustamiseks kehtestatud siseriiklikku regulatsiooni peab tõlgendama direktiivikonformselt, s.o. direktiivi eesmärgi ja sõnastuse kohaselt.<sup>45</sup> Seetõttu ei tule riigihangete seaduse viidet kirjalikule vormile mitte tõlgendada kui blanketset viidet tsiviilseadustiku üldosas sätestatud vorminõudele, vaid kui viidet hankedirektiividest tulenevale vorminõudele.

Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri<sup>46</sup> põhjendab kirjaliku vormi nõuet esiteks sellega, et *suuremate hangete puhul on kirjaliku hankepingu sõlmimine üsna loomulik ning vastab igapäevasele praktikale*. Teiseks on kirjaliku

---

<sup>39</sup> Direktiivi 2004/17/EÜ art. 1 lg 11 ja 2004/18/EÜ art. 1 lg 12.

<sup>40</sup> Direktiivi 2004/17/EÜ art. 1 lg 12 ja 2004/18/EÜ art. 1 lg 13.

<sup>41</sup> 27.03.2002 – RT I 2002, 35, 216, 01.07.2002; 25.02.2009 – RT I 2009, 18, 108, 1.05.2009.

<sup>42</sup> TsÜS § 78 lg 1.

<sup>43</sup> TsÜS § 80 lg 1, lg 2 p. 1–3 ja lg 3.

<sup>44</sup> TsÜS § 79.

<sup>45</sup> Vt nt Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) v Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft. Kohtuasi C-258/97. EKL 1999 Lk I-01405, punkt 2.

<sup>46</sup> Eelnõu 816 SE I riigihangete seadus, seletuskiri, kättesaadav: <http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=060180002&login=proov&password=&system=ems&server=ragne11> (21.02.2010).

vormi nõue seletuskirja kohaselt *seotud õiguskaitsevahendite reaalse kasutamise võimalusega ning tuleneb enamikul juhtudel ka hankija suhtes kehtivatest muudest õigusaktidest või hankija siseregulatsioonist*. Toodud selgitused ei ole autori hinnangul üldise vormivabaduse põhimõttega kooskõlas. Kuigi õiguskaitsevahendite reaalne kasutamine praktikas loomulikult eeldab teatud tõendamiskoormuse täitmist, ei tähenda see ilmtingimata kirjaliku vormi kasutamise vajadust ega õigusta vastavat nõuet. Mis puudutab põhjendust, et kirjaliku vormi nõue tuleneb igal juhul kas muudest õigusaktidest või hankija siseregulatsioonist, siis ei ole nende nõuete järgimine takistatud ka juhul, kui riigihangete seadus kooskõlas direktiividega kehtestaks leebema vorminõude kirjalikku taasesitamist võimaldava vormi kujul. Nii muudest õigusaktidest kui hankija siseregulatsioonist võib kirjaliku vormi nõue tuleneda ka alla 10 000 eurose hinnaga lepingute puhul. Veelgi enam, teatud juhtudel võib hankelepingu või selle osa suhtes sõltumata selle hinnast kehtida veelgi rangem – notariaalse kinnitamise või tõestamise nõue, nt kui hankelepingu sõlmimisega kaasneb kinnisasja koormamine. Seaduse eelnõu seletuskirja kohaselt ei ole *väiksemate hankelepingute puhul* kirjalik leping alati kohustuslik, *kuid hankija peab tagama ühe riigihanke üldpõhimõtte – läbipaistvuse ja kontrollitavuse – järgimise, mille saavutamiseks on reeglina vajalik kirjaliku või kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis leping või lepingu täitmist tõendav dokument*.

Millised õiguslikud tagajärjed aga üldse on hankelepingute suhtes seadusega kehtestatud kohustusliku kirjaliku vormi nõude rikkumisel? Eesti riigihangete seaduse kohaselt ei mõjuta vorminõuete järgimata jätmine igal juhul hankelepingu kehtivust.<sup>47</sup>

Kuna hankedirektiividest ei tulene hankelepingu omakäelise allkirjastamise kohustust, siis kõike eeltoodud arvestades tuleb praegu riigihangete seadusega kehtestatud *kirjaliku* vormi nõuet tõlgendada direktiiviga kooskõlas, s.t kirjalikku taasesitamist võimaldava vormina Eesti seaduse mõistes. Õiguselguse huvides võiks siiski eelistada, kui riigihangete seadus otsesõnu kehtestaks hankelepingu vormi osas direktiividega sarnased nõuded. See tähendab, et kohustuslik oleks hankelepingu sõlmimine kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis tsiviilseadustiku üldosa seaduse tähenduses, välja arvatud juhul, kui rangema – kirjaliku või notariaalselt tõestatud või kinnitatud – vormi nõue tuleneb muudest õigusaktidest.

#### **I.1.4. Tsiviilõiguslik sisu**

Hankelepingu sisuks on tsiviilõiguslikud suhted, mille eesmärgiks on asja või teenuse saamine – see on üks kriteeriume, millele tuginedes eristub hankeleping eeskätt halduslepingust.

Hankelepingute hulka kuuluvaks ei loeta selliseid lepinguid, mis loovad küll hankelepingu edasiseks sõlmimiseks vajaliku õigusliku aluse ja raamistiku, kuid

---

<sup>47</sup> RHS § 5 lg 3.

ei reguleeri otseselt hanke teostamist. Näiteks ei käsitletud Euroopa Kohus hankelepinguna Saksamaa kohalike omavalitsuste vahelist kokkulepet jäätme-käitluse ühiseks korraldamiseks, mis reguleeris selleks vajaliku rajatise ehitamise ja tulevikus käitamise tingimusi ning sellega seotud kulude jaotamist.<sup>48</sup> Vaidlusalusel kokkuleppel olid järgmised hankelepingu tunnused: lepingu pooleks olid direktiivi mõistes hankijad, leping reguleeris varalisi suhteid rahvusvahelist piirmäära ületavas summas ja oli vormistatud kirjalikult. Euroopa Komisjoni arvates oli lepingu esemeks hankelepingule omane teenus,<sup>49</sup> kuid Euroopa Kohus järeldas lepingu tingimuste põhjal vastupidi, et lepingu sisuks siiski ei ole teenuste hange, vaid avaliku ülesande täitmiseks õigusliku aluse ja raamistiku loomine. Sellisena kujutab kokkulepe endast kohalike omavalitsuste vahelise koostöö vahendit, kus lepingupoolte tahe on suunatud avaliku ülesande (konkreetsel juhul jäätmekäitluse) teostamise ühisele korraldamisele. Sellist järeldust õigustas muuhulgas asjaolu, et kokkuleppest ei tulnud kohustatud poole jaoks ei majanduslikku riski ega tulu, vaid lepinguga ettenähtud rahalised maksed piirdusid kantud kulude hüvitamisega.<sup>50</sup>

Lepingu sisu ja eesmärgi osas erinevad hankelepingud seega halduslepingutest: viimased reguleerivad haldusõigussuhteid.<sup>51</sup> Samas toimub ka halduslepingute sõlmimine teatud tingimuste esinemise korral riigihankemenetluses<sup>52</sup> ning omakorda on haldusülesannete täitmiseks võimalik sõlmida tsiviilõiguslikke lepinguid. Eesti seaduse järgi kehtib reegel, et kui lepingust selgelt ei nähtu poolte tahe sõlmida tsiviilõiguslik leping, eeldatakse, et tegemist on halduslepinguga.<sup>53</sup> Juhul, kui sõlmitakse haldusleping isikuga haldusülesande täitmiseks volitamiseks, tuleb sõltumata sellise lepingu maksumusest juhinduda riigihangete seaduse teenuste hankelepingu sõlmimiseks ettenähtud tingimustest ja hankemenetluse läbiviimise korrast, arvestades Halduskoostööseaduses (edaspidi „HKS“) ettenähtud erisusi.<sup>54</sup> Kui tegemist on lepinguga, mis langeb nii HKS kui ka riigihangete seaduse regulatsiooni alla, kohaldatakse HKS-i kui eriseadust.<sup>55</sup> Hankemenetluse rakendamine võib seega teatud juhtudel olla

---

<sup>48</sup> Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik. Kohtuasi C-480/06. Ei ole veel avaldatud EKL-s, kättesaadav:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0480:EN:HTML>, punktid 44, 45, 47, 48.

<sup>49</sup> T. Kotsonis. Co-operative arrangements between public authorities in the pursuit of a public interest task: Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany (480/06). Public Procurement Law Review 6, 2009, p NA 212.

<sup>50</sup> Kotsonis 2009, p NA 215–216.

<sup>51</sup> Haldusmenetluse seadus, 06. 06. 2001 – 01.01.2002; 6.05.2009 – RT I 2009, 27, 164, 1. 01. 2010, edaspidi HMS, § 95.

<sup>52</sup> Halduskoostöö seadus, 29.01.2003. – RT I 2003, 20, 117, 1.07.2003; 26.11.2009 – RT I 2009, 62, 405, 1. 01. 2010, edaspidi HKS, § 13 lg 1.

<sup>53</sup> HKS § 3 lg 4.

<sup>54</sup> HKS § 13 lg 1 ja 2.

<sup>55</sup> A. Aedma, N. Parrest. Haldusleping, Tallinn 2004, lk 38.

kohustuslik ka halduslepingute sõlmimisele, kuid selliste halduslepingute õiguslik käsitlus erineb siiski hankelepingute regulatsioonist.

Avalik-õigusliku isiku poolt sõlmitud lepingute puhul võib haldus- ja tsiviil-õiguslike lepingute eristamine osutada keerukas, kuna mõlemal juhul sõlmitakse leping avalike ülesannete täitmiseks. Siiski võib öelda, et hankelepingu puhul toimub avalike huvide teenimine kaudselt – näiteks büroomöbli ostmisel –, halduslepingu puhul aga otseselt.<sup>56</sup> Tsiviil- ja haldusõigusliku lepingu eristamise osas on Riigikohtu halduskolleegium leidnud järgmist: *halduslepinguks kvalifitseerub avalike ülesannete täitmise tagamiseks sõlmitud leping juhul, kui lepinguga on eraõiguslikule isikule antud avaliku võimu volitusi või kui leping reguleerib kolmandate isikute subjektiivseid avalikke õigusi. Seevastu võib tsiviilõigusliku lepinguga olla tegemist juhul, kui eraisik üksnes kaasatakse teenuse tellimise korras avaliku ülesande täitmisele, ilma et talle oleks üle antud võimuvolitusi või lepinguga reguleeritaks kolmandate isikute õigusi.*<sup>57</sup> Tuvastamaks, kas lepingu sisu on avalik-õiguslik, on põhiliseks kriteeriumiks seega avaliku võimu volituste kolmandale isikule üleandmine.<sup>58</sup> Halduslepingu tunnuseks võib olla ka asjaolu, et leping reguleerib kolmandate isikute subjektiivseid avalikke õigusi,<sup>59</sup> lepingu ese on avalik-õiguslikest normidest tulenevate kohustuste täitmine või leping sõlmitakse haldusakti andmise asemel.<sup>60</sup>

Hankelepingu ja halduslepingu eristamine on kehtiva õiguse järgi oluline, kuna lepingu määratlemisest ühe või teisenä sõltuvad piirangud, mis lasuvad lepinguvabadusel – lepingu sisu, muutmise ja lõpetamise suhtes. Näiteks HKS § 16 näeb ette halduslepingu lõpetamise juhul, kui haldusülesannet täitev isik ei vasta enam usaldusvääruse kriteeriumitele, mis on sätestatud sama seaduse §-s 12 lõikes 2 ega ole võimeline ettenähtud tähtaja jooksul seda puudust kõrvaldama. Hankelepingute lõpetamiseks analoogilisi erialuseid ette nähtud ei ole.<sup>61</sup> Erinevalt hankelepingutest näeb halduskoostöö seadus ette kohustuslikud

---

<sup>56</sup> M. Hirvoja. Haldusleping. Mõiste, kasutusala ning mõnedolulised õiguslikud jooned. *Juridica* VII/1999, lk 323–334. – Selles osas erineb halduslepingu käsitlus Eesti õiguses näiteks käsitlusest Prantsuse õiguse järgi, mis liigitab halduslepinguteks ka enamus avalike hankijate sõlmitud hankelepinguid, tuginedes asjaolule, et lepinguga toimub avalike ülesannete kaudne täitmine. Vt ka käesoleva töö osa 1.2.2.

<sup>57</sup> Riigikohtu halduskolleegiumi otsus haldusasjas nr. 3-3-1-64-03, p 12.

<sup>58</sup> Vt ka M. Lind. Avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlusprojektid ja hankelepingute üleandmine. *Juridica* VI/2009, lk 361.

<sup>59</sup> I. Pilving. Haldusõiguse põhiprobleeme. Õppematerjal kohtunikele. Sihtasutus Eesti Õiguskeskus 2003, lk 7.

<sup>60</sup> Aedmaa, Parrest, 2004, lk 12.

<sup>61</sup> See ei tähenda, et hankelepingu erakorralise lõpetamise võimalus oleks samas faktisituatsioonis ilmtingimata välistatud. Sõltuvalt konkreetse lepingu tingimustest võib, kuigi ei pruugi hankijal olla võimalik hankeleping võlaõiguslikul alusel lõpetada juhul, kui hankelepingu täitja olukord on võrreldes tema kvalifitseerimise hetkega oluliselt muutunud. Sellesisulist erikohustust kehtiv õigus aga riigihankelepingute puhul ei tunne.

tingimused, mida haldusleping peab alati sisaldama,<sup>62</sup> samuti halduslepingu lõpetamise ja muutmise erialused.<sup>63</sup> Haldusorgan võib halduslepingut ühepoolselt muuta või halduslepingu lõpetada, kui see on tingimata vajalik, et vältida ülekaaluka avaliku huvi rasket kahjustamist. Hankelepingu puhul hankijal sellist spetsiifilist õigust ei ole.<sup>64</sup> Samuti on mõlemal poolel õigus nõuda halduslepingu muutmist asjaolude muutumise korral: *kui halduslepingu täitmine on pärast selle sõlmimist muutunud oluliselt raskemaks, võib raskustesse sattunud pool ... nõuda halduslepingu muutmist vastavalt uutele oludele.* Kui muutmise ei ole võimalik või kui teine pool sellest keeldub, võib raskustesse sattunud pool pöörduda kohtusse halduslepingu lõpetamise taotlusega.<sup>65</sup> Selline muutmise regulatsioon on oluliselt erinev riigihankelepingute muutmiseks kehtestatud piirangutest.<sup>66</sup> Eeltoodud arvestades on oluline hankelepinguid ja halduslepinguid eristada ja mitte omistada hankelepingu tähendust hankemenetluses sõlmitud halduslepingutele. Haldus- ja hankelepingute eristamise põhiline kriteerium on hankelepingu tsiviilõiguslik sisu.

## **1.2. Hankelepingu õigusliku regulatsiooni erinevad allikad**

### **1.2.1. Riigihanke üldpõhimõtted**

Eesti riigihangete seadus loetleb järgmised hankijale kohustuslikud põhimõtted:<sup>67</sup> rahaliste vahendite säästlik ja otstarbekas kasutamine, hankija kohustus saavutada riigihanke eesmärk mõistliku hinnaga, tagades konkurentsi korral erinevate pakkumuste võrdlemise teel parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhte; riigihanke läbipaistvus ja kontrollitavus; isikute võrdne ja mittediskrimineeriv kohtlemine, kui isikute elu- või asukoht on Eestis, mõnes muus Euroopa Liidu liikmesriigis, muus Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigis või Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga (*Government Procurement Agreement – GPA*) ühinenud riigis; hankija kohustus jälgida, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes pro-

---

<sup>62</sup> HKS § 10.

<sup>63</sup> HKS § 11, § 102 lg 2.

<sup>64</sup> Vrdl analoogse võimalusega Prantsuse õiguses – vt allpool osa 1.2.2.

<sup>65</sup> HMS § 102 lg 4.

<sup>66</sup> Vt selle kohta allpool 5. ptk. Autor on siiski seisukohal, et kui *raskustesse sattumise* situatsioonis esinevad VÕS §-i 97 rakendamise eeldused, siis on ka hankelepingu raskustesse sattunud poolel võimalik vastavat õigust kasutada sõltumata RHS §-s 69 lg 3 sätestatud piirangust – tingimusel, et ei rikuta hankelepingu muutmise keeldu nagu on sedastatud kohtuasjas *Pressetext*.

<sup>67</sup> RHS § 3 p-d 1–6.

portsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud; olemasoleva konkurentsi efektiivne ärakasutamine riigihankel ja konkurentsi moonutamisest hoidumine; konkurentsi kahjustava huvide konflikti vältimise kohustus; võimaluse korral keskkonnasäästlike lahenduste eelistamine. Lisaks eelnimetatud printsiipidele võiks kaaluda ka sotsiaalsete sekundaarsete eesmärkide süvalaiendamist ehk integreerimist hankesse üldpõhimõttena, kuid Eesti kehtiv õigus praegusel ajal sellist printsiipi ette ei näe.<sup>68</sup> Samuti on kirjanduses ja Euroopa Kohtu praktikas välja toodud efektiivsuse printsiipi.<sup>69</sup>

Lähtuvalt riigihanke üldpõhimõtetest on uut, nn euroopalikku riigihankeõiguse käsitlust kirjanduses vastandatud traditsioonilisele, eelarveõigusel põhinevale arusaamale. Viimase puhul domineerivad eelarveõigusele omased printsiibid, eeskätt säästlikkus ja kokkuhoid. Euroopa Liidu riigihankeõigus nõuab aga ka konkurentsi, läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise printsiipidest juhindumist<sup>70</sup> ning sellisena on pigem suunatud konkurentsivõime suurendamisele, mitte eelarvevahendite kokkuhoiu saavutamisele.<sup>71</sup> Majanduslikud kaalutlused iseenesest ei ole kaasaegse euroopa riigihankeõiguse eesmärk omaette, vaid säästlikkuse printsiipi tuleb kombineerida efektiivsuse ja otstarbekusega.<sup>72</sup> Eeltooduga seondub arusaam riigihankelepingutest kui nn sekundaarsete eesmärkide ehk mittedomineerivate kõrvaleesmärkide kandjatest (vt allpool, 3. peatükk): kuigi konkreetse hanke korraldamise esmane siht on hankelepingu sõlmimine majanduslikult efektiivselt ja mõistliku hinnaga, ei ole puhtrahaline säästmine selle eesmärgi saavutamise absoluutseks ega ainsaks kriteeriumiks, vaid tuleb arvestada, et rohkemal või vähemal määral teenivad riigihankelepingud muid avalikke huve.<sup>73</sup>

Muutust riigihangete käsitluses nimetab T. Ojasalu oma magistritöös paradigmavahetuseks: riigihankeõiguse eelarvekeskselt käsitluselt on üle mindud ettevõtjakesksele käsitlusele.<sup>74</sup> Hanke üldpõhimõtted on Euroopa Kohtu poolt EU Asutamislepingust tuletatud, neid käsitletakse kui aluspõhimõtete edasiarendust.<sup>75</sup> Euroopa Ühenduse riigihankeõiguse tuumaks on asutamislepingu

---

<sup>68</sup> Samas ei ole selliste sekundaarsete eesmärkide edendamine hanke kaudu ka välis-  
tatud ja autori hinnangul on võimalik, nagu selgitan allpool 3. peatükis.

<sup>69</sup> La Scala p 73; Arrowsmith 2008, pp 284, 286; S. E. Hjelmberg, P. S. Jakobsen & S. T. Poulsen. *Public Procurement Law – the EU directive on public contracts*. Djof Publishing, 2006, pp 50–52; Pachnou 2003, pp 66, 71, 73, 75–76, 79–80, 121; D. Pachnou, “Enforcement of the EC Procurement Rules: The Standards Required of National Review Systems under EC Law in the Context of the Principle of Effectiveness” (2000) 9 *Public Procurement Law Review*, p 61; C. Bovis. *EU public procurement law*. Elgar European Law, 2007, p 372.

<sup>70</sup> N. Müller. *Key Aspects of German Business Law Part II*. Springer Berlin Heidelberg, 2006, p 149

<sup>71</sup> Ojasalu 2006, lk 572.

<sup>72</sup> Arrowsmith 2008, p 14

<sup>73</sup> Simovart, *Riigihanke sekundaarsete eesmärkide ...* 2009, lk 148–158

<sup>74</sup> Ojasalu 2006, lk 4.

<sup>75</sup> Ojasalu 2006, lk 6; Pachnou 2003, pp 41–42.

sätteid, milles on kirjas siseturu toimimist tagavad vabadused: kaupade, isikute ja teenuste vaba liikumine ning asutamisvabadus. Põhivabadused ja diskrimineerimiskeeld kehtivad vahetult, s.t. neile on võimalik tugineda ilma vastavasisulise siseriikliku aluseta. Näiteks on asutamislepingust tulenevalt keelatud sisustada hankelepingu tingimusi selliselt, et kohalik täitja oleks sisuliselt eelistatud välismaisele.<sup>76</sup> Selline keeld kehtib sõltumata riigisisese õigusega ettenähtud regulatsioonist.

Kuigi täpselt kindlaksmääratud ja formaliseeritud menetlusreeglitel on väga oluline roll riigihankemenetluses osalevate isikute võrdse kohtlemise eesmärgi tagamiseks,<sup>77</sup> ei piirdu riigihanke üldpõhimõtetest juhendumise kohustus siiski mitte ajaliselt ega lepingueelsete suhete liigi poolest ainult hankemenetlusega. Üldpõhimõtetest tuleb juhendada ka ilma formaalse menetluseta toimuvates suhetes. Samuti on üldpõhimõtted siduvad hankelepingu sõlmimise järel, s.t. riigihanke *igas* etapis.<sup>78</sup> Seega omab hankeõigus tähendust nii lepingueelsetes suhetes, hankelepingu sõlmimisel, sisustamisel kui täitmisel. Hanke üldpõhimõtetest tulenevalt on poolte lepinguvabadust piiratud riigihanke *igas* etapis alates lepingueelsetest suhetest ja lõpetades lepingu täitmisega.

Üheks lepinguvabaduse avaldumise aspektiks on võimalus lepingueelsed suhted lõpetada ilma kokkulepet sõlmimata. Kui üldreeglina on pooltel vabadus lõpetada lepingueelsed suhted omal äranägemisel,<sup>79</sup> võib seadusega sellele reeglile erandeid sätestada: eelkõige võidakse sätestada lepingu sõlmimise sundisikutele, kellel on valitsev või monopoolne seisund teenuste või kaupade turul.<sup>80</sup> Riigihangete efektiivse teostamise ja pakujate võrdse kohtlemise tagamise eesmärgil on ka hankelepingule eelnevates suhetes poolte lepinguvabadus oluliselt piiratud, eriti formaalses hankemenetluses. Hankemenetluse lõpetamine ilma lepingut sõlmimata on lubatud vaid kindlate asjaolude esinemise korral. Nii hankemenetluse korraldamise kui ka pakkumuse esitamise eest ilma kavatsuseta hankeleping sõlmida on ette nähtud haldusvastutus.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> Arrowsmith, Kunzlik 2009, p 289.

<sup>77</sup> Riigikohtu halduskollegiumi otsus haldusasjas nr 3-3-1-100-06 p 14.

<sup>78</sup> Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH versus Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH. Kohtuasi C-470/99. EKL 2002 Lk I-11617, punkt 93 ning Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Costruzioni versus ANAS – Ente nazionale per le strade ja Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) ja Impresa Ing. Mantovani SpA versus ANAS – Ente nazionale per le strade ja Ditta Paolo Bregoli (C-286/99). Liidetud kohtuasjad C-285/99 ja C-286/99, EKL 2001 Lk I-09233, punkt 38; vt ka Ojasalu 2006, lk 68, 69 ja 75.

<sup>79</sup> S. B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston. The German Law of Contract. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2006, p 100.

<sup>80</sup> Riigikohtu tsiviilkollegiumi otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-25-08, p 12.

<sup>81</sup> RHS § 29 lg 3, § 111 lg 3 p 7 ja lg 4, § 112. Nimetatud asjaolude kontrollimatuse ja subjektiivsuse tõttu on piirangute rakendamine siiski suhteliselt keerukas ja vähe efektiivne.

Samas ei ole hankijal absoluutset kohustust jõuda alustatud hankemenetluse tulemusel lepingu sõlmimiseni, vaid üldpõhimõtetega kooskõlas on võimalik hankemenetlus tühistada.<sup>82</sup> Euroopa Kohus on spetsiifiliselt tunnistanud hankija õigust jätta leping sõlmimata olukorras, kus konkreetsetes hankemenetluses esitatud mitmest pakkumusest vaid üks vastas hankija poolt menetluses seatud nõuetele. Sellisel juhul ei ole hankija kohustatud ainsa pakkujaga hankelepingut sõlmima. Otsus lähtus arusaamast, et hankemenetluse eesmärgiks on konkurentsi soodustamine ja mitmest pakkumusest soodsaima valimine. Kui vastavaks tunnistatud pakkumisi on ainult üks, ei ole võimalik rajada lepingu sõlmimise otsust konkureerivate pakkumuste võrdlemisele. Hankija kohustus ainsa pakkujaga leping sõlmida oleks seetõttu vastuolus hankemenetluse eesmärkidega.

Üldpõhimõtete järgimine on kohustuslik ka lepingu sõlmimise järel, s.o. lepingu täitmise faasis. Kahjuks leidub Eesti kohtupraktikast hankelepingu täitmise faasis üldpõhimõtteid rikkuva käitumise näiteid. Tallinna ringkonnakohus tuvastas näiteks hankija (Eesti Riikliku Autoregistrikeskuse) käitumise vastuolu võrdse kohtlemise printsiibiga olukorras, kus hankija seadust rikkudes ütles üles hankelepingu ja sõlmis sama eesmärgi saavutamiseks soodsamatel tingimustel teise lepingupoolega.<sup>83</sup>

Samuti võivad üldpõhimõtted seonduda hankelepingu tõlgendamisega. Võlaõigusseaduse kohaselt tuleb lepingutingimuse tõlgendamisel eelistada tõlgendust, mille kohaselt lepingutingimus on seaduslik või kehtiv, kui seadusest ei tulene teisiti.<sup>84</sup> Riigihankelepingud kujutavad endast enamasti tüüptingimustel sõlmitud lepinguid,<sup>85</sup> mida Eesti seaduse kohaselt tõlgendatakse objektiivselt, lähtudes hankelepingu täitja poolel tegutseva mõistliku isiku arusaamast.<sup>86</sup> Mõistliku isiku arusaam tuvastatakse hea usu põhimõtet, tehingu olemust ja eesmärki ning muid asjaolusid arvestades.<sup>87</sup> Normatiivse põhimõttena tähendab

---

<sup>82</sup> *Metalmecanica Fracasso SpA ja Leitschutz Handels- und Montage GmbH versus Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*. Kohtuasi C-27/98, EKL 1999, lk I-05697.

<sup>83</sup> Tallinna Ringkonnakohtu 05.02.2008.a. otsus tsiviilasjas nr. 2-05-13580: Hankija sõlmis 08.10.2003. a. 4-aastase tähtajaga lepingu AS'ga Number autode numbrimärkide tootmiseks, mille ütles üles 31.05.2008. a. teise poole väidetavale rikkumisele tuginedes. Rikkumiseks peeti asjaolu, et täitja ei suutnud kohandada oma tootmist uuele standardile vastavaks. Kohus tuvastas, et uus standard (EVS 597:2004) hakkas kehtima 13.05.2004. a., kuid tehnilise normi ja standardi seaduse ning selle alusel kehtestatud majandus- ja kommunikatsiooniministri 14.05.2004. a. määruse nr. 153 kohaselt hakkas uus standard kehtima alates 01.09.2004. a. või hiljem. Ometi ütles hankija lepingu üles juba 31.05.2004. a., s.o. enne uue standardi kehtimahakkamist. Hankija sõlmis uue sama eesmärgiga hankelepingu kolmanda isikuga (AS Teede REV-2), kelle suhtes tegi üleminekuperioodil mõõndusi, mida ei tehtud esialgse lepingu poole, AS'i Number, suhtes.

<sup>84</sup> VÕS § 29 lg 8.

<sup>85</sup> Vt käesoleva töö 3. ptk.

<sup>86</sup> VÕS § 39 lg 1.

<sup>87</sup> VÕS § 6, § 7.

mõistliku isiku arusaam sellist tõlgendust, mis on seadusega kooskõlas.<sup>88</sup> Riigihankelepingute puhul tähendab objektiivne tõlgendamine seega ühtlasi tõlgendust, mis on kooskõlas riigihanke üldpõhimõtetega. Selline järeldus on kooskõlas Euroopa Kohtu väljendatud nõudega kasutada hankes paindlikku tõlgendamist eesmärgiga eelistada tõlgendust, mis on hanke üldpõhimõtetega kooskõlas.<sup>89</sup> Näiteks ei ole üldpõhimõtetega ega mõistlikkuse printsüübiga kooskõlas tõlgendused, mis annavad ühele pakkujale diskrimineeriva eelise teiste ees või takistavad välismaisel lepingupoolel lepingut täita.

Euroopa Komisjoni teatis, mis kajastab Euroopa Kohtu praktikat direktiivide regulatsioonalast välja jäävate hankelepingute suhtes,<sup>90</sup> toob esile, et hankijad peavad täitma Asutamislepingus sätestatud eeskirju ja põhimõtteid *alati, kui riigihankeleping jääb asutamislepingu kohaldamisalasse*. Direktiivi alusel kehtestatud riigisisese regulatsiooni tõlgendamisel tuleb arvestada direktiivi põhimõtteid.<sup>91</sup> Võib tõusetuda küsimus, kas on põhjendatud hankelepingute suhtes Asutamislepingu põhimõtete ja/või neid põhimõtteid edasi arendavate hanke üldpõhimõtete rakendamine ka selliste lepingute suhtes, millega piiriülest huvi ei kaasne. On ju Euroopa Kohus avaldanud kohtuasjas SECAP, et *piirmäärast väiksema maksumusega hankemenetlustele EÜ asutamislepingu alusnormide ja üldpõhimõtete kohaldamise eelduseks [on] see, et kõnealustel hankelepingutel oleks teatav piiriülene tähtsus*.<sup>92</sup> Piiriülese huvi (siseturu mõjutamise) standardit seoses hankelepingute suhtes asutamislepingu põhimõtete kohaldavusega on Euroopa Kohus käsitlenud mitmes kohtuasjas, kuid ühene arusaam selles küsimuses puudub siiani.<sup>93</sup> Kohtuasjast SECAP ja teistest samasisulistest Euroopa

---

<sup>88</sup> M. A. Simovart, The Standard of Reasonableness in Estonian Law. – in: I.Kull (editor). Development of Estonian contract and company law in the context of the harmonized EU law I, Tartu 2007, p 69.

<sup>89</sup> vt ka Euroopa Ühenduste Komisjon versus Kreeka Vabariik, kohtuasi C-250/07, seni avaldamata, kättesaadav:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0250:EN:HTML>, punkt 20.

<sup>90</sup> Komisjoni tõlgendav teatis nr 2006/C 179/02, sissejuhatus ja lg 1.1.

<sup>91</sup> Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-4-06, p 22.

<sup>92</sup> SECAP SpA (C-147/06) ja Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) versus Comune di Torino. Liidetud kohtuasjad C-147/06 ja C-148/06. EKL 2008 lk I-03565, punkt 13.

<sup>93</sup> Näiteks ühest küljest on kohus leidnud, et piiriülest huvi võib eeldada, kui hankelepingu maksumus on suur, kui hankelepingu teostamine toimub riigipiiri lähedal või kui vastaval turul on esindatud *kindel* piiriülene huvi. Kui selliseid eeldusi ei esine, siis peab piiriülene huvi õiguslike tagajärgede kaasatomiseks olema *otsene ja kindel*. Vt kohtuasi SECAP, punkt 31; Euroopa Ühenduste Komisjon versus Iirimaa: kohtuasi C-507/03, EKL 2007 lk I-09777, punktid 29 ja 33; Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik: kohtuasi C-412/04, EKL 2008 lk I-00619, punkt 3; Centro Europa 7 Srl versus Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ja Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni: kohtuasi C-380/05, EKL 2008 lk I-00349. Teisest küljest on kohus aktsepteerinud ka piiriülese huvi eeldust – ilma kindla tõenduseta – siis, kui leping *võib pakkuda huvi ka ettevõtjale, kes asub mõnes muus liikmesriigis*. Vt Consorzio Aziende Metano

Kohtu otsustest<sup>94</sup> võib tõepoolest järeldada, et asutamislepingu põhimõtete rakendamine on kohustuslik vaid juhul, kui konkreetse hankelepingu puhul on kindlalt tuvastatav teatav piiriülene huvi. Teisalt leidub Euroopa Kohtu praktikas ka kohtuasju, kus kohus piiriülese huvi esinemise kontrollil üldse ei peatunud ning tõdes EÜ asutamislepingu üldpõhimõtete järgimise kohustust vaatamata sellele, et teatavad lepingud ei kuulu riigihankelepinguid käsitlevate ühenduse hankedirektiivide kohaldamisalasse.<sup>95</sup> Euroopa Komisjon on selles küsimuses avaldanud seisukohta, et hankija peab ise otsustama, kas leping võiks teiste liikmesriikide ettevõtjatele huvi pakkuda. Komisjoni arvates sõltub see otsus näiteks järgmiste asjaolude hindamisest: lepingu objekt, lepingu eeldatav maksumus, *asjaomase sektori eripära (turu suurus ja struktuur, kaubanduslikud tavad jne)* ja *tegevuskoha geograafiline asukoht*. Näiteks võib piiriülest huvi äratada ehituse hankeleping oma maksumuse tõttu seoses tema tehnilise keerukusega või tööde paiknemisega asukohas, mis tõenäoliselt äratav välismaiste ettevõtjate huvi.<sup>96</sup> Kui hankija arvates on konkreetne leping siseturu jaoks oluline, siis tuleb leping sõlmida kooskõlas ühenduse õigusest tulenevate põhinõuetega.

Siinjuures tuleb lisaks eeltoodule aga arvestada teist Euroopa Kohtu poolt kujundatud reeglit: kui liikmesriik on Euroopa Liidu õiguse järgi kohustuslikule ülevõtmisele kuuluva regulatsiooni mõjuala vabatahtlikult laiendanud, siis peab kogu sellise valdkonna õiguslikku regulatsiooni tõlgendama samamoodi. S.t, kui riik kehtestab Euroopa Liidu õiguse järgi kohustuslike eesmärkide saavutamiseks vajaliku riigisisese normistiku vastavas valdkonnas suuremas ulatuses kui direktiivide järgi oleks minimaalselt nõutav, siis rakendub see regulatsioon vastavas laiemas ulatuses sõltumata sellest, kas konkreetnes küsimuses oli euroopa õiguse rakendamine kohustuslik või mitte. Sellises olukorras kasutab liikmesriik Euroopa Liidu õigusega määratud lahendusi. EL õiguskorra ühtsustamise huvides on aga oluline, et Euroopa Liidu õigusest ülevõetud reegleid ja

---

(Coname) versus Comune di Cingia de' Botti: kohtuasi C-231/03, EKL 2005 lk I-07287. Selles küsimuses ühese arusaama puudumist Euroopa Kohtu praktikas nendivad ka järgmised allikad: A. Sundstrand. Procurement outside the EC Directives, 2009, kättesaadav: <http://www.nottingham.ac.uk/law2/pprg/events/events-conferences/phd-conference.php> (26.12.2009) lk 7, ja M. A. Raimundo. Direct awarding of contracts: the New Portuguese Public Contracts Code in light of the European Law, 2009, kättesaadav: <http://www.nottingham.ac.uk/law2/pprg/events/events-conferences/phd-conference.php> (26.12.2009), lk 7.

<sup>94</sup> Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH versus Telekom Austria AG, Herold Business Data AG osavõtul. Kohtuasi C-324/98. EKL 2000 lk I-10745; Bent Mousten Vestergaard versus Spøttrup Boligselskab. Kohtuasi C-59/00. EKL 2001 lk I-09505; komisjon vs. Prantsusmaa, kohtuasi C-264/03, EKL 2005, lk I-8831; Medipac-Kazantzidis AE versus Venizeleio-Pananeio (P.E.S.Y. KRITIS). Kohtuasi C-6/05, EKL 2007 lk I-04557, lk I-4557.

<sup>95</sup> Vt kohtuasi C-410/04: ANAV, EKL 2006, lk I-3303, punktid 19–21; Sea Srl versus Comune di Ponte Nossa. Kohtuasi C-573/07, ELT C 267, 7.11.2009, lk 14–15, punktid 38–40.

<sup>96</sup> kohtuasi SECAP, punkt 24.

kontseptsioone tõlgendatakse ühtselt. Seetõttu, isegi kui kaasuste lahendamine kuulub siseriiklike kohtute pädevusse ja toimub riigisisese õiguse alusel, peab lahendus olema sama, sõltumata konkreetse kaasuse kuuluvusest direktiivi kohaldumisaslasse.<sup>97</sup> Riigihangete puhul tähendab see, et kui liikmesriik reguleerib ühe ja sama riigisisese normistikuga nii hankedirektiividele alluvaid lepinguid kui ka hankelepinguid, mis direktiivi mõtte kohaselt võiksid jääda puhtalt riigisisese õiguse pädevusse, tuleb kõiki selliseid hankelepinguid käsitleda sarnaselt.<sup>98</sup>

Eestis esinebki selline olukord: riigihangete seadus käsitleb riigihanke eesmärgi ja üldprintsipi kohustuslikena igasuguste hankelepingute puhul, sõltumata nendega (mitte-) kaasnevast piiriülesest huvist ja mõjust Euroopa Liidu siseturule. Muuhulgas loetakse hankelepinguteks ja vastavalt riigihangete seaduse §-s 1 sätestatud hanke eesmärkidele ja §-s 3 loetletud üldprintsipidele alluvaks lepingud, mis jäävad välja EL õiguse regulatsioonialast ja mille sõlmimiseks ei ole kohustuslik ka riigihangete seaduses ettenähtud hankemenetluse nõuete detailne järgimine.<sup>99</sup> Riigikohtu halduskolleegium on leidnud:<sup>100</sup> *lihtsustatud korras tellitav teenus on Riigihangete seaduse reguleerimisalas (§ 2 lg 2), ta on selle seaduse tähenduses riigihange (§ 2 lg 2), kus hanke korraldamisel tuleb järgida seaduse eesmärki (§ 1) ja üldpõhimõtteid (§ 3).*

Osaliselt – eeskätt võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise osas avalike hankijate poolt – on selline regulatsioon õigustatud Eesti põhiseaduses sätestatud võrdsuspõhimõtetega, s.h. üldise võrdse kohtlemise nõude ja spetsiifiliste diskrimineerimiskeeldudega. Põhiseaduses sätestatud üldisest võrdsuspõhimõttest tulenevalt peab võrdsid kohtlema võrdselt ja ebavõrdsid ebavõrdselt.<sup>101</sup> Diskrimineerimiskeelu mõtte kohaselt on keelatud nii otseselt keelatud tunnuste alusel vahetegemine kui ka ebavõrdne kohtlemine, mis lähtub näiliselt neutraalsest aktist või toimingust, kuid mille tulemus on siiski diskrimineeriv.<sup>102</sup>

Samuti on erinevate hankelepingute suhtes ühtse regulatsiooni kehtestamine otstarbekas põhjusel, et kui hankelepingu hindamine selle mõju järgi siseturule oleks hankijate igakordse diskretsiooni objektiks, võib see ühest küljest hankijatele üle jõu käia, teisest küljest võib piiriülese huvi esinemine ilmned

---

<sup>97</sup> A. Leur-Bloem versus Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2. Kohtuasi C-28/95. EKL 1997, lk I-04161, punktid 27, 29, 32-33; Massam Dzodzi versus Belgia riik. Liidetud kohtuasjad C-297/88 ja C-197/89. EKL 1990 lk I-03763, punktid 33-34; Krystyna Gmurzynska-Bscher versus Oberfinanzdirektion Köln. Kohtuasi C-231/89. EKL 1990 lk I-04003, punktid 20, 24.

<sup>98</sup> Sundstrand 2009, p 5.

<sup>99</sup> Vt nt RHS § 16 lg 1 ja 4, § 17 lg 4, § 19 lg 3.

<sup>100</sup> Riigikohtu halduskolleegiumi määrus kohtuasjas nr 3-3-1-63-08, p 13.

<sup>101</sup> Võrdsuspõhimõtete, eeskätt üldise võrdsusõiguse kohta juriidiliste isikute suhtes vt Eesti Vabariigi Põhiseadus: kommenteeritud väljaanne / [toimetuskolleegium: Eerik-Juhan Truuväli jt.] Tallinn, 2008, lk 77, 84, 85, 107-109, 135, 138 - 140. Eesti Vabariigi Põhiseadus 28.06.1992 - RT 1992, 26, 349, 03.07.1992; 21.07.2007 - RT I 2007, 43, 311, 21.07.2007 (edaspidi Põhiseadus või PS), § 9 lg 2, § 12 lg 1.

<sup>102</sup> Eesti Vabariigi Põhiseadus: kommenteeritud väljaanne 2008, lk 143.

matult, näiteks kui väiksema tähtsusega hanke puhul avaldab naaberriigist pärit pakkuja huvi hankes osaleda.<sup>103</sup> Kirjanduses on toodud näiteks, et Prantsusmaal korraldatav hange võib väga tõenäoliselt tekitada huvi Inglise või Belgia pakkujates,<sup>104</sup> analoogia võib näiteks tuua tõenäolise võimaluse, et iga Eestis korraldatav hange võib tekitada piiriülest huvi Soome või Läti pakkuja(te)s. Samuti võib piiriülene huvi tekkida näiteks põhjusel, et hange nõuab erilisi tehnoloogilisi lahendusi, mille pakkujad on huvitatud hankes osalema sõltumata hanke teostamise asukoha kaugusest.<sup>105</sup> Sellise huvi olemasolu korral aga on euroopa õiguse aluspõhimõtetest juhendumine juba kohustuslik. Seetõttu on otstarbekam arvestada aluspõhimõtetega n.ö preventatiivselt ehk juhinduda samast regulatsioonist kõigi hankelepingute puhul.

Eeltoodut arvestades tuleb ilmselt asuda seisukohale, et Eesti seadusandja on teinud õige ja mõistliku valiku selles osas, et piiriülese huvi kriteerium ei oma Eesti hankijate poolt sõlmitavate hankelepingute puhul tähendust. Ka juhul, kui konkreetne hankeleping jääb välja nii direktiivide kui asutamislepingu regulatsiooni ulatusest, on hankeleping seotud riigihangete seaduses sätestatud üldpõhimõtete ja eesmärkidega. Veelgi enam, Euroopa Kohtu praktikast võib järeldada, et situatsioonis, kus direktiiv iseenesest ei kohaldu, võib direktiivis sätestatud reegli järgimine olla kohustuslik (või otstarbekas), kuivõrd direktiivides sätestatud reeglites avalduvad palju üldisemad printsiibid.<sup>106</sup> Näiteks on Euroopa Komisjon viidanud direktiivide regulatsiooni alt välja jäävate lepingute puhul üldpõhimõtetest juhendumise vajadusele põhjusel, et sellised *lepingud pakuvad olulisi võimalusi äriettevõtetele siseturul, eriti väikese ja keskmise suurusega ettevõtete ning asutamisyrgus ettevõtete jaoks*.<sup>107</sup>

Sarnaselt Eestile on ka Rootsi seadusandja kehtestanud suhteliselt detailse regulatsiooni nii allapoole piirmäära jäävate kui lihtsustatud korras tellitavate, nn. B-teenuste osas. Kuna viimastel aastatel on vastavaid norme üha enam hankedirektiividega ettenähtud kohustusliku regulatsiooniga kooskõlla viidud, rakendub Rootsis EL hankeõigus laiema ringi hankelepingute suhtes kui see otseselt nõutav oleks. Nagu Eestis, nii ka Rootsis kehtivad peamised riigihanke põhimõtted enamike hankelepingute suhtes sõltumata lepingu hinnast või esemest.<sup>108</sup> Vastupidiseks näiteks on Saksamaa ja Ühendkuningriigid, mis rakendavad dualistlikku režiimi: hanke õiguslik režiim sõltub sellest, kas hankeleping kuulub direktiivide mõjusfääri või ei.<sup>109</sup>

---

<sup>103</sup> Sundstrand 2009, p 7.

<sup>104</sup> Raimundo 2009, p 8.

<sup>105</sup> *Id.*

<sup>106</sup> *Id.*, pp 8–9, vt ka liidetud kohtuasjad C-147/06 ja C-148/06, *SECAP*.

<sup>107</sup> Komisjoni tõlgendav teatis nr 2006/C 179/02, lg 1.1.

<sup>108</sup> Sundstrand 2009, p 10.

<sup>109</sup> Marschner. *Contract...* 2009, p 3.; T. Ax. The new contract and contract award legislation in germany following the adoption of the ordinance on the award of public contracts (Vergabeverordnung). *Public Procurement Law Review* 4, 2007, p. 103; K. Summann. Winds of Change: European Influences on German Procurement Law. *Public Contract Law Journal* Vol 35, No 3, Spring 2006, pp 565–566

Seega, kuigi hankelepingute õiguslik regulatsioon on liikmesriikide pädevuses ning Eestis on tegu eraõiguslike lepingutega, peab eraõiguse rakendamine hankelepingute suhtes toimuma kooskõlas EL esmase õiguse põhimõtetega. Reeglina on eelkõige haldusõiguse valdkonnas vaja kontrollida Eesti õiguse kohaldamise ja tõlgendamise vastavust Euroopa Liidu õigusele, sh esmasele õigusele, õiguse üldprintsipiide ning Euroopa Liidus tunnustatud põhimõtetele.<sup>110</sup> Hankelepingute puhul tekib see vajadus aga ka eraõiguse rakendamisel. Riigihangete seaduse kohaselt alluvad kõik hankelepingud seaduses sätestatud hanke üldpõhimõtetele, mis sisuliselt kajastavad EÜ aluspõhimõtteid. Hankija on kohustatud tagama, et hanke üheski etapis ei tekiks vastuolu riigihanke üldprintsipiidega, s.t riigihankes juhendutaks võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtetest.

Nagu eespool nimetatud, seondub hanke üldpõhimõtetega lisaks riigihangete seaduses loetletule ka Euroopa Kohtu poolt loodud efektiivsuse printsiip, mis kohaldub kahes erinevas tähenduses. Esiteks tuleb nii hankedirektiive kui siseriiklikku regulatsiooni tõlgendada ja kohaldada nii, et oleks tagatud direktiivi eesmärgi saavutamine. Riigisisese õiguse eesmärgipärane tõlgendamine seostub muuhulgas näiteks hankelepingu definitsiooni kohaldamisega: hankelepingu mõistet ei ole lubatud tõlgendada nii, et võetaks ära võimalus direktiivi efektiivselt kohaldada. Näiteks ei välista õigussuhte käsitlemist hankelepinguna ainuüksi asjaolu, et vastavad suhted on riigisisese õiguse tähenduses avalikõiguslikud,<sup>111</sup> ega see, et konkreetse isiku poolt teenuse osutamise kohustus on sätestatud seadusega. Hankelepinguna tuleb käsitleda direktiivis nimetatud hankija igasuguseid suhteid, mille eesmärgiks on saada teenust või kaupa, kui sellega kaasneb varaline huvi ja kui teenust osutab või kaupa müüb teine isik. Selline tõlgendus on kohustuslik isegi juhul, kui siseriikliku õiguse kohaldamine võiks anda teistsuguse tulemuse. Liikmesriikidel ei ole õigust defineerida hankelepingut hankedirektiiviga vastavuses olevast määratlusest erinevalt, kuigi liikmesriikidel on õigus kohaldada hankedirektiive laiema ringi õigussuhete suhtes kui see on kohustuslikult ettenähtud.<sup>112</sup>

Teiseks hõlmab hankeregulatsiooni efektiivne rakendamine abinõusid (õiguskaitsevahendeid), mis peavad kindlustama hankereeglite reaalse toimimise. Selline toime avaldub erinevates aspektides. Ühest küljest avaldub hankeregulatsiooni, eriti pakutavate õiguskaitsevahendite tõhusus preventatiivse toime kujul, s.o hankijate poolt oma kohustuste täitmisel ja rikkumiste vältimises. Teiseks omab tõhus hankeregulatsioon korrigeerivat toimet – rikkumiste vaidlustamise ja heastamise võimaluse kaudu – ning kompenseerivat toimet – kolmandate isikute (eeskätt pakkujate, taotlejate ja huvitatud isikute) õiguste efektiivse kaitse läbi. Kõik eelnimetatud aspektid on direktiivide eesmärgiks.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> J. Laffranque. Sõltumatu ja demokraatlik õigusriik Riigikohtu praktikas. Eesti Euroopa Liidu liikmesuse kontekstis. *Juridica VIII/2009*, lk 484.

<sup>111</sup> La Scala, punkt 73.

<sup>112</sup> Arrowsmith 2008, pp 284, 286.

<sup>113</sup> Hjelmberg, Jakobsen & Poulsen 2006, pp 50–51; Pachnou 2003, pp 75–76, 121.

Siseriikliku haldus- ja kohtusüsteemi abil direktiivide eesmärkide saavutamine peab olema efektiivne selle kõige laiemas tähenduses:<sup>114</sup> riigi seadusandlus, haldus- ega kohtupraktika ei tohi hankepõhimõtete järgimist sisuliselt võimatuks ega ülemäära keeruliseks teha.<sup>115</sup> Muuhulgas peetakse efektiivsuse näitajateks riigihankevaidluse puhul õiguskaitsevahendite rakendamise kiirust,<sup>116</sup> samuti õiguskaitset puudutava riigisisese regulatsiooni õigusselgust, s.h. üheselt arusaadavate ja detailsete reeglite olemasolu.<sup>117</sup> Negatiivse näitena on kirjanduses viidatud Taani kohtute ja riigihanke vaidlustuskomisjoni praktikale, kus perioodil 2000–2006 lahendatud hankeasjades ei kasutatud kordagi esialgseid õiguskaitsevahendeid. Kuigi teoreetiliselt võimalik, ei toiminud õiguskaitsevahendite rakendamine reaalselt. Takistava põhjusena on välja toodud kahju-kannatajal lasuvat liiga suurt tõendamiskoormust (kohustus tõendada rahalise kahju olemasolu ning hankija poolse rikkumise ja tekkinud kahju vahelist põhjuslikku seost).<sup>118</sup> Samasisulist probleemi on (väikeste eranditega) tõdetud ka teiste riikide puhul,<sup>119</sup> sh Eestis.

Seega on üks eesmärke, millele peaksid olema suunatud riigihankes saada-olevad õiguskaitsevahendid, hankesüsteemi kui terviku tõhusus. Süsteemse tõhususe kriteeriumile peaksid õiguskaitsemeetmed vastama sõltumata sellest, kas riigisisese õigusrežiimi järgi on tegemise avalik- või eraõiguslike õiguskaitsevahenditega.

### **I.2.2. Siseriiklik eraõigus**

Hankevaldkonda reguleerivad õigusallikad keskenduvad hankelepingu sõlmimise menetlusele, s.o lepingu sõlmimisele eelnevatele suhetele. Lepinguõiguse küsimused alluvad liikmesriikide õigusele.<sup>120</sup> Kõigis peamistes tööstusriikides on varasemaga võrreldes täheldatud lepinguliste suhete osatähtsuse kasvu n.ö avalikus valdkonnas, seda nii halduse institutsioonide omavahelistes suhetes kui suhetes ühiskonnaga. Ühe osa sellistest kasvava majandusliku ja õigusliku tähendusega lepingutest moodustavad riigihankelepingud. Haldusinstitutsioonide poolt sõlmitud lepingute osatähtsuse kasvuga muutub paratamatult üha kriitili-

---

<sup>114</sup> Pachnou 2000, p 61.

<sup>115</sup> Hjelmberg, Jakobsen & Poulsen 2006, p 52; Pachnou 2003, pp 66, 71, 73.

<sup>116</sup> Pachnou 2003, pp 79–80; Bovis 2007, p 372.

<sup>117</sup> Pachnou 2003, pp 81, 83.

<sup>118</sup> Hjelmberg, Jakobsen & Poulsen 2006, p 53.

<sup>119</sup> *Id.*; vt Saksamaa kohta Euroopa Ühenduste Komisjon versus Saksamaa Liitvabariik. Kohtuasi C-433/93. EKL 1995 lk I-02303, punkt 23.

<sup>120</sup> Alsace International Car Service (AICS) versus Euroopa Parlament. Kohtuasi T-139/99. EKL 2000 Lk II-02849; J. J. Verdaux. Public Procurement in the European Union and in the United States: a comparative study. – Public Contract Law Journal 2002–2003 (32), p 735.

semaks küsimus selliste lepingute spetsiifilisest olemusest: kas lepingulised suhted on tavapäraest (eraõiguslikest) lepingutest erinevad või mitte?<sup>121</sup>

Enamasti loetakse hankelepingud eraõiguslikeks lepinguteks ning lepinguga seonduvat reguleerib riigisisene lepinguõigus.<sup>122</sup> Samas on riigihankelepingute suhtes kohaldatava õiguse küsimuses võimalikud ka käsitlused, mis rajanevad arusaamal, et hankelepinguid – vähemalt avaliku sektori hankija poolt sõlmitud lepinguid – ei saa vaadelda tavaliste eraõiguslike lepingutena. Näiteks Prantsusmaa ja Hispaania õigussüsteemis on hankelepingud enamasti võrdsustatud administratiivsete ehk halduslepingutega, lepingute suhtes kehtib eraõiguslikust erinev materiaalsoiguslik regulatsioon ning vaidluste menetlemine toimub halduskohtusüsteemis.<sup>123</sup> Tulenevalt sellisest käsitlusest ning tagamaks avalikul hankijal lasuvate, üldist huvi teenivate ülesannete täitmist, sisalduvad hankelepingutes eraõiguse piiridest väljuvad tingimused – *clause exorbitante du droit commun* –<sup>124</sup> ning hankijal on lepinguga seoses spetsiifilised õigused ja kohustused, mida eraõigusliku lepingu pooltel ei ole.<sup>125</sup>

Selliseid hankija spetsiifilisi õigusi illustreerib avalike teenuste paindlikkuse printsiibil rajanev võimalus lepingut ühepoolset muuta.<sup>126</sup> avalike teenuste osutamist peab olema alati võimalik uute tehnoloogiatega rakendamisega kaasajastada ja vastavalt selleks sõlmitud hankelepingut muuta. Põhimõttele pani aluse 1902. aastal tehtud kohtuotsus,<sup>127</sup> mis käsitles 1874. aastal sõlmitud kontsessioonilepingut linnavalitsuse ja gaasivalgustuse firma vahel ning kohustas linnatänavaid seni gaasilampidega valgustanud lepingupartneril linnavalitsuse nõudel valgustust muutma ja võtma kasutusele elektrilambid. Sama põhimõtet kordas hilisem lahend, millega kohustati lepingut täitvat ühistranspordiettevõtet muutma suvist sõidugraafikut tihedamaks, et see vastaks reisijate suurenenud arvule. Taas kinnitas kohus, et haldusorganil on õigus nõuda igasuguseid

---

<sup>121</sup> J.-B. Auby. Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere. Public Law 2007, SPR, p 42; H.Collins. Regulating contracts. Oxford University Press 1999, pp 43, 46, 303.

<sup>122</sup> Rahandusministeerium, E. Karindi-Kask, A. Võsu, V.Vaske ja T.Laigna. Riigihangete juhised. Tallinn 2007, <http://www.fin.ee/index.php?id=76401> (31.08.2009), lk 81.

<sup>123</sup> S. Arrowsmith. Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities. – Law Quarterly Review 1990 (106) (Apr), pp 277–281, 288–291; Bovis 2007, pp 382–384; L. N. Brown, J. S. Bell. French Administrative Law. Oxford: Clarendon Press 1998, pp 141–143, 202, 204; P. M. Huver. The Europeanization of Public Procurement in Germany. – European Public Law (7) 1, 2001, p 33.

<sup>124</sup> Hirvoja 1999, lk 323.

<sup>125</sup> Võrdluseks ka Eestis kehtib halduslepingute spetsiifiline regulatsioon, s.h. eritingimused lepingu muutmiseks ja lõpetamiseks – vt eespool osa 1.1.4.

<sup>126</sup> N. Gabayet. Performance of Public Contracts: A Comparative Approach in French and English Law. Ettekanne konverentsil “Public Procurement Research Students Conference”, 07.09.2009, Nottingham University School of Law, Public Procurement Research Group (<http://www.nottingham.ac.uk/law/pprg/events/events-conferences/phd-conference.php>), avaldamata konverentsimaterjal, autori valduses, p 3.

<sup>127</sup> *Compagnie Nouvelle du gaz de Deville-les-Rouen*, GAJA 16, No 8, p 58, viidatud: Gabayet 2009, p 3.

muudatusi, mis on vajalikud teenuse kasutajate huvides ja hea teenuse osutamiseks. Lepingu täitjal on sellises olukorras võimalik saada hüvitist muutunud tingimuste tõttu suurenenud kulude eest.<sup>128</sup> Hankijal on võimalik avalikest huvidest lähtuvalt leping ühepoolset lõpetada,<sup>129</sup> aga ka teiselt lepingupoolelt rikkumise korral rahatrahvi nõuda, isegi kui lepingus sellist õigust ei sisaldu.<sup>130</sup> Vastukaaluks on hankija kohustatud lepingu tasakaalus hoidmiseks teise poole nõudel lepingut muutma, kui sellise vajaduse põhjustavad ettenägematud asjaolud, mis siiski täitmist võimatuks ei muuda. Sisuliselt on tegemist *clausula rebus sic stantibus* doktriiniga sarnase reeglina, mida aga prantsuse õiguses rakendatakse vaid avaliku hankija poolt sõlmitud lepingute suhtes.<sup>131</sup>

Ka juhul kui riigihankeleping on klassifitseeritav eraõigusliku lepinguna, tekib küsimus, kuidas lepinguõigust sellises õigusvaldkondade (riigihanke- ja lepinguõiguse) vahelises kontekstis rakendada, kuidas erinevad normid omavahel suhestuvad ning kas ja kuidas üksteist mõjutavad.<sup>132</sup> Eesti riigihangete seaduse kohaselt lõpeb hankemenetlus hankelepingu sõlmimise momendil<sup>133</sup> ning hankeleping kui eraõiguslik leping allub võlaõigusseaduse ja tsiviilseadustiku üldosa seaduse normidele. Vastavalt kuuluvad riigihankelepingutega seotud vaidlused lahendamisele maakohtutes tsiviilõigusliku vaidlusena ka siis, kui üheks pooleks on avalik-õiguslik juriidiline isik.<sup>134</sup> Sellisena järgib Eesti riigihangete regulatsioon traditsioonilist mudelit, mis välistab hankelepingud avaliku õiguse valdkonnast.

Ka paljude teiste EL liikmesriikide õigus – näiteks Belgia, Itaalia ja Saksa õigus – käsitleb hankelepinguid eraõiguslikena.<sup>135</sup> Sealjuures on Saksamaal riigihanke lepinguõiguslikuks iseloomustamiseks kasutatud ka väljendit halduseraõigus (*Verwaltungsprivatrecht*).<sup>136</sup> Hankelepingute arvu suurenemisest ja

---

<sup>128</sup> *Compagnie general de tramways*, GAJA 16, No 22, p 135, viidatud: Gabayet 2009, p 4.

<sup>129</sup> õiguse sedastas kohus esmakordselt kohtuasjas CE 12.05.1958, *Distilleries de Magna-Laval, Lebon*, p 256, viidatud: Gabayet 2009, p 4.

<sup>130</sup> Conseil d'Etat, 31.05.1907, *Deplanque, Lebon*, p 513, viidatud: Gabayet 2009, p 5.

<sup>131</sup> *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. 125, concl. Chardenet, 30 March 1916, viidatud: Gabayet 2009, pp 5–6; F.R. Fucci. Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts. Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance, kättesaadav: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html#6> (13.09.2009.).

<sup>132</sup> P. Vincent-Jones. The New Public Contracting. Regulation, Responsiveness, Relationality. Oxford University Press, 2006, pp 4–5, 13.

<sup>133</sup> RHS § 29 lg 3 p. 1.

<sup>134</sup> Riigikohtu haldus- ja tsiviilkolleegiumi vahelise erikogu otsus haldusasjas nr 3-3-1-15-01, p. 4; vt ka Riigikohtu üldkogu 22. detsembri 2000. a otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr 3-4-1-10-2000 p 11; Riigikohtu haldus- ja tsiviilkolleegiumi vahelise erikogu 17. juuni 1996. a määrus tsiviilasjas nr 3-2-1-34-96; Riigikohtu halduskolleegiumi 6. veebruari 2001. a määrus haldusasjas nr 3-3-1-69-00, p 1.

<sup>135</sup> Bovis 2007, pp 386, 390.

<sup>136</sup> Marschner, Contract ... 2009, p 3. Eesti õiguskirjanduses on väljendit halduseraõigus kasutatud mõnevõrra erinevas tähenduses, nimelt tähistamaks haldusõigussharu, mis tege-

Euroopa Liidu õiguse mõjust tingituna on siiski täheldatud ka Saksa õiguskäsitluses teatud muutusi ning traditsioonilist eraõiguslikku käsitlust on kirjanduses kritiseeritud.<sup>137</sup> E. Marschner nimetab järgmisi põhjuseid, miks ei tohiks hankelepinguid võrdsustada puhtalt eraõiguslike lepingutena: hankija erakordne (võimu-) positsioon pakkujate/taotlejate suhtes, avalikkuse huvid, Euroopa Liidu õiguse suurenev mõju hankelepingute suhtes, riigihankelepingute suur majanduslik tähtsus ja maksumaksja huvidega arvestamise vajadus.<sup>138</sup>

Eraõiguse üks tähtsamaid printsiipe on teatavasti lepinguvabadus. Kaas-aegses eraõiguses kohalduvad lepinguvabaduse suhtes siiski märkimisväärsed kitsendused. Eeskätt on tegu sotsiaalsetele huvidele suunatud piirangutega, mille eesmärk on tagada kas lepingu nõrgema poole, keskkonna või kapitalituru kaitse. Lepinguvabadus ja selle piirangud peavad olema tasakaalus, s.t. lepinguvabaduse piirangud peavad olema õigustatud. Näiteks õigustavad piiranguid nõrgema poole kaitse eesmärk, avalik huvi (*public policy*) või muud sotsiaalset laadi eelistused.<sup>139</sup>

Lepinguvabaduse piirangute üheks õiguslikuks aluseks on riigisisised seadused ja põhiseaduslikud printsiibid,<sup>140</sup> samuti õiguse üldprintsiibid – näiteks avalike huvide ja hea usu põhimõttega arvestamine.<sup>141</sup> Lepinguvabaduse kitsendused võivad olla positiivse sisuga – näiteks põhiseadusest või hea usu põhimõttest tulenev kohustus leping sõlmida ja/või teha seda teatud tingimustel<sup>142</sup> –

---

leb avaliku võimu kandjate tsiviilõigussuhetes osalemise probleemidega. Sealjuures mõistetakse halduseraõiguslike vaidluste alla siiski vaid neid suhteid, mis eelnevad tsiviilõigusliku lepingu sõlmimisele (sh nt erastamisel, riigivara võõrandamisel, riigihankeemenetluses), halduseraõiguslike suhete tulemusel sõlmitud lepingut ennast aga on siiski nimetatud puhtalt tsiviilõiguslikuks – vt Aedma jt 2004, lk 251–252.

<sup>137</sup> Auby 1999, p 47.

<sup>138</sup> Marschner, *Contract ...* 2009, p 4.

<sup>139</sup> J. W. Rutgers. *The European Economic Constitution, Freedom of Contract and the DCFR. ERCL 2/2009*, p 97; DCFR: II.–1:102 – vt Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) / prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group); edited by Christian von Bar ... [et al.], Munich: Sellier, European Law Publishers, c2009; DCFR: II.–1:102, Comments. Kättesaadav: <http://www.law-net.eu/> (20.04.2010).

<sup>140</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p 38.

<sup>141</sup> R. Youngs. *Constitutional Limitations on Freedom of Contract: What Can the Germans Teach Us*. *Anglo-American Law Review* 29, 2000, p 498.

<sup>142</sup> Vt Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-164-09, p 30: *lepinguvabaduse põhimõtte [ei ole] absoluutne. Nimelt sätestab PS § 32 lg 2 teine lause, et omandi kitsendused sätestab seadus ning kolmas lause, et omandit ei tohi kasutada üldiste huvide vastaselt. ... Samas on igaihel PS § 13 lg 1 järgi õigus riigi ja seaduse kaitsele. ... Seetõttu on seadusandja kehtestanud mitmetes seadustes teenuse osutajatele kohustuse sõlmida lepinguid kõigi soovijatega ja näinud ette teenuse osutajatele piirangud nii hinna kui ka muude tingimuste osas. Valdcondades, nagu side, ühis-transport, haridus või pangandus, aga ka elektri, soojuse ja veega varustamine, mis on*

või negatiivse sisuga, näiteks riigil ja kohalikel omavalitsustel lasuv keeld sõlmida hankelepinguid oma põhifunktsioonide üleandmiseks.<sup>143</sup>

Märkimisväärsed lepinguõiguse piirangud tulenevad Euroopa Liidu funktsionaalse õiguse erinormidest.<sup>144</sup> Euroopa Liidu eraõiguse ühtlustamise kontekstis on riigihankelepingute suhtes kohalduv Euroopa Liidu õigus üks neist funktsionaalse õiguse valdkondadest, mis moodustavad osa juba ühtsest lepinguõigusest.<sup>145</sup> Näiteks sisaldub Euroopa lepinguõigust puudutavas Euroopa Komisjoni teatises<sup>146</sup> viide riigihankeõigusele kui osale ühisest olemasolevast lepinguõigusest (kõrvuti tarbijalepingute, e-kaubanduse ja kindlustusõigusega). Eeltooduga seoses on riigihangete teostamisega seonduv siseriiklik eraõigus – käesolevas töös edaspidi nimetatud **hanke eraõigus** – paramatult mõjutatud Euroopa Liidu funktsionaalsest hankeõigusest. Eeskätt tuleb hanke-eraõiguse puhul arvestada lepinguvabaduse erinevate aspektide otseste ja kaudsete piirangutega.

Hankelepingute puhul kehtivatele tavapärasest suurematele lepinguvabaduse piirangutele on hankedirektiivide eesmärkide toetamise kõrval omistatud aga ka teisi põhjendusi. Esiteks tingib lepinguvabaduse kitsendamise vajaduse asjaolu, et turukorrektiivid, mis rakenduvad nn harilikes eraõiguslikes suhetes, ei pruugi ilmingimata avalduda hanke-eraõiguslikes suhetes. Kirjanduses on viidatud nn riigihanketurgudele ehk avalikele turgudele (*public markets, marchés publics*) – need on turuosad, kuhu riik ja riigiorganid sisenevad avalike huvide teostamise eesmärgil. Riigihanketurgudele on iseloomulik see, et need on sageli nn. ühe tellijaga turud. Seetõttu ei ole vastavas turuvaldkonnas tegutseval ettevõtjal ilma riigihangeteta mingit väljundit.

Riigihanketurgu iseloomustab näide Eesti kohtupraktikast:<sup>147</sup> pankroti-võlgniku põhiline majandustegevus seisnes lasteaiamööbli, mängunurkade ja lapsi arendavate mänguasjade müügis. Riigihangete *ära kadumine seoses eelarve kärbetega* põhjustas võlgniku seletuse kohaselt tema majandusraskused ja pankroti: *Kogu äriühingu ... tegevus oli suunatud ainult ühele sihtgrupile – kohalikud omavalitsused. ... Makseraskused tekkisid 2009.a. veebruaris seoses turu äralangemisega riiklike kokkuhoiumeetmete rakendamise tõttu. ... arvestades asjaolu, et avaldajalt ostsid kaupa riigi või kohalike omavalitsuste eelarvehanditest raha saavad ühingud, ei ole mõeldav, et ... oleks võimalik majandustegevust taastada. ... Ettevõtte proovis ... alternatiivseid mööblimüüke,*

---

*inimestele esmavajalikud, tuleb avalikult teenust pakkuvate ettevõtjate lepinguvabadust avalikes huvides paratamatult piirata nii sõlmimise kui ka tingimuste vabaduse osas.*

<sup>143</sup> K. Merusk, V. Olle. On assignment of local government tasks to the private sector in Estonia. *Juridica International XVI/2009*, p 43.

<sup>144</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p 46.

<sup>145</sup> S. Whittaker, The 'Draft Common Frame of Reference', An Assessment, 2008, kättesaadav:

[http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft\\_Common\\_Frame\\_of\\_Reference\\_an\\_assessment.pdf](http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference_an_assessment.pdf) (13.02.2010), p 25.

<sup>146</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European contract law, COM/2001/0398 final.

<sup>147</sup> Harju Maakohtu 06.05.2009.a. kohtumäärus tsiviilasjas nr 2-09-9921.

*kuid neid ei ole võimalik teostada, kuna hetkel puudub turul kauba järele nõudlus.* Kõnealusel juhul seega tegutses isik spetsiifilisel riigihanketurul, mistõttu finantskriisist põhjustatud riigihangete äralangemine tingis isiku majandus-raskused ja pankroti väljakuulutamise.

Riigihanketurgude funktsioneerimine toimub eraturgudest erinevalt. Avalikul turul tegutsemise eesmärgiks on hankija poolt avaliku huvi teenimine, aga mitte kasumlikkuse taotlemine – viimane eesmärk iseloomustab nn kommerts-turgu.<sup>148</sup> Hankijate võrdsustamist tavalistes majandussuhetes tegutsevate isikutega on nimetatud äärmiselt lihtsustavaks suhtumiseks. Erinevalt majanduskäibes osalevatest äriühingutest on hankijad, eriti avalikud hankijad seotud avalik-õiguslike ülesannetega ning esindavad avalikke huve.<sup>149</sup> Sarnasele seisukohale on asunud Riigikohus, tõdedes, et avalikud huvid ei pruugi ka eraõiguslikus suhtes alati seisneda varalise tulu saamisega.<sup>150</sup>

Osaliselt võib riigihanketuru eripära olla paratamatult tingitud hankemenetluse spetsiifikast endast: hankemenetluses (eeskätt menetlustes, kus läbirääkimisi ei toimu) on normaalsete turumehhanismide toime takistatud. Selline situatsioon tekib, kui hankija ei avalda kogu informatsiooni, mida pakkujad tegelikult vajaksid, et esitada reaalsele oludele vastavad pakkumused ja edukaks tunnistatud pakkumust ka edukalt täita.<sup>151</sup> Hankija poolt puuduliku informatsiooni esitamise põhjused võivad olla erinevad: vajaliku informatsiooni puudumine (nt. ehituses kaetud konstruktsioonide või maapõue geoloogilised andmed), aga ka hankija asjatundmatus või ebapiisav hoolikus hanke ettevalmistamisel ja/ või korraldamisel. Hankemenetluse jäikuse tõttu võib avaldatud informatsiooni täiendamine või muutmine olla keerukas. Selle tulemusel aga sõlmitakse hankeleping kas pakkuja jaoks liig suure riskiga (pakkuja loodab, et võimalikke, aga vähetõenäolisi asjaolusid hiljem ei ilmne ja kalkuleerib pakkumuse selle arvestusega) või hoopis hankija jaoks liiga kõrge hinnaga, kuhu on sisse arvestatud pakkuja riskid. Kumbki variant ei tohiks olla avalike huvidega kooskõlas.

Eelnevaga seondub avalikke hankijaid puudutav teooria, mis käsitleb hankijat kui riigi või kohaliku omavalitsuse esindajat. Kuna riigi ega omavalitsuse tegevuse eesmärgiks ei ole kasumi teenimine, siis puudub üldjuhul süsteem hankija tegevuse hindamiseks kasumi/kahjumi skaalal. Seetõttu ei ole hankija

---

<sup>148</sup> C. Bovis. Financing services of general interest, public procurement and state aid: the delineation between market forces and protection. *Columbia Journal of European Law* 10, 2003-2004, pp 420–421. Vt ka: Merusk, Olle 2009, p 42.

<sup>149</sup> C. Hanley. Avoiding the issue: the commission and human rights conditionality in public procurement. *European Law Review* 27 (6), 2002, p 718.

<sup>150</sup> Riigikohtu erikogu 20. 12. 2001. a määrus haldusasjas nr 3-3-1-8-01 p 16; Riigikohtu halduskolleegiumi otsus haldusasjades nr 3-3-1-15-01, p 14 ja nr 3-3-1-66-09, p 18.

<sup>151</sup> S. Mutluer. Improved strategies for concluding contracts within the framework of European public procurement procedures, 2009, kättesaadav:

<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/conferencesandevents/pastevents/phd-conference.aspx> (21.02.2010), p 2.

ega tema esindajate tegevusetusel, s.h. vigadel, sageli hankija jaoks otsest mõju, välja arvatud äärmuslikel juhtudel. Hankijate liiga suur diskretsioon tekitab esindatava jaoks probleeme nii korrumppeerunud, omakasupüüdliku hankija kui vastupidi, ülimalt püüdliku ja avaliku huvi teenimisele suunatud hankija (ja tema esindajate) korral.<sup>152</sup> Moonutatud turusituatsiooniga seonduvaid probleeme peaksid muuhulgas aitama lahendada nii läbipaistvusele suunatud nõuded kui hankija lepinguvabaduse piiramine – näiteks nõue sõlmida hankelepingud mõistlikel tingimustel ja/või selleks ettenähtud, mõistlikel tingimustel ettevalmistatud tüüpvormide kohaselt.<sup>153</sup>

Teise põhjusena suurematele lepinguvabaduse piirangutele on kirjanduses nimetatud hankijate soovi seostada hankelepinguid kõrgemate eetiliste standarditega.<sup>154</sup> Avalikult hankijalt oodatakse kõrgemate eetiliste standardite rahuldamist kui eraõiguslikult tellijalt või ostjalt. Hankijatel on näiteks võimalik hankelepingute kaudu juurutada nn vastutustundlik tarbimise mudelit (*responsible consumerism*).<sup>155</sup> Kuigi formaalselt osaleb hankija lepingulistest suhetes nagu iga teine isik, ei saa hankijat – eeskätt avalikku hankijat – võrdsustada suvalise turuosalisega. Põhjus on, et avalik hankija on seatud samaaegselt seisma avalike sotsiaalsete ja majanduslike huvide eest ja/või arvestama sisepoliitilise reaalsuse (nt valimistega) ja/või välispoliitiliste vajadustega.<sup>156</sup> Nagu öeldud, mainitud põhjus puudutab eeskätt avalikke hankijaid, ka erineb tõdemuse paikapidavus kahtlemata nii riigiti kui valdkonniti. Avalike huvide teenimisega seostub ka hangete kasutamine sekundaarseteks eesmärkideks, mis küll Eestis on kahetsusväärselt vähetunnustatud ja -kasutatud võimalus.<sup>157</sup>

Kolmandaks on lepinguvabaduse piirangud eeskätt avalike hankijate puhul vajalikud korrupsioonivõimaluste piiramiseks. Ühest küljest seostub korrupsiooni piiramine hanke üldiste eesmärkidega (säästlikkus, võrdne kohtlemine, läbipaistvus) ja ülalmainitud eetiliste standarditega,<sup>158</sup> kuid selle võib välja tuua ka iseseisva eesmärgina. Muuhulgas teeb võitlus korrupsiooniga kui omaette eesmärk vajalikuks läbipaistvuse printsiibi järgimise Euroopa Liidu hankeõigusega reguleerimata hangete puhul.<sup>159</sup> Avaliku hankija ja tema esindajate kohustus juhinduda nn. esindatava – vastavalt riigi või kohaliku omavalitsuse – huvi-

---

<sup>152</sup> P. Trepte. Transparency requirements – in: R.Nielsen & S.Treumer, *The New EU Public Procurement Directives*. Djof Publishing, 2005, p 54.

<sup>153</sup> Vt hankelepingu sisustamise vabaduse piiramise kohta käesoleva töö 2. ptk.

<sup>154</sup> Arrowsmith, Kunzlik 2009, p 289.

<sup>155</sup> R. H. Weber. Development promotion as a secondary policy in public procurement. *Public Procurement Law Review* 4, 2009, p 185.

<sup>156</sup> Trepte 2005, p 52.

<sup>157</sup> Vt selle kohta käesoleva töö 3. ptk.

<sup>158</sup> M.Trybus. Improving the Efficiency of Public Procurement Systems in the Context of the European Union Enlargement Process. *Public Contract Law Journal* Vol 35, No 3 Spring 2006, p 410.

<sup>159</sup> Komisjoni tõlgendav teatis nr 2006/C 179/02, sissejuhatus.

dest tuleneb siiski hea halduse<sup>160</sup> tavast ja olemasolevast sellesisulisest regulatsioonist<sup>161</sup> ning spetsiifilist käsitlemist ega normeerimist riigihangete puhul ei vaja.

### **1.2.3. Euroopa Liidu hankeõiguse ülimuslikkus siseriikliku eraõiguse suhtes**

Eespool näitas autor, et hankelepingud peavad olema sisustatud, tõlgendatud ja täidetud kooskõlas hankeõiguse üldpõhimõtetega. Ometi on hankelepingutega seonduv samal ajal peamiselt liikmesriikide pädevuses ja enamasti eraõiguslikult reguleeritud. Seetõttu ei saa välistada vastuolude tekkimist siseriikliku (Eesti puhul eraõigusliku) regulatsiooni ja Euroopa Liidu õigusel rajaneva spetsiifilise hankeregulatsiooni (riigihanke üldpõhimõtete) vahel.

Nagu kaasajal üldse on laiemalt tuntav Euroopa Liidu õiguse mõju eraõigusele,<sup>162</sup> on käesolevaks ajaks toimunud märkimisväärne muudatus Euroopa Liidu hankeõiguse mõjusfääris. EL riigihankeõigus laieneb üha enam pelgalt hankemenetluse (või väljaspool formaalset menetlust hankelepingu sõlmimisele eelnevate suhete) reguleerimiselt hankelepingulisi suhteid puudutavatele küsimustele, seda nii kolmandate isikute kaitse kui lepingupoolte vaheliste suhete osas. Mitmed Euroopa Kohtu lahendid iseloomustavad suundumust puudutada varasemast enam küsimusi, mis on riigisisese õiguse pädevuses ja Eesti puhul jäävad pigem eraõiguse valdkonda.<sup>163</sup> Hankeõiguse ülimuslikkust eraõiguse põhimõtete suhtes iseloomustab ka Euroopa Kohtu lahend kohtuasjas *Metalmeccanica*. Nimelt otsustas kohus, et kui hankemenetluses esitas vastava pakkumuse vaid üks pakkuja, siis riigihanke eesmärkidest tulenevalt ei ole hankija kohustatud sellise ainsa pakkujaga hankelepingut sõlmima.<sup>164</sup> On tähelepanuväärne, et kohus oleks võinud argumenteerida ka vastupidi: nimelt et

---

<sup>160</sup> Hea halduse kohta vt N. Parrest. Hea halduse põhimõtte Euroopa Liidu põhiõiguste hartas. *Juridica I/2006*, lk. 24–33 *passim*.

<sup>161</sup> Vt nt: avaliku teenistuse seadus 25.01.1995 – RT I 1995, 16, 228, 01.01.1996, 26.11.2009 – RT I 2009, 62, 405, 1.01.2010 (edaspidi ATS), § 59 lg 1, § 76 lg 1; korruptsioonivastane seadus, 27.01.1999 – RT I 1999, 16, 276, 28.02.1999, 26.11.2009 (RT I 2009, 62, 405) 1.01.2010, §§ 5, 6, 19, 22, 24, 25 ja 5. ptk.

<sup>162</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p 15.

<sup>163</sup> Sõlmitud hankelepingu muutmise küsimust käsitlevad kohtuasi C-496/99, komisjon vs. CAS Succhi di Frutta SpA. – EKL 2004, lk I-3801, ning kohtuasi C-337/98, komisjon vs. Prantsusmaa. – EKL 2000, lk I-8377.

<sup>164</sup> Vt ka eespool, osa 1.2.1. Eesti kehtiv õigus samasisulist reeglit ette ei näe, kuigi hankija saab soovi korral vastava võimaluse luua, tuginedes RHS § 49 lg-le 1 p-le 2. Nimetatud säte annab hankijale õiguse sätestada hankedokumentides *objektiivse ning mittediskrimineeriva aluse* kõigi pakkumuste tagasilükkamiseks. Sellise tagasilükkamise aluse näiteks võib olla võimalus lepingut mitte sõlmida ja ainus vastav pakkumus tagasi lükata juhul, kui esitatakse vaid üks pakkumus või ainult üks esitatud pakkumustest vastab hankemenetluses esitatud nõuetele.

konkursi tulemusel selgunud võitjal on lepingu sõlmimise õiguspärane ootus.<sup>165</sup> Selle asemel rajanes kohtuotsus hankemenetluse eesmärki ja üldpõhimõtteid toetaval positsioonil.

Samuti kajastab EL hankepõhimõtete ülimuslikkuse reeglit kohtuasjas 503/04, Komisjon v Saksamaa langetatud otsus:<sup>166</sup> hankemenetluse olulise rikkumise korral ei ole rikkumise tulemusel sõlmitud lepingu kehtimajäämine lubatav, kuna vastasel juhul jätkuks hankeõiguse rikkumine kogu lepingu kehtivuse jooksul. Sellisele järeldusele jõudis Euroopa Kohtus sõltumata kohtuasjas osalevate liikmesriikide esindajate argumentidest, et lepingu lõpetamine või kehtetuks tunnistamine oleks vastuolus eraõiguses tunnustatud üldpõhimõtete-ga: rikutaks teise lepingupoolte õigustatud ootusi ja omandi kaitset ning õigus-kindluse ja lepingu kehtivuse ehk *pacta sunt servanda* printsiipe. Kohus ei nõustunud nimetatud printsiipidele rajatud argumentidega, asudes seisukohale, et riigisisese eraõiguse printsiibid ei õigusta liikmesriigi vastutusest vabanemist: *liikmesriik ei saa tugineda oma õiguskorras kehtivatele sätetele, valitsevale praktikale või olukorrale, et õigustada ühenduse õigusest tulenevate kohustuste järgimata jätmist.*<sup>167</sup> Kohtuasjas Komisjon v Saksamaa kujundatud reeglit arendab edasi uus õigusmeetmete direktiiv 2007/66/EÜ, mida käsitletakse allpool 4. peatükis. Hankeõiguse mõju lepingu muutmise vabadusele (kohtuasi Presstext) käsitletakse 5. peatükis.

Analüüsid Euroopa Liidu hankeõiguse mõju eraõigusele tõstatab prof McCrudden küsimuse, kas EL hankeõiguse seab täiendavaid piiranguid poolte lepinguvabadusele ning leiab, et vastus on ilmselgelt jaatav. Piirangud pärinevad võrdse kohtlemise kohustusest, millest omakorda tuleneb näiteks keeld sisustada lepingut välismaiseid lepingupartnereid diskrimineerivate sätetega.<sup>168</sup> Siin avaldub hankelepingute spetsiifiline olemus: lepinguvabadus on piiratud ning eraõiguse rakendamine peab toimuks kooskõlas riigihankeõiguse üldpõhimõtete-ga, hankeõigusega otseselt reguleerimata küsimustes aga EL õiguse aluspõhimõtete-ga. Vastuolu korral riigihanke üldpõhimõtete (või Euroopa Liidu õiguse aluspõhimõtete) ja eraõiguse normide vahel tuleb juhinduda hanke üldprintsiipidest (aluspõhimõtetest).

Eeltoodu kajastab Euroopa Liidu riigihankeõiguses toimunud arengut: hankeõiguse mõjusfäär ei lõpe hankelepingu sõlmimise hetkel, vaid puudutab ka hanke**lepingulisi** õigussuhted. Seetõttu, kuigi hanke lepinguõiguslik regulatsioon on liikmesriikide pädevuses, ei tohi seda pädevust teostada niim et tulemuseks oleks vastuolu hankedirektiivides sätestatud riigihanke üldprintsiipide ja EL Asutamislepingust tulenevate aluspõhimõtete-ga. Hanke eraõiguse nneuropaaniseerimine puudutab nii hankelepingu poolte vahelisi (lepinguõiguslikke) suh-

---

<sup>165</sup> S. Treumer. Recent Trends in the Case Law from the European Court of Justice. In – Nielsen & Treumer 2005, p 24.

<sup>166</sup> Vt ka S. Treumer. Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. public procurement rules – the end of the status of concluded public contracts as sacred cows. Public Procurement Law Review 6, 2007, p 376.

<sup>167</sup> Komisjon v Saksamaa, para. 31, 32, 36.

<sup>168</sup> McCrudden 2007, p 522.

teid kui ka kolmandate isikute (lepingu sõlmimisel kõrvalejäetud pakkujate) kaitset. Lepinguvabaduse piirangud rakenduvad nii vahetu mõju läbi kui ülevõetuna siseriiklikesse õigusaktidesse.<sup>169</sup> Selle kaudu mõjutab esmane õigus – antud juhul eeskätt riigihanke üldprintsipiidena kajastatud põhimõtted – omakorda eraõiguse rakendamist hankelepingute suhtes.

### **I.3. Vahekokkuvõte (I. peatükk)**

Riigihangete seaduses sätestatud legaaldefiniitsiooni kohaselt loetakse hankelepinguks iga vastastikuste varaliste kohustustega leping, mis on sõlmitud riigihanke tulemusena, kui lepingu üheks pooleks on hankija (s.o avalik või võrgustikuhankija) ning esemeks asjad, teenused või ehitustööd. Hankelepingut kvalifitseerivatest tunnustest seonduvad hankija isik ja varaliste kohustuste esinemine riigihankeid saatva avaliku huviga. Varalisi kohustusi tuleb siinjuures mõista kõige laiemas tähenduses, s.o igasuguse majandusliku kasu ja/või turueelise tähenduses.

Riigihangete seadus kehtestab hankelepingute suhtes kirjaliku vormi nõude, kuid vaidluse korral vorminõude järgimise üle tuleb kirjaliku vormi nõuet sisustada hankedirektiivide, mitte tsiviilseadustiku üldosa seaduse kohaselt. Lepingulistest suhetes kohaldatava regulatsiooni erinevuse tõttu on oluline eristada hankelepinguid halduslepingutest, mida võidakse sõlmida hankemenetluses. Eristamise kriteeriumiks on hankelepingu tsiviilõiguslik sisu.

Riigihankega seonduv eraõiguslik regulatsioon on liikmesriikide pädevuses ja Eestis käsitletakse hankelepinguid eraõiguslike lepingutena. Samas on hankeõigus üks euroopa funktsionaalse õigus valdkondadest, mistõttu ka riigisisene hanke eraõigus toimib koosmõjus Euroopa Liidu hankeõiguse üldpõhimõtetega. Hankedirektiivide eesmärgiks on hankeregulatsiooni kui süsteemi tõhusus, mis avaldub nii hankijate poolt oma kohustuste täitmises ja rikkumiste vältimises (preventatiivne toime), rikkumiste vaidlustamise ja heastamise võimaluses (korrigeeriv toime) kui ka kolmandate isikute (pakkujate) õiguste efektiivses kaitses (kompenseeriv toime). Samad eesmärgid peavad olema siseriiklikul hankeeraõigusel. Siseriikliku eraõiguse ja euroopa riigihanke üldpõhimõtete vahelise vastuolu korral on ülimuslikud viimased.

Lisaks on lepinguvabaduse piiramine hanke-eraõiguslikes suhetes põhjendatud avaliku huviga, riigihanketurgude funktsioneerimise spetsiifikaga, hankijate taotletavate kõrgemate eetiliste kriteeriumidega ja korrupsiooni vältimise vajadusega. Käesoleva töö järgmistes osades analüüsitakse, kuidas on riigihangete puhul piiratud lepingu sisustamise (2. ja 3. peatükk) ja muutmise vabadus (5. peatükk) ning kuidas mõjutab hankelepingu kehtivust lepingule eelnevates suhetes aset leidnud rikkumine (4. peatükk).

---

<sup>169</sup> M. Hesselink. A European legal method? On European private law and scientific method. *European Law Journal*. Vol 15 No 1, January 2009, p 43. Siiski ei ole EL pädevuse piirid selles küsimuses üheselt selged – vt S. Weatherill. The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice, *ERCL* 2/2006, p 144.

## 2. Hankelepingu sisustamise vabaduse piirangud

### 2.1. Ebamõistlikult kahjustavate hankelepingu tingimuste keeld

#### 2.1.1. Ebamõistlikult kahjustavate tüüptingimuste keeld<sup>170</sup>

##### 2.1.1.1. Tüüptingimuste eraõiguslik regulatsioon

Vabadus määrata lepingu sisu on üks lepinguvabaduse aspekte, mis avaldub lepingueelsetes suhetes. Lisaks lepingu sisustamise vabadusele iseloomustab lepingueelseid suhteid vabadus lepingut sõlmida, määrata lepingu sõlmimise moment ja lepingueelsete suhete õiguslik tähendus.<sup>171</sup> Olukorras, kus lepingueelsete suhete vabadust on oluliselt piiratud, võib muuhulgas rakenduda tüüptingimuste regulatsioon. Riigikohus on tüüptingimuste kasutamise põhiliseks probleemiks nimetanud „ühe lepingupoole lepinguvabaduse [piiramist] faktiliselt üksnes lepingu sõlmimise vabadusega.“ Sellises olukorras on seaduse eesmärk vältida ühe lepingupoole poolt teisele ebaõiglaselt kahjulike tingimuste pealesurumist ebavõrdsete läbirääkimispositsioonide olukorras ning kaitsta poolt, kellele esitati varem ettevalmistatud lepingutingimused asjaoludel, mis teevad poole jaoks võimatuks nende tingimuste üle läbi rääkida või neid muul moel mõjutada.<sup>172</sup>

Võlaõigusseadusega on kehtestatud tüüptingimuste eriregulatsioon, mis tugineb Euroopa Liidu direktiivile 93/13/EMÜ,<sup>173</sup> kuid laieneb lisaks tarbijalepingutele ka majandus- ja kutsetegevuses tüüptingimustel sõlmitud lepingutele.<sup>174</sup> Tüüptingimuseks peab seadus igasugust „lepingutingimust, mis on eelnevalt välja töötatud tüüplepingutes kasutamiseks või mida lepingupoolel muul põhjusel ei ole eraldi läbi rääkinud ja mida tüüptingimust kasutav lepingupool (tingimuse kasutaja) kasutab teise lepingupoole suhtes, kes ei ole seepärast võimeline

<sup>170</sup> Doktoritöö osa 2.1.1 põhineb avaldatud artiklil: Simovart. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus ... 2008

<sup>171</sup> Lepinguvabaduse piirangute kohta vt I. Kull. Lepinguvabaduse põhimõte Euroopa ühtlustavas tsiviilõiguses ja Eesti tsiviilõiguse reform. – Riigikogu Toimetised 2000/2, lk 4; N. Reich. European Contract Law: Ghost or Host for Integration. – 24 Wisconsin International Law Journal. 425 (2006–2007), p 437.

<sup>172</sup> Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-150-06, p 17 ja 18.

<sup>173</sup> Nõukogu direktiiv 93/13/EMÜ, 5. aprill 1993, ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes. EÜT L 95, 21.4.1993, lk 29–34, eestikeelne eriväljaanne: Peatükk 15 Koide 02 Lk 288–293.

<sup>174</sup> Sellist seadusandlikku lahendust on kriitiliselt vaadelnud C. Ginter, kes leiab, et selline lähenemine võib olla liiga radikaalne, sest võimaldab riigi liigset sekkumist lepinguvabadusse. Vt C. Ginter. Tüüptingimustest VÕS ja direktiivis 93/13/EMÜ. – Juridica 2001/7, lk 507.

mõjutama tingimuse sisu<sup>175</sup>. Eesti lahendus ei ole unikaalne: võrreldavad reeglid näevad ärilepingute (s.o mitte-tarbijalepingute) suhtes ette ka näiteks PECL<sup>176</sup> ja UPICC,<sup>177</sup> samuti on selline regulatsioon kooskõlas Euroopa eraõiguse uues ühtse tugiraamistiku printsiipidega.<sup>178</sup> Eesti seadustega sätestatud lahendus juhindub suures osas samasisulisest Saksa kohtupraktikast, mis kasutas seadusega kehtestatud ebaõiglase tarbijalepingu tingimuste loetelu juhtnõörina ärilepingute tingimuste võimaliku ebaõigluse tuvastamiseks. Sellise seadusliku kaitse ettenägemist on põhjendatud ka vajadusega kaitsta väikese ja keskmise suurusega ettevõtjaid.<sup>179</sup>

Siiski ei diferentseeri võlaõigusseadus tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamist sõltuvalt poolte suurusest ega turupositsioonist, mistõttu tüüptingimuse ebamõistlikkuse tuvastamisel ei ole asjakohane lähtuda lepingu teise poole majanduslikust ega muust seisundist,<sup>180</sup> vaid tüüptingimuse sisu kontroll peab olema objektiivne. Selline seisukoht on vaieldamatult õigustatud ka riigihankelepingute puhul, kus suurtel äriühingutel on sama vähe (või üldse mitte) võimalusi lepingutingimusi mõjutada kui pakkumises osaleval väikestel või keskmistel konkurentidel. Samas on hankija poolel tugev läbirääkimispositsioon ning riigihankelepingud on pakkujate jaoks ihaldusväärased, mistõttu on nad sunnitud nõustuma tingimustega, millega nad tavalise eraõigusliku lepingu sõlmimisel ei pruugiks nõustuda.<sup>181</sup> Hankelepingu tingimuste kvalifitseerimine tüüptingimusteks ei sõltu seega konkreetse pakkuja turupositsioonist.

Võlaõigusseaduses sätestatud tüüptingimuse definitsioon ei nõua, et tingimus oleks välja töötatud korduvaks kasutamiseks. Tüüptingimuseks peetakse ka muud ilma läbirääkimisteta välja töötatud lepingutingimust, mille sisu ei ole pool, kelle suhtes seda kasutatakse, võimeline mõjutama.<sup>182</sup> Selles osas kehtestab võlaõigusseadus PECL-ga sarnase regulatsiooni<sup>183</sup>, erinevalt UPICC-s too-

---

<sup>175</sup> VÕS § 35 lg 1.

<sup>176</sup> O. Lando, H. Beale (eds.). Principles of European Contract Law. Parts I and II. Hague: Kluwer International 2000; articles 2:104, 4:110, 5:103.

<sup>177</sup> UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, art 2.1.19–2.1.22, 3.10. Kättesaadav: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles.html> (28.04.2010). Vt. ka L. C. Sica. Gap-filling in the CISG: may the UNIDROIT Principles supplement the gaps in the convention? – Nordic Journal of Commercial Law 2006/1, p 20.

<sup>178</sup> DCFR Intr. 27 ja II. – 9:406, II. – 9:409.

<sup>179</sup> VÕS eelnõu seletuskiri. Kättesaadav:

<http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=991610001&login=proov&password=&system=ems&server=ragne1> (28.04.2010).

<sup>180</sup> P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi. Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1–207). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn 2006, lk 150.

<sup>181</sup> P. Cane. An Introduction to Administrative Law. Third Edition. Oxford: Clarendon Press 1997, pp 260, 262.

<sup>182</sup> Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-150-06, p 17 j a 18.

<sup>183</sup> PECL art 4:110

dud tüüptingimuste määratlusest, mille kohaselt on oluline, et tingimus oleks eelnevalt välja töötatud üldiseks ja korduvaks kasutuseks.<sup>184</sup>

Juhul, kui on tegemist tüüptingimusega, pakub seadus nõrgemale poolele spetsiifilist kaitset. Hankesituatsioonis on nõrgemaks pooleks hankelepingu teine pool, kellele hankija lepingutingimused esitab. Ei riigihangete seaduse ega võlaõigusseaduse sätteid ei tee riigihankelepingutele tüüptingimuste regulatsioonist erandit. Seetõttu tuleb pidada tüüptingimusteks kõiki hankelepingu tingimusi, mille üle läbirääkimisi peetud ei ole – nagu hankelepingud enamasti sõlmitakse. Seadus<sup>185</sup> välistab küll tüüptingimuste regulatsiooni kehtivusalast üksikud erandid, näiteks seadusest tulenevad lepingutingimused, mistõttu võib tekkida küsimus, kas hankelepingu tingimused ei kuulu sellise erandi alla põhjusel, et teatud liiki hankemenetluse korral lasub pooltel imperatiivne keeld läbirääkimisi pidada. Vastus peab siiski olema eitav: direktiiv<sup>186</sup> ei pea erandina silmas olukordi, kus läbirääkimiste pidamine lepingu sõlmimiseks on välistatud (nt konkurss, enampakkumine), vaid asjaolu, et eelduslikult kaitsevad õigusaktides sätestatud reeglid nõrgema poole huvisid piisavalt ja tagavad poolte õiglase kohtlemise. Seetõttu puudub vajadus selliseid sätteid ebaõiglaste tingimuste regulatsioonile allutada. Kuna seadus hankelepingute sisu kohta selliseid kohustuslikke tingimusi ei sätesta, ei oleks erandi lubamine seaduse mõttega kooskõlas.

Võlaõigusseaduse §-i 35 lõike 2 kohaselt eeldatakse, et tüüptingimused ei ole eraldi läbi räägitud. Vaidluse korral on tingimuste kasutajal – hankijal – võimalik tõendada, et teisel poolel oli reaalne võimalus tingimusi läbirääkimise teel mõjutada ja et seetõttu ei ole tegemist tüüptingimusega.<sup>187</sup> Tuvastamaks, kas konkreetse hankelepingu puhul on tegemist tüüptingimustel sõlmitud lepinguga, tuleb esmalt pöörata tähelepanu sellele, millised olid lepingueelsed suhted: kas ja mis liiki hankemenetluse tulemusel leping sõlmiti ning kas ja millises ulatuses toimusid poolte vahel läbirääkimised.

Kui lepingu üks pool on kasutanud tüüptingimusi, näeb seadus teise poole kaitseks ette kahte liiki tagajärgi. Esiteks ei saa tüüptingimused teatud juhtudel üldse lepingu osaks – näiteks kui tingimusele enne lepingu sõlmimist või sõlmimisel selgelt ei viidatud või kui teisel lepingupoolel ei olnud võimalik

---

<sup>184</sup> UPICC art 2.1.19 ja ametlikud kommentaarid. Kättesaadav:

<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1> (28.04.2010).

<sup>185</sup> VÕS § 36 lg 1.

<sup>186</sup> Vt direktiivi 93/13/EMÜ preambula. Kuigi direktiivi tekst viitab seadusest tulenevatele kohustuslikele normidele, ei tähenda see mitte viidet imperatiivsetele sätetele, vaid igasugustele normidele, mis on seadusega sätestatud, kui leping ei kehtesta teistsugust normi. Direktiivis 93/13 kasutatud väljend *mandatory statutory or regulatory provisions* hõlmab ka dispositiivseid sätteid, mille suhtes pooled võiksid teistmoodi kokku leppida, kuid ei ole seda konkreetse lepingu puhul teinud. Sätete kohustuslikkus ei viita mitte sätete imperatiivsele olemusele, aga võib tähendada nii imperatiivseid kui dispositiivseid norme. – vt. P. Nebbia. *Unfair contract terms in European law*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p 115.

<sup>187</sup> Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-150-06, p 17.

tingimuste sisust teada saada; samuti kui tingimus on sedavõrd ebatavaline, et teine pool ei võinud sellise tingimuse olemasolu lepingus mõistlikkuse põhimõttest lähtudes oodata või seda olulise pingutuseta mõista.<sup>188</sup> Teiseks on tühine tüüptingimus, mis on ebamõistlikult kahjustav teise lepingupoole suhtes.<sup>189</sup>

Esimese kirjeldatud tagajärje – n-ö üllatavate tingimuste – esinemine on riigihanke puhul suhteliselt vähem tõenäoline põhjusel, et hankedokumendid peavad sisaldama lepingu kohta täpset informatsiooni.<sup>190</sup> Kui nõutavat informatsiooni ei ole esitatud, on igal hankemenetluses osaleval isikul ja igal huvitatud isikul õigus saada selgitusi või lisateavet ning hankija on kohustatud selgitusi ja lisateavet andma,<sup>191</sup> riskides vastasel korral haldusvastutuse rakendamise ja hankemenetluse kehtetuks osutumiselega.<sup>192</sup> Mõistlikul isikul, kes heas usus ja vajaliku hoolsusega osaleb hankemenetluses või on huvitatud selles osalemisest, on seega järelepärimise tegemise võimalus, selgitamaks kavandatava lepinguga seotud arusaamatusi. Seetõttu isegi juhul, kui hankija ei ole hankelepingu tingimusele viidanud või tingimuse sisu ei ole üheselt arusaadav, võimaldavad hankemenetluse reeglid olukorda kerge vaevaga heastada, nii et lepinguõiguslikku sekkumist ei peaks eriti sageli vaja minema.

Ilmselt sagedamini võib aga ette tulla olukordi, kus hankelepingus kasutatakse ebamõistlikult kahjustavaid tüüptingimusi. Tuleb silmas pidada, et kui tüüptingimuste sisu on vaja selgitada tõlgendamise teel, siis tõlgendamine toimub objektiivselt; eesmärgiks ei ole tuvastada mitte poolte tegelikku tahtet, vaid seda, kuidas *teise lepingupoolega sarnane mõistlik isik tingimust samadel asjaoludel mõistma pidi*.<sup>193</sup> Objektiivse tõlgendamise tulemusel peab olema võimalik tüüptingimusest aru saada nii, nagu hankelepingu teise poolega sarnane mõistlik isik pidi tingimust mõistma. Hankelepingu mõistliku täitja (töövõtja, müüja vm.) teadmise konstrueerimisel tuleb jällegi rakendada VÕS §-s 7 sätestatud reegleid. Aktsepteeritav ei ole näiteks teaduslikul definitsioonil põhinev tõlgendamine (v.a muidugi juhul, kui lepingu täitjaks on vastava ala teadlane). Kahtluse korral tõlgendatakse tüüptingimust tingimuse kasutaja kahjuks, hankelepingu puhul seega hankija kahjuks, kes lepingutingimuse väljatöötajana kannab lepingutingimuse tõlgendamise seotud riske.<sup>194</sup>

Järgnevalt selgitab autor hankelepingu sõlmimisele eelnevate suhete eripära eesmärgiga sedastada, kas või millisel juhtudel toimub riigihankelepingute sõlmimine selliselt, et lepingutele laieneb võlaõigusseadusega tüüptingimuste suhtes kehtestatud eriregulatsioon.

---

<sup>188</sup> VÕS §-d 37–38; Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-76-07, p 21, 22.

<sup>189</sup> VÕS §-d 40–44.

<sup>190</sup> RHS § 31 lg 2 p-d 2–4, § 4 lg 2.

<sup>191</sup> RHS § 56.

<sup>192</sup> RHS § 108 lg 1 p 3.

<sup>193</sup> VÕS § 39 lg 1.

<sup>194</sup> VÕS § 39 lg 1; Vt Riigikohtu tsiviilkolleegikumi otsused tsiviilasjades nr 3-2-1-1-07, p 34, 3-2-1-64-07, p 12, 13, 3-2-1-140-05, p 12, 3-2-1-118-05, p 26, ja 3-2-1-59-05, p 17.

## 2.1.1.2. Lepingueelsed suhted riigihankes

Lepingueelsete suhete korraldamine riigihankes on õiguslikult diferentseeritud sõltuvalt erinevatest asjaoludest, sh hankija isikust, lepingu hinnast ja lepingu eesmärgi olemusest. Avalik hankija on vabastatud riigihangete seaduses detailselt ettenähtud hankemenetluse järgimisest, kui hankelepingu maksumus jääb alla riigihanke piirmäära,<sup>195</sup> kui on tegemist RHS §-s 14 nimetatud erandiga või nn lihtsustatud korras tellitavate teenustega.<sup>196</sup> Hankemenetluse läbiviimisel peab avalik hankija reeglina eelistama avatud või piiratud hankemenetlust.<sup>197</sup> Avatud hankemenetlus tähendab, et pakkumuse võib esitada iga huvitatud isik.<sup>198</sup> Piiratud hankemenetluses võib huvitatud isik (taotleja) esitada hankemenetluses osalemise taotluse, kuid pakkumuse saavad esitada hankija poolt objektiivsete ja mittediskrimineerivate kriteeriumide alusel valitud taotlejad.<sup>199</sup> Igasugused läbirääkimised pakkujate (taotlejate) ja hankija vahel on nendes menetlustes keelatud. Riigihangete seaduses sätestatud kindlate tingimuste esinemise korral võib avalik hankija lepingu sõlmida läbirääkimistega menetluses<sup>200</sup> või võistleva dialoogina.<sup>201</sup> Näiteks võistlev dialoog kavandati esmakordselt Euroopa Liidu direktiivis 2004/18/EÜ just nimelt lähtuvalt vajadusest kujundada paindlik hankemenetluse liik, mis arvestab hankija vajadusega pida- da pakkujatega läbirääkimisi lepingu kõigi aspektide üle.<sup>202</sup>

Võrgustikuhankija peab juhinduma riigihangete seaduse 5. peatükis sätestatud hankemenetluse korrast, kui sõlmitav leping on seotud hankija tegevusega võrgustikega seotud sektorites ja ületab maksumuselt rahvusvahelist piirmäära.<sup>203</sup> Võrgustikuhankijal on õigus omal valikul korraldada hankemenetlus

---

<sup>195</sup> RHS §-s 15 lg 1.

<sup>196</sup> RHS § 19 ja lisa 2 osa B.

<sup>197</sup> RHS § 25 lg 3.

<sup>198</sup> RHS § 25 lg 1, §§ 57-58.

<sup>199</sup> RHS § 25 lg 2, §§ 59-61.

<sup>200</sup> RHS § 27 ja 28, 65-68.

<sup>201</sup> RHS § 26, 62-64.

<sup>202</sup> European Commission. Directorate General Internal Market and Services. Public Procurement Policy. Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive. CC/2005/04\_rev of 5.10.2005, p. 1. Kättesaadav: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf) (21.04.2010).

<sup>203</sup> RHS § 15 lg 2. Rahvusvahelise piirmäära kehtestab ja vaatab üle Euroopa Komisjon, alates 01.01.2010.a. on piirmääraks asjade ostmisel riigi või riigiasutusest hankija jaoks 1 955 825 krooni, võrgustikuhankija jaoks 6 055 234 krooni ja teiste hankijate jaoks 3 019 794 krooni; ehitustööde tellimise puhul on piirmäär kõigi hankijate jaoks 75 807 777 krooni. Vt Komisjoni määrus (EÜ) nr 1177/2009, 30. november 2009, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ seoses riigihankemenetluste suhtes kohaldatavate piirmääradega (1) (2009/L 314/64); Komisjoni teatis – Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivide 2004/17/EÜ, 2004/18/EÜ ja 2009/81/EÜ kohased piirmäärade väärtused (2009/C 292/1); Komisjoni määrus (EÜ) nr 1422/2007, 4. detsember 2007, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ seoses riigihankemenetluste

kas avatud, piiratud või väljakuulutamisega läbiraakimistega hankemenetlusena, teatud tingimuste esinemisel aga väljakuulutamiseteta läbiraakimistega menetluses.<sup>204</sup>

Hanke olulised tingimused koondab hankija hankedokumentidesse ja avaldab avatud hankemenetluse ja väljakuulutamiseteta läbiraakimistega hankemenetluse korral enne hankemenetluse alustamist, piiratud hankemenetluse ja väljakuulutamiseteta läbiraakimistega hankemenetluse korral hankemenetluses osalemise taotluste esitamise tähtpäevaks. Hankedokumentide hilisem muutmine on võimalik vaid kindlates ajalistes piirides ja tingimustel.<sup>205</sup>

Üldistavalt võib öelda, et avalikel hankijatel on üldreeglina kohustus järgida täpselt ettekirjutatud hankemenetluse norme, võrgustikuhankijatel on hankemenetluse läbiviimise kohustus seaduses ettenähtud asjaoludel,<sup>206</sup> omades seega avaliku hankijaga võrreldes suhteliselt enam, kuid tavapäraste eraõiguslike lepingueelsete suhetega võrreldes siiski oluliselt vähem lepinguvabadust. Tuleb silmas pidada, et ka juhul, kui hankemenetluse läbiviimine ei ole hankijale kohustuslik, on tal siiski õigus omal valikul seda teha. Kui hankija sellise valiku teeb, siis on ta kohustatud vastava hankemenetluse jaoks ettenähtud korrast kinni pidama.<sup>207</sup>

Ka selliste hangete puhul, kus formaalse hankemenetluse läbiviimine ei ole kohustuslik, on vabadus lepingueelsetes suhetes piiratud hanke üldpõhimõtetega. Eesti Riigikohus on väljendanud seisukohta, et hankelepingu sõlmimine peab igal juhul toimuma kohases menetluses, mis tagab ühetaolise kohtlemise, avalikkuse, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse.<sup>208</sup> Spetsiifiliselt on Riigikohus sama kohustust tunnistanud lihtsustatud korrast tellitavate teenuste<sup>209</sup> puhul: *[seadusega reguleerimata küsimuste osas] lähtub hankija selliste lepingute sõlmimisel üksnes 1. peatükis ("Üldsätted") sätestatud nõuetest, eelkõige §-s 3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest.*<sup>210</sup> Hanke üldpõhimõtete kohaldamine tähendab, et hankija peab kohtlema võimalikke tulevase lepingu-partnereid võrdselt ja mittediskrimineerivalt, s.o andma võrdsetele kandi-

---

suhtes kohaldatavate piirmääradega (1) (2007/L 317/34); Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivide 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ kohased piirmäärade väärtused (2007/C 301/1); Komisjoni määrus (EÜ) nr 2083/2005, 19. detsember 2005, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ seoses riigihankemenetluste puhul kohaldatavate piirmääradega (1) (2005/L 333/28); Komisjoni Teatis – Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivide 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ kohased piirmäärade väärtused (2005/C 325/17).

<sup>204</sup> RHS § 93, 94.

<sup>205</sup> RHS § 31 lg 1, § 36.

<sup>206</sup> RHS § 16 lg 1, 3–5 ja 5. ptk.

<sup>207</sup> RHS § 16 lg 8–9.

<sup>208</sup> Riigikohtu halduskolleegiumi otsus haldusajal nr 3-3-1-5-06 (p 16), Riigikohtu halduskolleegiumi määrus haldusajal nr 3-3-1-26-04, Riigikohtu erikogu otsused haldusajal nr 3-3-1-8-01 (p 16) ja nr 3-3-1-15-01 (p 14).

<sup>209</sup> RHS § 19 nimetatud nn B-rühma teenused.

<sup>210</sup> Riigikohtu halduskolleegiumi määrus haldusajal nr 3-3-1-63-08, p 13.

daatidele võrdsed võimalused lepingu sõlmimiseks, ning korraldama lepingueelseid suhteid – näiteks lepingutingimuste läbiraakimisi – läbipaistvalt ja kontrollitavalt. Läbipaistvuse printsiibi järgimine tähendab muuhulgas, et hankija peab tagama hankelepingu sõlmimisest piisava avaliku teavitamise. Kirjanduses on sellest ka järeldatud, et hankija peab igal juhul korraldama mingisuguse konkursi või vähempakkumise, kuid sellesisulised hankija kohustused ei ole siiski üheselt selged.<sup>211</sup> Hankija peab juhinduma säästlikkuse ja otstarbekuse nõuetest ning soodustama konkurentsi. Sõltuvalt asjaoludest võib viimatinimetatud põhimõtetest tuletada kohustuse anda võistleva pakkumuse tegemise võimalus mitmele konkurendile. Lisaks on Riigikohus sedastanud, et kui hanke läbiviimisele laienevad riigihangete seadusest vaid üksikud sätted, peab hankija oma avara kaalutusõiguse teostamisel järgima kaalutusreegleid ning teostama oma diskretsioonivolitust õiguspäraselt, arvestades diskretsiooni piire ja eesmärgi. Hankija tegevus hankemenetluses ei tohi olla meelevaldne.<sup>212</sup>

Ainsa erandina võib riigihanke üldpõhimõtete järgimisest loobumine olla õigustatud riigihangete seaduse §-s 14 sätestatud asjaoludel. Selliste erandite seaduses kehtestamise aluseks on hankedirektiiv 2004/18/EÜ.<sup>213</sup> Sisuliselt on erandid tingitud kas faktist, et hange on seotud riigi julgeolekuga või on avalikustamine või turu konkurentsiolekorrast lähtumine konkreetse hanke puhul võimatu või ebamõistlik (nt kinnisasja omandamine, töölepingu sõlmimine jt).<sup>214</sup> RHS § 14 lg 1 p 5 võimaldab erandi teha ka juhul, kui leping sõlmitakse või ideekonkurs korraldatakse rahvusvahelise organisatsiooni erimenetluse alusel. Nimetatud võimalus põhineb rahvusvahelistele organisatsioonidele tavapäraselt omistatavatel privileegidel, mida tunnustatakse eesmärgiga võimaldada nende sõltumatust.<sup>215</sup> Ka on rahvusvaheliste organisatsioonide menetlusnõuded eeldatavasti iseenesest õiglased ja kantud samadest või lähedastest printsiipidest kui EL õigust järgiv riigihankemenetlus.

Kokkuvõttes on riigihanke lepingueelsetes suhetes lepinguvabaduse kõik aspektid alati oluliselt piiratud: hankija ei tohi meelevaldselt valida teise lepingupoole isikut, pooled ei saa mõjutada lepingueelses suhtlemises tehtud avalduste õiguslikku sisu ega määrata omal äranägemisel lepingu sõlmituks lugemise momenti. Teise poole võimalus hankelepingu sõlmimisele eelnevates suhetes lepingutingimuste sisu mõjutada on sõltuvalt kasutatud menetlusliigist kas sisuliselt olematu – avatud ja piiratud menetluse puhul – või mõnevõrra vähem piiratud, kuid igal juhul väiksem kui muul viisil lepingu sõlmimisel.

Kuna avatud ja piiratud hankemenetluse korral ei ole pooltevahelised läbiraakimised lubatud, siis nende menetluste kasutamise korral sõlmitakse hanke-

---

<sup>211</sup> Hjelmberg, Jakobsen & Poulsen 2006, p 62.

<sup>212</sup> Riigikohtu halduskolleegiumi otsus haldusajajas nr 3-3-1-5-06, 15.

<sup>213</sup> Artiklid 12–18.

<sup>214</sup> Eelnõu 816 SE I, seletuskiri, *op cit*.

<sup>215</sup> B. Heuninckx. Applicable Law to the Procurement of International Organisations in Europe, ettekanne konverentsil “Public Procurement Research Students Conference”, 2009. Kättesaadav: [http://www.nottingham.ac.uk/law2/pprg/events/events-conferences/ baudouin\\_heuninckx.pdf](http://www.nottingham.ac.uk/law2/pprg/events/events-conferences/ baudouin_heuninckx.pdf) (28.04.2010), lk 2–3.

leping **alati** tüüptingimustel. Pakkuja saab mõjutada ainuüksi neid lepingutingimusi, mis pakkumuses sisalduvad. See võib aga piirduda ka näiteks ainult lepingu hinnaga.<sup>216</sup> Kui kasutati mõnda teist menetlusliiki, siis tuleb igal konkreetsel juhul välja selgitada läbirääkimiste tegeliku toimumise fakt ja ulatus. Mõnevõrra enam vabadust on pooltel hankelepingueelsetes suhetes juhul, kui hankemenetlust ei korraldata, samuti võrgustikuhankijatel võrreldes avalike hankijatega ning menetlustes, mis läbirääkimisi võimaldavad. Näiteks võistlev dialoog võimaldab käsitleda kõiki tulevase hankelepingu tingimusi.<sup>217</sup> Seetõttu on hankijal võistleva dialoogi korral võrreldes näiteks avatud pakkumisega ilmselt oluliselt lihtsam tõendada, et väidetavate tüüptingimuste üle tegelikult läbirääkimisi peeti. Teatavas ulatuses toimuvad läbirääkimised ka väljakuulutamise ja väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetluse korral.<sup>218</sup>

Menetlusliigi valik ei välista siiski kunagi, et hankeleping võib olla sõlmitud tüüptingimustel, sest kõik hankelepingu tingimused ei pruugi ega saagi läbirääkimiste teemaks olla.<sup>219</sup> Võimalikke tulevase vaidlusi silmas pidades on seetõttu nii hankija kui ka teise lepingupoole jaoks oluline täpselt talletada (nt protokollida) tegelike läbirääkimiste käik ja ulatus. Vaidluse korral kaalub kohus iga lepingutingimust eraldi – isegi kui on tõendatud, et teatavate tingimuste üle läbirääkimised toimusid, ei välista see võimalust, et teised lepingutingimused kujutavad endast tüüptingimusi.

### 2.1.1.3. Ebamõistlikult kahjustavate tüüptingimuste kasutamise tagajärjed ja võimalikud õiguskaitselahendused riigihankes

Eelnevast käsitlusest nähtub, et pakkujatel on reeglina hankelepingu-eelsetes suhetes vähe võimalusi lepingu tingimusi mõjutada. Riigihanke esmaseid eesmärke silmas pidades on hanke selline korraldus kahtlemata õigustatud. Ometi on samas ilmne, et praktika puhul, kus pakkujate jaoks piirdub lepingu sõlmimise vabadus vaid võimalusega kas võtta või jätta, kiputakse sõlmima hankelepinguid tingimustel, mille tasakaal on põhjendamatult kallutatud hankija kasuks. Lepingu tasakaalu ebaõiglane kallutamine ühe poole kasuks ei saa üldjuhul olla proportsioonis hanke eesmärgiga ega teeni sekundaarseid eesmärke, mida riigihange õiglastel tingimustel võiks edendada.<sup>220</sup> Kui selline olukord ilmneb, peitub kehtiva seaduse järgi üks võimalik lahendus võlaõigusseadusega kehtestatud ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni rakendamises.

Nagu eespool näidatud, on nõrgemat lepingupoolt – hankelepingu puhul pakkujat – ebamõistlikult kahjustavad tüüptingimused võlaõigusseaduse koha-

<sup>216</sup> RHS § 31 lg 3, § 58 lg 3 ja § 61 lg 2.

<sup>217</sup> RHS § 63 lg 7.

<sup>218</sup> RHS §-d 67–68.

<sup>219</sup> Vt ka RHS § 63 lg 3 p 1 ja lg 4.

<sup>220</sup> Vt sekundaarsete eesmärkide kohta käesoleva töö 3. ptk.

selt tühised. Ebamõistliku kahjustamise tuvastamiseks tuleb arvesse võtta lepingu olemust, sisu, sõlmimise viisi, lepingupoolte huvisid ja teisi olulisi asjaolusid, eelkõige on ebamõistliku kahjustamisega tegemist juhul, kui tüüptingimusega on lepingust tulenevate õiguste ja kohustuste tasakaalu teise lepingupoolle kahjuks oluliselt rikutud, või kui tüüptingimus ei vasta headele kometele.<sup>221</sup> Määramaks, kas konkreetne tüüptingimus on teise poole jaoks ebamõistlikult kahjustav, tuginetakse VÕS § 42 lõikes 3 toodud loetelule (nn hall nimekiri), s.t loetletud tingimuste kasutamise korral eeldatakse teise poole ebamõistlikku kahjustamist.<sup>222</sup>

Kõnealune nimekiri sisaldab tingimusi, mis välistavad või piiravad ebamõistlikult tingimuse kasutaja vastutust; välistavad teisele poolele kättesaadavad õiguskaitsevahendid; sätestavad poolte vastutuse ebaõiglaster proportsioonides; näevad lepingu teise poole rikkumise puhuks ette ebamõistlikult suure või kahju hüvitamise kohustuse; sunnivad teist poolt tema kohustusi täitma isegi juhul, kui tingimuse kasutaja oma kohustusi ei täida; näevad tingimuse kasutaja poolt lepingu ülesütlemiseks ette ebamõistlikult lühikese tähtaja ja teise poole poolt ülesütlemiseks ebamõistlikult pika tähtaja jne. Üheks ebamõistlikult kahjustava tingimuse näiteks ehituse hankelepingus võiks olla kokkulepe, mille kohaselt töövõtja vastutab ehituse õigeaegselt alustamisest keeldumise eest isegi juhul, kui tellija (hankija) ei ole õigeaegselt esitanud ehitustööde alustamisele eelnema pidanud luba. Sellist tingimust saab vaadelda tühisena VÕS § 42 lõike 3 punkti 3 alusel. Samuti tuleb ilmselt ebamõistlikult kahjustavaks pidada ehituse hankelepingu tingimust, mis välistab hankija vastu kahjunõude esitamise hankijapoolse viivitamise korral.<sup>223</sup> Kui hankeleping peaks sisaldama tüüptingimust, mis vastab mõnele loetelus toodud tingimusele, siis eeldatakse, et tegemist on lepingu teist poolt ebamõistlikult kahjustava tingimusega ning tingimuse tühisuse vältimiseks peab hankija tõendama vastupidist.

Erandina ei peeta tüüptingimust ebamõistlikult kahjustavaks, kui tingimus *puudutab lepingu põhilist eset või hinna ja üleantud väärtuse suhet*.<sup>224</sup> Põhilisi lepingulisi kohustusi sätestavad ega hinda määravad tingimused mõistlikkuse osas sisukontrollile ei allu. Nii võib väita, et ebamõistlikult kahjustavate tüüptingimustega ei ole tegemist näiteks linnatänavate lumest puhastamiseks sõlmitud hankelepingu puhul, kui vaidlusalune tüüptingimus puudutab nõutavat puhastamise taset või sagedust. Kuna puhastamise tase puudutab otseselt vaid lepingu põhilist eset (tänavate lumest puhastamine) ning hinna ja väärtuse suhet (kui sageli peab puhastama lepingu hinna eest), ei saa seda tõenäoliselt pidada

---

<sup>221</sup> VÕS § 42 lg 1.

<sup>222</sup> VÕS § 44; vt nt Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-88-04, p 13.

<sup>223</sup> Näiteks oleksid riigihankelepingu samasisulised tingimused tühised USA Arizona, California, Massachusettsi, Minnesota, Missouri, New Jersey, Põhja-Carolina ja Oregoni osariigi seaduste kohaselt. Vt K. D. George, J. K. Gerber, C. D. Montez. Legislative Update: The Kansas Fairness in Private Construction Contract Act and Other Legislation Regulating „Unfair” Provisions in Construction Contracts. – The Construction Lawyer 2006 (26) 33, lk 34–39.

<sup>224</sup> VÕS § 42 lg 2.

töövõtjat ebamõistlikult kahjustavaks tingimuseks. Samas alluvad sisukontrollile tingimused, mis küll lepingu hinda mõjutavad, kuid teevad seda vaid kaudselt, näiteks maksetähtjad.<sup>225</sup>

Üheks võimalikuks ebamõistlikult kahjustava tingimuse näiteks on ebamõistlikult suur leppetrahv või viivis, samuti hankija poole põhjendamatu suva leppetrahvi nõudeõiguse tekkel. Leppetrahvi või viivise ebamõistliku suuruse tuvastamiseks peab kohus arvestama rikkumisega kaasnenud reaalselt kahju ja leppetrahvi eesmärki. Kui ebaproportsionaalselt suure viivise nõue on kokku lepitud tüüptingimustes, toob see kaasa kokkuleppe tühisuse ning võimaluse nõuda viivist vaid seaduses sätestatud ulatuses ja eeldustel.<sup>226</sup>

Ebamõistlikult kahjustava tüüptingimuse tuvastamiseks võib vajalikuks osutada tuginemine VÕS §-s 7 sätestatud mõistlikkuse määratlusele.<sup>227</sup> Riigihankelingu puhul tuleb tingimuse (eba)mõistlikkuse selgitamisel arvesse võtta ka hanke eesmärgid ning hankija üldisi kohustusi, mis tulenevad riigihankeõigusest. Nagu eespool näidatud (vt. osa 1.2.1), on Euroopa Ühenduse õigus liikunud eemale riigihangete eelarvekesksest käsitlusest. Seetõttu ei kohusta säästlikkuse põhimõtte mitte saavutama kõige madalamat võimalikku lepingumaksumust, vaid eesmärk tuleb saavutada *mõistliku hinnaga, tagades ... parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhte*.<sup>228</sup> Siinjuures ei tähenda *mõistlik hind* mitte ilmtingimata kõige madalamat võimalikku hinda, aga pigem õigustatud hinna ja väärtuse suhet.<sup>229</sup> Kui lähtuda VÕS §-s 7 lõikes 2 määratud mõistlikkuse põhimõttest, siis võib mõistlikkuse hindamisel arvestada vägagi erinevaid aspekte, s.h. *vastava tegevus- või kutseala tavadid ja praktikad*, aga ka ühiskonna väärtushinnanguid ja eetilisi tõekspidamisi. Ka Riigikohus on asunud seisukohale, et tuvastamaks lepingu hinna (eba-) mõistlikkust tuleb arvesse võtta kõiki VÕS §-s 7 lõigetes 1 ja 2 nimetatud asjaolusid. Lubamatu on mõistlikkuse kriteeriumi sisustamine lihtsustatud moel.<sup>230</sup>

Objektiivse standardina tähendab mõistlikkus avaliku halduse eesmärkide ja efektiivsuse, samuti seaduse eesmärkide ja õigluse taotlusega arvestamist.<sup>231</sup> Kuigi mõistlikkuse põhimõttega on kooskõlas isiku (hankija, aga ka riigi või kohaliku omavalitsuse) enda huvide järgimine, ei saa isiku käitumist pidada mõistlikuks, kui see on teise isiku suhtes ebaaus.<sup>232</sup> Sama kehtib olemasolevate

---

<sup>225</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p 175.

<sup>226</sup> Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-66-05, p 24.

<sup>227</sup> Simovart 2007, p. 65, 70, 79; Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-44-04, p 16.

<sup>228</sup> RHS § 3 p 1.

<sup>229</sup> Eelnõu 816 SE I, seletuskiri; Rahandusministeerium 2007, lk 9.

<sup>230</sup> Keeld rakendada mõistlikkuse põhimõtet formaalselt sisaldub Riigikohtu tsiviilkolleegiumi lahendites nr 3-2-1-44-04, p 16, 3-2-1-129-04, p 28, ja 3-2-1-63-04, p 13.

<sup>231</sup> R. Kolb. Principles as sources of international law (with special reference to good faith). – Netherlands International Law Review 2006/1, p 16.

<sup>232</sup> J. Steyn. Contract Law. Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men. – Law Quarterly Review 1997 (113), p. 438; A. S. Hartkamp. Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands, p. 434. Kättesaadav: <http://tldb.uni-koeln.de/>

äritavade kohta – isegi poolte vahel varasemalt väljakujunenud ega vastavas valdkonnas levinud praktikat ei saa pidada mõistlikuks, kui see on ilmselt ebaeetiline või õigustatud ootuste täitmiseks ebapiisav,<sup>233</sup> eriti aga kui konkreetsel juhul rakendatakse sellist praktikat hooletuse või isegi süülise käitumise tõttu.<sup>234</sup> Hankelepingu tingimused ei tohi kaitsta hankija huve teise poole põhjendamatu kahjustamise arvel, samuti ei saa pidada mõistlikuks hankelepingu tingimusi, mis aktsepteerivad hankija hooletut käitumist. Vältimaks hankelepingu sõlmimist teist poolt ebamõistlikult kahjustavatel tingimustel, peab hankija hoolikalt kaaluma hanke esmaseid ja kaasnevaid (ehk sekundaarseid) eesmärke ning arvestama ka teise poole mõistlike ootustega. Lepingutingimuse korduv kasutamine ei ole argument, mis välistaks tingimuse ebamõistlikkuse.

Ebamõistliku kahjustamise korral võib osutada tühiseks kas ainult konkreetne tüüptingimus või kogu leping. VÕS §-i 41 kohaselt kehtib leping muus osas edasi, kui tingimuse kasutaja ei tõenda, et ta ei oleks lepingut ilma tühise tüüptingimusega sõlminud. Ühe tingimuse tühiseks osutumise korral kohaldatakse tühise tingimuse asemel seaduse vastavasisulisi imperatiivset sätet, selle puudumise korral aga võib VÕS §-i 27 lõike 2 alusel kohaldada tingimust, mis on antud asjaoludel mõistlik. Kuna tühine tingimus on algusest peale õiguslike tagajärgedeta,<sup>235</sup> siis on lepingupooled selle täitmisest vabastatud. Kui hankelepingu täitja pool leiab, et lepingu mõni tingimus on tühine põhjusel, et tegemist on teda ebamõistlikult kahjustava tüüptingimusega, lasub hankija poolel kohustus tõendada tingimuse kehtivust. Hankijal endal ei ole võimalik tugineda kasutatud tüüptingimuste tühisusele isegi olukorras, kus lepingu tühistamine muul – näiteks eksimuse – alusel võiks võimalik olla.<sup>236</sup>

Hankelepingu tingimuse tühiseks osumine ei ole arusaadavalt eelistatud olukord ning hankija peaks sellist võimalust vältima seeläbi, et koostab hankelepingud tingimustel, mis ei kahjusta teist poolt ebamõistlikult. Millised õiguskaitsevahendid aga on pakujale (huvitatud isikule) kättesaadavad, kui juba hankemenetluse käigus peaks tekkima kahtlus, et hankelepingu projekt või hankedokumentides avaldatud lepingutingimused sisaldavad ebamõistlikult kahjustavaid tüüptingimusi? Kas on võimalik astuda samme, vältimaks kavandatava lepingu (või selle teatud tingimus(t)e) hilisemat tühiseks osutumist?

Kooskõlas Euroopa Liidu riigihankeõigusega näeb riigihangete seadus iga huvitatud isiku jaoks ette võimaluse vaidlustada hankija tegevus, kui see rikub riigihangete seadust ja vaidlustaja õigusi.<sup>237</sup> Vaidlustused esitatakse riigihangete vaidlustuskomisjonile ning need võivad puudutada RHS §-s 117 lõikes 2

---

php/pub\_show\_document.php?pubdocid=123700 (21.02.2010); L. A. DiMatteo. The Counterpoise of Contracts: The Reasonable Person Standard and the Subjectivity of Judgement. – South Carolina Law Review (winter 1997) (48), pp 349, 352.

<sup>233</sup> Simovart 2007, p 69.

<sup>234</sup> P. Cane. Atiyah's Accidents, Compensation and the Law. London, Edinburgh, Dublin: Butterworths 1999, pp 29, 30.

<sup>235</sup> TsÜS § 84 lg 1.

<sup>236</sup> Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-32-06, p 22.

<sup>237</sup> RHS § 117 lg 1.

loetletud hankija dokumente ja otsused, sh hankedokumente ja muid hankija poolt hankemenetluse käigus tehtud otsuseid.<sup>238</sup> Rahandusministeeriumi koostatud riigihangete juhis viitab otseselt võimalusele vaidlustada hankelepingu tingimused kui osa hankedokumentidest.<sup>239</sup> Siiski on vaieldav, kas selline seisukoht on juriidiliselt põhjendatud. Nimelt on vaidlustuskomisjonil õigus otsustada vaid riigihangete seaduse rikkumiste üle, hankelepingu võimalikud ebamõistlikult kahjustavad tingimused aga ei riku otseselt ühtegi riigihangete seaduse sätet. Seetõttu tuleb pigem asuda seisukohale, et vaidlustuskomisjonil puudub praegusel ajal seadusest tulenev pädevus otsustada hankedokumentides sisalduvate hankelepingu tingimuste (ebamõistlikkuse üle).

Hankelepingu tüüptingimuste sisustamine seostub hankeregulatsiooni efektiivsuse põhimõttega, kuivõrd muuhulgas tagab tõhususe regulatsiooni õigusselgus.<sup>240</sup> Samuti on täpsetel ja üheselt arusaadavatel reeglitel oluline roll, tagamaks riigihankemenetluses osalevate isikute võrdne kohtlemine.<sup>241</sup> Seetõttu oleks õigustatud kõnealuse küsimuse täiendav reguleerimine riigihangete seaduses – näiteks otsese nõudena koostada hankelepingud tingimustel, mis ei ole teise lepingupoole suhtes ebamõistlikult kahjustavad.<sup>242</sup>

Ebamõistlikult kahjustavate (tüüp)tingimuste kasutamise otsene keeld annaks rikkumise korral võimaluse vaidlustada hankija koostatud tingimusi RHS §-i 117 lõike 2 punkti 13 alusel vaidlustuskomisjonis ning väldiks või vähendaks juba sõlmitud hankelepingu tingimuste hiljem tühiseks osutumise võimalust. Selline lahendus oleks omakorda kooskõlas Euroopa Liidu riigihankeõiguse efektiivse rakendamise printsiibiga, mis nõuab, et pakkujatele peavad hankemenetluse igas etapis kättesaadavad olema efektiivsed ja kiireloomulised õiguskaitsevahendid.<sup>243</sup> Teine võimalus hankelepingu tingimuste mõistlikkuse tagamiseks oleks juurutada kohustus või soovitus kasutada hankelepingute sõlmimisel eelnevalt ettevalmistatud, mõistlikel tingimustel koostatud tüüplepinguid.<sup>244</sup>

### **2.1.2. Hankelepingu individuaalselt läbiräägitud tingimuste mõistlikkus**

Nagu eespool selgitatud, tuleb hankelepinguid enamasti käsitleda kui tüüp-tingimustel sõlmitud lepinguid võlaõigusseaduse tähenduses. Siiski ei pruugi see absoluutselt alati nii olla – läbirääkimisi võimaldavate menetluste puhul on

---

<sup>238</sup> RHS § 117 lg 2 p 7 ja 13.

<sup>239</sup> Rahandusministeerium 2007, lk 81.

<sup>240</sup> Pachnou 2003, pp 81-83.

<sup>241</sup> Riigikohtu halduskolleegiumi otsus haldusasjas nr 3-3-1-100-06, p 14.

<sup>242</sup> Vajaduse kohta piirata riigi tugeva positsiooni jõulist kasutamist vt Cane 1997, pp 261, 263.

<sup>243</sup> Euroopa Kohtu otsus C-26/03 (Stadt Halle).

<sup>244</sup> Vt selle kohta allpool osa 2.3.

võimalik, et kõik või osad hankelepingu tingimused tõepoolest ka realselt läbi räägiti. Sellisel juhul tüüptingimuste regulatsioon ei rakendu.

Tekib küsimus, kas ka individuaalselt läbi räägitud hankelepingu sisustamisel peaks olema põhjendatud nõuda tingimuste mõistlikkust. Näiteks Põhja-maade sotsiaalse loomuga lepinguõigus tunneb lepinguvabaduse üldist piirangut kohtute otsese õigusena jätta kohaldamata lepingutingimused või kohandada lepingutingimusi, mis kohtu hinnangul on ebaõiglased.<sup>245</sup> Samas Eesti Võla-õigusseadus üldist lepingutingimuste õigluse ega mõistlikkuse nõuet ei sisalda – mõistlikkuse põhinõte kuulub järgimisele vaid juhul, kui see on seaduses eraldi ette nähtud.<sup>246</sup> Eesti kehtivale seadusele tuginedes seega ei ole otsest alust nõuda, et riigihankelepingu tingimused, kui need on individuaalselt läbi räägitud, peaksid olema mõistlikud.<sup>247</sup>

Kui tutvuda tüüptingimuste regulatsioonis ja selle aluseks oleva direktiivis sätestatud ebamõistliku koormamise keeluga, siis sellise keelu põhjuseks on eeskätt ühe poole eeldatav nõrgem positsioon ja piiratud valikuvabadus lepingu sõlmimisel ja sisustamisel. Kui hankelepingu sõlmimine toimub sellises situatsioonis, mis tüüptingimuste regulatsiooni rakendamise eeldustele ei vasta, siis ei saa ka lugeda, et üks hankelepingu pooltest oleks ilmtingimata nõrgemal positsioonil kui teine. Näiteks võib tuua olukorra, kui läbirääkimisi peavad suurfirma ja väike, piiratud ressursidega kohalik omavalitsus. Sellisel juhul on täiesti võimalik, et n.ö jõudude vahekord läbirääkimistel on pakkuja, mitte hankija kasuks. Võib esineda ka olukordi, kus poolte nõrkus/tugevus on võrdväärne. Teiste sõnadega, puudub vajadus pakkuja poolele eraldi kaitset pakkuda.<sup>248</sup>

Samas võib hankelepingu tingimuste mõistliku sisustamise nõue avalike hankijate puhul olla põhjendatud teooriast, mis käsitleb hankijaid lepingulistes suhetes mitte kui iseseisvaid üksusi, aga kui riigi (kohaliku omavalitsuse) esindajaid.<sup>249</sup> Võiks arvata, et esindatav, kelleks on selles situatsioonis riik või kohalik omavalitsus, soovides lähtuda kõrgematest eetilistest standarditest, teenida avalikke huve ja anda oma käitumisega eeskuju, eelistab, et hankeleping oleks sõlmitud mõistlikel tingimustel. See seisukoht haakub Eesti Põhiseaduses kajastatud käsitlusega sotsiaalsest õigusriigist, mis rajaneb muuhulgas õiglusel.<sup>250</sup>

Seisukohta, et hankelepingu tingimused peaksid olema koostatud mõistlikel tingimustel, toetab Rahandusministeeriumi poolt koostatud riigihangete juhis. Nimetatud juhis viitab vajadusele järgida, „et hankelepingu tingimused ei oleks

---

<sup>245</sup> T. Wilhelmsson. A Nordic Perspective, The Unfair Contract Terms Directive and the Nordic Contract Model. Kättesaadav:

[http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/events/event29\\_01.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/events/event29_01.pdf) (28.04.2010), p14.

<sup>246</sup> Simovart 2007, p 70.

<sup>247</sup> Kuigi Riigikohus on sellele reeglile ka erandeid teinud ja mõistlikkuse põhimõttele tuginenud ilma selleks otsest seaduslikku alust omamata – vt Simovart 2007, p 82.

<sup>248</sup> See dilemma ei ole siiski ainuomane hankelepingutele, vaid n.ö jõudude vahekorra ebatüüpiline seis võib esineda ka muude lepingute puhul.

<sup>249</sup> Trepte 2005, p 54.

<sup>250</sup> Eesti Vabariigi Põhiseadus: kommenteeritud väljaanne 2008, lk 77.

[...] hea tavaga vastuolus.”<sup>251</sup> Siit tulenevalt peaks hankija konkreetse hankelepingu puhul selgitama välja lepingule vastava majandusvaldkonna head tavad ja neist lepingu koostamisel juhinduma, võimaluse korral aga vormistatud heale tavale ka viitama. Näiteks ehituse hankelepingu puhul on võimalik otse tugineda ETÜ 2005 tingimustele, mis kajastavad head ehitustava.<sup>252</sup> Ka hea halduse tavaga seondub avaliku hankija kohustus toimida mõistlikult ja juhinduda oma tegevuses proportsionaalsuse printsiibist.

Teisest küljest on individuaalselt läbi räägitud tingimustega lepingu puhul erinevalt tüüptingimustel (eriti kui tüüptingimused on eelnevalt välja töötatud paljudel juhtudel kasutamiseks) lepingu sõlmimisest tõenäolisem ka hankelepingu hankija jaoks ebasoodsatel tingimustel sisustamise, s.o. pakkuja soosimise oht. Avaliku hankija puhul tekitab selline situatsioon ühe ilmse võimalusena korruptsioonikahtluse. Käsitledes taas avalikku hankijat kui riigi või kohaliku omavalitsuse (kaudset) esindajat,<sup>253</sup> on selge, et esindaja jaoks ebasoodsatel või isegi kahjulikel tingimustel lepingut sõlmides ei ole hankija toiminud kohaselt. Samas, nagu samuti eespool mainitud, ei vaja korruptsioonioht minu hinnangul riigihankes spetsiifilist regulatsiooni, vaid on piisavalt kaetud olemasolevate normidega ja hea halduse tavaga, kusjuures teatud juhtudel võib kehtiva seaduse järgi võimalikuks osutada isegi korruptiivsete hankelepingute tühisus.<sup>254</sup>

Eeltoodule tuginedes ei näe autor põhjust, miks ei võiks eespool tüüptingimustel sõlmitud hankelepingute käsitlemise juures tehtud ettepanek nõuda hankelepingute sisustamist mõistlikel tingimustel laieneda ka nende hankelepingute suhtes, mille üle konkreetsetes hankemenetluses läbirääkimisi peetakse. Samas tuleb tõdeda, et sellist otsest kohustust kehtiva õiguse järgi ei ole.

## **2.2. Muud hankelepingu sisustamise vabaduse piirangud**

### **2.2.1. Hankelepingu tähtajaga seonduvad piirangud**

Tüüptingimustena alluvad riigihankelepingu tingimused sisukontrollile, st hankija privaatautonomiat on kitsendatud nõudega sõlmida hankelepingud tingimustel, mis ei ole teise lepingupoole suhtes ebamõistlikult kahjustavad. Hankelepingu tingimused, sh tähtaeg peavad vastama aga ka teistele lepingute sisu

---

<sup>251</sup> Rahandusministeerium 2007, lk 8.

<sup>252</sup> ETÜ 2005 on Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi tellimisel ja toetusel koostatud, tellijate ja ehitusettevõtjate kooskõlastatud soovitusliku iseloomuga dokument, mida kasutatakse ehituse töövõtulepingute sõlmimisel kui ehituse valdkonna ja ehituslepingute sõlmimise head tava ning mis sisaldab lepingu näidsvormi. Kättesaadav: <http://www.mkm.ee/lepingud-2/> (21.02.2010).

<sup>253</sup> Trepte 2005, p 54; vt ka eespool osa 1.2.2;

<sup>254</sup> Avaliku teenistuse seadus, § 76 lg 2, korruptsioonivastane seadus § 24 lg 4.

puudutavatele nõuetele, mille eesmärk on välistada Euroopa Liidu hankeõiguse üldpõhimõtteid kahjustavate kokkulepete sõlmimine.

Üheks lepingutingimuseks, mille puhul võib tõstatada küsimus tingimuse kooskõlast riigihanke üldpõhimõtetega, on hankelepingu tähtaeg. Lepingu tähtaja kontroll seondub eeskätt konkurensi soodustamise ja isikute võrdse kohtlemise printsiipidega. Esiteks tuleb silmas pidada, et konkurensi soodustamise eesmärgil peab hankija võimalusel eelistama tähtajalisi ja vältima tähtajatuid lepinguid. Kohtuasjas *Pressetext* märkis Euroopa Kohus, et *kehtiv ühenduse õigus ei keela ... tähtajatute teenuste riigihankelepingute sõlmimist* ega kokkuleppeid ülesütlemisest hoidumise kohta.<sup>255</sup> Samas tõdes kohus, et *tähtajatute riigihankelepingute sõlmimise praktika on iseenesest võõras riigihankeid reguleerivate ühenduse õigusnormide süsteemile ja eesmärgile. Selline praktika võib aja jooksul kahjustada võimalike teenuseosutajate vahelist konkurensi ja takistada hankemenetluse avalikustamist puudutavate riigihankeid reguleerivate ühenduse direktiivide kohaldamist.*<sup>256</sup> Seega ei ole tähtajatu hankelepingu sõlmimise võimalus välistatud, kuid võimalusel peaks hankijad eelistama lepinguid, millel on kindel tähtaeg.

Hankija peab tähtajatu hankelepingu sõlmimisel arvestama nii turuosaliste (potentsiaalsete pakkujate) kui teise lepingupoole huvidega. Ühest küljest võib tähtajatu hanke korral tekkida küsimus sellest, kuidas hankija tagab hanke läbiipaistvuse ja isikute võrdse kohtlemise ning väldib lepingupartneriks valitud isikule põhjendamatu eeliseisuse loomist turul. Teisest küljest aga peab hankija vältima tähtajatu lepingu meelevaldset lõpetamist olukorras, kus selline käitumine oleks hea usu põhimõtte vastane ja lepingu teise poole suhtes ebamõistlikult kahjustav. Seetõttu on tähtajatu lepingu puhul eelistatud olukord, kus lepingu lõpetamise mõistlikud alused ja tingimused on juba esialgsetes hanke-dokumentides ettenähtud ja lepingus sätestatud.

Tähtajaliste hankelepingute puhul tuleb omakorda eelistada lepinguid, mille tähtaeg ei ole põhjendamatu pikk ega ka niivõrd lühike, et takistada konkurensi. Ei hankedirektiivid ega riigihangete seadus otseselt hankelepingu tähtajale piiri ei sea,<sup>257</sup> kuigi määratud on raamlepingu maksimaalne lubatud tähtaeg. Ka kirjanduses ega teiste riikide seadusandluses ei ole tähtaja suhtes kindlaid ajalisi piire määratud, välja arvatud Taani seadusega.<sup>258</sup> Raamleping võib üldreeglina olla sõlmitud 4 aastaks, pikem tähtaeg on lubatud vaid objektiivse ja põhjendatud vajaduse esinemise korral.<sup>259</sup> Kuigi otseselt kehtib 4-aastase tähtaja standardreegel vaid raamlepingute korral, võib see suurusjärk olla orienteeriks ka teiste lepingute põhjendatud kestvuse määramisel. Lisaks tuleb loomulikult arvestada hankelepingu objekti eripära, näiteks lepingu täitmise seotud mak-

---

<sup>255</sup> *Pressetext*, p 74.

<sup>256</sup> *Id*, p 73.

<sup>257</sup> Vt direktiiv 17/2004 art. 17 lg 11 (a), direktiiv 18/2004 art. 9 lg 8 (b) (ii); RHS § 21 lg 1 p 3 ja lg 6.

<sup>258</sup> C. Tvarno. Does the Danish interpretation of EC public procurement law prevent PPP? *Public Procurement Law Review* 2, 2010, p 78.

<sup>259</sup> RHS § 70 lg 1.

suküsimusi, investeeringuid ja osutatava teenuse kompleksust.<sup>260</sup> Teenuste osutamise kestvuslepingute sobivaks tähtjaks on kirjanduses pakutud 3–5 aastat.<sup>261</sup> Direktiivide (puuduvat) regulatsiooni arvesse võttes ei ole pikaajaliste lepingute sõlmimine välistatud, kuid alates 3–5 aastasest tähtjast peab lepingu tähtaeg olema õigustatud majanduslike ja/või tehniliste asjaoludega.<sup>262</sup> Samuti võib pikem tähtaeg olla vajalik näiteks lepingu täitmiseks vajaliku töö efektiivsemaks korraldamiseks.<sup>263</sup>

Teatavaks erandiks võivad olla era- ja avaliku sektori partnerluslepingud (*public-private partnership* ehk PPP), mille puhul võib koostöö iseloomust tulenevalt olla õigustatud oluliselt pikem tähtaeg. Et PPP-lepingu täitmist optimeerida, peaks lepinguline suhe kestma vähemalt sellise ajavahemiku jooksul, mis on erasektorist lepingupoolel vajalik hankelepingu alusel tehtud investeeringu tagasi teenimiseks.<sup>264</sup> Kirjanduses on näiteks projekteerimise, ehituse ja kinnisvara-arenduse PPP-lepingute puhul pakutud tavapäraseks tähtjaks 25–30 aastat.<sup>265</sup>

Tuleb silmas pidada, et ka hankelepingu põhjendamatult **lühike** täitmise tähtaeg võib omada diskrimineerivat ja konkurentsi pärssivat mõju. Seda juhul, kui lühike tähtaeg muudab hankelepingu täitmise niivõrd keerukaks ja/või ressursimahukaks, et sisuliselt tõrjub teatud isikuid hankes osalemast. Näiteks võib täitmise kiiruse põhjendamatult forsseerimine välistada hankes osalemise võimaluse väiksema suurusega ettevõtjate jaoks, kes ei suuda tagada lepingu täitmist ebatavaliselt lühikese aja jooksul, kuigi võiksid olla huvitatud ja võimelised edukalt konkureerima mõnevõrra pikema lepingutähtaja puhul. (Samasugust mõju võivad omada ka muud tingimused, kui need on koostatud pakkuja poole jaoks ebamõistlikult ja põhjendamatult karmilt: näiteks pakkuja jaoks ebamõistlikult karmid vastutuse alused, ebaproportsionaalselt suured leppetrahvid ja tagatised.)

Kui tähtjatu hankelepingu täitmise käigus lepivad pooled kokku lepingu ülesütleemisest loobumises või kui tähtjalise lepingu tähtaega muudetakse, siis tuleb lisaks tähtaja kooskõlale hanke üldpõhimõtetega hinnata ka muudatuse õiguspärasust hankelepingu muutmise õigustatuse üldistele kriteeriumidele tuginedes, s.o peamiselt Euroopa kohtu asjas *Pressetext* sedastatud reeglite alusel, mida käsitletakse käesoleva töö 5. peatükis.<sup>266</sup> Sealjuures on oluline aktsepteerida kolmandate, huvitatud isikute õigust hankelepingu muutmise õiguspärasust ja kehtivust vaidlustada – vt muutmise korral kohaldatavate õiguskaitsevahendite kohta osa 5.5.

---

<sup>260</sup> Tvarno 2010, p 76.

<sup>261</sup> Hjelmberg, Jakobsen & Poulsen 2006, p 135; Tvarno 2010, p. 76.

<sup>262</sup> Hjelmberg, Jakobsen & Poulsen 2006, p 136.

<sup>263</sup> Tvarno 2010, pp 76, 80.

<sup>264</sup> Tvarno 2010, p 86.

<sup>265</sup> C. D. Tvarno. Public private partnership in the European Union. – in Nielsen & Treumer 2005, p 191.

<sup>266</sup> Vt osad 5.2.1 ja 5.2.2.

Lepingutingimuste kooskõla hanke üldpõhimõtetega on võimalik tagada administratiivse järelvalve käigus, haldussuutlikkuse parandamise ning mõistlikel tingimustel koostatud tüüpolepingute juurutamise kaudu.<sup>267</sup> Juba sõlmitud lepingute osas oleks autori hinnangul kõige efektiivsem kohaldada üldisi lepingute tühisuse aluseid, mida omakorda toetaks riigihangete seaduses sisalduv otsene keeld sisustada hankelepingu tingimusi vastuolus hanke üldpõhimõtetega. Kehtiva riigihankeõiguse järgi on sellise kontrolli võimalused siiski suhteliselt piiratud. Alternatiivina oleks autori arvates otstarbekas olla kujundada seadusandlikul teel lepingu ennetähtaegse lõpetamise kohustus. Hankelepingu kehtivusega seonduvaid küsimusi käsitletakse käesoleva töö 4. peatükis.

### **2.2.2. Hankelepingut täitvate isikutega seonduvad piirangud**

Teine valdkond, mille sisustamisel võib tekkida küsimus kooskõlast hanke üldpõhimõtetega, on lepingu tähtaja kõrval hankelepingu täitmisel osalevate isikutega seonduvad tingimused. Hankelepingu sisustamisel võib hankija olla huvitatud lepingut täitvate isikutega seonduvate küsimuste reguleerimisest, sh piirangute kehtestamisest allhankijate isikute suhtes. Sellised piirangud on õigustatud, tagamaks, et hanke teostamisel osalevad vaid hankija jaoks aktsepteeritavad alltöövõtjad ning samas oleks välistatud hankest huvitatud isikute ebarõrdne kohtlemine. Allhankelepinguid täitvate isikute ringi reguleerimine võib olla põhjendatud näiteks juhul, kui hankelepingu täitmine eeldab juurdepääsu konfidentsiaalsele teabele või on muul viisil seotud turvariskidega.<sup>268</sup> Samuti on õigustatud hankelepingus sätestatud eritingimuste laiendamine allhankelepingute suhtes.

Kõik allhankelepinguid täitvate isikute ja sisu suhtes kehtestatud piirangud peavad olema kooskõlas hanke üldpõhimõtete ja asutamislepingu printsiipidega. Näiteks ei ole lubatud lepingus sätestada, et hankelepingu täitmisel võib kasutada vaid hankija koduriigist või teatud piirkonnast pärit isikuid. Selline piirang omaks kaudselt diskrimineerivat mõju teiste potentsiaalselt lepingu täitmisel osalemisest huvitatud isikute suhtes ja vaidluse korral tekib küsimus sellise tingimuse kehtivusest.<sup>269</sup>

Hankedirektiividest ei tulene otseseid reegleid selle kohta, millises ulatuses võib hankija hankelepingu täitmiseks sõlmitud allhankelepinguid kontrollida. Tõenäoliselt tuleb seda küsimust käsitleda paindlikult ja rakendada direktiivide eesmärgist lähtuvat tõlgendust. Näiteks ei ole saa pidada õigustatuks hankija-

---

<sup>267</sup> Vt hankelepingu eelnevalt ettevalmistatud tüüpvormide kasutamise eeliste kohta allpool osas 2.3. Tuleb arvestada, et ka sellised lepingutingimused alluvad eraõiguslikule tüüptingimuste sisukontrollile.

<sup>268</sup> Arrowsmith 2008, p 407.

<sup>269</sup> Vt lepingutingimuste kehtivuse kontrolli kohta 4. ptk.

poolset põhjendamatu vetoõiguse kohaldamist allhankijate heakskiitmisel.<sup>270</sup> Objektiivsete põhjuste esinemise korral on hankijal aga õigus piirata allhangete kasutamist ja nõuda, et pakkujat täidaks olulise osa lepingust ise. Samuti on hankijal õigus kehtestada allhankelepinguid täitvate isikute suhtes kvalifitseerimistingimustega sarnased, mõistlikult põhjendatud nõuded, ja nõuda allhankelepingute kooskõlastamist.<sup>271</sup>

Kui hankija soovib allhankelepingute suhtes piiranguid rakendada, peab selline nõue sisalduma hankedokumentides.<sup>272</sup> Riigikohus on allhankepiirangut kehtivaks lugenud ka olukorras, kus sõlmitud hankelepingu tingimused piirangut otseselt ei sätestanud, kuigi viitasid allhankepiirangut sisaldavatele hankedokumentidele.<sup>273</sup> Vaidlusaluses kaasuses nõudis hankelepingu teine pool hankijalt kahju hüvitamist, tuginedes hankija poolt hankelepingu ebaseaduslike ülesütlemisele (VÕS § 196 lg 1 kohaselt nõutav mõjuv põhjus ülesütlemiseks puudus). Hankelepingu ülesütlemise tulemusel oli lepingu täitja omakorda sunnitud lõpetama tema poolt sõlmitud allhankelepingu ja tasuma selle eest allhankijale leppetrahvi. Hankelepingu sõlmimise aluseks olnud pakkumise kutse dokumentid nägid ette, et allhankelepinguid võib sõlmida vaid hankija kirjalikul nõusolekul. Hankeleping ise aga samasugust tingimust otseselt ei sisaldanud ja asjassepuutuva allhankelepingu sõlmimiseks ka hankija kirjalikku luba ei olnud. Riigikohus tuvastas, et hankelepingu tingimuste kohaselt kuulusid lisana lepingu juurde mh pakkumise kutse dokumentid ning seal sisalduva, allhankelepingute kooskõlastamist nõudva tingimuse, rikkumise tõttu ei saa lepingu teine pool nõuda hankijalt allhankijale tasutud leppetrahvi summas seisneva kahju hüvitamist. Seega Riigikohus lähtus eeldusest, et hanke menetluses avaldatud allhankepiirang sai hankelepingu osaks lepingus sisalduva viite kaudu ning leidis, et selle piirangu rikkumise tõttu ei ole lepingu täitjal õigust nõuda allhankelepingu järgi makstud trahvisumma hüvitamist.

Riigikohtu otsusest ei selgu, kas allhankepiirang oleks loetud kehtivaks ka siis, kui hankelepingus viidet pakkumise kutse dokumentidele ei oleks sisaldanud, ega seda, millistele normidele tuginedes täpselt kahjuhüvitise piiramiseni jõuti. Võimalik, et kohus pidas vajalikuks piirata hüvitatava kahju ulatust tulenevalt VÕS §-s 127 lõikes 3 sätestatud kahju ettenähtavuse printsiibist. Tsiteeritud sätte tuginedes võib olla õigustatud kahjuhüvitise piiramine, kui ja sellises ulatuses, milles kahju (siin: allhankelepingu järgi maksmisele kuuluv leppetrahv) ei olnud võlgnikule (siin: hankijale) ettenähtav ega pidanud ettenähtav olema hankelepingu sõlmimise ajal. Ühest küljest on kirjanduses ja kohtupraktikas tunnustatud seisukoht, et majandus- ja kutsetegevuses tegutseva võlgniku jaoks on ettenähtavad tavapärased kulud, mis teisel lepingupoolel tekivad kolmandate isikute ees. Sh loetakse reeglina ette-

---

<sup>270</sup> Arrowsmith 2008, pp 407–408.

<sup>271</sup> RHS § 31 lg 2 p 9, lg 7 ja § 38 lg 4.

<sup>272</sup> RHS § 31 lg 2 p 9.

<sup>273</sup> Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-114-07, p 13.

nähtavaks vastaval tegevusalal tavalise leppetrahvi maksmine.<sup>274</sup> Teisest küljest võib allhankepiirang olla osaliselt vajalik just ettenähtavuse tagamiseks, mistõttu võib järeldada, et allhanke kooskõlastamata jätmise korral ei olnud selliste kulude tekkimise võimalus hankijale ettenähtav.

Allhankelepinguid täitvate isikute kontrollimise kõrval võivad riigihanke puhul olulised olla ka muud lepingut täitvate isikutega seonduvad küsimused. Praktikas võib ette tulla olukordi, kus hankelepingu täitja pool soovib lepingulised kohustused üle anda kolmandale isikule<sup>275</sup> või soovib kolmas isik hankelepinguga ühineda.<sup>276</sup> Kohustuste üleandmist on hankijal **võimalik** välistada võlaõigusseaduse kohaselt, keeldudes seda aktsepteerimast.<sup>277</sup> Hankija keeldumine üleandmist aktsepteerimast võib olla õigustatud ka hankedirektiividest tulenevalt.<sup>278</sup> Samas ei sea kehtiv õigus aga hankijale **kohustust** lepingu ülevõtmise aktsepteerimisest keelduda.

Autori hinnangul tuleb siinjuures arvestada, et hankelepingu eelsete suhete ülioluline osa on pakkujate kvalifitseerimine: hankija peab kontrollima, kas isiku majanduslik ja finantsseisund ning tehniline ja kutsealane pädevus vastavad hanketeates esitatud kvalifitseerimise tingimustele. Osaliselt on kvalifitseerimistingimused loetletud seaduses,<sup>279</sup> osaliselt aga määratakse hankija äranägemisel. Nii avalikul kui võrgustikuhankijal on keelatud kvalifitseerida isikut, kes ei vasta seaduses ettenähtud teatud kohustuslikele nõuetele.<sup>280</sup> Kvalifitseerimise reeglistik on üks isikute võrdse kohtlemise ja menetluse läbipaistvuse tagamise vahendeid. Seetõttu ei saa õigeks pidada olukorda, kus hankemenetluses kvalifitseerimata jäänud ja seetõttu lepingust ilmajäänud isikul või isikul, kes ei oleks hankemenetluses osalemiseks kvalifitseerunud, õnnestub hiljem siiski hankelepingu pooleks saada lepinguliste kohustuste ülevõtmise tulemusel.<sup>281</sup> Seeläbi muutuks kvalifitseerimise nõuded sisuliselt mõttetuks ning eirataks võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiipe. Ka juhul, kui isik sisuliselt kvalifitseerimise nõuetele vastab, kuid ei osalenud pakkumuste tegemisel, paneb sõlmitud hankelepingu ülevõtmine sellise isiku soodsamasse

---

<sup>274</sup> K. Sein. Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Tartu Ülikooli kirjastus, 2007, lk 111–112.

<sup>275</sup> VÕS § 197 ja § 175 lg 1.

<sup>276</sup> VÕS § 178 lg 1 ja 4.

<sup>277</sup> VÕS § 175 lg 1 ja 2, § 179 lg 1.

<sup>278</sup> Arrowsmith 2008, p 410.

<sup>279</sup> RHS § 38 lg 1–2.

<sup>280</sup> RHS § 38 lg 1 kohaselt ei või hankelepingut sõlmida isikuga, kes on (p 1) karistatud kuritegeliku ühenduse organiseerimise või sinna kuulumise eest või riigihangete nõuete rikkumise või kelmuse või ametialaste või rahapesualaste süütegude toimepanemise eest; (p 2) pankrotis või likvideerimisel, kelle äritegevus on peatatud vms; (p 3) sundlikvideerimisel vms; (p 4) maksuvõlgnevuses; (p 5) esitanud pakkumuse nii ühiselt kui üksi või mitu ühist pakkumust või nimetanud alltöövõtjana teist pakkujat; (p 6) esitanud valeandmeid hankija kehtestatud nõuetele vastavuse kohta.

<sup>281</sup> Vt ka Lind 2009, lk 364.

positsiooni, kuna ilmselt leidub konkurente, kes lepingu lõplikku hinda teades sooviksid lepingut üle võtta.

Eeltoodust lähtuvalt tuleb asuda seisukohale, et hankelepingu üleandmine kolmandale isikule ei ole seaduslik ning kui selline vajadus peaks tekkima (nt kui senise lepingupoole poolt täitmise jätkamine ei ole võimalik), tuleb välja kuulutada uus hange.<sup>282</sup> Kui ebaseaduslik üleandmise kokkulepe siiski on sõlmitud, siis määratakse kokkuleppe kehtivus, arvestades lepingu muutmise ja kehtivuse üldisi reegleid.<sup>283</sup>

Võrreldes hankelepingu ülevõtmisega võib pigem pidada seaduslikuks ja aktsepteeritavaks kohustusega ühinemist. Kohtustusega ühinemise olukorda käsitles Euroopa Kohus kohtuasjas *Pressetext*, kus vaidlusaluse hankelepingu teise poole (äriühing APA) asemel asus lepingut täitma temale saajaprotsendiliselt kuuluv tütaretevõtja (APA-OTS). Viimane oli *finantsilises, organisatsioonilises ja majanduslikus tähenduses liidetud ettevõtjaga* ning pidi äritegevuses juhinduma emaettevõtja (esialgse hankelepingu poole) korraldustest. Sealjuures jäi esialgne lepingupool pärast tegevuse üleviimist solidaarselt vastutama koos nimetatud tütaretevõtjaga. Lepingupoole isiku muutus oli üks asjaolu, millele tuginedes lepingu muutmise lepingu täitjate konkurendi poolt vaidlustati. Euroopa Kohus leidis siiski, et selline lepingupoole isiku muudatus oli aktsepteeritav, s.t õiguspärane muuhulgas järgmistel põhjustel: (i) uus lepingupool on esialgse tütaretevõtja ja kuulub saajaprotsendiliselt esialgsele lepingupoolele, (ii) esialgsel lepingupoolel (APA) on uuele (APA-OTS) korralduste tegemise õigus, (iii) nad on sõlminud omavahel kasumi ja kahjumi ülekandmise lepingu ning (iv) esialgne lepingupool (APA) vastutab ka pärast teenuste üleandmist koos APA-OTS-iga solidaarselt ja kokkulepitud koguteenuse osas ei muutu midagi. Sellistel asjaoludel oli kohtu arvates sisuliselt tegemist lepingupoole sisemise ümberkujundamisega, mis ei tähenda algse riigihankelepingu tingimuste olulist muutmist.<sup>284</sup>

Kui kvalifitseeritud isiku poolel ühineb hankelepinguga kolmas isik, kes ei pruugi kvalifitseerimisnõuetele vastata, jääb hankija ees vastutama ka esialgne, s.t kvalifitseeritud isik. Kohustusega ühinemise keeld võiks seetõttu õigustamatult piirata nii lepingu teise poole põhiseaduslikku ettevõtlusvabadust kui vaba liikumise põhimõtet ja olla sellisena põhjendamatu. Samas on aga ilmselt põhjendatud, kui hankeleping näeb ette lepingu täitja kohustuse hankijat sellisest sammust eelnevalt piisavalt teavitada. Ka võib hankijal olla huvi kohustusega ühinemist mitte aktsepteerida, kui objektiivsetest põhjustest tulenevalt on nõutav lepingu täitmine just esialgse lepingupoole poolt: näiteks lepingu spetsiifilise eseme, kvalifitseerimistingimuste või muude asjaolude tõttu. Sellises olukorras on hankijal õigus kohustusega ühinemise võimalus lepingus välistada või seda piirata.

---

<sup>282</sup> Vt ka Lind 2009, lk 364–366.

<sup>283</sup> Vt selle kohta allpool osades 4.1, 4.2 ja 5.2.3.

<sup>284</sup> *Pressetext*, punkt 45. Vt ka lepingu täitmisel osaleva isikuga seonduvate muudatuste kohta allpool osas 5.2.2.

Samuti on eeltooduga sarnane olukord, kui hankelepingu teise poole isik küll ei muutu, kuid toimuvad olulised ümberkorraldused või osaluse muutus äriühingus. Sellised muudatused ei mõjuta enamasti kvalifitseerimisega seotud näitajaid, mistõttu ei vaja see reguleerimist hankedokumentides ega hankelepingus. Ka võib juriidilise isiku osaluse muudatust ja muid ümberkorraldusi sageli pidada normaalse ettevõtluse ja majandustegevuse osaks. Seetõttu reeglina ei tohiks hankelepingu täitmise fakt piirata ümberkorralduste tegemist ega osaluse muutumist äriühingus ning vastupidi: hankija ei tohiks hankelepingut üles öelda põhjusel, et lepingu teise poole isik on reorganiseeritud või osalus selles on muutunud.

### 2.2.3. Hankelepingu avalikkus versus konfidentsiaalsus

Riigihanke läbipaistvuse ja efektiivse teostamise põhimõtetega seondub küsimus sellest, kas ja millises ulatuses peab hangetega seonduv teave olema avalik ning vastupidi, millistel tingimustel on õigustatud salastamine ehk andmete käsitlemine konfidentsiaalse teabena.

Riigihankemenetluses esitatud pakkumus on konfidentsiaalne<sup>285</sup> ning pakkumuste avamisel kehtib keeld avaldada *pakkumuste sisu osas, mis rikuks pakkujate ärisaladust või kahjustaks nende vahelist konkurentsi*.<sup>286</sup> Täiendavad konfidentsiaalsust puudutavad kohustused lasuvad hankijal võistleva dialoogi käigus, eeskätt on hankijal reeglina keelatud avaldada taotleja konfidentsiaalset teavet.<sup>287</sup> Sellised piirangud on kooskõlas hankedirektiivide 2004/18/EÜ ja 2004/17/EÜ vastavasisuliste nõuetega ning kehtivad hankemenetluse käigus eesmärgiga tagada pakkujate võrdne kohtlemine. Piirangud on põhjendatud ka sisuliselt, arvestades asjaolu, et võivad puudutada suurt hulka pakkujaid, kellest vaid ühel tekib võimalus astuda hankijaga selle menetluse tulemusel lepingulistesse suhetesse.

Kuivõrd aga on õigustatud olukord, et riigihankelepingu tingimused jäävadki konfidentsiaalseks? Tuleb arvestada, et abstraktse avaliku huvi kõrval on riigihangetega seotud teabe avaldamine vajalik hankeregulatsiooni üldise tõhususe tagamiseks: Euroopa Kohtu poolt loodud efektiivsuse printsiibis sisaldub nõue kindlustada hankereeglite reaalne efektiivne toimimine, sh võimaldada kolmandatele isikutele (nt konkureerivatele pakkujatele) õiguste efektiivset kaitset.<sup>288</sup> Omakorda eeldab õiguste efektiivne kaitse muuhulgas hanke tingimuste võimalikult suurt avalikkust ja kättesaadavust. Näiteks on hankelepingu avalikkus mõõdapääsmatu eeldus, võimaldamaks vaidlustada ja kontrollida hankelepingu muutmise õiguspärasust.<sup>289</sup> Teine näide, mis teeb vajalikuks hanke-

---

<sup>285</sup> RHS § 43 lg 4.

<sup>286</sup> RHS § 46 lg 5.

<sup>287</sup> RHS § 63 lg 5.

<sup>288</sup> Hjelmberg, Jakobsen & Poulsen 2006, pp 50–51.

<sup>289</sup> Hankelepingu muutmise reeglite kohta vt. käesoleva töö 5. ptk.

lepingute avaldamise, on uuest õiguskaitsemeetmete direktiivist 2007/66/EÜ tulenev hankelepingute kehtetuse nõue.<sup>290</sup>

Eesti Põhiseaduse järgi puudutab informatsiooni andmise kohustus riigi ja omavalitsuse organi tegevust selle laiemas tähenduses, sh on hõlmatud faktiline eraõiguslik tegevus, mis ei ole haldusorgani funktsioneerimisega seotud.<sup>291</sup> Eriseadustena reguleerivad riigihangete konfidentsiaalsuse-avalikkuse küsimust eeskätt riigihangete seadus ja avaliku teabe seadus (edaspidi AvTS).<sup>292</sup> Siiski ei ole sellesisulised kohustused kehtiva õiguse järgi üheselt selged. Avaliku teabe seaduse § 3 lg 1 määratluse kohaselt on avalik teave *mis tahes viisil ja mis tahes teabekandjale jäädvustatud ja dokumenteeritud teave, mis on saadud või loodud ... avalikke ülesandeid täites*, spetsiifiliselt riigihankelepingute avalikustamise kohustusele aga viitab AvTS vaid *riigi ja kohalike omavalitsuse üksuste poolt läbiviidavate riigihangete suhtes*,<sup>293</sup> jättes lahtiseks küsimuse, millised kohustused on samas situatsioonis teisel hankijatel, s.o. teistel avalikel hankijatel ja võrgustikuhankijatel. Avalikel hankijatel – sõltumata nende liigist – lasub kohustus arvestada ka eraõiguslikes suhetes põhiõigustega, proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise, õiguspärase ootuse ja teiste avaliku õiguse põhimõtete ja normidega.<sup>294</sup> Seda silmas pidades on võrgustikuhankijate tegevusega kaasnev avalik huvi tõepoolest mõnevõrra väiksem kui avalike hangete puhul, ka võivad võrgustikuhankija puhul avalikust huvist tulenevad piirangud vajada tasakaalustamist hankijate endi põhiseaduslike õigustega, eeskätt ettevõtlusvabadusega. Ometi kehtivad ka võrgustikuhankijate suhtes riigihanke üldpõhimõtted, s.h. läbipaistvuse printsiip, ning hankeregulatsiooni efektiivne rakendamine eeldab ka võrgustikuhankijate sõlmitud hankelepingute kohta teabe saamise võimalust. Seetõttu ei saa lahenduseks olla võrgustikuhankijate täielik vabastamine avalikustamise kohustusest.

Prof Arrowsmith on leidnud, et hankelepingu tingimuste konfidentsiaalsust võivad õigustada eeskätt ärisaladuse kaitse vajadus ja julgeolekukaalutlused,<sup>295</sup> muul juhul aga tuleb eeldada teabe avalikkust. Ühendkuningriigis näiteks kehtib avalike hankijate poolt sõlmitud hankelepingute suhtes üldine teabe andmise kohustus. Iga konkreetse teabenõude puhul selgitatakse eraldi välja, kas avaldamiskohustusele erandi tegemine on õigustatud, kaaludes asjassepuutuvat avalikku huvi ja konkreetset faktisituatsiooni. Sellise kaalutluse tulemusel otsustatakse teabe avaldamine või mitteavaldamine.<sup>296</sup>

---

<sup>290</sup> Vt selle kohta käesoleva töö 4. ptk.

<sup>291</sup> Eesti Vabariigi Põhiseadus: kommenteeritud väljaanne 2008, lk 366.

<sup>292</sup> 15.11.2000, RT I 2000, 92, 597, 01.01.2001; 26.11.2009 – RT I 2009, 62, 405, 1.01.2010.

<sup>293</sup> AvTS § 28 lg 1 p 20.

<sup>294</sup> Riigikohtu haldus- ja tsiviilkolleegiumi vahelise erikogu otsus asjas nr 3-3-1-15-01, p 12.

<sup>295</sup> Arrowsmith 2008, p 98; vt ka *Freedom of information Act 2000*, kättesaadav: [http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2000/ukpga\\_20000036\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2000/ukpga_20000036_en_1) (28.04.2010), p 105.

<sup>296</sup> Arrowsmith 2008, p 102; *FOI (Civil Procurement) Policy and Guidance. Version 2.0, November 2008*, kättesaadav:

Samasisulise printsiibi kehtestab avaliku teabe seadus: seaduse eesmägist lähtuvalt on juurdepääs avalikule teabele üldpõhimõttena ehk eelduslikult vaba,<sup>297</sup> erandiks vaid tingimused, (i) millele juurdepääs on piiratud või (ii) mis ei kuulu avaldamisele isikute eraelu puutumatuse tagamiseks.<sup>298</sup> Juurdepääsu teabele ei ole vaid juhul, kui seda on seadusega sätestatud ulatuses piiratud. Sellistele reeglitele vastab näiteks justiitsministeeriumi poolt kasutatav hankelepingu tüüptingimus, punkt 13.4, mis muuhulgas sätestab: [...] *Töövõtja on teadlik, et Leping on avalik v.a osades, mis on märgitud avaliku teabe seadusest tulenevatel alustel asutusesiseseks kasutamiseks.*<sup>299</sup> Täiendavalt võiks märkida, et teatud osas võivad hankelepingu sätted olla mitteavalikud, isegi kui neid ei ole asutusesiseseks kasutamiseks määratud – nimelt kui selline alus on seaduses ette nähtud. Näiteks peab teabevaldaja tunnistama asutusesiseseks kasutamiseks teabe, mis sisaldab delikaatseid isikuandmeid või võib kahjustada andmesubjekti eraelu puutumatust.<sup>300</sup> Seega, kui hankeleping peaks mingil põhjusel sisaldama kolmandate isikute delikaatseid isikuandmeid, on see osa lepingust seaduspärase käitumise korral tunnistatud asutusesiseseks kasutamiseks ja avalikustamisele ei kuulu.

Kehtivas seaduses ei ole juurdepääsupiirangute rakendamine hankelepingute puhul siiski üheselt selge. Näiteks on teabevaldaja **kohustatud** tunnistama asutusesiseseks kasutamiseks, seega välistama avaliku teabe hulgast teabe, mille avalikustamine võib kahjustada ärisaladust ning teabe *tehnoloogiliste lahenduste kohta, kui sellise teabe avalikuks tulek kahjustaks teabevaldaja huve või sellise teabe asutusesiseseks kasutamiseks tunnistamine on ette nähtud eraõigusliku isikuga sõlmitud lepingus.*<sup>301</sup> Ärisaladuseks loeb kehtiv konkurentsiseadus niisugust teavet ettevõtja äritegevuse kohta, mille avaldamine teistele isikutele võib selle ettevõtja huve kahjustada, eelkõige oskusteavet puudutav tehniline ja finantsteave ning teave kulude hindamise meetoodika, tootmisaladuste ja -protsesside, tarneallikate, ostu-müügi mahtude, turuosade, klientide ja edasimüüjate, turundusplaanide, kulu- ja hinnastruktuuride ning müügistrateegia kohta. Seaduse kohaselt aga ei kuulu ärisaladuse hulka avalikustamisele kuuluv või avalikustatud teave.<sup>302</sup>

Sisuliselt viitab avaliku teabe seadus ärisaladusele kui teabele, mis ei kuulu avalikustamisele, ning konkurentsiseadus viitab ärisaladusele kui teatud

---

[http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC\\_FOI\\_and\\_Civil\\_Procurement\\_guidance.pdf](http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC_FOI_and_Civil_Procurement_guidance.pdf) (21.02.2010), art 3.1, 3.2.

<sup>297</sup> Avaliku teabe seaduse eelnõu 462 SE I seletuskiri, *op cit*.

<sup>298</sup> AvTS § 4 lg 3.

<sup>299</sup> Töövõtulepingute üldtingimused. Kinnitatud Justiitsministeeriumi kantsleri 07.07.2008. a käskkirjaga nr 80, kättesaadav:

<http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=37282/T%F6%F6v%F5tulepingu+%F6ldtingimused.pdf> (21.02.2010).

<sup>300</sup> AvTS § 35 lg 1, p. 11 ja 12

<sup>301</sup> AvTS § 35 lg 1, p-d 10, 17.

<sup>302</sup> Konkurentsiseadus, 05.06.2001 – RT I 2001, 56, 332, 01.10.2001, 20.01.2010 – RT I 2010, 8, 34, 27.02.2010; § 63 lg 1.

tunnustele vastavale teabele, mille hulka aga ei kuulu avalikustatud teave! On raske aru saada, kas näiteks linnavalitsuse sõlmitud hankelepingus sisalduv info takistab (avaliku teabe seaduse § 35 lg 1 alusel) lepingu kohta teabe andmist põhjusel, et see võib kahjustada teise lepingupoole ärisaladust või vastupidi, (tuginedes konkurentsiseaduse §-le 63 lg 1) lakkab seesama info olemast ärisaladus põhjusel, et kuulub avaliku teenistuse seaduse kohaselt avalikustamisele (!). Eesti avaliku teabe seadus ja konkurentsiseadus vajavad selles osas omavahel kooskõlla viimist. Objektiivselt ärisaladuse tunnustele vastava teabe hoidmise kohustus on õigustatud, kuid ärisaladuse hoidmise sildi all ei tohi meelevaldselt keelduda teabe avaldamisest.<sup>303</sup>

Nõustuda ei saa avaliku teabe seaduse järgi riigil ja kohalikul omavalitsusel lasuva keeluga avaldada teavet tehnoloogiliste lahenduste kohta pelgalt põhjusel, et sellise keelu sätestab eraõigusliku lepinguga võetud kohustus (!). Praegune seaduse tekst lausa **kohustab** tebevaldajat piirama juurdepääsu andmetele *tehnoloogiliste lahenduste kohta* suvalise eraõigusliku isiku nõudel, *kui sellise teabe asutusesiseseks kasutamiseks tunnistamine on ette nähtud eraõigusliku isikuga sõlmitud lepingus*.<sup>304</sup> Kriteeriumit “teave tehnoloogiliste lahenduste kohta” on võimalik sisustada/tõlgendada vägagi laialt. Sellise regulatsiooni tulemusel määrab informatsiooni andmise kohustuse ulatuse sisuliselt oma suva järgi hankija eraõiguslik lepingupartner, arvestades ainsa kitsendava tingimusena nõuet, et konfidentsiaalseks kuulutatud teave käiks tehnoloogiliste lahenduste kohta. Samas tuleb arvestada, et juhul, kui konkreetne tehnoloogiline teave kujutab endast objektiivselt ärisaladust, siis on selline teave juba avaliku teabe seaduse alusel juurdepääsupiiranguga hõlmatud ega kuulu avaldamisele – sõltumata eraõiguslikust kokkuleppesest või selle puudumisest. Võrdluseks Ühendkuningriigis võivad hankelepingu tingimuste konfidentsiaalsust õigustada ärihuvi kahjustamise oht,<sup>305</sup> näiteks konkurendile eeliste andmine ja/või osanike või klientide või allhankijate usalduse kaotamine. Ärihuvi hulka kuuluvad muuhulgas ärisaladused, s.t igasugune teave, mis puudutab isiku tegevust, kui see on talle ainuomane, annab teatud konkurentsieelise ja ei ole juba üldiselt teada või kergesti järeldatav. Ärisaladuseks võib olla igasugune tooteinfo, nt disain, aga ka majandustegevuses rakendatav praktika, nt. arendusmetoodika. Määramaks, kas hankelepinguga seotud konkreetne ärihuvi (sh ärisaladus) õigustab avaldamiskohustusele erandi tegemist, tuleb siiski lisaks kaaluda asjassepuutuvat avalikku huvi.<sup>306</sup>

---

<sup>303</sup> Tähelepanuväärselt kritiseerib P. Vincent-Jones ka Ühendkuningriigi praegust avalikustamise kohustust ja peab vajalikuks veelgi suuremat teabe saamise vabadust. Ärisaladusele tuginemise võimaluse piiramist ja muude meetmete rakendamist tuleb pidada õigeaks, võitlemaks nn salastamise kultuuriga ja juurutamaks austust avatuse, läbipaistvuse ja valitsusasutuste aruandluskohustuslikkuse suhtes. – vt P. Vincent-Jones 2006, p 356.

<sup>304</sup> AvTS § 35 lg 1 p 10.

<sup>305</sup> Arrowsmith 2008, p 105.

<sup>306</sup> Arrowsmith 2008, p 102; *FOI (Civil Procurement) Policy and Guidance* 2008, art 3.2.

Tuleb arvestada, et Eesti avalikustamise/konfidentsiaalsuse regulatsioon rajaneb põhiseadusel ja EL õiguse põhimõtetel. Seetõttu peab iga erand avalikkuse reeglist olema objektiivselt õigustatud ja kaaluma üle üldreeglina rakenduva avaliku huvi. Avaliku teabe seaduse kehtiva redaktsiooni järgi ettenähtud võimalus teabe avalikustamisest keelduda seab aga eraõigusliku isiku huvid ja/või suva ülimuslikuks seaduslike (sh põhiseaduslike ja Euroopa õiguse aluspõhimõtetest tulenevate) kriteeriumide suhtes.

Hankelepingu tingimuste konfidentsiaalsust võivad autori hinnangul õigustada konkreetsele juhtumile eriomased, objektiivsed asjaolud, aga mitte pool(t)e subjektiivne valik. Hankija poolt lepinguga konfidentsiaalsuskohustuse võtmine peaks olema aktsepteeritav vaid juhul, kui see on asjaolusid arvestades **vältimatu**.<sup>307</sup> Ilma õiguspärase aluseta ei tohiks hankija eraõiguslikus suhtes konfidentsiaalsuskohustust aktsepteerida. Kui põhjendamatu konfidentsiaalsuskokkulepe aga siiski on sõlmitud, tuleb selline kohustus lugeda tühiseks vastuolu tõttu seaduse mõttega.<sup>308</sup> Võimalikud on olukorrad, kus hankeleping sisaldab vaid konkreetseid üksikuid tingimusi, millele juurdepääsu piiramine on õigustatud. Sellisel juhul tuleb siiski tagada juurdepääs sellele osale teabest, mille kohta juurdepääsupiirangud ei kehti. Õiguspärane ei ole keelduda teabenõude täitmisest ainuüksi motiivil, et teabenõudega seonduv dokument sisaldab muuhulgas delikaatseid või eraelulisi isikuandmeid.<sup>309</sup> Näiteks kui hankelepingu tingimustes sisaldub teave ärisaladuse kohta, mille avalikuks tulek kahjustaks teabevaldaja huve, siis on hankija kohustatud ja õigustatud vastavaid tingimusi mitte avaldama,<sup>310</sup> kuid siiski avaldama ülejäänud osa hankelepingust.

### 2.3. Eelnevalt väljatöötatud lepinguvormide kasutamise eelised riigihankes

Hankelepingud sõlmitakse kas formaalses hankemenetluses või ilma sellise menetluseta, igal juhul aga erinevad hankelepingueelsed suhted tavaliste eraõiguslike lepingute sõlmimisele eelnevatest. Hankijad on hankelepingu

---

<sup>307</sup> Sarnane reegel kehtib avalike hankijate suhtes Ühendkuningriigis. Lisaks soovitatakse hankijatel hankes osalevatele isikutele selgitada, et konfidentsiaalsuskohustust ei saa hankija vaikimisi aktsepteerida. Ka juhul, kui konfidentsiaalsuskohustus on õigustatud ja lepingus sätestatakse, tuleb täpselt piiritleda, millist teavet see puudutab. Samuti peab arvestama, et kui teabenõue siiski esitatakse, siis võib sellisel kokkuleppel olla vähe õigusjõudu. . Vt Arrowsmith 2008, p 98, 106; *FOI (Civil Procurement) Policy and Guidance* 2008, art 5.2

<sup>308</sup> TsÜS § 87 ja 85. Kuna konfidentsiaalsuskokkuleppe puhul ei teki küsimus mitte lepingutingimuse koostööst riigihangete seadusega, vaid võimalik rikkumine puudutab põhiseadusest ja muust eriseadusest tulenevat avalikustamise kohustust, siis ei ole sellise kokkuleppe puhul tühise saamine takistatud riigihangete seaduse §-s 4 lg 2 lauses 2 sätestatud piiranguga. – Vt selle kohta ka osa 4.2.

<sup>309</sup> Riigikohtu halduskolleegiumi otsus haldusasjas nr 3-3-1-57-03, p 21, 24.

<sup>310</sup> AvTS § 35 lg 1 p 10.

sõlmimisel enamasti jõupositsioonil ja võivad seda positsiooni pakkujate suhtes kergesti n.ö kuritarvitada. Kuritarvitamine või teise poole huvidega vähene arvestamine võib olla tingitud hankija teadmatusesest, aga ka üli- või ülepuudlikkusest näiteks riigi või kohaliku omavalitsuse huvide kaitsmisel, väljendudes viimasel juhul selles, et lepingu teise poole jaoks kehtestatakse ebamõislikult karmid lepingutingimused ja/või välistatakse hankija jaoks kõik lepinguga seotud riskid teise lepingupoole arvel. See probleem ei ole ainuomane Eestile.<sup>311</sup> Hankelepingute sõlmimisele eelnevad suhted piiravad sageli poolte vahel edastatava informatsiooni hulka ja sisu ning tingivad hankelepingute sõlmimise kas ebapiisavatel ja/või lepingu täitja jaoks äärmiselt rasketel ja/või koormavatel tingimustel.

Kirjeldatud olukordade vältimiseks on võimalik rakendada erinevaid meetmeid, s.h üheks võimaluseks on kehtestada hankija jaoks kohustuslikud lepinguvormid või üldtingimused, mis oleksid koostatud põhjalikel, aga sealjuures mõistlikel tingimustel. Mitmetes riikides kasutatakse seda võimalust, nii et lepingutingimuste sisustamise vabadus on hankija jaoks piiratud kohustusega sõlmida hankeleping ettenähtud tüüptingimustel. Eeskätt on selline kohustus kehtestatud kas seaduse või seadusest alamalseisvate aktidega just arenenud riikides<sup>312</sup> – Prantsusmaal, Ühendkuningriigis,<sup>313</sup> Saksamaal.<sup>314</sup> Samuti kasutavad selliste riikide hankijad sageli nt asjakohase ministeeriumi poolt ette antud näidislepingud või erinevate organisatsioonide tüüptingimused – nt FIDIC ehituslepingute vorme.<sup>315</sup> Kui hankemenetluses eeldatavasti osaleb palju välismaiseid pakkujaid või kui siseriiklikke tüüptingimusi ei ole välja töötatud, siis tuleb õigustatult pidada tunnustatud rahvusvaheliste tüüplepingute kasutamist.<sup>316</sup>

Arengu- ja üleminekuriikides puuduvad sageli nii detailne hankelepingute regulatsiooni süsteem kui ühtne arusaam selle kohta, milliseid tingimusi hankelepingud sisaldama peaks.<sup>317</sup> Ka Eestis puudub seadusjärgne nõue tüüplepinguid kasutada. Mõned hankijad (nt justiitsministeerium<sup>318</sup>) on välja töötanud ja kodulehel avaldanud hankelepingu tüüpvormi. Praktikast kasutatakse sageli näiteks ehituslepingute puhul lepingule kohaseid soovituslikke tüüpvorme: ehituse töövõtulepingute üldtingimused, ehituse alltöövõtulepingute üldtingimused, ehitustoodete üldised müügingimused, omanikujärelevalve käsundusleping,

---

<sup>311</sup> Sama probleemi kohta Hollandis vt Mutluer 2009, p 2.

<sup>312</sup> P. Trepte. *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford University Press, 2004, pp 330, 332.

<sup>313</sup> *Id*, p 330.

<sup>314</sup> Ax 2007, p NA 108; Summann 2006, p 567.

<sup>315</sup> Trepte 2004, p 330.

<sup>316</sup> M. L. Macaulay and L. E. Ramsey. *Construction and Procurement Law*, Sweet & Maxwell, 2002, p 71

<sup>317</sup> Trepte 2004, pp 330-331, 332.

<sup>318</sup> Töövõtulepingute üldtingimused. Kinnitatud Justiitsministeeriumi kantsleri 07.07.2008. a käskkirjaga nr 80, *op cit*.

projekteerimise töövõtulepingu üldtingimused ja näidisleping.<sup>319</sup> Nimetatud tüüpvormid on hästi tasakaalustatud ja sobivad suhteliselt laialdaseks kasutamiseks. Pealegi on üldtingimustesse vajadusel alati võimalik eritingimuste kaudu konkreetsel juhul vajalikke muudatusi või täiendusi teha.

Siiski puudub hankijatel praegu Eestis üldine kohustus olemasolevaid soovituslikke tüüpvorme järgida. Sellise kohustuse kehtestamine avalike hankijate jaoks oleks arenenud riikide eeskujul samas mõeldav ja otstarbekas. Tulemuseks oleks hankija esindajate diskretsiooni vähenemine ja väiksem tõenäosus, et hankelepingud sõlmitakse probleemsetel tingimustel (kas ühe või teise poole kahjuks), tehakse vigu ja eksitakse (mis sõltumata hankija subjektiivsest soodumusest liiga suure diskretsiooniõigusega võib kaasneda). Sarnane põhimõte on kehtestatud näiteks Saksamaal: ehituse riigihankelepingute suhtes kehtiv regulatsioon (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen*, nn VOB) sisaldab ehituslepingute üldtingimusi (osa B ehk VOB/B). Need tingimused panevad eeldatavalt aluse kohastele ja hästi tasakaalustatud lepingulistele suhetele poolte vahel. Laiema kasutajaskonna jaoks on tingimused soovituslikud, kuid riigihankelepingutes on kasutamine kohustuslik (vastavalt VOB/A § 10, p 1, lg 2), samuti on hankijad kohustatud kasutama VOB osas C sisalduvaid tehniliste tingimusi allhankelepingutes.<sup>320</sup>

Olemasolevate tüütingimustena on alati võimalik kasutada ka rahvusvaheliste organisatsioonide tüüplepinguid, kuid sellega võib kaasneda probleem, et hankija esindajatel puuduvad vajalikud kogemused ja teadmised sellistes lepingutingimustes sisalduvate kontseptsioonide kohaseks adumiseks ja rakendamiseks.<sup>321</sup> Seetõttu võiks sageli esinevate hankelepingute tüüptingimused pigem ette näha kas seaduses või kohustada avalikke hankijaid kasutama Eestis tuntud lepingutüüpe (nt eelnimetatud ehituse tüüptingimused).

Teisest küljest aitab hankelepingute tingimuste optimeerimisele kahtlemata kaasa riigihangete seaduse viimase muudatusega kavandatud riigihangete konsolideerimine, standardsete ühishangete korraldamine ja muude hangete keskne koordineerimine. Kuna 2009. aasta riigihangete praktika analüüsisist nähtuvalt on 99% rahuldatud hankevalitlustest seotud hankijate ebapädevusega, sh hanketingimuste koostamisel,<sup>322</sup> siis ilmselt aitab kompetentsuse tõus parandada hangete kvaliteeti, s.h lepingutingimuste sobivust.

---

<sup>319</sup> kõik nimetatud tüüptingimused on kättesaadavad majandus- ja kommunikatsiooniministeeriumi kodulehel: <http://www.mkm.ee/lepingud-2/> (20.02.2010)

<sup>320</sup> Ax 2007, p NA 108.

<sup>321</sup> Trepte 2004, p 332.

<sup>322</sup> Seletuskiri riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu juurde, kättesaadav:

[http://eoigus.just.ee/?act=6&subact=1&OTSIDOC\\_W=255613](http://eoigus.just.ee/?act=6&subact=1&OTSIDOC_W=255613) (14.12.2009), lk 6–7.

## 2.4. Vahekokkuvõte (2. peatükk)

Lepingu sisustamise vabadus on riigihankes piiratud. Seda esiteks põhjusel, et lepingueelsete suhete äärmiselt piiratud lepinguvabaduse tõttu alluvad hankelepingud enamasti võlaõigusseadusega kehtestatud ebaõiglaste tüüptingimuste eriregulatsioonile. Avatud ja piiratud hankemenetluse tulemuseks on **alati** tüüptingimustel sõlmitud hankeleping, välja arvatud nende tingimuste osas, mis sisalduvad pakkuja esitatud pakkumuses. Teiste menetlusliikide korral tuleb hankelepingu tingimusi vaadelda tüüptingimustena, välja arvatud nende tingimuste osas, mille läbirääkimist hankija tõendab.

Tüüptingimuste regulatsioon näeb muuhulgas ette selliste tüüptingimuste tühisuse, mis on lepingu teise poole jaoks ebamõistlikult kahjustavad. Vältimaks hankelepingu tingimuste tühisust lepingu teise poole ebamõistliku kahjustamise tõttu, peavad hankijad hanget ette valmistades kontrollima hankelepingu tingimuste mõistlikkust. Sealjuures saavad hankijad tugineda eeskätt VÕS §-s 42 lõikes 3 toodud loetelule kui hallile nimekirjale ja arvestada vastava majandusvaldkonna häid tavasid. Tingimuste mõistlikkust on vaja kontrollida eriti nende hankemenetluse liikide kasutamise korral, mis läbirääkimisi ei võimalda. Vaidluse korral lasub hankijal koormus tõendada, et tingimused tegelikult räägiti läbi ja et seetõttu ei ole tegemist tüüptingimustega või et vaidlusaluste tüüptingimuste sisu ei ole teist poolt ebamõistlikult kahjustav. Sealjuures toimub tüüptingimuste tõlgendamine objektiivselt ning kahtluse korral eelistatakse tähendust, mis räägib hankelepingu täitja poole kasuks.

Ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni edasise arenguna riigihangete vallas võib kaaluda kehtiva riigihangete seaduse täiendamist nõudega riigihankelepingu tüüptingimuste koostamist sellisel, et need ei kahjusta teist lepingupoolt ebamõistlikult. Selline regulatsioon võimaldaks huvitatud isikel hankelepingu ebamõistlikult kahjustavaid tüüptingimusi vaidlustada juba hankemenetluse käigus. Kuigi kehtivast seadusest otseselt sellist nõuet ei tulene, võib autori arvates kaaluda sama nõude laiendamist ka selliste hangete suhtes, mis ei ole sõlmitud tüüptingimustel võlaõigusseaduse tähenduses.

Lisaks tingimuste ebamõistlikkuse keelule mõjutavad hankelepingu tingimuste sisustamise vabadust hanke üldpõhimõtted. Näiteks läbipaistvuse suu- rendamiseks on soovitatav määratleda hankelepingu tingimused võimalikult täpselt. Konkurentsi kahjustamise keelust tulenevalt peab võimalusel eelistama tähtajalisi lepinguid tähtajatutele ning hankelepingu tähtaeg ei tohi olla põhjendamatu pikk ega lühike. Soovitatav hankelepingu tähtaeg on üldreeglina 3–5 aastat, erandiks on projekteerimise, ehituse ja hoone haldamise PPP-lepingud, mis vajavad pikemat tähtaega. Riigihanketurul konkurentsi ja läbipaistvuse tagamiseks tuleb kriitiliselt hinnata erinevaid hankelepingu tingimusi, mis puudutavad lepingut täitvaid isikuid. Põhjendatud piirangute sätestamist allhankelepingute täitjate ja lepinguga ühinemise osas võib asjaoludest sõltuvalt pidada õigustatuks. Õigustatud ei ole hankekohustusega ühinemise keeld, kuid hankekohustuse ülevõtmine kolmanda isiku poolt ei ole õiguspärane. Selle asemel tuleb eelduslikult korraldada uus hange.

Lepingutingimuste sisustamise üks olulisi piiranguid seostub hankelepingu avalikkusega. Autor on seisukohal, et EL hankeõiguse tõhusa rakendamise eesmärgil ja hangetega kaasnevat avalikku huvi arvestades tuleb riigihankelepinguid eelduslikult käsitleda avaliku teabena. Konkreetset näidet avalikkuse vajalikkusest seonduvad hankelepingu muutmise õiguspärasuse kontrolliga, samuti vajadusega tagada uue direktiivi 2007/66/EÜ rakendamine. Kehtiv õigus vajab selles osas täiendamist, kuna see ei määratle praegu üheselt mõistetavalt, kas ja millises ulatuses kuuluvad riigihankelepingud avalikustamisele ning kas see kohustus lasub kõigil hankijatel või ainult riigil ja kohaliku omavalitsuse üksustel.

Erandite tegemine avalikustamise reeglist, sh riigihankelepingu suhtes konfidentsiaalsuskokkuleppe sõlmimine, saab olla õigustatud vaid seaduses otseselt ettenähtud alustel. Sellised erandid on vajalikud eeskätt julgeolekukaalutlustel, eraelu puutumatus ja ärisaladuse kaitse tagamiseks. Ka praegune ärisaladuse määratlus vajab täpsustamist. Hankelepingu pool(t)el ei tohi olla võimalust lepingu tingimuste avalikustamist meelevaldselt välistada – riigihankelepingus alusetult sätestatud konfidentsiaalsuskokkulepe tuleb lugeda põhiseaduse ja eriseaduste normidega vastuolus olevaks ning sellisena tühiseks.

Hankelepingute sisustamise õiguspärasuse kontrolli riigihanke üldpõhimõtetele vastavuse osas on võimalik saavutada administratiivse järelvalve ja haldussuutlikkuse suurendamisega hankevaldkonnas, samuti võib lahenduseks olla eelnevalt ettevalmistatud hankelepingute juurutamine. Soodustamaks hankelepingute tingimuste sisustamist kooskõlas hanke üldprintsiipidega võib soovitada eelnevalt ettevalmistatud, hankepõhimõtteid järgivate tüüptingimuste kasutamist. Kuna praegu puudub hankijatel, sh avalikel hankijatel, üldine kohustus kasutada isegi olemasolevaid soovituslikke tüüpvorme (nt lepingu liigile vastavaid üldtingimusi). Sellise kohustuse kehtestamine vähemalt avalike hankijate jaoks võiks olla otstarbekas, kuna see vähendaks hankijate diskretsiooni, vigu ja eksimusi. Kehtiva seaduse järgi on küsitav, kas hankelepingu või selle üksikute tingimuste vastuolu üldpõhimõtetega võib kaasa tuua lepingu kehtetuse – seda küsimust käsitleb 4. peatükk.

### 3. Hanke sekundaarsed eesmärgid

#### 3.1. Riigihanke sekundaarsed eesmärgid kui kaudse õigusliku regulatsiooni vahendid

##### 3.1.1. Sekundaarsete eesmärkide kasutamise kogemus

Üheks näiteks olukorrast, kus avaldub hanke eraõiguse spetsiifiline, avaliku huviga seonduv olemus, on lepingute kasutamine nn sekundaarse eesmärkide saavutamiseks. Avalikust huvist võib tuleneda hankijate huvi kasutada hankelepinguid õigusliku regulatsiooni kaudse vahendina ehk sekundaarsete eesmärgi kandjana – see on maailmapraktikas hästi tuntud võimalus.<sup>323</sup> Enamus riike peab sotsiaalse ja majandusliku arengu toetamist riigihangete kaudu üheks riigihangete erinevatest eesmärkidest.<sup>324</sup>

Nii nagu varieeruvad riigihangete regulatsiooni põhimõtted, on ka seisukohad riigihanke sekundaarsete eesmärkide lubatavuse küsimuses üsnagi erinevad: sotsiaalsete aspektide kaasamine riigihankesse võib olla obligatoorne, isegi konstitutsiooniline kohustus,<sup>325</sup> aga võib olla ka keelatud, jäetud ametnike diskretsiooni objektiks või seotud teatud tingimustega.<sup>326</sup> Hanke kõrvaleesmärgi kaudu antakse riigihankelepingutele ühiskondlike huvide saavutamise vahendi tähendus. Selliste mittedomineerivate kõrvaleesmärkidena on tuntud keskonnakaitse ning erinevad sotsiaalpoliitilised eesmärgid: rassilise, usulise, soolise, samuti puudega inimeste diskrimineerimise kõrvaldamine, õiglaste töötingimuste tagamine, tööhõive suurendamine vähemuste või tööturul alaesindatud rahvastikurühmade (nt. puudega inimesed, naised, vähemusrahvad) hulgas, üldine võitlus tööpuudusega; samuti väikeste ja keskmise suurusega ettevõtjate, teatud tööstusharude või piirkondade arengu toetamine, välispoliitiliste eelistuste jõustamine (näiteks USAs kehtinud, nüüdseks ebaseaduslikuks tunnistatud keeld sõlmida riigihankelepinguid Birma firmadega).<sup>327</sup> Igasuguste sekundaarsete eesmärkide arvestamine riigihangetes võimaldab

---

<sup>323</sup> Arrowsmith 2008, p 1225.

<sup>324</sup> S. Arrowsmith. Public procurement: an appraisal of the UNCITRAL model law as a global standard. *International and comparative law quarterly* Vol. 53, 2004, p 18.

<sup>325</sup> P. Bolton. An Analysis of the Preferential Procurement Legislation in South Africa. – *Public Procurement Law Review* 2007 (1), p 36.

<sup>326</sup> R. B. Watermeyer. Facilitating Sustainable Development Through Public and Donor Procurement Regimes: Tools and Techniques. – *Public Procurement Law Review* 2004/1, p 30.

<sup>327</sup> P. Bolton. The Use of Government Procurement as an Instrument of Policy – *South African Law Journal* 2004 (121), pp. 619, 621; C. Bovis. Public Procurement in the European Union: Lessons from the Past and Insights to the Future. – *Columbia Journal of European Law* 2005–2006/12, pp 89, 91–93; De Castro Meireles 2006, pp. 165–168, 170, 173–176, 177, 305; C. McCrudden. Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes – *National Resources Forum* 2004/28, pp. 257, 259; Watermeyer 2004, p 39; Weber 2009, p 184.

reaalselt saavutada riigisisel ja rahvusvahelisel tasandil deklareeritud sotsiaalse arengu eesmäärke, stimuleerib sotsiaalselt teadliku turu teket ja/või arengut, näitlikustab sotsiaalselt vastutustundlikku majandamist ja soodustab integratsiooni.<sup>328</sup>

Paljudes riikides on seadusega kehtestatud kohustus sätestada hankelepingutes tööalased nõuded, sh näiteks palga, tööaja ja muude töötingimuste kohta.<sup>329</sup> Näiteks Prantsuse riigihankekoodeksi artikli 15<sup>330</sup> kohaselt on teatavad hankelepingud reserveeritud kaitstud töökohtadele, ühtlasi näeb seadus ette võimaluse lisada hankelepingutesse sekundaarseid eesmäärke kandvaid keskkonnasäästlikkust või sotsiaalseid hüvesid edendavaid tingimusi (art 14). Soome seaduse kohaselt võivad nii avalikud kui võrgustikuhankijad kehtestada hankelepingu eritingimustega erinevaid keskkonnaalaseid ja sotsiaalseid nõudeid, s.h. kohustust pakkuda töökohas erialast koolitust, juhendada ILO konventsioonist, palgata puudega töötajaid, samuti muid töökeskkonna ja -tingimusi puudutavaid sätteid.<sup>331</sup> Mitme Saksa liidumaa seadused kohustavad hankijaid sõlmima lepinguid pakkujatega ainult tingimusel, et lepingupool maksab oma töötajatele teenuse osutamise kohas kehtivas kollektiivlepingus ettenähtud tingimustele vastavat miinimumpalka (selliste nõuete seaduslikkuse kohta vt allpool osa 4.1.2 kohtuasja *Rüffert* kohta). Miinimumpalgaga seotud kohustused võivad puudutada erinevaid tegevusvaldkondi: peamiselt ehituslepinguid, aga ka näiteks ühistransporti ja prügiveedu. Vastav kohustus on siduv nii lepingut täitvale töövõtjale kui tema alltöövõtja(te)le. Juhul, kui kas töövõtja või alltöövõtja miinimumpalga nõudest kinni ei pea, võib hankija lepingu lõpetada ja nõuda leppetrahvi tasumist, äärmise abinõuna on võimalik rikkujal teatud perioodiks hangetes osalemine keelata.<sup>332</sup>

Riigiti erinevad ka sekundarsete eesmärkide saavutamiseks rakendatavad vahendid. Näiteks praktiseeritakse paljudes maailma riikides – sh näiteks USA,

---

<sup>328</sup> Buying social: a guide to taking account of social considerations in public procurement. (Draft) 2009, kättesaadav: [http://www.araco.org/infutile/noutatifiec/2009-04-03%20Social%20Considerations%20in%20pp%20-%20sent%20out%20to%20EXTERNAL%20CONSULTATION%20\\_2\\_.pdf](http://www.araco.org/infutile/noutatifiec/2009-04-03%20Social%20Considerations%20in%20pp%20-%20sent%20out%20to%20EXTERNAL%20CONSULTATION%20_2_.pdf) (30.01.2010), p 10.

<sup>329</sup> Itaalia, Hispaania, Küpros, Taani. Vt. Labour clauses in public contracts. Integrating the social dimension into procurement policies and practices. ILO, Geneva, Switzerland 2008, pp. 36–37.

<sup>330</sup> Code des marchés publics (édition 2006, dernière modification: 23 janvier 2010). Kättesaadav: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8C0C2C8E01E5406A9D395F5A94A9B014.tpdjo01v\\_3?cidTexte=LEGITEXT000005627819&dateTexte=20081220](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8C0C2C8E01E5406A9D395F5A94A9B014.tpdjo01v_3?cidTexte=LEGITEXT000005627819&dateTexte=20081220) (21.02.2010).

<sup>331</sup> Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348, § 49, Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 30.3.2007/349, § 45; kättesaadavad: <http://www.finlex.fi/fi/> (10.02.2010).

<sup>332</sup> O. Otting. Compulsory social standards for public works contracts as a restriction on the freedom to provide services: *Dirk Rüffert v Land Niedersachsen* (case 346/06). *Public Procurement Law Review* 5, 2008, p NA 193.

Lõuna-Aafrika Vabariik, Kanada, Austraalia<sup>333</sup> – suhteliselt ulatuslikult hankelepingute reserveerimist ja vähemuste eelistamist hankemenetluses. Selline praktika oleks aga ilmselt vastuolus Euroopa Liidu konkurentsi ja võrdse kohtlemise tagamisele suunatud hankepõhimõtetega. Ometi on sekundaarsete ehk kõrvaleesmärkide edendamine riigihangete abil aktsepteeritud ka Euroopa Liidu riigihankeõiguses ja -praktikas.<sup>334</sup> Hankeid, mis arvestavad erinevate sotsiaalsete kaalutlustega ja integreerivad neid hanke sobivasse etappi, on nimetatud ka sotsiaalselt vastutustundlikeks riigihangeteks (*socially responsible public procurement, SRPP*) ja jätkusuutlikeks hangeteks.<sup>335</sup> Kuna riigihanked moodustavad olulise osa Euroopa Liidu kogutoodangust, omab hankijate ostujõu kasutamine sotsiaalselt vastutustundlike riigihangete kaudu suurt potentsiaali nii säästva arengu edendamisel kui Euroopa Liidu ja liikmesriikide sotsiaalsete eesmärkide saavutamisel.<sup>336</sup>

Samas ei ole üheselt selge, millised täpselt on hankijate õigused ja võimalused sekundaarsete eesmärkide edendamisel. Ei EL reeglid ega Maailma Kaubandusorganisatsiooni normistik sellele küsimusele täpselt vastust ei anna.<sup>337</sup> Ebakindla õigusliku aluse tõttu kahtlevad hankijad sageli muude tegurite hangetesse integreerimisel ja piirduvad puhtmajanduslike näitajate arvestamisega. Hankijad õigustavad seda tavaliselt EL ja Maailma Kaubandusorganisatsiooni Riigihankelepingu<sup>338</sup> turule orienteeritusest tulenevate põhjendustega. Kirjanduses ollakse siiski seisukohal, et kuigi Riigihankeleping ei maini otseselt sekundaarseid eesmärke, on nii keskkonnasäästlikud kui üldisele arengule suunatud sekundaarsed eesmärgid sellega kooskõlas.<sup>339</sup>

Tuleb märkida, et praegu kehtivad hankedirektiivid on ajalooliselt esimesed sellised aktid, mis kehtestavad üle Euroopa **kohustuslikena** teatud riigihanke sekundaarseid eesmärke kajastavad sätted (nt kohustus välistada hankest rahapesu, organiseeritud kuritegevuse jm teatud liiki tegevuse eest karistatud pakkujad).<sup>340</sup> Eeskätt seostub see kohustus pakkujate kvalifitseerimise ja hanke

---

<sup>333</sup> McCrudden 2007, pp 8–9.

<sup>334</sup> *Id.*, pp 508–509.

<sup>335</sup> Environmental Procurement Practice Guide. UNDP Practice series, kättesaadav: [http://www.undp.org/procurement/documents/UNDP\\_Practice\\_Guide.doc#\\_Toc194311606](http://www.undp.org/procurement/documents/UNDP_Practice_Guide.doc#_Toc194311606) (21.02.2010), pp 3–4

<sup>336</sup> Riigihangete kogumahuks hinnatakse ca 16 % EL'i GDP'st, mis on võrdne ligikaudu poolega Saksamaa GDP'st – vt *Buying social: a guide ... 2009*, pp 2–3.

<sup>337</sup> Erandiks võib siiski pidada keskkonnasäästlikke nõudeid, mida euroopa hankeõigus otseselt ette näeb.

<sup>338</sup> EÜT L 336, 23.12.1994, lk 273—289, ES Peatükk 11 Köide 21 Lk 372 .

<sup>339</sup> Weber 2009, pp 185, 188, 199.

<sup>340</sup> S. Arrowsmith. The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code? – *Public Contract Law Journal*, Spring 2006/35, p. 350; S. Williams. The mandatory exclusions for corruption in the new EC procurement directives. Kättesaadav:

[http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared\\_procurement/publications/Sope\\_Exclusions\\_in\\_proc.pdf](http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared_procurement/publications/Sope_Exclusions_in_proc.pdf), p. 2 (21.02.2010).

tehniliste tingimustega: näiteks kohustus arvestada projekteerimisel puudega inimeste vajadusi ja võimalusel eelistada keskkonناسäästlikke lahendusi.<sup>341</sup> Euroopa Liit on püüdnud soodustada väikeste ja keskmise suurusega ettevõtete kaasamist hangetesse ning kaalutakse võimalust sätestada kohustus arvestada soolise võrdõiguslikkuse printsiibiga riigihangetes või reguleerida liikmesriikide sellesisulist kohustust.<sup>342</sup> Euroopa Liidu õigusega on kooskõlas näiteks sellised sekundaarsed eesmärgid nagu rassilise ja soolise võrdõiguslikkuse edendamine, integreerumisraskustega isikute tööhõive soodustamine, väikeste ja keskmiste ettevõtete suurem osalus hangetes, samuti tööhõive suurendamine ja keskkonناسäästlikkus.<sup>343</sup>

Keskkonناسäästlikkus kui üks otseselt tunnustatud hankepõhimõtte eristub muudest kaudsetest eesmärkidest. Hankedirektiividesse on Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhimõtetest üle võetud keskkonnahoiu kohustus põhjendusega, et asutamislepingu kohaselt tuleb keskkonnahoidlikkust arvestada Euroopa Liidu mistahes poliitika kujundamisel ja asjakohased nõuded iga poliitikaga integreerida.<sup>344</sup> Teisest küljest kujutavad keskkonnahoidlikud hanked omakorda Euroopa Liidu integreeritud tootepoliitika ühte suundumust.<sup>345</sup> Seega on keskkonناسäästlikkusele teatud mõttes antud eristaatus võrreldes teiste võimalike sekundaarsete eesmärkidega ning keskkonناسäästlikke hankeid ka praktiseeritakse suhteliselt olulisel määral.<sup>346</sup> Keskkonناسäästlike lisatingimuste seadmise võimalus on ka ainuke hanke sekundaarne eesmärk, mida Eesti riigihangete seadus otseselt mainib.<sup>347</sup> Kuna keskkonnahoidlike hangete (nimetatud ka rohehangete) olemust ja kasutamist Eesti tingimustes käsitleb põhjalikult K. Räägel'i

---

<sup>341</sup> Arrowsmith, Kunzlik 2009, pp 245–246.

<sup>342</sup> *Id* p 246; vt ka: Evaluation of SMEs' access to public procurement markets in the EU. Final Report, submitted by GHK and Technopolis within the framework of ENTR/04/093-Lot 1, kättesaadav:

[http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemshortdetail.cfm?item\\_id=3376](http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemshortdetail.cfm?item_id=3376)

(10.02.2010); Komisjoni teatis Nõukogule, Euroopa Parlamendile, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele. „Kõigepealt mõtle väikestele” Euroopa väikeettevõtlusalgatus „Small Business Act”. KOM(2008) 394 lõplik.

<sup>343</sup> C. Bovis. The New Public Procurement Regime: a Different Perspective on the Integration of Public Markets of the European Union. – European Public Law 2006 (12) 1, pp 76, 86, 90, 108; Arrowsmith 2008, pp 1229–1230, 1234.

<sup>344</sup> Asutamislepingu XIX ptk art 2 ja 6; vt ka Rahandusministeerium 2007, lk 7–8.

<sup>345</sup> Räägel 2006, lk 8.

<sup>346</sup> Kõige eesrindlikumad keskkonnahoidlike hangete läbiviimisel on Põhjamaad: Rootsi, Taani, Soome ja Norra. Näiteks ca 60% Rootsis ja Taanis kohalike omavalitsuste korraldatud hangetest võtavad arvesse keskkonnakriteeriume, Soomes sama näitaja 30% ja Norras 40%. Eestis läbiviidud uuringu kohaselt on järeldatud, et kohalike omavalitsuste teadlikkus hangetest on suhteliselt madal, kuid üksikuid keskkonnahoidlike kriteeriumeid sisaldanud hankeid on siiski korraldatud – vt Räägel 2006, lk 12 ja 108.

<sup>347</sup> RHS § 3 p 6.

magistritöö,<sup>348</sup> ei peatuta sellel teemal siinjuures pikemalt. Samas ei saa jätta märkimata, et ometi sätestab asutamislepingu artikkel 3 keskkonnahoiu kõrval veel mitmeid süvalaiendamisele kuuluvaid eesmärke, mida peab edendama ühenduse kõigis osades, sh näiteks, aga mitte ainult, naiste ja meeste võrdõiguslikkus. Ka on Euroopa Nõukogu üles kutsunud nii liikmesriike kui ka komisjoni otsima konkreetseid mooduseid, kuidas keskkonnaaspektide kõrval sotsiaalseid aspekte paremini riigihangetega ühendada.<sup>349</sup>

### 3.1.2. Sekundaarsed eesmärgid versus EL õiguse aluspõhimõtted

Euroopa Ühenduse asutamisleping võimaldab edendada sotsiaalseid eesmärke ning nii kehtivad hankedirektiivid<sup>350</sup> kui ka Euroopa Kohtu praktika<sup>351</sup> tunnustavad neid hangete komponendina. Sõltumata sellest, millisel viisil sekundaarsed eesmärgid hankesse kaasatakse, ei tohi see toimuda hanke primaarsete eesmärkide arvel<sup>352</sup> ega tekitada vastuolu EL õiguse aluspõhimõtetega,<sup>353</sup> sh diskrimineerimise keeluga.

Diskrimineerimise keelust tulenevalt välistab Euroopa Ühenduse asutamisleping mõnede sekundaarsete eesmärkide taotlemise hangete abil, näiteks vähem arenenud piirkondade toetamise<sup>354</sup> ja kohaliku toodangu eelistamise.<sup>355</sup> Näide: Itaalia valitsus püüdis toetada Mezzogiorno piirkonda, kohustades avaliku sektori hankijaid teostama 30% hangetest nimetatud piirkonna tööstus- ja põllumajandusettevõtjatelt. Selline hanketingimus loeti Euroopa Ühenduse asutamislepinguga vastuolus olevaks, sest piirab teenuste vaba liikumist ja konkurentsivabadust.<sup>356</sup> Samal põhjusel oleks Euroopa Liidu õigusruumis vastu võetamatu USA-s õiguspärane praktika, kus 20% hangetest on reserveeritud

---

<sup>348</sup> Räägel 2006. Samuti on keskkonnahoidlike hangetega seotud küsimustes Eesti keskkonnahoidlike riigihangete korralduse töörühm avaldanud hulgaliselt kasulikke juhiseid Keskkonnaministeeriumi kodulehel, vt: <http://www.envir.ee/219407> (10.02. 2010).

<sup>349</sup> European Commission. Bulletin of the European Union 2008/9, p 75.

<sup>350</sup> Direktiivi 2004/17/EÜ põhjenduste p-d 1, 38 ja 54; direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduste p-d 1, 26 ja 43.

<sup>351</sup> Vt nt *Gebroeders Beentjes BV vs. Holland*, kohtuasi 31/87, EKL 1988, lk 4635; komisjon vs. *Prantsusmaa (Nord-Pas-de-Calais)* kohtuasi C-255/98, EKL 2000, lk I-7445; *Concordia Bus vs. Helsinki linn ja HKL*, kohtuasi 513/99, EKL 2002, lk I-7213.

<sup>352</sup> Watermeyer 2004, p 42.

<sup>353</sup> EÜ asutamislepingu eesmärkide, sh vaba liikumise, ja sotsiaalsete eesmärkide omavahelise tasakaalustamise küsimuses vt ka: N. Reich. *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the Laval and Viking Cases before the ECJ*. *Juridica International XII/2007*, pp 100–115.

<sup>354</sup> Arrowsmith 2006, p 353.

<sup>355</sup> P. P. Craig. *Administrative Law*, 3rd ed. London Sweet & Maxwell 1994, p 697.

<sup>356</sup> *Du Pont de Nemours Italiana SPA versus Unità Sanitaria locale no 2 di Carrara*. Kohtuasi C-21/88. EKL 1990 Lk I-00889.

väikestele vähemusettevõtetele (*small minority businesses*).<sup>357</sup> Siiski on Euroopa Liidu liikmesriikidel kehtivate direktiivide kohaselt erandina õigus hankelepinguid reserveerida puudega inimeste töökodadele nn kaitstud tööhõiveprogrammide raames.<sup>358</sup> Sellist võimalust kasutavad mitmed liikmesriigid (nt. Holland, Prantsusmaa, Saksamaa, Ühendkuningriik) eriseadustele tuginedes.<sup>359</sup> Samuti on võimalik soodustada väikeste ja keskmise suurusega pakkujate osalemist mitte otsese eelistamise kaudu, vaid teistsuguste meetmete abil, näiteks hangete jagamisel osadeks – sellise võimaluse kehtestab näiteks Saksa seadus.<sup>360</sup>

McCrudden püüab leida vastust küsimusele, kuidas tuleks hankedirektiivide ja Euroopa asutamislepingu valguses käsitleda siseriiklikke regulatsioone, mis kehtestavad hankelepingu täitjate suhtes teatud sotsiaalsetest sekundaarsetest eesmärkidest kantud täiendavaid kitsendusi.<sup>361</sup> Direktiive tuleb esiteks loomulikult tõlgendada kooskõlas Ühenduse üldprintsipiidega. Sh sätestavad mõlema kehtiva direktiivi sissejuhatavad osad, et direktiiv ei tohi takistada selliste meetmete kehtestamist, *mis on vajalikud avaliku korra, kõlbluse, julgeoleku, tervishoiu, inimeste ja loomade elu või taimede kaitse ning eelkõige säästva arengu seisukohalt, kui need meetmed on kooskõlas asutamislepinguga*.<sup>362</sup> Seega on lubatud kehtestada teatud sekundaarseid meetmeid, sh lepingu sisupiiranguid, kui seda tehakse eelmainitud avalikes huvides.

Olemasolev Euroopa Kohtu praktika annab üldised ja suhteliselt katkendlikud piirid selle kohta, millised nõudmised on avalikes huvides lubatavad, millised mitte. Ka avalikuks hüvanguks tehtud nõuded ei tohi olla diskrimineerivad teistest liikmesriikidest päris pakkujate suhtes. Teedrajava tähtsusega lahenditeks tuleb pidada otsuseid kohtuasjades *Guiot*<sup>363</sup> ja *Arblade*.<sup>364</sup> Esimeses nõudis

---

<sup>357</sup> Interpretative Communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement, COM (2001) 566 final. Official Journal C 333, 28/11/2001, p 0027 – 0041.

<sup>358</sup> Direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduste p 28 ja art 19; direktiivi 2004/17/EÜ põhjenduste p 39 ja art 28: puudega inimeste tööturule lõimimise (taaslõimimise) eesmärgil ettenähtud võimalus reserveerida teatud hankelepingud nn kaitstud töökohtadele või programmidele, arvestades, et vaba konkurentsi tingimustes ei oleks sellised pakkujad ilmselt edukad.

<sup>359</sup> Arrowsmith, Kunzlik 2009, pp 312–314.

<sup>360</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB, § 97 lg 3.

<sup>361</sup> McCrudden 2007, pp 531–532.

<sup>362</sup> 2004/18/EÜ sissejuhatav klausel 6; vastavalt 2004/17/EÜ 13 tõlge: *Käesolev direktiiv ei piira kõlbluse, riikliku poliitika, avaliku julgeoleku, tervishoiu, inimeste ja loomade elu kaitsmiseks või taimestiku säilitamiseks ning säästva arengu tagamiseks vajalike meetmete võtmist või jõustamist tingimusel, et need meetmed vastavad asutamislepingule*.

<sup>363</sup> Euroopa Kohtu otsus (esimene koda), 28. märts 1996, kriminaalasjas, milles süüdistatav on Michel Guiot ja Climatec SA, tsiviilkostjast tööandja. Kohtuasi C-272/94. EKL 1996 lk I-01905.

<sup>364</sup> Euroopa Kohtu otsus, 23. november 1999, kriminaalasjades, milles süüdistatavad on Jean-Claude Arblade ja Arblade & Fils SARL (C-369/96) ja Bernard Leloup, Serge

Belgia hankija teisest liikmesriigist pärit pakkujalt hankelepingu täitmisel töötajate sotsiaalse kindlustamise skeemi kohaselt teatud maksete sooritamist.<sup>365</sup> Selline olukord tekitas kahtluse pakkujate (eba-) võrdsest kohtlemisest, mille tuvastamiseks pidas kohus vajalikuks selgitada: (1) kas Belgia seadus piirab teenuste osutamise vabadust; (2) kui, siis kas ülekaalukas avalik huvi õigustab sellist piirangut ning (3) kui, siis kas selline huvi on juba kaitstud teenuse osutaja asukohamaal ja kas soovitud tulemust oleks võimalik saavutada vähem piirava regulatsiooni abil.<sup>366</sup> Vastus esimesele küsimusele oli jaatav, vastuseks teisele küsimusele leidis kohus, et ehitussektori eripära arvestades võib töötajate sotsiaalse kaitsega seonduv avalik huvi tõepoolest [põhimõtteliselt] kujutada endast ülekaalukat vajadust, mis õigustab teenuste osutamise vabaduse sellist piirangut. Samas ei ole sellise olukorraga tegemist juhul, kui kõnealustele töötajatele pakutaks sama või sisuliselt sarnast kaitset tänu tööandja poolt tema asukohariigis tehtud panustele.<sup>367</sup> Nii *Arblade* kui hilisemad kaasused on lepinguliste piirangute legitiimsuse testi rakendanud laiemas tähenduses ja sisustamist täpsustanud, kuid põhimõte jääb samaks: lähetatud töötajate kaitse legitiimne eesmärk peab olema tõepoolest töötajate kaitse, mitte ehitusturul konkurentsi vältimine või isegi sellele takistuste loomine.<sup>368</sup> – Tarkus, mis tundub elementaarne, ometi ehmatavalt eiratud, kui vaadata nt kohtuasjas *Rüffert* selgunud samasisulist avaldust Alamsaksi Liidumaa seaduse põhjenduste kohta.

Kohtuasjas *Rüffert* käsitles Euroopa Kohus järgmist küsimust: kas EÜ asutamislepingu tähenduses on tegemist teenuste osutamise vabaduse põhjendamatuga piiranguga juhul, kui avalik-õiguslikule hankijale antakse seaduse alusel õigus sõlmida ehitustööde riigihankelepinguid üksnes selliste ettevõtjatega, kes kohustuvad pakkumuse esitamisel kirjalikult kinnitama, et nad maksavad ehitustööde teostamisel oma töötajatele vähemalt tööde teostamise koha järgsetes kollektiivlepingutes ette nähtud tasu? Vaidlus puudutas Alam-Saksi liidumaa riigihankelepingute sõlmimise seadust (*Landesvergabegesetz Nds.*), mis sätestas riigihankelepingute sõlmimise eeskirjad 10 000 eurost algava hinnaga lepingute jaoks. Selle seaduse põhjendused selgitavad: *seadusega võideldakse ehitus- ja ühistranspordisektoris odava tööjõu palkamise tagajärjel esinevate konkurentsi-moonutuste vastu ja vähendatakse sellest tulenevat koormust sotsiaalkaitseüsteemidele*. Sel eesmärgil sätestas seadus, et hankijatel on õigus nimetada kohalike ehitus- ja ühistranspordialaste riigihankelepingute pakkujaks üksnes neid ettevõtjaid, kes maksavad tööde teostamise koha järgsetes kollektiivlepingutes kehtestatud palka. Seaduse § 3 lg 1 kohaselt võis ehituse töövõtulepinguid sõlmida ainult ettevõtjatega, kes kohustuvad pakkumise esitamisel kirjalikult kinnitama, et nad maksavad ehitustööde teostamisel oma

---

Leloup ja Sofrage SARL (C-376/96). Liidetud kohtuasjad C-369/96 ja C-376/96, EKL 1999, lk I-08453.

<sup>365</sup> Guiot', punktid 2–8

<sup>366</sup> *Id*, punkt 13

<sup>367</sup> *Id*, punktid 15–17

<sup>368</sup> Reich 2007, pp 107, 111.

töötajatele lepingus ettenähtud ajal vähemalt tööde teostamise koha järgsetes kollektiivlepingutes ettenähtud tasu. Seaduse § 4 lõige 1 sätestas, et tööde allhankimisel peab pakkuja kehtestama samad kohustused ka alltöövõtjatele. Mõlema kohustuse täitmise tagamiseks nägi seadus ette sätestada hankelepingus 1% suurune leppetrahv hankelepingu summast (mitme kohustuse täitmata jätmise korral kokku kuni 10 %-ni hankelepingu summast); kohustuste korduva või raske hooletuse tõttu rikkumise korral aga oli hankijal õigus leping lõpetada sellest ette teatamata, samuti võisid hankijad kohustust rikkunud ettevõtja vastava valdkonna riigihangetest kuni üheks aastaks välja jätta.

Vastavatel tingimustel sõlmitigi 2003. aasta sügisel leping Alam-Saksi liidumaa ja äriühingu *Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG* vahel. Viimane tellis teenused alltöövõtu korras ühelt ettevõtjalt asukohaga Poolas. Kuna Poola ettevõtja kasutas hankeobjektil tööjõudu, kellele maksti ehitustööde kollektiivlepingus ettenähtust madalamat töötasu (ainult 46,57 % ettenähtud palga alammäärast), lõpetas hankija peatöövõtjaga sõlmitud hankelepingu. Kohtuvaidlus tekkis Saksamaal seoses hankelepingus ettenähtud 1%-lise trahvinõude tasumisega, kusjuures apellatsioonikohus leidis, et vaidluse lahendamine sõltub sellest, kas tal on kohustus jätta kohaldamata liidumaa riigihankelepingute seadus põhjusel, et seadus ei ole kooskõlas EÜ artiklis 49 sätestatud teenuste osutamise vabadusega. Põhjusel, et seadus kohustab teistes liikmesriikides asutatud ehitusettevõtjaid kohandama oma töötajatele maksvaid palku vastavalt Saksamaal kollektiivlepingutega ettenähtud palgatasemele, kaotavad need ettevõtjad madalamast tööjõukulust tuleneva konkurentsieelise. Lisaks kahtles eelotsuse taotluse esitanud kohus, kas kohustus järgida kollektiivlepinguid on õigustatud ülekaaluka avaliku huvi tõttu, kuna selles osas kehtivad riigihangete puhul kõrgendatud nõuded võrreldes sellega, mis on töötajate kaitse eesmärgil vajalikud ja kehtestatud kohustusliku miinimumpalgana.<sup>369</sup> Kollektiivlepingute järgimise kohustus ei võimalda seega mitte saavutada välistöötajate tegelikku võrdõiguslikkust Saksa töötajatega, vaid hoopis takistab teistest liikmesriikidest pärit tööjõu kasutamist Saksamaal, kuna nende tööandja ei saa tugineda oma kuludest tulenevale konkurentsieelisele.

Euroopa Kohus leidis, et vaidlusalust sotsiaalsele kaitsele pretendeerivat tingimust (töötasu alammäär) **ei saa** käsitleda töötajate sotsiaalse kaitse eesmärgil õigustatud meetmena.<sup>370</sup> Viidates nn lähetatud töötajate direktiivile<sup>371</sup> ja teenuste osutamise vabaduse aluspõhimõttele leidis kohus, et liikmesriikidel ei ole õigust kehtestada teistes liikmesriikides asutatud ettevõtjatele *niisugust palga alammäär*, nagu on sätestatud ehitustööde kollektiivlepingus.<sup>372</sup>

---

<sup>369</sup> Selline kohustus tuleneb 26.02.1996. a. seadusest töötajate lähetamise kohta: *Arbeitnehmer-Entsendegesetz*; BGBl. 1996 I, lk 227.

<sup>370</sup> Ruffert, p 38.

<sup>371</sup> Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 96/71/EÜ, 16. detsember 1996, töötajate lähetamise kohta seoses teenuste osutamisega. EÜT L 18, 21.1.1997, lk 1–6.

<sup>372</sup> Ruffert, p 35–37.

Kohtulahendi kitsama tõlgendamise korral ei tule siiski järeldada, et igasuguste seadusega võrreldes kõrgendatud nõuete seadmine oleks lubamatu *per se*. Professorid Arrowsmith ja Kunzlik pooldavad pigem seisukohta, et otsus omab tähendust siiski vaid neil konkreetsetel juhtudel, kui tekib otsene konflikt lähetatud töötajate direktiiviga.<sup>373</sup> Omalt poolt leiab käesoleva töö autor, et ehk tuleb põhjendust kohtu otsusele otsida vähemalt kaudselt ka tösiasiast, et vaidlusaluse seaduse põhjenduste kohaselt oli seadus otsesõnu vastu võetud *odava tööjõu palkamise tagajärjel esinevate konkurentsimoonutuste vastu võitlemiseks* ja kohalike sotsiaalkaitsesüsteemide koormuse vähendamiseks. Sellised eesmärgid on ilmselgelt protektsionistliku ja seega asutamislepingu eesmäärke eirava iseloomuga.

## **3.2. Sekundaarsete eesmärkide rakendamine hankelepingu eritingimuste kaudu**

### **3.2.1. Eritingimuste kasutamise eelised**

Euroopa Liidu hankeõigus võimaldab riigihanke kõrvaleesmärke teenivaid tingimusi rakendada nii lepingueelsetes kui lepingulistes suhetes. Hanke-menetluse käigus, näiteks pakkujate kvalifitseerimisel ja pakkumuste hindamisel, on sotsiaalsete kriteeriumide kasutamine võimalik, kuid seotud oluliste piirangutega. Üldreeglina on hankelepingu kaudu toimides (kuigi lepingutingimused on reeglina ette valmistatud eelneva menetluse käigus) hankija kaalutlusruum oluliselt ulatuslikum.<sup>374</sup>

Hankija poolt lepingu täitmisele kehtestatud, eeskätt sotsiaal- või keskkonnaprobleemidega seotud lepingu täitmise tingimusi nimetavad hankedirektiivid<sup>375</sup> lepingu eritingimusteks. Lepingu täitmise etapis on hankijal suurem diskretsioon kui hankemenetluses (või muul kujul lepingueelsetes suhetes). Mittemineeriva kõrvaleesmärgi edendamist on seetõttu kõige efektiivsem teostada just lepingu eritingimuste kaudu. Euroopa Liidus on see ka kõige enam kasutatud,<sup>376</sup> teatud juhtudel aga ainus sobiv strateegia. Sageli võib olla võimalik asja-

---

<sup>373</sup> Arrowsmith, Kunzlik 2009, pp 1–8.

<sup>374</sup> Kuna käesolev töö keskendub hanke eraõiguslike suhete eripärale, ei analüüsita sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalust hankemenetluses.

<sup>375</sup> Direktiiv 2004/18/EÜ artikkel 26 ja direktiiv 2004/17/EÜ artikkel 38.

<sup>376</sup> S. Arrowsmith, C. Maund. CSR in the utilities sector and the implications of EC procurement policy: a framework for debate, pp. 13–14. Kättesaadav: <http://www.nottingham.ac.uk/law/pprg/publications/index.php>; COM (2001) 566 final, *executive summary*; European Commission. Study of the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement: Final Report, 2003. Kättesaadav: [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/stureps/pubproc\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/stureps/pubproc_en.pdf) (27.12.2008), pp 50, 66.

kohaste nõudmiste sätestamine hankelepingu eritingimustena<sup>377</sup> ka olukorras, kus hankemenetluse käigus hankija vajadustele vastavate sotsiaalse sisuga nõuete seadmine pakkujatele on välistatud.

Hankeõiguse üldpõhimõtteid silmas pidades seisneb sekundaarsete eesmärkide lepingutingimuste kaudu juurutamise üks peamisi eeliseid selles, et pakkujaid ei välistata hankemenetlusest,<sup>378</sup> s.t konkurentsi ei piirata tarbetult.

Lepinguõiguse kontekstis omakorda kannab eritingimuste kasutamine modernses eraõiguses tunnustatud sotsiaalse õigluse ideed: võimalik on juurutada sotsiaalpoliitikat lepinguõiguse kaudu olukorras, kus turumehhanismid osutuvad vajalike eesmärkide saavutamiseks ebapiisavaks. Ka näiteks Euroopa ühtse tugiraamistikku projekt (DCFR) sisaldab eraldi peatükki diskrimineerimise kohta lepingutes, rõhutades, et diskrimineerimine on samahästi era- kui avaliku õiguse küsimus.<sup>379</sup>

Lepingu eritingimuste kaudu kõrvaleesmärkide mõjutamise korral on tagatud suhteliselt suurem õiguskindlus, sest hankija nõuded on lepingus sätestatud ja sellisena reeglina täitmiseks kohustuslikud (*pacta sunt servanda* printsiip). Hankijal on võimalik sisustada eritingimused vastavalt tegelikele vajadustele,<sup>380</sup> näiteks võrdsete võimaluste edendamiseks.<sup>381</sup>

Tingimuste sisust lähtuvalt võib eritingimusi liigitada: (i) eritingimused, mille eesmärk on juba kehtivate juriidiliste nõuete täitmise tagamine ja (ii) eritingimused, millega kehtestatakse seadusest kõrgemad standardid. Esimest laadi tingimuste näiteks võib tuua olukorra, kus hankija kohustab teist lepingupoolt tagama, et lepingu otsesed täitjad (töötajad) saaksid töötasuna vähemalt riigis kehtiva miinimumpalga, aga ka üldisemat laadi klausel, mille kohaselt hankelepingu täitmisel on kohustuslik kõigi töövaldkonna miinimumnõuete täitmine.<sup>382</sup> Teise variandi näiteks on nõue maksta hankelepingu täitja töötajatele „õiglast“ töötasu, mis ületab üldkohustusliku miinimumpalga.<sup>383</sup>

Võib tekkida küsimus, milliseid eeliseid annab hankijale nende kohustuslike normide sätestamine lepingu sekundaarse eesmärgina, mille täitmine on lepingu teisele poolele niigi kohustuslik. Siiski võib sellisel valikul olla mitu põhjust: esiteks soov vältida hankija seostamist ebaseadusliku tegevusega, seada end eeskujuks ja vältida avalikkuse kriitikat. Teiseks põhjuseks on võimalus rakendada rikkumise korral täiendavalt lepinguliselt õiguskaitsevahendeid, seeläbi vähendades riski, et lepingu täitja seadust rikkuks või muul moel ebausaldusväärset või hankija jaoks kahjulikult käituks. Näiteks võib lepingu rikkumise

---

<sup>377</sup> De Castro Meireles 2006, p 185.

<sup>378</sup> *Id*, p 186.

<sup>379</sup> M. Hesselink. Common Frame of Reference & Social Justice. – European Review of Contract Law 2008/3, p 265.

<sup>380</sup> European Commission. Study ... 2003, p. 4.

<sup>381</sup> Bovis 2006, pp 90, 116.

<sup>382</sup> Selline üldise eritingimuse hankelepingusse lisamise kohustus kehtib teatud juhtudel näiteks Soomes avaliku hankija korraldatud riigihangete puhul, vt Laki julkisista hankinnoista 30. 3. 2007/348, § 49.

<sup>383</sup> Arrowsmith, Kunzlik 2009, p 109.

tõttu lepingu ennetähtaegse lõpetamise oht mõjuda lepingu täitja jaoks reaalsemalt kui umbmäärane kriminaalkaristuse võimalus. Seda võimalust on peetud eriti oluliseks juhul, kui lepingu täitmiseks vajalikud tööd teostatakse teises riigis ja hankija kahtleb selle riigi poolt seaduste jõustamise efektiivsuses. Samuti tuleb silmas pidada, et lepingu rikkumisest tulenevate sanktsioonide rakendamisel lasub hankijal üldjuhul oluliselt väiksem tõendamiskoormus kui sama faktilise rikkumise eest haldus- või kriminaalkaristuse saavutamiseks. Kolmandaks põhjuseks võib olla soov tagada nõ aus mäng ehk kõigile pakkujatele võrdsed võimalused. See vajadus tuleneb asjaolust, et vastasel juhul saavad pakkumiste tegemisel ebaausa konkurentsieelise need äriühingud, kes oma seaduslikke kohustusi ei täida. Neljandaks aitavad need nõuded kaasa, tagamaks, et hankija rahalisi vahendeid ei kasutataks kriminaalsetel või muudel mittesoovitavatel eesmärkidel.<sup>384</sup>

Kehtivatele seadustele vastava käitumise nõudmine tekitab tõenäoliselt vähem riske sattuda vastuollu hankedirektiividest tulenevate reeglitega. Probleemaatilisem on teine olukord: riigihankes seadusest kõrgemate nõudmiste seadmine.<sup>385</sup> Sellisel juhul peab eritingimuste sisustamisel jälgima, et ei tekiks vastuolu riigihanke põhimõtete, EL õiguse aluspõhimõtete ega hankija lepinguvabaduse muude võimalike piirangutega, mida käsitletakse järgnevalt.

### 3.2.2. Eritingimuste sisustamine kooskõlas hanke üldpõhimõtetega

Hankelepingu eritingimuste sisustamisel peab hankija arvestama lepinguvabaduse piirangutega, mis tulenevad riigihanke üldpõhimõtetest ja EL õiguse aluspõhimõtetest<sup>386</sup> – seda ka juhul, kui tegu on hankemenetluse kohustuslikust piirmäärast allapoole jäävate lepingutega. Direktiivi 2004/18/EÜ artiklis 26 ja direktiivi 2004/17/EÜ artiklis 38 on otseselt sätestatud võimalus kehtestada hankelepingu täitmise eritingimusi – eelkõige sotsiaalsete ja keskkonnaprobleemidega seoses – tingimusel, et need on kooskõlas ühenduse õigusega ning esitatud hanketeates või tehnilises kirjelduses. Ühenduse õigusest tulenevalt peab hankija (i) tagama, et lepingu eritingimused oleksid seotud hankelepingu objektiga ning (ii) arvestama pakkujate võrdse kohtlemise ja (iii) menetluse läbipaistvuse printsiipidega.<sup>387</sup>

(i) Hankelepingu eritingimuste sisustamise vabaduse esimene oluline piirang seisneb selles, et eritingimused peavad olema olemuslikult **hankelepingu täitmisega seotud**.<sup>388</sup> Eritingimusi võib jaotada, tuginedes selle mõju ulatusele: kas kõrvaleesmärk on lepingu täitjale kohustuslik kogu tema tegevuses või

<sup>384</sup> Arrowsmith, Kunzlik 2009, p 112–113, 119.

<sup>385</sup> *Id*, pp 114–115.

<sup>386</sup> McCrudden 2007, pp 522, 531–532, 565.

<sup>387</sup> Arrowsmith 2008, pp 636, 1279.

<sup>388</sup> De Castro Meirelese doktoritöös leiab küll kajastamist ka vastupidine seisukoht, et eritingimused võivad sisaldada ka üldisemat laadi ettekirjutusi. Vt De Castro Meireles 2006, pp 185–186, 315.

ainult konkreetse hankelepingu täitmisel. Esimene variant tekitab kahtlusi selle vastavuse osas EL hankedirektiividele, kuna võib hanketurule juurdepääsu olulisel määral piirata. Sellise nõude näiteks on kohustus rakendada lepingut täitva äriühingu tegevuses positiivset diskrimineerimist. Konkurentsi soodustamise nõuet silmas pidades tuleb eelistada konkreetse hankelepingu täitmisega seotud eritingimusi.

Kirjanduses on juhitud tähelepanu selle nõudega seonduvatele raskustele nii defineerimise kui rakendamise osas. Ei ole näiteks selge, kas on lubatav rakendada eritingimusi kogu täitja ettevõtte suhtes olukorras, kus hankelepingu täitmine, selleks kasutatavad töötajad ja tootmisprotsess ei pruugi olla eristatavad ülejäänud ettevõtte tootmisprotsessist ja töötajatest.<sup>389</sup> McCrudden leiab, et kuna kõne all on lepingu **täitmise** eritingimused, siis tuleb mõnda, et eritingimused ei pea olema seotud lepingu **esemega** selle kitsas tähenduses.<sup>390</sup> Üldjuhul võib lubatavaks pidada tingimusi hankelepingu täitmisega seotud tööjõu kohta, näiteks töölevõtmise poliitika kohta, samuti muid konkreetse hankelepingu täitmise nõudeid. Õigustatud aga ei ole näiteks eritingimused, mis on kohustuslikud **kõigi** täitjale kuuluvate tehaste suhtes.<sup>391</sup>

McCrudden läheb lepingu eritingimuste ja majandusliku eesmärgi käsitlemises veelgi kaugemale ja leiab ka, et võimalik peaks olema kasutada oteselt *kahe eesmärgiga hankelepinguid*, kus hankija üks eesmärk on asja ostmine ja teine sotsiaalse eesmärgi saavutamine, nt töötutele töö andmine. Sellisel juhul ei oleks sotsiaalne eesmärk enam mitte lepingu teisene (sekundaarne, kõrval-) eesmärk, aga keskne, võrdväärne eesmärk majanduslikuga.<sup>392</sup> Ka teised autorid on seda käsitlust toetanud.<sup>393</sup> Loomulikult on esitatud ka vastuargumente. Üheks probleemiks on näiteks küsimus sellest, et mõnes õigussüsteemis võiks kahtluse alla seada sotsiaalseid eesmärke taotleva lepingulise kohustuse kehtivuse: Inglise õigus nõuab lepingu kehtivuse eeldusena näiteks kohustuste vastastikust (*consideration*), mis aga puudub juhul, kui lepinguga kohustutakse milleski, mis on igal juhul kohustuslik seaduse alusel.<sup>394</sup>

Kas ka Eesti kehtiva seaduse alusel n.ö. kahe eesmärgiga lepingute sõlmimine reaalselt võimalik oleks, on enam kui kaheldav. Isegi kui eeldada, et see ei ole direktiivi mõttega vastuolus, on formaalsed takistused ilmselt märkimisväärsed. Direktiivis toodud hankelepingu määratlusele selline leping ei vastaks, keeruline oleks ka hankemenetluse kohaldamine sellisteks lepinguteks tehtud pakkumuste vahel valimiseks. Euroopa Kohtu praktika välistab pakkujate kvalifitseerimise muudele kui praegu otseselt ettenähtu ammendavatele näitajatele tuginedes.<sup>395</sup> Järgides direktiive ei võimalda ka Eesti seadus kahe võrdväärse eesmärgiga

---

<sup>389</sup> Arrowsmith, Maund, pp 30–32.

<sup>390</sup> McCrudden 2007, p 564.

<sup>391</sup> Arrowsmith 2008, p 1279.

<sup>392</sup> McCrudden 2007, p 524.

<sup>393</sup> K. Krüger, R. Nielsen, and N. Bruun, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective* (DJOF Publishing, 1998) 139 – in McCrudden 2007, pp 524–525.

<sup>394</sup> McCrudden 2007, p 525.

<sup>395</sup> Beentjes.

(millest üks oleks sotsiaalne) hankelepingute sõlmimist. Näiteks RHS § 1 viitab eeskätt hanke majanduslikule olemusele, § 4 lg 1 määratleb hankelepingu esemena asjad, teenused või ehitustööd. Teenused on sama paragrahvi lg 5 ja lisa 2 abil ammendavalt määratletud ja sotsiaalseid eesmärke ei sisalda. Kokkuvõttes eeldaks McCruddeni kahe võrdse eesmärgiga lepingute teooria praeguse hankeõiguse kvalitatiivset ümberkorraldust või -hindamist.

(ii) Võrdse kohtlemise nõudest tulenevalt ei tohi lepingutingimused olla kavandatud sellistena, et leping kujuneks teisest liikmesriigist pärit lepingu täitja suhtes kas otseselt või kaudselt **diskrimineerivaks**. Kaudse erineva kohtlemisega on tegemist siis, kui diskrimineerimine on mingi näiliselt neutraalse nõude faktiline tagajärg.<sup>396</sup> Sel põhjusel oleks näiteks keelatud eritingimusena sätestada kohustust kasutada lepingu täitmisel konkreetsest piirkonnast pärit tööjõudu.<sup>397</sup>

(iii) Läbipaistvuse põhimõttest tulenevalt valitseb seisukoht, et lepingu eritingimused peavad olema eelnevalt **hankemenetluses teada antud**.<sup>398</sup> M. De Castro Meireles soovib oma doktoritöös läbipaistvuse printsüübist lähtudes näha sekundaarsete eesmärkide kasutamine ette seadusandlikult. Seeläbi on üldjuhul tagatud suurem läbipaistvus kui kehtestamisel haldusaktiga.<sup>399</sup> Direktiivid sätestavad: eritingimused peavad olema esitatud hanketeates või tehnilises kirjelduses.<sup>400</sup>

Kuigi üldiselt ei allu hankelepingu sisu detailsetele reeglitele, vaid nõutav on pelgalt põhimõtteline kooskõla eespool näidatud EL hankeõiguse üldpõhimõtetega, on siinjuures erandiks lepingu eseme tehniline kirjeldus.<sup>401</sup> Lepingu eseme tootmisprotsessile või -meetodile tohib viidata vaid juhul, kui see on asjaolusid arvestades õigustatud.<sup>402</sup> Tehnilisse kirjeldusse sotsiaalse sisuga kriteeriumi lisamise osas on nii teoorias kui praktikas tõstatatud näiteks küsimus, kas hankijal oleks kehtiva regulatsiooni valguses õigus seada hankes tehniliseks tingimuseks, et ostab *fair trade* kohvi. Vastuseks Euroopa Parlamendis esitatud sellesisulisele küsimusele vastas komisjon, et *fair trade* toote hankimiseks peaks toote kirjeldus määratlema sisulised sotsiaalsed või keskkondlikud nõudmised, mis sellise märgistusega kaasnevad. Kui toode vastavat märgistust kannab, siis saab sellistele nõuetele vastavust eeldada, kuid märgistuse puudumisest ei tohi automaatselt järeldada vastupidist, vaid teistele tootjatele tuleb anda võimalus tõendada nõuetele vastavust muude sobivate vahenditega.<sup>403</sup> Analoogilistel, aga detailselt reguleeritud tingimustel sätestab direktiiv 2004/18/EÜ ökomärgistuse kasutamise võimaluse (art 23 p 6). Nimelt

---

<sup>396</sup> V. Murumets. Võrdne kohtlemine eraõiguslikes suhetes. Juhendaja: M. Ernits, LL.M. Tallinn 2007, lk 24, 25.

<sup>397</sup> Beentjes; European Commission. Study ... 2003, p. 16.

<sup>398</sup> European Commission. Study ... 2003, p 50.

<sup>399</sup> De Castro Meireles 2006, pp 191, 310.

<sup>400</sup> Direktiiv 2004/18/EÜ art. 26.

<sup>401</sup> Vt RHS § 32–33.

<sup>402</sup> McCrudden 2007, p. 541.

<sup>403</sup> *Id*, p 543.

kui hankija seob lepingu eseme kasutusomaduste või funktsionaalsete nõuetega keskkonda mõjutavad tegurid, võib sealjuures tervikuna või osaliselt kasutada ökomärgistega määratletud nõudeid tingimusel, et: (i) sellised nõuded on lepingu eseme omaduste määratlemiseks kohased ja (ii) koostatud teadusinfo põhjal; (iii) ökomärgiste vastuvõtmisel kasutatakse menetlust, milles võivad osaleda kõik huvirühmad (näiteks riigiasutused, tarbijad, tootjad, turustajad ja keskkonnakaitseorganisatsioonid); (iv) ökomärgised on kõigile huvitatud isikutele kättesaadavad ning (v) kuigi hankija võib määrata, et ökomärgist kandvaid tooteid ja teenuseid loetakse hankedokumentidele vastavaiks, peab hankija andma pakkujatele võimaluse kasutada vastavuse tõendamiseks ka mistahes muid asjakohaseid tõendusmaterjale.

Teatavasti ei reguleeri hankedirektiivid ammendavalt kogu riigihanget,<sup>404</sup> vaid detailne regulatsioon on liikmesriikide pädevuses. Peaaegu kõigi õigus-süsteemide jaoks ongi riigisisese pädevuse teostamisel üheks võtmeküsimuseks nimetatud sekundaarsete eesmärkide reguleerimist.<sup>405</sup> Kuna liikmesriikidel on vabadus otsustada, millistel juhtudel hankijad võivad hangetega sekundaarseid eesmarke taotleda ja millistel juhtudel nad seda tegema peavad,<sup>406</sup> on sellesisulised riigisisised regulatsioonid vägagi erinevad. Siseriiklik regulatsioon võib viidata kõrvaleesmärkide rakendamisele kui hankija kohustusele või võimalusele või üldse mitte reguleerida. Austrias ja Rootsis on riigihangete kaudu sotsiaalsete aspektide toetamine seadusega ette nähtud, näiteks on eraldi ette nähtud naiste õiguste edendamine. Taanis ja Hollandis aga praktiseeritakse sotsiaalsete aspektide edendamist hangete kaudu ilma eraldi seadusandliku regulatsioonita.<sup>407</sup> Eesti kehtiv seadus ei näe ette eritingimuste kasutamise võimalust ning kahetsusväärset ei ole see Eestis ka tunnustatud praktika.<sup>408</sup> Autor analüüsib järgnevalt, kas ja millistel tingimustel võiks hanke eritingimuste kasutamine Eestis siiski teostatav olla.

### **3.2.3. Hankelepingu eritingimuste kasutamine Eesti õiguse kohaselt**

#### **3.2.3.1. Eritingimuste kehtestamise võimalus**

Põhiseaduslike printsiipide kohaselt on Eesti sotsiaalne õigusriik, mis tunnistab muuhulgas sotsiaalset turvalisust kui üht põhiväärtust.<sup>409</sup> Sotsiaalriigi põhimõttest tuleneb riigi üldine kohustus toimida sotsiaalselt ning hoolitseda

---

<sup>404</sup> SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) ja teised versus Société coopérative “Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes” ja teised. Liidetud kohtuasjad 27/86, 28/86 ja 29/86. EKL 1987 Lk 03347; Beentjes.

<sup>405</sup> Arrowsmith 2006, p 351.

<sup>406</sup> COM (2001) 566 final, *executive summary*.

<sup>407</sup> European Commission. Study ... 2003, p 18–19.

<sup>408</sup> Vt Räägel 2006, lk 108; Taube 2009, lk 38, 61–64.

<sup>409</sup> Eesti Vabariigi Põhiseadus: kommenteeritud väljaanne 2008, lk 77, 114; PS § 10.

sotsiaalse õigluse eest.<sup>410</sup> Selle põhimõttega oleks kooskõlas avalike hankijate poolt sekundaarsete eesmärkide arvestamine riigihankelepingute sõlmimisel. Tuleb siiski tõdeda, et Eestis ei ole kõrvaleesmärkide kasutamisega seondud sugugi üheselt arusaadavalt reguleeritud. Nagu eespool näidatud, peavad eritingimused olema seotud hankelepingu objektiga ning eritingimuste kasutamisel tuleb arvestada pakkujate võrdse kohtlemise ja menetluse läbipaistvuse printsiipidega. See tähendab muuhulgas, et eritingimused tuleb hankelepingu sõlmimisele eelnevates suhetes õigeaegselt avaldada.

Eesti riigihangete seaduse kehtiv redaktsioon ei tunne aga isegi terminit *eritingimused* ega muul kujul väljendit hankelepingu kõrvaleesmärke kajastavate sätete kohta.<sup>411</sup> Selline termin oleks autori arvates vajalik seaduses defineerida ning otsesõnu ette näha selliste tingimuste kasutamise lubatavus. Vajadus sellise selgesõnalise regulatsiooni järele tuleneb eeskätt Eesti hankijate ülimalt formaalsest suhtumisest riigihankemenetlusesse.

Mis puudutab eritingimuste õigeaegse avaldamise nõuet, siis saab vastava kohustuse kaudselt tuletada seadusest alamalseisvast aktist<sup>412</sup> ja/või EL õigusest, kuid otseselt kehtiv RHS sellist nõuet ei sisalda.

Probleemi üldjuhul ei saa tekkida avatud ega piiratud hankemenetluse puhul, kus läbirääkimised pakkujatega on keelatud ja hankija peab sõlmima hankelepingu sellistel tingimustel, nagu see hankedokumentides välja kuulutati. Riigihangete seaduse kohaselt<sup>413</sup> tuleb hankedokumentides näidata **kõik tulevase hankelepingu tingimused või hankelepingu projekt**, välja arvatud **need asjaolud, mille kohta hankija soovib võistlevaid pakkumusi**. Eeldusel, et sekundaarsed eesmärgid ei ole asjaoludeks, mille kohta võistlevaid pakkumusi saada soovitakse, tuleb võimalikest sekundaarseid eesmarke kandvatest eritingimustest sarnaselt teiste lepingutingimustega hanketeates või -dokumentides teavitada.

Olukord on aga keerulisem nende menetlusliikide puhul, kus läbirääkimised on lubatud. Võistleva dialoogi käigus võimaldab seadus **käsitleda kõiki tulevase hankelepingu tingimusi**,<sup>414</sup> läbirääkimistega hankemenetluse<sup>415</sup> puhul on

---

<sup>410</sup> K. Merusk. Avalike ülesannete eraõiguslikele isikutele üleandmise piirid. *Juridica* VII/2000, lk 502.

<sup>411</sup> Võrdluseks: riigivaraseadus võimaldab eritingimustega sisult sarnaste kohustuste – nn. *lisatingimuste* – kasutamist riigivara võõrandamisel või kasutusse andmisel. Seadus viitab võimalusele näha riigi vara võõrandamisel või kasutusse andmisel ette nn. *lisatingimusi*, sealhulgas loomult sotsiaalseid kohustusi hõlmavaid kohustusi, nt.: tööhõive tagamine, uute töökohtade loomine, keskkonnakaitsealased tingimused ja muud asjakohased lisatingimused, mille täitmist peab menetluse otsustaja oluliseks. Vt riigivaraseadus, 11.11.2009 – RT I, 03.12.2009, 57, 381, 01.01.2010, § 66 lg. 1, § 72 lg 1, § 73 lg. 1, p.-d 3, 4, 6, 7.

<sup>412</sup> Riikliku riigihangete registri põhimäärus. Vabariigi Valitsuse 18. mai 2007. a määrus nr 158, 08.06.2007 – RT I 2007, 39, 278, § 13 lg 2 p 26 (edaspidi „Määrus nr 158”).

<sup>413</sup> RHS § 31 lg 2 p 3, 4

<sup>414</sup> RHS § 63 lg 7

<sup>415</sup> RHS §-d 27 ja 28

hankijal lubatud jätta hankedokumentidesse märkimata need lepingutingimused, mida ei saa pakkumuse esitamise ettepaneku tegemise hetkel määrata või mille üle hankemenetluse käigus läbi räägitakse.<sup>416</sup> Seadus ei näe ette erandit lepingu sotsiaalsete ja keskkonnaalaste eritingimuste suhtes, mis viib järeldusele, et ka nende läbirääkimine on lubatud.

Hanketeates kohustuslikult sisalduva informatsiooni loetelu ei sätesta riigihangete seadus, vaid vastava volitusnormi<sup>417</sup> alusel vastuvõetud Vabariigi Valitsuse määrus. Määruse tekst nimetab hanketeates sisalduvate andmete seas muuhulgas märget **hankelepingu täitmise suhtes kehtivate muude eritingimuste kohta**, samuti selle kohta, kas riigihanke või selle osa suhtes rakendatakse keskkonnasäästlikkuse nõudeid.<sup>418</sup> Tehnilise kirjelduse nõuded viitavad **võimalusele** kasutada tehnilise kirjelduse osana keskkonnakaitse nõudeid,<sup>419</sup> kuid ei kehtesta vastavat **nõuet**.

Eeltoodust nähtub, et Eesti **seaduse** kohaselt alluvad kõrval- ehk sekundaarseid eesmärke kandvad eritingimused muude lepingutingimustega samadele reeglitele: vaid avatud ja piiratud menetluse korral on hankija kohustatud need avaldama, muude menetlusliikide puhul võimaldab seadus jätta eritingimused hankija diskretsioonist sõltuvalt läbirääkimiste objektiks ja need varasemas menetluses avaldamata jätta. Seega Eesti **riigihangete seadus ei kajasta** hankedirektiividest tulenevat nõuet hankelepingu eritingimused hankemenetluse käigus õigeaegselt teatavaks teha.

Ometi on kirjanduses avaldatud seisukohta, et hankedirektiivide rakendamist liikmesriikide poolt saab pidada kohaseks juhul, kui see toimub **seadusandlikul** teel. Isegi kui on tegemist direktiivis piisavalt selgelt, täpselt ja tingimusteta sätestatud reegluga, mis on sellisena vahetult kohaldatav, on liikmesriik kohustatud reegli üle võtma sellisel kujul, et kolmandatel isikutel tekiks **riigisisese õiguse** alusel vastav nõudeõigus. Muuhulgas ei loeta liikmesriiki oma ülevõtmiskohustused täitnuks, kui riigisisese kohtu puudulikke seadusi selliselt tõlgendavad, et saavutatakse direktiiviga nõutav tulemus. Põhjus on, et sellisel teel ülevõetud õigus ei ole piisavalt selge.<sup>420</sup>

On küsitav, kas Eesti kehtiva seaduse alusel on hankijal kohustus eritingimused õigeaegselt avaldada ja kolmandatel isikutel sellele kohustusele vastav nõudeõigus. Nagu eespool öeldud, ei riigihangete seadus ega ka asjakohane Vabariigi Valitsuse määrus isegi ei defineeri väljendit „eritingimused“. Väljendi sisu ei selgu ka Eesti üldisest õigusterminoloogiast ega õiguslikust kontekstist, mistõttu ilma hankedirektiivide asjaomaste artiklite täpset sisu teadmata ei ole Eesti õiguse alusel võimalik mõista ega sisustada Vabariigi Valitsuse määrust lepingu täitmise eritingimustele viitavas osas.

---

<sup>416</sup> RHS § 66 lg 3 ja § 68 lg 2

<sup>417</sup> RHS § 105 lg 5

<sup>418</sup> Määrus nr 158, § 13 lg 2 p 26, 59 ja 73.

<sup>419</sup> RHS § 32 lg 2 ja 3 ning § 33 lg 5.

<sup>420</sup> Arrowsmith 2008, pp 161–162.

Samuti võib tõstatada küsimus, kas valitsus täitevvõimuna ei ole antud juhul kehtestanud piirangut ilma selleks seaduslikku alust omamata – peaks ju põhi-seadusest ja õiguse üldpõhimõtetest tulenevalt täitevvõimul olema voli üksnes seaduslikke piiranguid **täpsustada**.<sup>421</sup> Kolmandaks, kuigi seadust ja valitsuse määrust tuleb tõlgendada kooskõlas Euroopa Liidu õigusega<sup>422</sup> ja sedakaudu on võimalik direktiiviga kavatsatud reeglina jõuda, võib sellise tõlgenduse tulemust omakorda pidada vastuolus olevaks teiste seaduse tekstist tulenevate reeglitega (vt eespool).

Tuleb tõdeda, et kehtiv regulatsioon ei anna üheselt arusaadavat selgitust selle kohta, milline hageja käitumisviis on vaidlusaluses küsimuses õigus-pärane: kas eritingimustest **peab** eelnevalt teavitama ja need seeläbi läbirääki-miste objektist välistama (nagu valitsuse määrusest võib kaudselt tuletada) või sõltub see hankija diskretsioonist ja menetluse liigist (nagu seadusest võib järeldada). Sellisena rikub kehtiv regulatsioon õigusselguse printsiipi.<sup>423</sup>

Üheselt arusaadava õigusliku regulatsiooni saavutamiseks on hädavajalik täiendada riigihangete seadust kooskõlas direktiivides sätestatud reeglitega: (i) defineerida lepingu eritingimuste mõiste ja (ii) kehtestada võimalus eritingimusi lepingus kasutada tingimusel, et hankija on (sõltumata hankemenetluse liigist) eritingimused kindlaks määranud hanketeates või hankedokumentides (tehnilises kirjelduses). Autori arvates tuleks ühtlasi seaduses otsesõnu sätestada, et (iii) eritingimused ei tohi hankemenetluses läbirääkimiste objektiks olla. Juhul kui eritingimused peaksid olema läbiräägitavad, s.t hankijal on õigus selles suhtes teatud järeleandmisi teha, võiks kujuneda konkurentsi moonutamise olu-kord, mille vältimine aga on üks sekundaarse eesmärgi kasutamise põhjusi.

Eeltooduga seoses tekib küsimus, millises ulatuses oleks mõistlik võimal-dada ja/või piirata Eesti hankijate diskretsiooniõigust sotsiaalsete kriteeriumite **sisustamisel**. Ühest küljest on Eesti hankijate puhul märgitud hankemenetluse suurt formaalsust ja vähest paindlikkust.<sup>424</sup> Riigihangete Ameti 2008. aasta tegevuse kokkuvõtte nimetab riigihangete korraldamise üldpõhimõtete järgimist takistavate probleemidena muuhulgas *hankeid korraldavate inimeste puu-dulikkude ettevalmistust ning nende ülesannete ja vastutuse määratlematust, samuti hankemenetluse korraldamise ja hankelepingu sõlmimise regulatsiooni puudumist hankijate juures*. Seetõttu võiks arvata, et ei ole mõistlik olukorda veelgi enam komplitseerida, sundides hankijat ühtlasi otsuseid langetama sot-

---

<sup>421</sup> Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelvalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järel-valve asjades nr 3-4-1-10-02, p 24, ja 3-4-1-3-96.

<sup>422</sup> Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-4-06, p 22; Riigikohtu halduskolleegiumi otsus haldusasjas nr. 3-3-1-57-06, p 16, Riigikohtu halduskolleegiumi kohtumäärus haldusasjas nr 3-3-1-85-07, p 38; Arrowsmith 2008, p 165.

<sup>423</sup> Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelvalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järel-valve asjas nr 3-4-1-8-00, p 13; Riigikohtu üldkogu otsus põhiseaduslikkuse järelvalve asjas nr 3-4-1-2-05, p 31.

<sup>424</sup> Vt nt Public Procurement Review. Acceding countries (8) Central & Eastern Europe. Estonia: June 2003, kättesaadav:

<http://www.oecd.org/dataoecd/11/32/34992314.pdf>, p 2.

siaalsete tingimuste sisu osas. Näiteks Saksamaal on sotsiaalsete kriteeriumide rakendamine reguleeritud liidumaa seadustega, hankijatel ei ole õigust omal äranägemisel täiendavaid sotsiaalseid kriteeriumeid kehtestada.<sup>425</sup> Sellise regulatsiooni järgi on vähem võimalusi, et kõrvaleesmärkide sisustamine tekitab vastuolu hanke üldpõhimõtetega, näiteks toimib kaudse proteksionismina.

Teisest küljest on ilmne, et seadusega on võimalik teha ettekirjutusi vaid üksikute sotsiaalsete eesmärkide kohta ja ka sellisel juhul ilmselt vaid selliste standardite osas, mis iseenesest on juba seadusega kohustuslikud. Teiste sõnadega, ei saa seada kõrgemaid nõudeid kui on seaduses ettenähtud miinimumstandardid. Autori arvates võiks eelistada nimetatud kahe mudeli kombineerimist: sätestada seaduses (ja hankelepingu tüüptingimustes) miinimumstandard kohustuslikuna ning lisaks anda hankijale võimalus vastavalt asjaoludele näha ette täiendavaid eritingimusi. Eritingimuste sisustamisel peab hankija vältima vastuolu hanke üldpõhimõtetega (vt selle kohta eespool osa 3.2.2), s.t peab tagama, et lepingu eritingimused oleksid seotud hankelepingu objektiga, ning arvestama pakkujate võrdse kohtlemise ja menetluse läbipaistvuse printsiipidega.

### 3.2.3.2. Eritingimuste rikkumise tagajärjed

Kui täitja peaks hankelepingu täitmisel eritingimust rikkuma, siis milliseid õiguskaitsevahendeid on hankijal võimalik rakendada? Eesti RHS § 4 lõike 1 kohaselt kohaldatakse hankelepingule õigusaktides vastava lepinguliigi kohta sätestatud, s.t leping allub võlaõigusseadusele ja teoreetiliselt saab kasutada kõiki seal sätestatud õiguskaitsevahendeid, samuti kõrvalkohustuse ehk lepingulise õiguskaitsevahendina leppetrahvi.<sup>426</sup> Milliseid õiguskaitsevahendeid hankija reaalset rakendada võib, sõltub konkreetsest hankelepingust ja rikkumise asjaoludest.<sup>427</sup>

Vaieldav on ka, kas ja millises ulatuses saaks hankija kasutada hinna alandamise või kahju hüvitamise võimalust eritingimuse rikkumise korral. Hinna alandamise üheks eelduseks on teatavasti hinna ja rikutud kohustuse vahelise vastastikkuse seose olemasolu, samuti mittekohase ja kohase täitmise väärtuse erinevus.<sup>428</sup> Eeldatavasti on aga raske või võimatu siduda sotsiaalse või keskkonnasäästliku iseloomuga kohustuse täitmist lepingu hinnaga või näidata rahalises suuruses mittekohase täitmise väärtust, mis oleks erinev kohase täitmise väärtusest (s.o. väärtusest eritingimuse järgimise korral). Seetõttu ei ole hinna alandamine eritingimuste rikkumise korral autori hinnangul reaalset rakendatav.

---

<sup>425</sup> Otting 2008, p NA 194.

<sup>426</sup> VÕS § 101 ja § 158 lg 1.

<sup>427</sup> Lepingu eritingimuste rikkumise korral õiguskaitsevahendite rakendamise kohta Ühendkuningriigis vt Arrowsmith 2008, pp 1249–1250.

<sup>428</sup> VÕS § 112 lg 1

Sarnaselt hinna alandamisele on ka oma kohustuse täitmisest keeldumise<sup>429</sup> eelduseks teatava seose olemasolu hankija kohustuse (s.o eeskätt tasu maksmise) ja teise poole eritingimustest tuleneva kohustuse vahel. Sellist seost eeldab seadus muuhulgas näiteks juhul, kui kohustused tulenevad samast õigussuhtest,<sup>430</sup> seega võib hankijal olla õigus oma kohustuste täitmisest keelduda, kui teine pool eritingimust ei täida. Siiski ei tohi hankija keeldumine olla vastuolus hea usu põhimõttega, mis võib juhtuda näiteks juhul, kui kohustused on oluliselt proportsioonist väljas. Näiteks on küsitav, kas õiglasi töötingimusi puudutavate eritingimuste rikkumise puhul on hankijal õigus oma kohustuste täitmisest keeldumisena edasi lükata suurehitise rajamise eest tasumisele kuuluv miljonite kroonide suurune makse, kuni teine lepingupool ei tee väikest muudatust ühe töötaja töötingimustes. Sellise seotuse olemasolu on võimalik lepingus kinnitada, sätestades eritingimuse rikkumise tagajärjena hankija õiguse peatada lepingujärgsed maksed kuni rikkumise kõrvaldamiseni. Samas võib sellisel juhul aga tõusetuda küsimus tüüptingimuse tühisusest ebamõistliku koormavuse tõttu.

Ka kahjunõude võimalus ja/või efektiivsus on eritingimuse rikkumise korral küsitav ning eeldaks paljuski võlaõigusseaduse praeguste põhimõtete ümberhindamist või otsese erandi aktsepteerimist. Tõenäoliselt vaid harva tekitab eritingimuste rikkumine hankijale varalist kahju, kuna rikutud kokkulepe ei ole suunanud kasu saamisele, vaid teatud ühiskondlike väärtuste edendamisele. Kahju hüvitamise eesmärk on panna kahjustatud isik samaväärsesse *finantspositsiooni*, mis tal oleks olnud, kui lepingut oleks kohaselt täidetud.<sup>431</sup> Enamasti aga eritingimuste rikkumine ilmselt hankija rahalist olukorda ei mõjuta.

Võimalikud on erandid: näiteks vastutab hankija ehitise omanikuna ehitusel viibivate ja töötavate isikute ohutuse eest.<sup>432</sup> Kui hankelepingu tööohutust puudutavate eritingimuste rikkumise tõttu kannatab ehitusplatsil viibiv kolmas isik kahju ja hankija selle hüvitab, siis sõltuvalt asjaoludest võib hankija poolt makstud kahjutasu olla eritingimuste rikkumisega põhjuslikus seoses. Ka võib varaline kahju seisneda teatud kaasnevates – nt õigusabi - kuludes, kuid see ei ole rikkumise läbi tekitatud põhiline negatiivne tagajärg. Sõltuvalt eritingimuste iseloomust võib rikkumine printsüübis tekitada hankijale mittevaralist kahju - nt kui eritingimused on seotud hankija hea maine säilitamisega. Samas on mittevaralise kahju nõue eelduslikult suunanud füüsiliste isikute kasuks, juriidilise isiku kahjunõue oleks pretsedenditu, kuigi otseselt mitte välistatud. Ka ei ole üldprintsüübis võimalik nõuda mittevaralist kahju, kui see on tekkinud lepingulistest suhetes.<sup>433</sup> Erandina annab sellise võimaluse VÕS § 134 lg 1: lepingust

---

<sup>429</sup> VÕS § 111 lg 1

<sup>430</sup> VÕS § 110 lg 1

<sup>431</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p 442.

<sup>432</sup> Töötervishoiu ja tööohutuse nõuded ehituses. Vabariigi Valitsuse 08.12. 1999 määrus number 377, RT I 1999, 94, 838, redaktsioon: VV m 30.04.2009 Nr. 74 jõust. 01.07.2009, RT I 2009, 25, 155, § 3 lg 1.

<sup>433</sup> Varul et al 2006, lk 472–473.

tuleneva kohustuse rikkumise eest võib mittevahalise kahju hüvitamist nõuda, kui kohustus oli suunatud mittevahalise huvi järgimisele ja lepingu teine pool pidi aru saama, et kohustuse rikkumine võib mittevahalist kahju põhjustada. VÕS kommentaaride kohaselt majanduskäibes tavalised lepingud sätte eeldustele ei vasta.<sup>434</sup> Isegi kui lepingu eritingimused teatud asjaoludel tõepoolest kujutavad endast harvaesinevat näidet, mille puhul on lepinguline kohustus suunatud mittevahalise kahju vältimisele, ei rakendu see võimalus siiski ilmselt mitte sageli. Pigem tuleb tõdeda, et reeglina ei anna eritingimuse rikkumine alust hankija poolsele kahjunõudele, vähemalt mitte olulises ulatuses.

Kahjunõude esitamisest asjakohasemaseks võib eritingimuste rikkumise korral lugeda kohustuse täitmise sekundaarnõude<sup>435</sup> esitamist. Täitmisnõue peaks hankija jaoks olema eelistatavam õiguskaitsevahend ka arvestades eritingimuste üldkasulikkust eesmärgi. Kahjunõudega võrreldes on täitmisnõude eeliseks muuhulgas asjaolu, et võlausaldaja (siin: hankija) väldib rikkumisest tingitud kahju arvestamisega seotud raskusi.<sup>436</sup> Sealjuures ei saa siiski sõltuvalt asjaoludest välistada, et konkreetses olukorras võib eritingimuse täitmine olla võimatu.

Näiteks kui lepingu täitjal on kohustus uute töötajate töölevõtmisel järgida võrdõiguslikke proportsioone, kuid seda printsiipi rikkudes on uute töötajatega juba tööleping sõlmitud, siis ei ole võimalik nõuda, et isik vallandaks senised töötajad ja/või palkaks töötajaid juurde. Sellise nõude täitmine oleks kas õiguslikult võimatu – kehtivate töölepingu või seaduse tingimustest tulenevalt – või ebamõistlikult kulukas – võimaliku lõpetamisega kaasnevate hüvitiste tõttu ja/või seetõttu, et tööandja peaks looma töökohti, mida ta tegelikult ei vaja. Sellistel asjaoludel ei ole täitmisnõue aga õigustatud.<sup>437</sup>

Samas ei ole hankelepingu täitjal õigust täitmisest keelduda pelgalt rahalistele raskusetel viidates (kui ei ole tegemist ebamõistlike kuludega).<sup>438</sup> Näiteks ei ole õigustatud eritingimustes ettenähtud kõrgetasemelist tööohutust tagavate meetmete rakendamata jätmise põhjusel, et lepingu täitmine oleks soodsam tavapäraste, kuid vähem turvaliste meetmetega. Samadest põhimõtetest lähtub täitmisnõude võimaldamisel ja välistamisel euroopa eraõiguse nn ühtne tugi- raamistik (DCFR), milline viitab täitmisnõuet välistava asjaoluna nii faktilisele kui õiguslikule võimatusele – olukorrale, kus täitmine oleks küll võimalik, kuid ebaseaduslik.<sup>439</sup> Hindamaks, kas täitmist välistava asjaoluna esineb ebamõistlik koormavus või kulukas, tuleb muuhulgas arvesse võtta võlausaldaja – hankija – õigustatud huve<sup>440</sup> ning lepingu sõlmimise asjaolusid. Pigem võib täitmine osutada liigselt koormavaks või kulukaks juhul, kui täitmise asjaolud on lepingu sõlmimise järel muutunud.

---

<sup>434</sup> Varul et al 2006, lk 473.

<sup>435</sup> VÕS § 108 lg 2.

<sup>436</sup> DCFR, III.–3:302: Non-monetary obligations, *Comments, B*, p 140.

<sup>437</sup> VÕS § 108 lg 2 p. 1 ja 2

<sup>438</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p 448.

<sup>439</sup> DCFR III.–3:302: Non-monetary obligations, para 1, 23 (a).

<sup>440</sup> Varul et al 2006, lk 350.

Võib tõstatada küsimus sellest, kas eritingimuste rikkumise korral peaks hankijal olema võimalik hankelepingust taganeda. Teatavasti on taganemine õiguskaitsevahendina võimalik vaid olulise rikkumise korral, eelkõige VÕS § 116 lg 2 antud nädisloetelus toodud olukordades. Kestvuslepingu olulise rikkumise korral toimub ülesütlemine VÕS § 116 lg 6 ja § 196 alusel. Eritingimuste rikkumine võib sõltuvalt asjaoludest tõepoolest kujutada endast mõnda § 116 lg 2 sätestatud olukorda, s.o.: kohustust rikuti tahtlikult või raske hooletusega (p 3), rikkumine annab aluse järeldada, et see kordub (p 4) või rikkumist ei kõrvaldatud selleks antud tähtaja jooksul (p 5). Samuti võib hankelepingus sätestada, milliseid rikkumisi oluliseks loetakse. Hankelepingu puhul ei tohi selline kokkulepe olla lepingu täitjat ebamõistlikult kahjustav (vt eespool 3. ptk), samuti ei saa kohaldada kokkulepet, mis on vastuolus üldise hea usu põhimõttega või hanke üldpõhimõtetega. Näiteks on küsitav, kas vähetähtis, lepingu konteksti ebaoluline rikkumine tõepoolest annab teisele poolele õiguse taganeda, isegi kui see on lepinguga ette nähtud või kui sellise kohustuse täitmiseks on eelnevalt antud täiendav tähtaeg.<sup>441</sup> Pelgalt fakt, et rikkumine puudutab hankelepingu eritingimust, mitte primaarset lepingujärgset kohustust, ei tohiks taganemise võimalust välistada. Kui eritingimuse rikkumine on oluline, võib hankijal tekkida taganemise õigus, isegi kui põhikohustust kohaselt täidetakse. Siiski ei tohiks taganemine eritingimuste rikkumise korral olla hankija esmane valik. Teisest küljest oleks soovitav taganemise võimalus ja selle teostamise tingimused hankelepingus kindlasti (mõistlikel tingimustel) määratleda, vähendamaks võimalikke vaidlusi eritingimuste rikkumise olulisuse teemal. Sõltuvalt asjaoludest võib hankija olla kohustatud rikutud eritingimuste täitmiseks täiendada tähtaja andma.<sup>442</sup>

Eeltoodust nähtub, et seaduses ettenähtud õiguskaitsevahendite reaalse rakendamise võimalus võib hankelepingu eritingimuste rikkumise korral olla seotud küsitavustega ja/või osutada mittesobivaks. Üks võimalus olukorra leevendamiseks lepingu abil on tagada eritingimuste täitmine leppetrahviga.<sup>443</sup> Eritingimuste rikkumise korral rakendub eeskätt leppetrahvi preventiiv-funktsioon, kuigi teatud juhtudel võib leppetrahv sellises situatsioonis täita ka kahju hüvitamise funktsiooni.<sup>444</sup> Tuleb silmas pidada, et leppetrahvi nõude eelduseks on vabandavuse puudumine<sup>445</sup> ning kuigi printsipi on tegemist dispositiivse sättega, ei ole hankelepingutes ilmselt õigustatud sellele reeglile erandi sätestamine. Sellist kokkulepet võiks pidada ebamõistlikuks ja tüüptingimustel sõlmitud hankelepingu puhul seetõttu tühiseks.

Mõistlikkuse kriteeriumiga seondub ka leppetrahvi suurus: ebamõistlikult suurt leppetrahvi on kohtul õigus vähendada mõistliku suuruseni.<sup>446</sup> Leppetrahvi

---

<sup>441</sup> Triviaalsele rikkumisele tugineva taganemise keelu kohta vt Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p 422.

<sup>442</sup> vt VÕS § 116 lg 4, § 196 lg 2

<sup>443</sup> VÕS § 158.

<sup>444</sup> Varul et al 2006, lk 537.

<sup>445</sup> VÕS § 160.

<sup>446</sup> VÕS § 161 lg 1.

mõistliku suuruse määramine sõltub rikkumise asjaoludest: näiteks Saksa kohtupraktikas sõltub trahvi mõistlik suurus võlgniku süü määra ja senisest lepingutruudusest, Hollandis üldisest õigluse printsiibist,<sup>447</sup> samuti arvestatakse võlausaldaja – hankija – poole huvi rikutud kohustuse suhtes. Eritingimuste eesmärgiks on teatud avaliku huvi kaitsmine, mitte hankija erahuvide teenimine. Vastavalt on eritingimuste rikkumise puhuks ettenähtud leppetrahv kantud surve-, mitte kahju hüvitamise funktsioonist. Sellisena ei tohiks olla õigustatud trahvi mõistliku suuruse seostamine vaid hankija võimalike varaliste kahjudega.<sup>448</sup> Leppetrahvi mõistliku suuruse orientiiriks võib võtta kohtuasjas *Rüffert* kajastatud trahvi: ehituse hankelepingu täitmisel töötajatele ettenähtud kohustusliku miinimumpalga nõude rikkumise korral oli Alam-Saksi liidumaa seadusega ette nähtud 1% suurune leppetrahv lepingu summast, mitme kohustuse täitmata jätmise korral kokku kuni 10%-ni hankelepingu summast.

Kirjanduses on viidatud võimalusele, et väikese ja tähtsusetu rikkumise korral leppetrahvi nõudmist käsitletakse õiguse kuritarvituseks. Seetõttu on oluline väljendada lepingus ja hankemenetluses eritingimuste olulisust hankelepingu kontekstis. Soovitav on sätestada eritingimused alati võimalikult detailse kohustusena, andes edasi tingimuste olulisuse, kohustuse täpse sisu, täitmisega seotud kontrolli- ja teavitamiskohustuse kui ka proportsionaalsed, mõistlikud tagajärjed rikkumise korral. Kui eritingimus on sätestatud üldsõnaliselt või viiteliselt, ei saa välistada võimalust, et rikutud eritingimust võidakse vaidluse korral tõlgendada kui majandusliku sisuga lepingu kontekstis ebaolulist kohustust.<sup>449</sup> Sellise järelduse korral võib aga õiguskaitsvahendite (sh leppetrahvi) rakendamine olla raskendatud või välistatud.

### **3.3. Sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalus soolise võrdõiguslikkuse näitel<sup>450</sup>**

#### **3.3.1. Sooline võrdõiguslikkuse kui üks põhiõigustest**

Sooline võrdõiguslikkus on valitud sekundaarset eesmärki illustreerima ühest küljest põhjusel, et tegu on ühega mitmest aktuaalsest sotsiaalsest probleemist, mis Eesti ühiskonda praegusel ajal puudutab, kuid on Eesti õiguskirjanduses

---

<sup>447</sup> A. Sander. Leppetrahv. *Juridica* X/2003, lk 689.

<sup>448</sup> *Id.*

<sup>449</sup> Sõltuvalt vastava lepingusätte sisust ei saa välistada, et eritingimust võidakse ekslikult pidada isegi mittetäielikuks kohustuseks VÕS § 4 tähenduses, millisel juhul oleks kohustuse täitmise nõudmine üldse välistatud. Õige selline tõlgendus loomulikult ei oleks.

<sup>450</sup> Osa 3.3 põhineb varasemal artiklil: Simovart. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide ... 2009.

teenimatult vähe tähelepanu saanud.<sup>451</sup> Teisest küljest oli valiku põhjuseks kasutatud allikatest tulenev arusaam, et nimetatud valdkonda on võimalik hankelepingutega mõjutada. Käesoleva töö eesmärgist ja mahust tulenevalt ei analüüsita siiski soolise võrdõiguslikkuse kui ühe põhilise inimõiguse sisustamist, vaid käsitletakse võrdõiguslikkust üksnes töö eesmärgi saavutamiseks vajalikus ulatuses. Käsitlus rajaneb järgmistel peamistel seisukohtadel: (i) soolise võrdõiguslikkuse edendamine riigihanke sekundaarse eesmärgina on Eesti kehtiva õiguse kohaselt kahtlemata lubatud, kuid kaalumist vajab hankija vastavasisulise **kohustuse** seadustamine; (ii) tulenevalt hankemenetluses hankijal lasuvatest piirangutest saab soolise võrdõiguslikkuse edendamine kõige efektiivsemalt toimuda **hankelepingu** tingimuste kaudu; (iii) sekundaarset eesmärki kandva lepingu eritingimuse sisustamisel piiravad lepinguvabadust eeskätt pakujate võrdse kohtlemise, menetluse läbipaistvuse ja eritingimuse hankelepinguga seotuse nõue; (iv) õigusselguse tagamiseks on vaja Eesti kehtivat riigihangete seadust täiendada ja sätestada eritingimuste definitsioon, hankija kohustus eritingimustest hankemenetluses õigeaegselt teada anda ja keeld pidada eritingimuste üle läbirääkimisi.

Sooline võrdõiguslikkus on tunnustatud Euroopa Liidu asutamislepingu järgse ühe peamise eesmärgina ning liikmesriikidel ja nende institutsioonidel on selles valdkonnas aktiivse tegutsemise kohustus. Soolise diskrimineerimise likvideerimist peetakse osaks põhiõiguste tagamisest.<sup>452</sup> Ka Eesti kirjutatud õigus tunneb soolist võrdõiguslikkust kui põhiseaduse §-st 12 tulenevat printsiipi<sup>453</sup> ning kui üht põhilist inimõigust ja üldist hüve.<sup>454</sup> Sealjuures on riigi- ja kohaliku omavalitsuse asutustel seaduse järgi ülesanne aktiivselt tegutseda – muuta tingimusi ja asjaolusid, mis takistavad soolise võrdõiguslikkuse saavutamist – ning kohustus soolist võrdõiguslikkust süstemaatilisel ja eesmärgistatult edendada.<sup>455</sup> Ühtlasi lasuvad kõigil Eesti Vabariigi tööandjatel seadusest tulenevalt olulised **aktiivse** tegutsemise kohustused: kohustus tegutseda nii, et vabadele töökohtadele võetakse tööle mõlemast soost isikuid; võtta erinevatele ametikohtadele võimalikult võrdsel määral naisi ja mehi ning tagada neile edutamisel võrdne kohtlemine; kujundada töötingimused sobivaks nii naistele kui ka meestele ning tõhustada töö- ja pereelu ühitamist, arvestades sealjuures

---

<sup>451</sup> Eesti Vabariigi põhiseadus: kommenteeritud väljaanne 2008, lk 133, 138–139, 143 ja 145; Võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise alased kaasused Eesti Vabariigi Riigikohtu praktikas, lk 1 ja 6. Kättesaadav:

[http://www.riigikohus.ee/vfs/682/t6lkimiseks\\_MEMO-eriraportoor%20%28L\\_Kanger%29.pdf](http://www.riigikohus.ee/vfs/682/t6lkimiseks_MEMO-eriraportoor%20%28L_Kanger%29.pdf) (21.02.2010); V. Mirzojeva. Seksuaalne ahistamine töösuhetes. – Juridica 2007/6, lk 370–377.

<sup>452</sup> Gabrielle Defrenne versus Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena. Kohtuasi 149/77. EKL 1978 Lk 01365.

<sup>453</sup> Eesti Vabariigi põhiseadus: kommenteeritud väljaanne 2008, lk 132–133, 138–139, 143 ja 145.

<sup>454</sup> Soolise võrdõiguslikkuse seadus, 7.04.2004. – RT I 2004, 27, 181, 1.05.2004; 11.12.2008 – RT I 2008, 56, 315, jõust.01.01.2009 (edaspidi SoVS) § 1 lg 1.

<sup>455</sup> SoVS § 9 lg 1.

töötajate vajadusi; teavitada töötajaid nende asjaomastest õigustest ja rakendatud meetmetest.<sup>456</sup> Eeltoodust nähtub, et nii era- kui ka avalikul sektoril on soolise võrdõiguslikkuse edendamisel kehtiva seaduse kohaselt täita olulised ülesanded.<sup>457</sup> Ometi on vaid vähesed erasektori juhtidest, samuti vähesed ametnikud teadlikud SoVS sisust (!) ning eesmärkide tähtsusest.<sup>458</sup>

Soolise võrdõiguslikkuse tagamisel on Eestis üheks problemaatilisemaks valdkonnaks kujunenud töösuhted.<sup>459</sup> Näiteks naiste ja meeste keskmise palga vahe on 30,3%, mis on kõige suurem Euroopa Liidus;<sup>460</sup> tööturu struktuurseks probleemiks on tugev sooline segregatsioon, mille poolest Eesti on üks mahaäänumaid Euroopa Liidu liikmesriikide hulgas.<sup>461</sup> Lisaks eeltoodule on Euroopa Komisjon algatanud Eesti Vabariigi suhtes rikkumismenetluse (asi nr 2006/2520) teatavate puuduste tõttu soolise võrdõiguslikkuse regulatsiooni (direktiivi 2002/73/EÜ, millega muudetakse nõukogu direktiivi 76/207/EMÜ) ülevõtmises. Rikkumismenetlus ja sellega seoses mainitud puudused olid üheks ajendiks, miks Riigikogu asus menetlema SoVS muutvat ja täiendavat seaduseelnõu.<sup>462</sup>

Kuigi seadusandlikult on sooline võrdõiguslikkus Eestis mingil tasemel tagatud, siis praktika näitab seaduste ebaõnnestunud rakendamist. Ebaõnnestumise põhjuseks võivad olla probleemid seaduste endiga, ühiskondlikud hoiakud või inimeste vähene teadlikkus oma õigustest. Igal juhul on aga riigil vaja astuda praktilisi samme, et tagada seaduse eesmärgipärane rakendamine.<sup>463</sup>

Seega vajadus lisaabinõude järele Eestis vaieldamatult eksisteerib. Teiste riikide õiguspraktika näitab, et soolise võrdõiguslikkuse nõuete juurutamine riigihangete sekundaarse eesmärgina võib olla sobiv abinõu,<sup>464</sup> avaldatud on aga ka seisukohta, et selline praktika võiks olla lausa kohustuslik.<sup>465</sup>

---

<sup>456</sup> SoVS § 11 lg 1.

<sup>457</sup> Vt ka: eelnõu 927 SE I, seletuskiri soolise võrdõiguslikkuse seaduse juurde. Kättesaadav: <http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=013380008&login=proov&password=&system=ems&server=ragne11> (21.02.2010).

<sup>458</sup> Soolise võrdõiguslikkuse edendamine 2008–2010. Programm. Sotsiaalministeerium, lk 6 ja 15. Kättesaadav: [http://www.sm.ee/fileadmin/meedia/Dokumendid/Sotsiaalvaldkond/sooline\\_v%C3%B5/soolise\\_vordõiguslikkuse\\_edendamine.pdf](http://www.sm.ee/fileadmin/meedia/Dokumendid/Sotsiaalvaldkond/sooline_v%C3%B5/soolise_vordõiguslikkuse_edendamine.pdf) (29.12.2008).

<sup>459</sup> Inimõigused Eestis 2007. M. Meiorg (toim.). Tallinn: TTÜ inimõiguste keskus 2008, lk 10.

<sup>460</sup> <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=685&langId=en> (28.04.2010).

<sup>461</sup> Soolise võrdõiguslikkuse edendamine 2008–2010, lk 3

<sup>462</sup> Eelnõu 317 SE III, seletuskiri soolise võrdõiguslikkuse seaduse, avaliku teenistuse seaduse ja Eesti Vabariigi töölepingu seaduse muutmise seaduse eelnõu juurde, lk 3. Kättesaadav internetis: [http://www.riigikogu.ee/?page=en\\_vaade&op=ems&eid=398441&u=20081225234508](http://www.riigikogu.ee/?page=en_vaade&op=ems&eid=398441&u=20081225234508) (20.03.2009).

<sup>463</sup> Inimõigused Eestis 2008, lk 10.

<sup>464</sup> R. Nielsen. Discrimination and equality in public procurement, lk 6. Kättesaadav: <http://arbetsratt.juridicum.su.se/Filer/PDF/klaw46/discrimination.procurement.pdf> (27.12.2008); European Commission. Study ... 2003, lk 4. Viimatinimetatud uurimus

### 3.3.2. Sooline võrdõiguslikkus hanke sekundaarse eesmärgina

Võib välja tuua järgmised sekundaarsed eesmärgid, mida teenivad soolise võrdõiguslikkuse nõuded riigihanke puhul. (i) Esmase ja peamise eesmärgina võimaldab see loomulikult edendada võrdõiguslikkust, mis – nagu eespool näidatud – on nii riigi- ja kohaliku omavalitsuse asutuste kui ka kõigi tööandjate otsene seaduslik kohustus, kuid mida ometi ei ole seni edukalt täidetud. Pelgalt seadusandlikud meetmed ei pruugigi selles vallas soovitud tulemuse saavutamiseks piisavad olla.<sup>466</sup>

(ii) Teiseks väldib selline praktika pakkujate vahelise konkurentsi ebaõiglast moonutamist, muutes vähem tõenäoliseks, et pakkumise tegemisel saaksid eelise need tööandjad, kes näiteks ebaõiglaste (diskrimineerivate) palgatingimuste arvel suudavad hoida oma pakkumised odavamad konkurentide omadest.<sup>467</sup> Selline aspekt on eriti oluline juhul, kui hankija seatud võrdõiguslikkuse nõuded ei kehtesta mitte seadusest kõrgemaid standardeid, vaid efektiivsuse huvides pelgalt kordavad ja/või täpsustavad pakkujate niigi seaduslikke kohustusi. Arvestades fakti, et valdavalt ei ole Eesti tööandjad oma seaduslikest kohustustest selles valdkonnas isegi mitte teadlikud, võiks ka selline praktika olla üsna suure tähendusega

(iii) Kolmandaks – nagu igasuguste sekundaarsete eesmärkide puhul – võib välja tuua asjaolu, et asjaomaste nõuete sätestamine lepinguliste kohustustena võimaldab kohustuse rikkumise korral hankijal kasutada täitja suhtes võlaõiguslikke õiguskaitsevahendeid. See aitab täitjat enam distsiplineerida ning muudab eesmärgi saavutamise efektiivsemaks. Kui seadusest tulenevalt võiksid SoVS nõuete rikkumise korral olla nõuded kolmandatel isikutel<sup>468</sup> – kes aga Eesti oludes ei pruugi oma õigustest teadlikud olla või ei soovi juurdundu käitumisharjumuste tõttu oma õiguste eest seista –, siis analoogse lepingulise kohustuse rikkumise puhul tekib hankijal lisaks võimalus kasutada lepingulisi õiguskaitsevahendeid, eeskätt nõuda täitjalt leppetrahvi tasumist.

---

tõdeb siiski, et Euroopa Liidu asjaomase praktika kohta järelduste tegemiseks on andmed puudulikud, kuid USA kogemuse najal võib väita, et võrdõiguslikkuse edendamine hangete kaudu on olnud edukas (vt lk 77). Sama kinnitab teatud määral ka McCrudden, vt McCrudden 2007, pp 598–599.

<sup>465</sup> C. Tobler. *Encore: „Women’s Clauses” in Public Procurement under Community Law.* – *European Law Review* 2000 (25) 6, p.618; EWLA General Assembly Resolution on Combating Gender Discrimination and Promoting Substantive Gender Equality through Public Procurement, 12 May 2007. Kättesaadav:

[http://www.ewla.org/?seite=http://www.ewla.org/wf\\_content/611.html](http://www.ewla.org/?seite=http://www.ewla.org/wf_content/611.html) (02.01.2008).

<sup>466</sup> European Commission. *Study ... 2003*, p 4.

<sup>467</sup> De Castro Meireles 2006, p 305; Commission des achats de la Confédération, kättesaadav: <http://www.bbl.admin.ch/bkb/00235/00362/00385/index.html?lang=fr> (21.02.2010); European Commission. *Study ... 2003*, p 6.

<sup>468</sup> SoVS § 13 lg 1: diskrimineerimiskeelu rikkumise korral võib kannatanud isik nõuda kahju hüvitamist ning kahju tekitava käitumise lõpetamist; lg 2: kannatanu võib lisaks nõuda rikkumisega tekitatud mittevaralise kahju hüvitisena mõistliku rahasumma tasumist.

(iv) Neljandaks on hankelepingute kaudu avalike huvide edendamist üldiselt põhjendatud riigi vajadusega olla seostatud parimate tavadega, nõuda lepingute täitmisel kõrgeimatele standarditele vastamist ning innustada hea eeskujuga. Ka olukorras, kus sõltuvalt konkreetsest sekundaarsest eesmärgist võib sageli olla raske mõõta rakenduse tulemuslikkust, on siiski reaalne eeldada, et vähemalt teatud moraalne efekt saavutatakse.<sup>469</sup> Moraalseks efektiks võib pidada ka üldise parema hankekeskkonna kujundamist,<sup>470</sup> mis omakorda innustab hankijaid menetlustes osalema ja suurendab seeläbi konkurentsi.

Aastateks 2006–2010 on Euroopa Komisjon meeste ja naiste võrdõiguslikkuse juhistes<sup>471</sup> määranud järgmised prioriteedid: naiste ja meeste võrdne majanduslik iseseisvus; töö ja eraelu ühitamine, võrdne esindatus otsuste vastuvõtmisel, igasuguse soolise vägivalla kaotamine, sooliste stereotüüpide kaotamine ning soolise võrdõiguslikkuse edendamine välis- ja arengupoliitikas. Loetletud prioriteetide täitmist saab suures osas (välja arvatud ehk vägivalla kaotamine, kuigi kaudselt ka see) mõjutada majanduslepingute, sh riigihangete kaudu. Otseselt ja tulemuslikult saab riigihankeid seostada näiteks palgavahe kaotamise ja naisettevõtluse toetamisega.<sup>472</sup>

Soolise võrdõiguslikkusega seonduvate nõuete seadmine hankemenetluses võib olla õigustatud pakkujate kvalifitseerimise käigus. Teatavasti on direktiividega nõutud ja ka Eesti seaduses<sup>473</sup> sätestatud pakkuja kvalifitseerimata jätmise sotsiaalset laadi alustel, sh põhjusel, et pakkuja on toime pannud **raske süülise eksimuse** kutsetegevuses.<sup>474</sup> Siit tuleneb küsimus, kas kutsetegevuses toimepandud raske süülise eksimuse mõiste võiks muuhulgas hõlmata võrdõiguslikkuse nõuete rikkumisi. Vastus sellele küsimusele on praegu ebaselge.<sup>475</sup> Ilmselt sõltub sellise tõlgenduse võimalikkus ja põhjendatus suurel määral konkreetse pakkuja kutsealast ja tavadest. Siiski, nii nagu ka teiste sekundaarsete eesmärkide puhul, on selle valdkonna kaudne mõjutamine riigihangete kaudu tõhusalt võimalik pigem lepingu eritingimuste abil. Euroopa Liidu tihe regulatsioon soolise võrdõiguslikkuse vallas ei ole jätnud mõjutamata ka üldist lepingu-

---

<sup>469</sup> De Castro Meireles 2006, pp 175, 176, 305.

<sup>470</sup> *Id*, p 319.

<sup>471</sup> KOM (2006) 92 lõplik, Brüssel 1.3.2006,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0092:FIN:ET:PDF>.

<sup>472</sup> Palgaerinevus on iseenesest seotud ka stereotüüpidega: diskrimineeriva palgavahe põhjus võib suure tõenäosusega olla tingitud töandja stereotüüpest arusaamast, mille on naiste ja meeste tööalane võimekus, pühendumus ja vajadus sissetuleku järele. Sooliste stereotüüpide kaotamise eesmärki taotleavad SoVS-s samuti nt § 6 lg 2 p 1 (lapsevanemaks olemisega on seotud palju stereotüüpe) ja p 4 (tööülesannete ebavõrdne jaotamine võib samuti olla stereotüüpidest põhjustatud), samuti § 11 lg 1 p-d 1 (värbamisel stereotüüpidesse takerdumine) ja 2 (stereotüüpidel põhinev edutamine jne).

<sup>473</sup> RHS § 38 lg 1 p 1 ja lg 2 p 1.

<sup>474</sup> De Castro Meireles 2006, p 181. European Commission. Study ... 2003, p. 28.

<sup>475</sup> Tobler 2000, p. 622; COM (2001) 566 final, p. 11; EWLA General Assembly Resolution 2007.

õigust, mis paljudes riikides samuti kajastab näiteks soolise diskrimineerimise keeldu.<sup>476</sup>

Järgneb näide meeste ja naiste võrdsete palgatingimuste kontrolli kohta. Šveitsi riigihankeõigus<sup>477</sup> kohustab pakkujaid juhinduma meeste ja naiste võrdse töötasustamise reeglist ning naiste ja meeste võrdõiguslikkuse föderaalamet<sup>478</sup> võib selle nõude täitmist inspekteerida. Kontroll põhineb statistiliste palganäitajate kõrvutamisel andmetega, mis iseloomustavad konkreetset enam kui 50 töötajaga tööandjat. Juhul kui kontrollitava tööandja palganäitajad ei ületa oluliselt lubatud kõikumist (5 %), eeldatakse, et võrdsed palgatingimused on tagatud. Kui aga konkreetse tööandja meeste ja naiste palganäitajate erinevus on lubatust oluliselt suurem, siis eeldatakse vastupidist ning tekib vajadus selgituste või abinõude järele, tõsisematel juhtudel järgnevad sanktsioonid käimasolevast hankemenetlusest väljaarvamise või trahvi kujul.<sup>479</sup> Siinjuures on oluline rõhutada, et võrdse palga nõude täitmist saab iga enam kui 50 töötajaga tööandja ise kontrollida asjakohase testi (*Logib*<sup>480</sup>) abil ilma mingeid eriteadmisi omamata,<sup>481</sup> s.t tööandjatel on väljatöötatud abinõud võimalik kasutada preventiivselt, sanktsioonide vältimiseks.<sup>482</sup>

Analoogselt on reguleeritud jagatud töendamiskohustus – eelduse ja töendamiskoormuse põhimõte – SoVS viimase muudatusega: kui juhtumi kirjelduse või faktide alusel võib eeldada, et tegemist on soolise diskrimineerimisega, lasub töendamiskohustus kostjal (vaadeldaval juhul tööandjal). Eelduse tekkimiseks aga on esmalt vaja esitada mingid andmed, millele toetudes selline eeldus saaks tekkida.<sup>483</sup> Palgaerinevuse puhul oleks Šveitsi näitel üheks kindlaks eelduseks 5-% suuruse lubatud kõikumise ületamine.

Veel näiteid soolist võrdõiguslikkust edendavate lepinguliste kohustuste kohta: töövõtja kohustus lepingu täitmise ajal töötada välja soolist võrdõiguslikkust arvestav kaadri-, edutamise- ja karjäärireeglistik ning määrata sellise po-

---

<sup>476</sup> T. Wilhelmsson. Varieties of Welfarism in European Contract Law. – European Law Journal, November 2004 (10) 6, pp 712, 720–721, 725, 729–730.

<sup>477</sup> Šveits on ühinenud Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga (*Government Procurement Agreement – GPA*), seega juhindub samadest riigihanke üldpõhimõtetest nagu Euroopa Liidu riigid.

<sup>478</sup> *Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG*. Kättesaadav: <http://www.ebg.admin.ch/index.html?lang=de> (21.02.2010).

<sup>479</sup> Kättesaadav:

[http://www.buerobass.ch/pdf/2004/Kontrolle%20Lohngleichheit%20Okt%2004\\_en.pdf](http://www.buerobass.ch/pdf/2004/Kontrolle%20Lohngleichheit%20Okt%2004_en.pdf) (21.02.2010).

<sup>480</sup> Kättesaadav: <http://www.ebg.admin.ch/dienstleistungen/00017/index.html?lang=de>, <http://www.ebg.admin.ch/dienstleistungen/00017/index.html?lang=fr> (21.02.2010).

<sup>481</sup> Kättesaadav:

<http://www.ch.ch/private/00987/01052/01054/01208/index.html?lang=en> (21.02.2010).

<sup>482</sup> Kuigi Eesti tööandjate jaoks puudub samasisuline ametlik dokument, on võimalik oma teadmisi kontrollida ja täiendada järgmise raamatu abil: V. Donlevy, R. Silvera. Kasu ja tasakaal: soolise võrdõiguslikkuse edendamise retseptiraamat Eesti ettevõtete juhtidele. Sotsiaalministeerium 2008.

<sup>483</sup> Eelnõu 317 SE III, lk 5.

liitika eest vastutav töötaja,<sup>484</sup> kohustus pakkuda töötajatele tööajal töö- ja pere-elu ühendamise alast koolitust,<sup>485</sup> nii töövõtja kui alltöövõtjate kohustus pidada kinni naiste ja meest võrdse tasustamise ja mittediskrimineerimise põhimõtetest ning ette näha efektiivsed ja proportsionaalsed sanktsioonid eelnimetatud lepingutingimuste rikkumise puhuks.<sup>486</sup>

Muude soolise võrdõiguslikkuse saavutamise abinõude seas näevad nii Euroopa kui ka Eesti õigus<sup>487</sup> ette positiivsete erimeetmete<sup>488</sup> rakendamise soolise ebavõrdsuse vähendamiseks. Erimeetmed on **ajutised**<sup>489</sup> abinõud naiste ja meeste tegeliku võrdõiguslikkuse saavutamiseks, neid ei peeta diskrimineerivateks, kuid nad ei tohi kaasa tuua automaatseid ja tingimusteta eelistusi.<sup>490</sup> Soolise võrdõiguslikkuse saavutamiseks kõige mõjusamateks erimeetmeteks peetakse mitmesuguseid kvoote, millega antakse eelised väheesindatud sugu- poole esindajatele. Kuigi automaatse eelistuse andmise kandidaatide vahel **valiku tegemisel** on Euroopa Kohus tunnistanud lubamatuks, on siiski lubatud näiteks kasutada kvoote kandidaatide **ülesseadmisel**.<sup>491</sup> Sellisel juhul ei saavuta kandidaat erimeetme abil mitte automaatselt soovitud tagajärge (nt valitavat positsiooni), kuid kujundatakse situatsioon, kus valik toimub mõlemast soost isikute vahel. Sellist süsteemi praktiseeritakse Belgias, Austrias, Taanis, Saksamaal, Prantsusmaal, Norras, Soomes, Rootsis ja osaliselt Inglismaal.<sup>492</sup> Näiteks Sevilla linnavalitsus (Hispaania) kasutas võrdõiguslikkust edendavaid erimeetmeid hankelepingu tüüptingimustes, mille kohaselt vähemalt 10% lepingu täitja töötajatest peavad olema isikud, kellel on tööturule pääs raskendatud – sealhulgas näiteks naised, noored, üle 45-aastased inimesed jne; iga tööandja, kelle palgal on vähem kui 40% naisi, peab hankelepingu täitmise aja jooksul tööle võtma vähemalt ühe naistöötaja või muutma mõne naistöötaja senise tähtajalise lepingu tähtajatuks.<sup>493</sup>

---

<sup>484</sup> COM (2001) 566 final, p 17.

<sup>485</sup> Labour clauses in public contracts 2008, p 84.

<sup>486</sup> EWLA General Assembly Resolution 2007.

<sup>487</sup> SoVS § 5 lg 2 p 5.

<sup>488</sup> Erimeetmeid (ka positiivseid erimeetmeid, ingl. k. *positive action*) on kirjanduses eristatud positiivsest diskrimineerimisest (*affirmative action*) USA terminoloogias: kui Euroopas lubatud erimeetmed (*positive action*) tähendavad kandidaadi stimuleerimist õiglaste, võrdsete võimaluste tagamise kaudu, siis positiivne diskrimineerimine (*affirmative action*) tagab eelistatud kandidaadile automaatselt positiivse resultaadi. Vt D. Caruso. Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives. – Harvard International Law Journal 2003 (44) 2, p 342; Murumets 2007, lk 33. Ka eesti keeles soovitatakse vältida väljendit „positiivne diskrimineerimine” selle ebasoovitava negatiivse tähendusvarjundi tõttu. Vt Eesti Vabariigi põhiseadus: kommentaarid väljaanne 2008, lk 138.

<sup>489</sup> Vt SoVS § 5 lg 2 p 5.

<sup>490</sup> Eckhard Kalanke versus Freie Hansestadt Bremen. Kohtuasi C-450/93. EKL 1995 Lk I-03051; Tobler 2000, p. 620.

<sup>491</sup> Murumets 2007, lk 33.

<sup>492</sup> Eelnõu 927 SE I algteksti seletuskiri.

<sup>493</sup> Labour clauses in public contracts 2008, p 84.

Kuivõrd Eesti SoVS juba näeb ette nii era kui ka avaliku sektori **otsesed** ja **aktiivsed kohustused** soolise võrdõiguslikkuse edendamise vallas ja kuna, nagu eespool mainitud, traditsioonilisi kanaleid pidi on asjatundjate hinnangul olnud areng suhteliselt tagasihoidlik või lausa puudulik, siis oleks autori arvates igati põhjendatud kaaluda samasisuliste kohustuste sätestamist ka RHS-s. Nõue kasutada soolist võrdõiguslikkust edendavaid tingimusi hankelepingus võiks olla hankijale kohustuslik analoogselt praegu RHS § 3 punkti 6 nõudega keskkonnasäästlike lahenduste kohta, s.t selline kohustus võiks tekkida **võimalusel**.

Selline lahendus oleks kooskõlas ka Euroopa Naisjuristide Assotsiatsiooni (*European Women Lawyers Association*) 2007. aasta resolutsiooniga,<sup>494</sup> mis soovib liikmesriikidel riigisisesele hankeseadusesse juurutada sätted, mis kohustaks töövõtjaid ja alltöövõtjaid kinni pidama naiste ja meest võrdse tasustamise ja mittediskrimineerimise põhimõttest, ning suurendada hankeõiguslikku regulatsiooni soolise võrdõiguslikkuse reaalseks saavutamiseks. Eesmärgi saavutamise ühe vahendina märgitakse võimalust sätestada hankelepingus vastavasisulised tingimused, samuti sanktsioonid juhaks, kui hankelepingu täitmisel rikutakse soolise võrdõiguslikkuse nõudeid sisaldavaid tingimusi.

### 3.4. Vahekokkuvõte (3. peatükk)

Üheks hankelepingute eripära iseloomustavaks olukorraks on lepingute kasutamine sekundaarsete eesmärkide saavutamiseks – võimalus, mis on maailmapraktikas hästi tuntud ning paljude Euroopa Liidu liikmesriikide jaoks riigisisese pädevuse teostamisel üheks võtmeküsimuseks, kuid Eestis kahetsusväärset tundmatuks jäänud ja olematu praktika.

Selleks et hanke üldpõhimõtetest tulenevate piirangutega arvestada, toetatakse Euroopa Liidus sekundaarseid eesmärke sageli **lepingu eritingimuste** kaudu, kusjuures hankija peab jälgima, et eritingimused (i) oleksid seotud hankelepingu objektiga, (ii) arvestaksid pakkujate võrdse kohtlemise ja (iii) menetluse läbipaistvuse printsiipi ning (iv) konkurentsi soodustamise nõudega.

Eesti õiguse alusel ei ole hankelepingu eritingimuste kasutamine võimaliku, kuid kehtiv regulatsioon on selles osas puudulik. Õigusselguse tagamiseks tuleks Eestis kehtivat riigihangete seadust täiendada ning sätestada eritingimuste definitsioon, hankija kohustus eritingimustest hankemenetluses õigel ajal teada anda ja keeld pidada eritingimuste üle läbirääkimisi. Üks valdkond, mille edendamine riigihanke sekundaarse eesmärgina – eeskätt hankelepingu eritingimuste kaudu – võiks olla nii võimalik kui vajalik, on sooline võrdõiguslikkus. Sooline võrdõiguslikkuse saavutamine on Euroopa Liidu üks peamisi sotsiaalseid eesmärke ning paljudes riikides edendatakse seda hanke kõrvaleesmärgina. Sellega seoses võib kaaluda hankija vastavasisulise **kohustuse** seadustamist.

---

<sup>494</sup> EWLA General Assembly Resolution 2007.

## **4. Hankelepingu sõlmimise eelsetes suhetes toimunud rikkumise eraõiguslik tagajärg**

### **4.1. Hankelepingu kehtivuse keeld direktiivis 2007/66/EÜ sätestatud eelduste esinemise korral**

Lepinguvabaduse, täpsemalt lepingueelsete suhete vabaduse piirangutega seonduv küsimus sellest, kas ja millisel moel avaldab lepingueelsetes suhetes toimunud mõju nende suhete tulemusel sõlmitud hankelepingu kehtivusele. Eraõiguslike lepingutena sõlmitakse hankelepingud pakkumuse ja nõustumuse vahetamise teel<sup>495</sup> ning lepingute kehtivusega seonduvad probleemid lahendatakse enamasti tsiviilõiguse üldnormidele tuginedes. Vastuolu seadusega – isegi kui see puudutab lepingu olemust – ei pruugi alati kaasa tuua tehingu tühisust, vaid tühisus saabub juhul, kui selline tagajärg on rikutud keelu mõtteks – eelkõige juhul, kui see on seaduses eraldi ette nähtud.<sup>496</sup> Veelgi enam, riigihangete seadus sätestab, et lepingueelsetes suhetes toimunud rikkumine hankelepingu kehtivust ei mõjuta, välja arvatud, kui selline tagajärg on eraldi ette nähtud.<sup>497</sup>

Olulised erandliku kehtetuse alused ongi käesoleval ajal sätestatud nn uues õiguskaitsemeetmete direktiivis 2007/66 ja selle ülevõtmiseks vastuvõetud riigihangete seaduse muudatustes.<sup>498</sup> Nimetatud direktiiv arendab edasi Euroopa Kohtu poolt kohtuasjas Komisjon v Saksamaa kujundatud reeglit, mille kohaselt juhul, kui hankemenetluses on toimunud oluline rikkumine, on lepingu kehtimajäämine vastuolus EL õiguse aluspõhimõtetega. Sellisel juhul kujutab lepingu kehtimajäämine sisuliselt kestvat rikkumist, mis aga peab olema välistatud. Nimetatud kohtuasjas kujundatud reeglil on hanke eraõiguses märgiline tähendus, kuna sedastab asutamislepingu põhimõtete ja neid edasikandvate riigihanke üldpõhimõtete ülimuslikkuse eraõiguse põhimõtete suhtes, millised võiksid konkreetsetes vaidlustes õigustada vastupidist lahendust, s.o. välistada lepingu kehtetuse. Direktiivi eesmärgiks on võimaldada hankelepingu sõlmimisel esinenud oluliste rikkumiste korral konkureerivatele pakkujatele senisega võrreldes selgemat ja efektiivsemat õiguskaitset.<sup>499</sup>

Uus direktiiv kohustab liikmesriike tagama, et EL hankeõiguse teatud oluliste rikkumiste korral hankelepingu eelsetes suhetes oleks välistatud sõlmitud hankelepingu kehtimajäämine. Artikkel 2d (1) loetleb sellised olulise rikkumise juhtumid, milleks on esiteks (a) nn otselepingute sõlmimine, s.t. hankelepingu

---

<sup>495</sup> VÕS § 9 lg 1.

<sup>496</sup> TsÜS § 87.

<sup>497</sup> RHS § 4 lg 2 lause 2.

<sup>498</sup> Vt Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus, eelnõu 665 SE III, vastuvõetud riigikogus 21.04.2010, saadetud Vabariigi Presidendile 23.04. Kättesaadav:

[http://www.riigikogu.ee/?page=en\\_etapid&op=ems&eid=896065&u=20100425164702](http://www.riigikogu.ee/?page=en_etapid&op=ems&eid=896065&u=20100425164702).

<sup>499</sup> P. McGovern. New remedies directive: a note on its proposed implementation in Ireland. Public Procurement Law Review 6, 2009, p NA 234.

sõlmimine ilma hankija poolt hanketeate eelneva avaldamiseta Euroopa Liidu Teatajas, kui teate avaldamata jätmine ei olnud direktiivi 2004/18/EÜ kohaselt lubatud. Seda laadi rikkumise tagajärjeks on kaupade ja teenuste vaba liikumise takistamine ning Euroopa Kohus on neid seetõttu nimetanud kõige olulisemateks rikkumisteks.<sup>500</sup> Teiseks olulise rikkumise olukorraks on artiklis 2d (1) (b) kohaselt vaidlustusmenetluse teatud reeglite rikkumine, nimelt (i) kui vastuolus direktiivi artikli 1 lõikega 5 on hankija jätnud lepingu sõlmimise edasi lükka-mata; (ii) kui sõltumatu läbivaatamisorgan arutab hankega seotud vaidlustust ja hankija sõlmib hankelepingu sellise menetluse või esialgsete õiguskaitse-vahendite rakendamise ajal või (iii) hankeleping sõlmitakse nn kohustusliku ooteaja jooksul. Rikkumine peab olema toimunud koos direktiivi 2004/18/EÜ rikkumisega ja olema mõjutanud läbivaatamist taotleva pakkuja väljavaateid lepingu sõlmimiseks. Artikkel 2 d (1) (c) viitab sama direktiivi artiklis 2 b (c) teises lõigus nimetatud rikkumistele, kui liikmesriigid kasutavad raamlepingul või dünaamilisel ostusüsteemil põhinevate lepingute puhul ooteaja kohalda-misest tehtavat erandit.

Direktiivi kohaselt peavad liikmesriigid kehtestama siseriikliku regulat-siooni, mille alusel oleks eelnimetatud oluliste rikkumiste tagajärjel sõlmitud lepingute kehtivus välistatud. Sealjuures on liikmesriikidel võimalik valida, kas näha ette lepingu kehtetuse saabumine edasi- või tagasiulatuvalt. Esimesel juhul (*ex-nunc*) on tegemist lepingu lõpetamisega, s.o. rikkumise tuvastamise korral tekib kohustus hankeleping lõpetada. *Ex-nunc* variandi kasuks otsustas näiteks Ühendkuningriik,<sup>501</sup> Iirimaa aga kasutab mõlemat võimalust.<sup>502</sup> Teisel juhul (*ex-tunc*), tagasiulatuva mõju variandi puhul toob direktiivis nimetatud oluline rik-kumine kaasa lepingu tühisuse. Olulise rikkumise tulemusel saabuva hanke-lepingu tühisuse on valinud näiteks Prantsusmaa.<sup>503</sup> Siinjuures on oluline silmas pidada, et erinevalt eesti õiguse tavapärasest arusaamast tehingu tühisusest kui absoluutsest kehtetusest ei tohi hankelepingu tühisus direktiivi 2007/66/EÜ asjaoludel olla automaatne,<sup>504</sup> vaid võib saabuda alles vastavasisulise nõude esitamise korral.

Direktiivi liikmesriikide poolt ülevõtmise tähtaeg oli 20. detsember 2009, Eesti hilines ülevõtmisega, kuid 2010. aasta aprilli seisuga võttis riigikogu siiski vastava seadusemuudatuse vastu.<sup>505</sup> Eesti õiguse kohaselt on võimalik olulise

---

<sup>500</sup> Komisjon v Saksamaa

<sup>501</sup> Vt nt P. Henty. United Kingdom: public procurement remedies directive – an update on the implementation process. Public Procurement Law Review 1, 2010, p NA 21.

<sup>502</sup> McGovern 2009, p NA 236.

<sup>503</sup> Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, article 16. Kättesaadav: <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020591766&categorieLien=id> (11.02.2010) Asjaoludest sõltuvalt on prantsuse õiguse järgi küll võimalik ka lepingu tähtaja lühendamine, trahvi rakendamine ja lepingu lõpetamine, vt: *id.*, art 17–18

<sup>504</sup> Direktiiv 2007/66 põhjendused p 13.

<sup>505</sup> Eelnõu 665 SE III.

rikkumise tulemusel sõlmitud hankeleping tühiseks tunnistada. Riigihangete seaduse muudatuse kohaselt on hankelepingud tühised esiteks juhul, kui hankija on jätnud avaldamata hanketeate, kuigi avaldamata jätmine ei olnud riigihangete seadusega lubatud. Teiseks on tühine hankeleping, mille hankija sõlmis väljakuulutamisetähtaajaga hankemenetluses, kuid jättis pärast lepingu sõlmimist RHS § 37 lõikes 1 sätestatud kohustuse täitmata ning tähtselt esitamata riigihanke aruande, millest nähtuksid hankija põhjendused nimetatud hankemenetlusliigi kasutamiseks. Samuti on tühine väljakuulutamisetähtaajaga hankemenetluse raames sõlmitud hankeleping, millele ei eelnenud hankijapoolset teavitust hankes osalenud pakkuja nõudel tema ja parima pakkumuse teinud pakkuja esitatud pakkumuste võrdlusest vastavalt RHS § 54 lõike 2 punktis 3 sätestatule. Kolmanda tühise alusena näeb seadusemuudatus ette olukorra, kus raamlepingu alusel sõlmitud hankelepingud on sõlmitud RHS § 72 lõikes 4 sätestatud korda rikkudes või dünaamilise hankesüsteemi loomisel või selle alusel sõlmitud hankelepingute sõlmimisel on rikutud RHS § 8 lõigetes 2 või 3 sätestatud nõudeid. Erandina ei ole hankeleping eelnimetatud alustel tühine, kui hankija leiab, et ta jättis hanketeate õigustatult avaldamata (näiteks kasutades erandit või väljakuulutamisetähtaajaga hankemenetlust), hankija on hanketeate avaldamata jätmise kohta esitanud registrile vabatahtliku teate ja hankelepingut ei sõlmitud enne 10 tööpäeva möödumist vabatahtliku teate avaldamisele järgnevast tööpäevast arvates.

Nagu direktiivis nõutud, ei ole hankelepingu tühisus automaatne, vaid peab olema tuvastatud vaidlustuskomisjonis või kohtu poolt.<sup>506</sup> Seega erinevalt tavapärasest tühisusest, mille puhul tühine tehing on absoluutselt ja automaatselt kehtetu selle sõlmimisest peale, eeldab hankemenetlust rikkuv tehing vastavasisulise nõude esitamist. Siiski ei ole ka tegemist tehingu tühistamisega.<sup>507</sup> Uues direktiivis ettenähtud riigihankelepingu tühisuse tuvastamise omapäraks on asjaolu, et sellise nõude esitamise õigus peab olema kolmandatel isikutel – eeskätt esialgse lepingu täitja konkurentidel.<sup>508</sup>

Hankelepingu tühisuse tuvastamise õigus kuulub seadusemuudatuste kohaselt esimese instantsina riigihangete vaidlustuskomisjonile.<sup>509</sup> Olulise erandina on vaidlustuskomisjonil sealjuures teatud juhtudel õigus hankeleping mitte kehtetuks tunnistada, vaid lepingu tähtaega lühendada. Selline võimalus tekib juhul, kui vaidlustuskomisjon on küll tuvastanud hankelepingu tühisuse asjaolude olemasolu, kuid hankelepingu tühisus võiks kahjustada konkreetse hanke situatsioonis esinevat olulist avalikku huvi.<sup>510</sup> Sealjuures ei loeta oluliseks avalikuks huviks reeglina hankelepinguga otseselt seotud majanduslikke huvisid, nt

---

<sup>506</sup> Eelnõu 665 SE III § 11

<sup>507</sup> TsÜS §§ 84, 90–101.

<sup>508</sup> Tavapäraselt ei ole kolmandatel isikutel võimalik mõjutada teiste isikute vahel sõlmitud lepingu kehtivust – seda on Riigikohus kinnitanud näiteks tsiviilasjas nr 3-2-1-140-07, pp 13, 20, 31, 34.

<sup>509</sup> Vt RHS § 126 lg 1<sup>2</sup> p 1.

<sup>510</sup> Vt RHS § 126 lg 1<sup>2</sup> p 2.

hankelepingu täitmise edasilükkumisest, uue hankemenetluse alustamisest, hankelepingut täitva pakkuja vahetamisest tulenevaid kulusid ja hankelepingu tühisusest tulenevate õiguslike kohustuste kulusid.<sup>511</sup> Vaidlustuskomisjoni selline pädevus on kahtlemata vajalik situatsioonis, kus lepingu kehtetuse puhul tekiks märkimisväärne lünk teatud avalike teenuste osutamises, nt katkeks ühistransporditeenus.<sup>512</sup>

Võib tekkida küsimus, kas lepingu tühisuse tuvastamist võiks nõuda ka lepingupooled ise. Ühest küljest võib väita, et selle võimaldamine võib anda alust lepingupoole õiguse kuritarvitamiseks. Sellisena võiks nõude välistada analoogselt nagu ebamõistlikult kahjulikele tüüptingimustele tuginemise õigus on välistatud tingimuse kasutaja jaoks.<sup>513</sup> Teisest küljest siiski tuleb lähtuda regulatsiooni eesmärgist, milleks ei ole kummagi lepingupoole kaitse, aga EÜ asutamislepingu põhimõtete efektiivsuse tagamine, nähes ette teatud rikkumise tulemusel sõlmitud lepingu kehtimise lõpetamise. Sellest aspektist vaadatuna on rikkumise tulemusel sõlmitud hankelepingu tühisus eesmärk omaette ning sellele peaks olema võimalik tugineda ka seadusevastase lepingu pooltel endil.

Tuleb tähele panna, et tehingu tühisuse või lõpetamise kohustust tunnistab Euroopa Kohus mitte ainult alates direktiivi 2007/66/EÜ jõustumisest, vaid ka varasemate hangete suhtes. Oli ju kohtuasi Komisjon versus Saksamaa sisuliselt uue õiguskaitsevahendite direktiivi 2007/66/EÜ vastuvõtmise põhjuseks, mitte vastupidi. Ka käesoleval ajal on teateid Euroopa Kohtu algatatud analoogilistest menetlustest, mis puudutavad enne uue direktiivi jõustumist sõlmitud lepinguid.<sup>514</sup>

---

<sup>511</sup> Vt RHS § 126 lg 1<sup>3</sup>.

<sup>512</sup> Vrdl Riigikohtu halduskolleegiumi otsusega haldusajajas nr 3-3-1-100-06.

<sup>513</sup> Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilajajas nr 3-2-1-32-06, p 22.

<sup>514</sup> Näiteks on Euroopa Kohtus alustatud kohtuasi Saksamaa vastu, mille põhjuseks on 1998. a. aastal Rostocki linna poolt 25 aastaks sõlmitud, üle 150 miljoni euro maksumusega jäätmekäitluse hankeleping, selle lepingu muutmine 2004. aastal ning 2007, aastal sõlmitud, 10.8 miljoni euro suuruse aastatasuga leping jäätmete kogumiseks, käitlemiseks ja ümbertöötlemiseks ning tänavate puhastamiseks. Nimetatud lepingute sõlmimine ja muutmine toimus ilma hankemenetlust läbi viimata. Vt: *Public contracts: Commission refers Germany to Court of Justice over waste disposal service contracts awarded by city of Rostock*. IP/09/1753. Kättesaadav internetis:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1753&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (23.01.2010.) Samuti alustas Euroopa Kohus 2009. aastal rikkumismenetlust Slovakkia vastu, mis tugines piisava avalikustamiseta sõlmitud hankelepingule. See menetlus küll lõpetati, kuna Slovakkia tühistasid vaidlusaluse hankelepingu peale Komisjonilt sellesisulise kirja saamist. Vt: *Public procurement: Commission closes infringement case against Slovakia after the cancellation of a service contract awarded by the Slovak Ministry of Infrastructure*. IP/09/1759. Kättesaadav internetis:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1759&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (23.01.2010.)

## 4.2. Rikkumise tagajärjed, kui direktiivis 2007/66/EÜ sätestatud eeldusi ei esine

### 4.2.1. Üldreegel: hankelepingu kehtivus sõltumata menetluses toimunud rikkumisest

Riigihangete seaduse kohaselt ei mõjuta seaduses sätestatud nõuete järgimata jätmine hankelepingu kehtivust, välja arvatud otseselt ette nähtud juhtudel.<sup>515</sup> Euroopa riikide senise praktika valguses ei olnud selline regulatsioon erandlik.<sup>516</sup> Nagu Eestis, nii kehtis enamustes liikmesriikidest kuni uue direktiivi ülevõtmiseni hankelepingute siduvuse reegel: hankelepingu sõlmimisele eelnenud suhetes toimunud rikkumine lepingu kehtivust ei mõjuta.<sup>517</sup> Nii on näiteks Saksamaal ja Ühendkuningriigis hankeregulatsioon lähtunud hankemenetluse rikkumise korral rakendatavate õiguskaitsevahendite osas pigem hankija huvidest, tuginedes sõlmitud lepingu siduvuse (*pacta sunt servanda*) põhimõttele ja lepingupoolte õigustatud huvide kaitse vajadusele. Samuti tunnustab hankelepingu siduvuse üldreeglit näiteks Belgia õigus: hankelepingule eelnevates suhetes tehtud hankija otsuse tühistamine ei mõjuta selle põhjal sõlmitud hankelepingu kehtivust, kuigi lepingu vaidustamine on võimalik tsiviilasju lahendavas kohtus lepingupoolte nõudel.<sup>518</sup> Samas tuntakse ka vastupidist regulatsiooni, näiteks Hispaanias muudab hankelepingu sõlmimise aluseks olnud akti tühistamine kehtetuks ka hankelepingu enda, kuigi erandina võib kohus otsustada, et avalikust huvist tulenevalt peab lepingu täitmine siiski toimuma. Ka Itaalias võib lepingu kehtetus olla hankemenetluse rikkumise aktsepteeritud tagajärjeks.<sup>519</sup> Austrias on kolmandatel isikutel võimalik ebaseadusliku riigihankelepingu sõlmimise puhul taotleda lepingu tühisuse tuvastamist kuue kuu jooksul alates õigusvastase hankelepingu sõlmimisest.<sup>520</sup>

Riikides, kus valitseb hankelepingu siduvuse printsiip, õigustatakse seda lepingupoolte ülekaalukate huvidega,<sup>521</sup> kuigi tulemuseks on sisuliselt ebaõiglase ja ebaseaduslikult tehtud hankija otsuse kinnistamine. Hankelepingu siduvuse reeglist lähtuvate regulatsioonide tagajärjeks on see, et lepingu sõlmimine muudab toimunud rikkumise pöördumatuks ning sisuliselt jäävad menetluses osalenud teised pakkujad vajalikust õiguskaitsest ilma.<sup>522</sup> Ühest küljest

---

<sup>515</sup> RHS § 4 lg 2 lause 2.

<sup>516</sup> Hankelepingu sõlmimisele eelnenud rikkumise mõju kohta lepingu kehtivusele teistes liikmesriikides direktiivile 2007/66 perioodi vt ka: K. Talus. Public-private partnerships in energy – Termination of public service concessions and administrative acts in Europe. *Journal of World Energy Law & Business*, 2009, Vol. 2, No. 1, pp 51–52.

<sup>517</sup> Pachnou 2003, p 79.

<sup>518</sup> Bovis 2007, pp 385–386.

<sup>519</sup> *Id*, pp 388, 389.

<sup>520</sup> Pressetext, p 26.

<sup>521</sup> Marschner. *Contracts ...* 2009, p 6.

<sup>522</sup> *Id*, p 4; Talus 2009, p 52.

lepingute siduvuse printsiibist ja teisest küljest senini õiguskaitsevahendite teemat käsitleva direktiividega kehtestatud regulatsioonist tulenevalt piirduvad hankemenetlust vaidlustavate isikute eraõiguslikud nõuded hankelepingu sõlmimise järel pelgalt kahjunõuetega.

Menetluse rikkumise tulemusel tekitatud kahju hüvitamise kohustus põhineb printsiibina õiguskaitsevahendite direktiividel,<sup>523</sup> kuid selgemaid juhiseid kahjuhüvitiste maksmiseks (välja arvatud, et nõude suhtes kehtivad eedlused ei tohi olla diskrimineerivad ehk erinevate isikute jaoks) direktiivist ei tulene. Euroopa Kohtu otsus asjas nr C-70/06<sup>524</sup> selgitab lisaks, et kahju hüvitamise eelduseks ei tohi olla hankija poolse süü ega pettuse esinemine. Samas moodustab hankesuhetes toimunud rikkumisega tekitatud kahju hüvitamise reeglistik ühe osa hankeregulatsiooni süsteemist kui tervikust ning peaks ideaalist sellisena teenima hankeõiguse eesmärgi ja üldpõhimõtteid. Muuhugus tuleb arvestada, et vastavasisulise regulatsiooni (eba-)efektiivsus avaldub õiguskaitsevahendite preventatiivses, korrigeerivas ja kompenseerivas toimes.<sup>525</sup> Kas ja kuidas eesti kehtiva õiguse järgi reaalselt võimalikud kahjunõuded sellise süsteemi osana toimivad, vajab omaette käsitlust, kuid ei ole käesoleva uurimuse objektiks.

Millistele printsiipidele tugineb Eesti õiguskäsitlus menetluses toimunud rikkumise ja hankelepingu kehtivuse osas, iseloomustab Riigikohtu lahend haldusasjas nr 3-3-1-100-06. Seoses hankemenetluses toimunud rikkumisega taotles vaidlustaja nimetatud kohtuasjas muude nõuete seas vaidlustaja konkurendiga sõlmitud hankelepingu tühisuse tuvastamist. Kohtuasja materjalide kohaselt korraldas hankija – Tartu Maavalitsus – avatud riigihanke konkursi eesmärgiga sõlmida avaliku teenindamise leping reisijate veoks Tartu maakonna bussiliinidel perioodil 5. veebruarist 2005.a. kuni 31. detsembrini 2014.a. Hankemenetluse puuduste tõttu see vaidlustati ja kohtu poolt ka esialgse õiguskaitse korras peatati. Kuigi kõnealusel ajal kehtinud seaduse alusel oli hankemenetluse peatamise õiguslik mõju Riigikohtu hinnangul ebaselge, oleks hankija hea halduse põhimõttest lähtudes siiski pidanud määrama uue tähtaja pakkumiste esitamiseks, et võimaldada huvitatud isikutel – sh vaidustajal, kelle kindel huvi hanke vastu oli teada – uues hankemenetluses pakkumisi esitada. Selle asemel muutis hankija ainult pakkumuste avamise tähtpäeva, avas varem esialgseks tähtjaks esitatud ainsa pakkumuse, tunnistas selle edukaks ja sõlmis vastava pakkujaga hankelepingu. Riigikohtu halduskolleegiumi hinnangul oli hankija käitumine õigusvastane, mistõttu kuulusid tühistamisele kõik pakkumis-

---

<sup>523</sup> Nõukogu Direktiiv, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta, EÜT L 395, 30.12.1989, lk 33–35, art 2 lg 1 ( c ) ja Nõukogu Direktiiv 92/13/EMÜ, 25. veebruar 1992, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta, EÜT L 76, 23.3.1992, lk 14–20, art. 2 lg 1 ( d ).

<sup>524</sup> Euroopa Ühenduste Komisjon versus Portugali Vabariik. Kohtuasi C-70/06. EKL 2008 lk I-00001, p 24.

<sup>525</sup> Vt käesoleva töö osa 1.2.1.

menetluse peatamise järgselt hankemenetluse käigus antud aktid, sh maavanema korraldused pakkumiste avamise aja määramise, pakkuja kvalifitseerimistingimustele vastavaks tunnistamise, esitatud pakkumuse vastavaks tunnistamise ja pakkumise edukaks tunnistamise kohta.<sup>526</sup>

Samas leidis kohus, et vaidlusaluse hankelepingu tühisuse tuvastamise taotlus tuleb jätta rahuldamata. Sellise järelduse põhjendusena viitas Riigikohus esimese astme kohtu seisukohale, et vaidlustaja ei ole näidanud TsÜS §-s 87 nõutava eelduse esinemist, s.o. kohtute hinnangul puudus vastuolu sellise seadusest tuleneva keeluga, mille mõtteks oleks keelu rikkumise korral tuua kaasa tehingu tühisus. Ühtlasi sedastas kohus, et õiguskindluse põhimõttest, kolmanda isiku õiguste kaitse vajadustest ja sõitjateveo avaliku teenindamise lünkadeta toimimises seisnevast ülekaalukast avalikust huvist tulenevalt ei ole hankelepingu tühistamine vaidlusaluses asjas enam võimalik.<sup>527</sup>

Ometi oli hankija vaidlusaluses asjas toimunud ilmselges vastuolus hanke üldpõhimõtetega, mis omakorda tulenevad EÜ asutamislepingu sätetest. Hankija käitumist võib iseloomustada läbipaistvust ja konkurentsi vältivana, kusjuures hankijale tehtavaid etteheiteid raskendab autori arvates vaidlusaluse lepingu pikk tähtaeg (ca 10 aastat!).<sup>528</sup> Konkurentsi soodustamine on teatavasti üheks riigihanke üldpõhimõtteks. Eeskätt pika-ajaliste hangete puhul võib tõelise konkurentsi olukorra tekitamist pidada ka avaliku huvi eesmärgiks *per se*. Ka varasemates lahendites on Riigikohus tunnistanud avalik-õigusliku isiku poolt varalistes suhetes osalemise kahesugust eesmärki. Näiteks sedastas Riigikohtu erikogu määrus haldusasjas 3-3-1-8-01, et linnavara käsutamise eesmärk ei ole suunatud pelgalt varalistele huvidele, vaid ka huvitatud isikute huvile võrdsele kohtlemisele. Seetõttu ei ole autori arvates põhjendatud vastandada omavahel avalikku huvi (bussiliikluse tagamine) ja konkurentsi soodustamist (bussiliikluse turul ausa konkurentsi tagamine).<sup>529</sup> Pigem võiks avalik huvi sisaldada mõlemat eesmärki. Sama kehtib läbipaistvuse printsiibi kohta.

---

<sup>526</sup> Vt Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr 3-3-1-100-06, p 1, 2, 13-14, 20.

<sup>527</sup> Vt Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr 3-3-1-100-06, p 5, 21.

<sup>528</sup> Vt ka hankelepingu tähtaja määramise soovitude kohta eespool osas 2.2.1.

<sup>529</sup> Vt Riigikohtu erikogu määrus haldusasjas nr 3-3-1-8-01, p 23: *Linnavara eeskiri peab avalike huvide kõrval kaitsma ka linna elanike ja ühingute huvi saada võrdsetel alustel enda kasutusse linna poolt eraisikutele pakutavat vara ning huvi, et linn ei looks teistele isikutele vara üleandmisega põhjendamatuid eeliseid. ... Isikule linna vara kasutusse andmisega põhjendamatute eeliste loomine [võib] ... rikkuda võrdse kohtlemise põhimõtet. Vt ka Riigikohtu haldus- ja tsiviilkolleegiumi vahelise erikogu otsus haldusasjas nr 3-3-1-15-01, p 24: *Rendile andmise kord peab avalike huvide kõrval kaitsma ka linna elaniku ja ettevõtja huvi saada võrdsetel alustel enda kasutusse linna poolt eraisikutele pakutavaid kinnistuid ning huvi, et linn ei looks teistele isikutele vara üleandmisega põhjendamatuid konkurentsieeliseid.**

Autori hinnangul ei ole kirjeldatud kohtuasjas sedastatud argumente arvestades hankelepingu kehtetuse saabumine riigihangete seaduse rikkumise tagajärjel siiski täiesti välistatud – isegi juhul, kui riigihangete seaduses sätestatud erialuseid selleks ei esine. Nimelt ei asunud kohus käsitletud asjas seisukohale, et TsÜS §-le 87 tugineva tühisuse tuvastamine oleks hankemenetluse rikkumiste puhul absoluutselt välistatud. Selle asemel põhines otsus asjaolul, et kaebaja ei ole viidanud ühelegi asjaolule, mis annaksid alust lepingu tühiseks tunnistamiseks TsÜS § 87 kohaselt:<sup>530</sup> ... seadusest tuleneva keeluga vastuolus olev tehing [on] tühine, kui keelu mõtteks on keelu rikkumise korral tuua kaasa tehingu tühisus, eelkõige juhul, kui seaduses on sätestatud, et teatud tagajärg ei tohi saabuda. Ühelegi sellise keelu rikkumisele kaebaja viidanud ei ole. Siit võib järeldada, et võimaliku analoogse sisuga vaidluse tulemus võiks olla teistsugune juhul, kui kaebaja peaks suutma viidata asjaoludele, mis annavad alust väita, et konkreetne hankemenetluse rikkumine puudutab TsÜS §-i 87 rakendamise eelduseks olevat keeldu. Näiteks võib rikutud keelu eesmärgiks pidada hankelepingu tühisuse saabumist juhul, kui Euroopa Liidu hankeõiguse üldpõhimõtete jämeda rikkumise teel on sõlmitud põhjendamatult pika-ajaline hankeleping.

On tähelepanuväärne, et hankelepingu kehtivuse osas esitati Riigikohtu otsuses avaldatuga sarnaseid argumente murrangulises Euroopa Kohtu asjas Komisjon v Saksamaa, mis käsitles 30-aastaseks tähtjaks ebaseaduslikult sõlmitud otselepingu kehtivust. Nimelt tuginesid kohtuasjas osalevad liikmesriigid (Saksamaa Liitvabariik, Prantsuse Vabariik, Madalmaade Kuningriik ja Soome Vabariik) asjaolule, et liikmesriigi õigusega võib sellisel puhul kohalduvate õiguskaitsevahendite ringi piirata üksnes kahju hüvitamise nõudega ning et sõlmitud hankelepingu kehtivuse lõpetamine oleks muuhulgas vastuolus õiguskindluse põhimõttega, õiguspärase ootuse kaitsega ja põhimõttega *pacta sunt servanda*.<sup>531</sup> Euroopa Kohus nende argumentidega aga ei nõustunud, tuginedes EÜ asutamislepingu – mida hanke üldpõhimõtted edasi arendavad – ülimuslikkusele. Siseriikliku õiguse regulatsioon, mis hanke üldpõhimõtete kestvat rikkumist õigustab, takistab teenuste osutamise vabadust. Liikmesriik ei tohi tugineda riigi õiguskorras kehtivatele sätetele, valitsevale praktikale või olukorrale, et õigustada ühenduse õigusest tulenevate kohustuste täitmata jätmist.<sup>532</sup> Direktiivi olulise rikkumise tõttu **vältas rikkumine** kohtu hinnangul **edasi** kogu selle aja vältel, mil rikkumise tulemusel sõlmitud lepingut täideti. Sealjuures tõi kohus eraldi argumendina välja ebaseaduslike lepingulite suhete kavandatud pikaajalisuse (30 aastat).

Riigikohtu eelkäsitletud lahendi põhjendustega seonduvad ka Euroopa Kohtu argumendid kohtuasjas *Metalmeccanica*.<sup>533</sup> Viimases tunnistas kohus hankija

---

<sup>530</sup> Riigikohtu halduskolleegiumi otsus haldusasjas nr 3-3-1-100-06 p 5, vt ka samas p 21.

<sup>531</sup> Kohtuasi C-503/04 pp 29, 31.

<sup>532</sup> *Id* pp 32–38.

<sup>533</sup> Kohtuasi C-27/98.

õigust jätta hankeleping sõlmimata juhul, kui hankemenetluses esitatud mitmest pakkumusest vaid üks vastab hankemenetluses seatud nõuetele. Selline järeldus rajanes konkurentsi soodustamise põhimõtte järgimise kaalutlustel: kui vastavaks tunnistatud pakkumisi on ainult üks, siis reaalne konkurents puudub ning hankijal ei ole võimalik esitatud pakkumusi hankedokumentides määratud kriteeriumide alusel üksteisega võrrelda. Kuigi Euroopa Kohus ei ole sedastanud hankija *kohustust* ühe pakkujaga menetlus lõpetada, vaid tõdes sellist võimalust, esineb kahe lahendi puhul siiski märkimisväärne vastuolu järeldusi põhjendavas osas. On tähelepanuväärne, et kuigi Euroopa Kohus oleks võinud argumenteerida ka vastupidi – näiteks, et kohase pakkumuse esitanud pakkujal on lepingu sõlmimise õiguspärane ootus,<sup>534</sup> – rajanes kohtuotsus vastupidi, hankemenetluse eesmärki ja üldpõhimõtteid toetaval positsioonil. Eesti Riigikohtu poolt käsitletud situatsioon (kuigi mitte vaidluse põhiküsimus) oli sarnane: riigihanke menetluses esitas pakkumuse vaid üks pakkuja, mistõttu hankijal oleks olnud üldpõhimõtetega kooskõlas käitudes võimalik menetlus lõpetada. Täpne ei ole esimese astme kohtu poolt vaidluse lahendamisel avaldatud seisukoht, et pakkumiste jõustumise järel on ostjal kohustus minna pakkumismenetlusega edasi.<sup>535</sup> Siiski ei rajane Riigikohtu otsus hankemenetluse üldpõhimõtetel ega eesmärkidel, vaid viitab õiguskindluse põhimõttele ja kolmanda isiku kaitse vajadusele.

Kõike eeltoodut arvestades on autori hinnangul vaieldav, kuivõrd on õigustatud kehtivas õiguses kajastatud kontseptsioon, mille kohaselt on hankelepingu kehtetuse saabumine lepingueelsetes suhetes toimunud rikkumise tulemusel välistatud, välja arvatud otseselt ette nähtud juhtudel. Euroopa Kohtu praktika valguses oleks pigem põhjendatud käsitlus, mis võimaldaks riigihangete seaduse rikkumise puhul hankelepingu kehtivuse/kehtetuse senisest paindlikumalt tuvastada. Seetõttu on autor seisukohal, et riigihangete seaduse §-s 4 lõikes 2 praegu sätestatud kehtetuse keelu asemel tuleks ka riigihankelepingute kehtivus määrata tsiviilõiguse üldistest põhimõtetest lähtudes. Sellisel juhul on võimalik, et isegi juhul, kui konkreetse rikkumise tulemusena ei ole seaduses lepingu kehtetuse saabumist eraldi ette nähtud, võib asjaolusid arvestades TsÜS §-i 87 tähenduses siiski lugeda rikutud keelu **mõtteks** hankelepingu tühisuse saabumine. Asjaoludeks, mida arvesse võtta lepingu kehtivuse/kehtetuse hindamiseks, võivad olla näiteks hankelepingu kestvus ja rahaline maht, vaidlusaluse lepingu reaalse täitmise maht, rikkumise olulisus ning avalik huvi lepingu täitmise suhtes.<sup>536</sup> Sellisel juhul ei võib olulise rikkumise tulemusel sõlmitud hankeleping erandjuhul siiski osutada tühiseks.

Alternatiivina eeltoodud lahendusele või sellega koos oleks mõeldav, et vaidlustuskomisjon saaks õiguse olulise rikkumise tulemusel sõlmitud hankelepingu tähtaega lühendada. Selline võimalus oleks eeskätt vajalik pika-ajaliste

---

<sup>534</sup> Treumer in Nielsen & Treumer 2005, p 24.

<sup>535</sup> Riigikohtu halduskolleegiumi otsus haldusasjas nr 3-3-1-100-06 p 5.

<sup>536</sup> Treumer 2007, pp 379–381.

lepingute puhul, kus täitmise järjepidevus on hädavajalik.<sup>537</sup> Vaidlustuskomisjonile on samasisuline pädevus antud direktiivi 2007/66/EÜ ülevõtmist reguleeriva seadusemuudatusega, kuid autori arvates on soovitatav sellist pädevust laiendada ka nende hankelepingute rikkumiste puhuks, mis direktiivis loetletud eeldustele ei vasta. Eespool näiteks toodud bussiliikluse kaasuses pidas Riigikohus üheks lepingu kehtivust õigustavaks asjaoluks avalikku huvi, mis nõudis hankelepingu reaalse täitmise (bussiliikluse) jätkumist. Samas seab lepingu 10-aastane tähtaeg autori hinnangul kahtluse alla lahenduse õigluse, kuna sisuliselt tekitab hankeõiguse kestva rikkumise olukorra. Just analoogsete kaasuste puhul võimaldaks hankelepingu tähtaja lühendamise võimalus arvestada nii otsese avaliku huvi (bussiliikluse ja majandustegevuse teatud stabiilsuse tagamine) kui hanke üldpõhimõtete eesmärkidega, eeskätt konkurentsi soodustamisega ja hankeõiguse süsteemse tõhususega.

#### **4.2.2. Hankelepingu erandlik kehtetus, kui direktiivis 2007/66/EÜ sätestatud asjaolusid ei esine**

##### **4.2.2.1. Korruptiivsete hankelepingute kehtetus**

Üheks erandiks üldreeglile, mille kohaselt lepingueelsetes suhetes esinev rikkumine hankelepingu kehtivust ei mõjuta, on Eestis korruptiivsetes suhetes sõlmitud lepingute kehtetus. Avaliku teenistuse seaduse kohaselt on teatud korruptiivsed tehingud tühised.<sup>538</sup> Täpsemalt lasub teenistujal keeld (§ 76 lg 1) (p 1) *omandada tehingu tegemiseks tema kätte usaldatud selle isiku vara, kellega ta on töö- või teenistussuhtes*; (p 2) *teha riigiasutust tehingus esindama õigustatud isikuna ... tehinguid riigiga või kohaliku omavalitsuse asutust tehingus esindama õigustatud isikuna ... tehinguid kohaliku omavalitsusüksusega*; (p 3) *teha riigi või kohaliku omavalitsusüksuse esindajana varalisi tehinguid korruptsioonivastase seaduse paragrahv 19 lõikes 2 nimetatud juriidiliste isikutega*; (p 4) *teha riigi või kohaliku omavalitsusüksuse esindajana varalisi tehinguid mittetulundusühingu või erakonnaga, mille liige ta on*; (p 5) *teha riigi või kohaliku omavalitsusüksuse esindajana varalisi tehinguid selle tööandja, äriühingu, mittetulundusühingu või erakonnaga, kelle tegevust ta kontrollib*; (p

---

<sup>537</sup> Treumer 2007, p 381. Sellise võimaluse näevad ette direktiivi 2007/66 ülevõtmiseks tehtud riigihangete seaduse muudatused. Muuhulgas antakse vaidlustuskomisjonile õigus jätta vaidlustatud hankelepingu jõusse, kuid lühendada selle tähtaega. Sellist võimalust saab rakendada juhul, kui on tuvastatud direktiivis 2007/66 ettenähtud hankelepingu tühisuse asjaolude esinemine, aga hankelepingu tühisus võiks kahjustada olulist avalikku huvi. Sealjuures **ei ole** olulise avaliku huviga seotud põhjusteks asjaomase hankelepinguga otseselt seotud majanduslikud huvid, nt hankelepingu täitmise edasilükkumisest, uue hankemenetluse alustamisest, hankelepingut täitva pakkuja vahetamisest tulenevad kulud ja hankelepingu tühisusest tulenevate õiguslike kohustuste kulud. – Vt RHS § 126 lg 1<sup>2</sup> p 2 ja lg 1<sup>3</sup>.

<sup>538</sup> ATS § 76 lg 2.

6) *teha riigi või kohaliku omavalitsusüksuse esindajana varalisi tehinguid oma lähisugulaste, -hõimlaste või iseendaga*. Sarnase tehingute tühisuse aluse sätestab ka korruptsioonivastane seadus: ametiisikul on keelatud sooritada tehinguid iseendaga või muid sarnase iseloomuga või huvide konfliktiga seotud tehinguid. Seda keeldu rikkudes tehtud tehing on tühine.<sup>539</sup>

Eeltoodut silmas pidades on võimalik, et samas faktisituatsioonis võib esineda nii korruptsioonivastase keelu rikkumine (avaliku teenistuse § 76 lg 1 ja/või korruptsioonivastase seaduse § 24 lg 1 tähenduses) kui vastuolu riigihangete korraldamise reeglitega. Nagu eespool näidatud, on Eestis aktsepteeritud seisukoht, et üldreeglina riigihankelepingule eelnevates suhetes toimunud rikkumine lepingu kehtivust ei mõjuta. Juhul, kui samas aga esineb ka ATS § 76 lg 2 ja/või korruptsioonivastase seaduse § 24 lg 4 sätestatud olukord, tekib küsimus, milline seisukoht võtta tehingu kehtivuse osas. Teiste sõnadega, kas lugeda üldnormiks riigihangete seaduse ja erinormiks avaliku teenistuse seaduse regulatsiooni või vastupidi. Erinorm teatavasti on ülimuslik üldnormi suhtes. Oleks alusetu ja vastuolus regulatsiooni suunitlusega, kui kahekordne seaduserikkumine tooks kaasa leebemad tagajärjed. Samuti tuleb silmas pidada, et argumendid, mis võiksid õigustada riigihankelepingu kehtimajäämist (lepingu siduvus, õiguskindlus, avalik huvi) esinevad tõenäoliselt ka nende korruptiivsetes suhetes sõlmitud lepingute puhul, mis hankelepingute alla ei liigitu. Ning kolmandaks, vaid vähestel juhtudel on võimalik, et tehing, mis vastab ATS §-i 76 lg 1 ja korruptsioonivastase seaduse §-i 24 lg 4 tunnustele, ei olegi riigihankeleping. S.t kui nimetatud sätted hankelepingute suhtes ei kohaldu, siis sisuliselt neil rakendus puudub. Seetõttu tuleb toetada seisukohta, et avaliku teenistuse ja/või korruptsiooniseaduse sätted on erinormiks riigihangete seaduse suhtes ning seega korruptiivse teoga sõlmitud hankelepingud on tühised.

#### 4.2.2.2. Muud tühisuse alused

Korruptiivse tehingu tühisuse kõrval saabub hankelepingu tühisus ka juhul, kui see on seadust rikkudes sõlmitud nn ooteajal – 14-päevase perioodi jooksul arvates eduka pakkumise valimise kohta teate edastamisest.<sup>540</sup> Samuti on tühine hankeleping, mis sõlmitakse pärast hankemenetluse kehtetuks tunnistamise otsuse või ettekirjutuse tegemist riikliku järelvalve korras,<sup>541</sup> või mis on vastuolus vaidlustusmenetluse tulemusel vaidlustuskomisjoni tehtud otsusega.<sup>542</sup> Põhimõtteliselt ei saa välistada hankelepingu tühisuse võimalust ka tsiviilseadustiku üldosa seaduses ettenähtud üldistel tühisuse alustel.

14-päevase ooteaja eesmärk on vältida nn. võidujooksu lepingu allkirjastamiseks, arvestusega, et kehtiva hankelepingu olemasolu kaotab sisuliselt või-

---

<sup>539</sup> § 24 lg 1 ja lg 4

<sup>540</sup> RHS § 69 lg 1.

<sup>541</sup> RHS § 108 lg 6.

<sup>542</sup> RHS § 127 lg 5.

maluse menetluse tulemust muuta. Hankemenetluses toimub lepingu sõlmimine printsiibis sarnaselt VÕS § 9 sätestatud pakkumuse tegemine ja sellele nõustumise andmisega, kuid sealjuures kehtivad imperatiivsed protseduurinõuded, mille rikkumist on teise lepingupoole konkurentidel võimalik vaidlustada. Et vaidlustamise võimalus säiliks ka lepingu sõlmimisele eelneva kõige viimase sammu (s.o eduka pakkumuse valiku) suhtes, ei loeta hankija poolt pakkumuse edukaks tunnistamist nõustumuse andmiseks ega lepingu sõlmimiseks.<sup>543</sup> Kui hankeleping siiski kohustuslikul ooteajal sõlmitakse, loetakse see tühiseks, s.t absoluutselt kehtetuks algusest peale.<sup>544</sup> Hankija poolt nõustumuse andmine on üldjuhul lubatud alles pärast kohustusliku 14-päevase ooteaja möödumist eduka pakkumise valimisest arvates. Õigeaegselt antud nõustus toob kaasa hankelepingu sõlmimise. Erandina on hankijal õigus anda hankelepingu sõlmimiseks nõustus ilma ooteaja möödumist ootamata juhul, kui on tegemist välja kuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetlusega, samuti juhul, kui muud liiki hankemenetluses esitas pakkumuse ainult üks pakkuja.

Sisuliselt omab selline tühisus siiski tähendust vaid juhul, kui hankemenetluses toimunud muu rikkumine vaidlustatakse. Kui nn ooteaeg möödub, saab ka varem antud nõustumuse alusel sõlmitud leping edasi kehtida, kui leiab aset tehingu kinnitamine: TsÜS § 84 lg 3 kohaselt võivad tehingu pooled avaldada, et soovivad tehingu kehtivust, kui tehingu tühisuse kaasa toonud asjaolu on ära langenud. Seega ooteaja perioodi möödudes võivad mõlemad pooled kas otseselt või kaudselt (nt lepingu täitmise või muude kehtivuse soovi kajastavate tegude kaudu) tehingu kehtivuse kinnitada.

### **4.3. Hankelepingu kehtetuse tagajärjed**

#### **4.3.1. Kehtetuse tagajärgede seos EL riigihankeõiguse efektiivse kohaldamise printsiibiga**

Hankelepingu kehtetus (samuti nagu mõnedes riikides uue direktiivi rakendamiseks lepingu lõpetamine) loob seniste lepingupoolte jaoks uue õigusliku olukorra: hankija peab soovitud eesmärgi saavutamiseks uue hanke läbi viima, lepingu teine pool aga on kandnud kulutusi senise hankelepingu sõlmimiseks ning lisaks jääb ilma hankelepinguga loodetud tulust. Samuti on võimalik, et mõlemad pooled on hankelepingut juba täitnud. Seetõttu võib tulla kõne alla nii tagasitäitmine kui hankija vastu kahjunõude esitamine.

Lepingu kehtetusega seonduvad suhted kuuluvad tehniliselt küll liikmesriikide pädevusse, kuid efektiivsuse põhimõttest tulenevalt on oluline, et küsimus oleks direktiivide reguleerimisalasse kuuluvate lepingute osas riigiti lahendatud sarnaselt ning kooskõlas EL hankeõiguse põhimõtetega. Nagu kirjeldab prof Arnould oma 2004. aastal avaldatud artiklis, on selliste kahjunõuete

<sup>543</sup> Vt Embassy Limousines, punktid 6, 39.

<sup>544</sup> TsÜS § 84 lg 1.

võimalus liikmesriikides, näiteks Prantsusmaal, juba realselt ilmnenu.<sup>545</sup> Euroopa Liidu hankeõigus ega erialane kirjandus selliste kahjunõuete küsimust seni puudutanud ei ole, kuna veel hiljuti aktsepteeritud arusaama kohaselt ei tulnud EL õigusest kohustust ebaseaduslikult sõlmitud hankelepinguid lõpetada ega kehtetuks tunnistada.<sup>546</sup> Nagu eespool näidatud, tingis muudatuse käsitluses kohtuasi Komisjon *versus* Saksamaa,<sup>547</sup> milles kujundatud reegel on nüüdseks sätestatud uues direktiivis 2007/66/EÜ: hankijapoolsete teatud oluliste rikkumiste korral peab olema võimalik hankelepingu kehtimajäämine välistada. Lepingu kehtetuse (lõpetamise) tagajärjeks võivad aga omakorda olla lepingu teise poole nõuded hankija vastu. Kui hankijal on kohustus hüvitada teisele lepingupoolele lepingu kehtetusest (lõpetamisest) tingitud kahju, võib tekkida olukord, kus hankija peab kandma kahekordseid kulusid: lepingujärgne tasu uuele ja kahjuhüvitis varasemale lepingupartnerile. Eriti drastiliselt suured kulud tekivad hankijal juhul, kui väljamaksmisele kuulub ka kehtetust (lõpetatud) lepingust teise poole poolt loodetud, kuid saamata jäänud tulu. Tulenevalt õigussüsteemide erinevustest erineb selliste tagasitaitmise ja kahjunõuete teoreetiline käsitlus, lisaks tulenevad uue direktiivi järgse kehtetuse korral erinevused ka sellest, kas konkreetne riik valib uue direktiivi ülevõtmisel lepingu lõpetamise või tagasiulatava kehtetuse variandi.

Endisele lepingupoolele kahjunõude võimaldamise ja hüvitise ulatuse määramise reeglid mõjutavad samas uue direktiiviga soovitud eesmärkide saavutamist. Euroopa riigihankeõiguse ühetaolise rakendamise vajadust arvestades oleks seetõttu oluline teatud üksmeele saavutamine nendes küsimustes. Seda seisukohta toetab EL hankeõiguse rakendamisel nõutav efektiivsuse printsiip selle sõna kõige laiemas tähenduses, sh üldise vastavuse ja mõju efektiivsuse nõue.<sup>548</sup>

Kirjeldades kohtuasja Komisjon *vs* Saksamaa tagajärjel toimunud nihet õiguslikus käsitluses, viitab prof Treumer, et tõenäoliselt paraneb seeläbi hankereeglite kinnipidamine.<sup>549</sup> Prof Arnould teisest küljest juhib tähelepanu, et olukorras, kus pakkujal on õigus olulisele kahjuhüvitisele sõltumata sellest, et ta oli hankemenetluses toimunud rikkumisest teadlik, nõrgeneb hankelepingu kehtivuse keelu mõju oluliselt. Edukal pakkujal pole sel juhul mingit põhjust veenduda hankemenetluse seaduslikkuses ega juhtida hankija tähelepanu võimalikele rikkumistele.<sup>550</sup> Kui hankijal on kahjuhüvitise saamise väljavaade isegi juhul, kui hankeleping osutub kehtetuks hankemenetluse kõige raskemat laadi rikkumise korral, puudub pakkujatel (taotlejatel) kahtlemata igasugune stiimul

---

<sup>545</sup> J. Arnould. Damages for performing an illegal contract: the other side of the mirror – comments on the three recent judgements of the French Council of State. *Public Procurement Law Review* 6, 2008, NA 274–281.

<sup>546</sup> Traditsioonilise lähenemise kohta Arrowsmith 2008, pp 1458, 1460–1461; ning muutuse kohta käsitluses vt Treumer 2007, *passim*.

<sup>547</sup> Treumer 2007, pp 372, 373.

<sup>548</sup> Pachnou 2003, p 61.

<sup>549</sup> Treumer 2007, p 385.

<sup>550</sup> Arnould 2008, p NA 278.

eelistada hankemenetluses seaduskuulekat käitumist. See tõdemus kehtib eriti olukorras, kus loodetak kahjuhüvitis sisaldab saamata jäänud tulu. Sellisel juhul võib õiguskaitsevahendite karmistamise loodetud positiivne mõju oluliselt väheneda või kaduda. Lisaks võib kaasneda oluline koorem maksumaksja jaoks. Vastupidine olukord, s.t kui hankemenetluse rikkumisele järgneb mitte ainult lepingu kehtetus (lõpetamine), vaid kui ka teise lepingupoole õigus kahjuhüvitisele sõltub isiku hoolsusest hankelepingu sõlmimisel, soosib aga seaduskuulekat käitumist.

### 4.3.2. Kehtetu hankelepingu tagasitäitmine

Kui kehtetuks tunnistatud hankelepingut on juba täidetud, siis Eesti seaduse järgi kuulub kõik kehtetu lepingu alusel saadu tagastamisele võlaõigusseaduse alusetu rikastamise sätete kohaselt. Kui tagastamine on võimatu, peab saaja hüvitama saadu hariliku väärtuse.<sup>551</sup> Hankija jaoks on tagastamine enamasti võimatu teenuste osutamise lepingute puhul – sellisel juhul võrdsustatakse harilik väärtus vastava teenuse turuväärtusega.<sup>552</sup> Järelikult, kui hankeleping osutub tühiseks, saadu tagastamine aga võimatuks – nt teenuse osutamise lepingu puhul – ei arvestata tasumisele kuuluvaid summasid Eesti seaduse alusel mitte hankelepingus poolte vahel esialgselt kokkulepitust, vaid keskmisest turuväärtusest lähtuvalt. Tasumisele kuuluv summa võib seetõttu hankelepingus määratud hinnaga võrreldes olla kas väiksem või suurem. Ei saa välistada, et selline hinnaerinevus on märkimisväärne.<sup>553</sup> Omaette küsimus on, kuidas kehtetu hankelepingu alusel täitmiseks üleantu turuväärtust määrata – ei saa välistada, et kõige täpsemaks indikaatoriks oleks just kohaselt läbiviidud hankemenetlus! Alusetu rikastumise sätete alusel tasumisele kuuluvate summade arvestamise põhimõtted võivad riigiti olla ka erinevad, eeskätt võib arvestus tugineda ka osutatud teenuste suhtes (kehtetuks osutunud) lepingus kokkulepitud hinnale.<sup>554</sup>

Tagasinõudeõiguse kõrval võib hankelepingu teisel poolel olla hankija suhtes ka kahju hüvitamise nõue, mis rajaneb hankija poolt lepingueelsetes suhetes toimepandud rikkumisele. Riigikohus ei ole käsitletud olukorda, kus nii tagasinõudeõigus kui kahjunõue on suunatud ühe ja sama isiku vastu, kuigi

---

<sup>551</sup> VÕS § 1032 lg 2.

<sup>552</sup> A. Värvi. The Draft Common Frame of Reference's Regulation of Unjustified Enrichment: Some Observations from Estonia's viewpoint. *Juridica International XC/2008*, p 74.

<sup>553</sup> Juhul, kui hankelepingu hind on kokku lepitud turuhinnast oluliselt kõrgemana, siis teatud tingimustel võib sellise hankelepingu alusel tehtud makseid käsitleda riigiabina. Nimelt on põhimõtteliselt igasugune riigi poolt tehtav makse, mis ei ole saanud normaalsetel turutingimustel, käsitletav majandusliku eelisena. Vt J.Hillger. The award of a public contract as state aid within the meaning of article 87 (1) EC. *P.P.L.R. 2003. 3*, p 111.

<sup>554</sup> DCFR VII-5:102, 5:103.

tõdetud on mõlema nõude samaaegse õigustatuse võimalust erinevate isikute suhtes. Näiteks on Riigikohtu tsiviilkolleegiumi leidnud asjas nr 3-2-1-134-09, et *alusetust rikastumisest tulenev tagasinõude olemasolu ei välista iseenesest kahju hüvitamise nõuet ... Kui isikul on või oli kõrvuti rikkujalt kahju hüvitamise nõudega võimalus nõuda kolmandalt isikult tagasi rikkumise tõttu tema poolt tasutu või muul viisil üleantu, mis oli üle antud õigusliku aluseta, siis tuleb seda kahju hüvitamise nõude puhul arvestada .... Kahjuna saab olla vaadeldav vaid see osa väidetavast kahjust, mille võrra hageja tagasinõudeõiguse väärtus on kahjuna nõutavast summast väiksem... Alusetust rikastumisest tuleneva hüvitisnõude väärtust tuleb kahjuhüvitise suuruse määramisel arvesse võtta selleks, et välistada kahjustatud isiku kasu saamine kahju tekitamise juhtumi tõttu.*<sup>555</sup>

Autori arvates on samad põhimõtted rakendatavad ka juhul, kui isik – kehtetuks osutunud hankelepingu teine pool – nõuab hankijalt nii tühise hankelepingu järgi saadu tagastamist kui lepingueelsete suhete rikkumisest tingitud kahju hüvitamist. Ka sellises olukorras tuleb hankija poolt tasumisele kuuluva summa suuruse määramisel arvestada kahjustatud isiku rikastumise keeluga. Kehtiva seaduse järgi võib selline kahjunõue rajaneda *culpa in contrahendo* printsiibil ja/või riigivastutuse seadusel.

### 4.3.3. Kehtetu hankelepingu teise poole kahjunõue hankija vastu

Kehtiva õiguse järgi võib hankija poolt hankelepingu sõlmimisele eelnevates suhetes tekitatud kahju sõltuvalt asjaoludest (eeskätt hankija isikust) kuuluda hüvitamisele kas riigivastutuse seaduse alusel koosmõjus eraõiguse normidega<sup>556</sup> või puhtalt eraõiguslikel alustel, eeskätt tuginedes nn *culpa in contrahendo* nõudele VÕS §-i 15 lg 2 alusel.

Riigikohus on VÕS § 15 rajanevate nõuetega seonduvalt tsiviilasjas nr 3-2-1-89-06 sedastanud järgmist: *VÕS § 15 reguleerib juhtumeid, kus poolte läbikäikimised on lõppenud ja pooled on lepingu sõlminud, kuid leping on tühine. ... VÕS § 15 lg-d 2 ja 3 reguleerivad ... olukordi, kus leping osutub tühiseks vorminõude täitmisega mitteseotud asjaolu tõttu, mida üks lepingupool või mõlemad teadsid või selle asjaolu ise põhjustasid.*<sup>557</sup> Ka VÕS kommentaarid toovad § 15 lg 2 rakendamise näiteks just riigihankelepingute tühisuse.<sup>558</sup> Nõudeõiguse tekkimiseks VÕS § 15 lg 2 alusel peavad igal juhul olema rahuldatud järgmised eeldused: (i) leping on tühine, (ii) kehtetuse põhjustas mistahes

<sup>555</sup> Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-14-09, p 11. Vt ka Riigikohus tsiviilkolleegiumi otsused tsiviilasjades nr 3-2-1-41-03, p 14 ja 15, 3-2-1-41-05, p 14 ja 18, 3-2-1-49-07, p 13.

<sup>556</sup> Riigivastutuse seadus, 2. 05. 2001. a seadusega – RT I 2001, 47, 260, 1.01.2002.– 11.10.2006 – RT I 2006, 48, 360, 18.11.2006.

<sup>557</sup> Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus asjas nr. 3-2-1-89-06, p 17.

<sup>558</sup> Varul et al 2006, lk 66.

asjaolu, välja arvatud vorminõude rikkumine (siin: hankeregulatsiooni rikkumine), ning (iii) teine pool (siin: hankija) teadis või pidi seda asjaolu teadma või ise põhjustas kehtetuse.

Nagu eespool näitasin, võib hankelepingu tühisus kaasneda eeskätt kolmel juhul: (i) direktiivis 2007/66/EÜ nimetatud olulise rikkumise korral, (ii) korruptiivsetes suhetes ja (iii) kohustuslikul ooteajal sõlmitud hankelepingu puhul või muudel erandlikel juhtudel sõltumata uues direktiivis nõutud eelduste esinemisest. Nimetatud olukorrad võivad ka esineda samaaegselt. Igal juhul peaks kõigil juhtudel eelduslikult esinema kõik nõude aluseks vajalikud asjaolud: hankeleping on tühine ning tühisuse tingib nimelt hankija poolt hanke läbiviimise suhtes kehtivate reeglite rikkumine.<sup>559</sup>

*Culpa in contrahendo* printsiibi või sarnasel alusel tunnistab kahju hüvitamise nõude esitamise võimalust enamus jurisdiktsioone, kuigi erinevused esinevad kahjuhüvitise ulatuse määramise reeglites.<sup>560</sup> Sarnast võimalust tunnistavad näiteks inglise ja saksa õigus. Inglismaal on hankelepingu eelsetes suhetes toimunud rikkumist käsitletud nn. kaudse lepingu rikkumisena (*breach of implied contract*), mis on võrreldav saksa *culpa in contrahendo* doktriiniga, ja võib sõltuvalt asjaoludest õigustada pakkuja kahjunõuet hankija vastu.<sup>561</sup>

Eestis on Riigikohus käsitletud kahjunõude esitamise võimalust § 14 lg 3 ja § 15 lg 1 alusel (vt 3-2-1-89-06) ning leidnud, et selliste kahjunõuete puhul on õigustatud vaid negatiivne kahju ehk usalduskahju, s.o lepingu kehtivust eeldades tehtud kulud. Riigikohtu selgituse järgi ei saa nimetatud sätetest tuleneva vastutuse puhul asetada kahjustatud isikut olukorda, milles ta oleks olnud, kui läbirääkimised oleks lõppenud tulemuslikult ning kehtiv leping oleks sõlmitud ja täidetud: *lepingu sõlmimata ja täitmata jätmisest tekkinud kahju hüvitamist kahjustatud isik nõuda ei saa. Seetõttu saab kõnealuste sätete rikkumisest tuleneva vastutuse eesmärgiks pidada usalduskahju hüvitamist (eelkõige lepingueelsete läbirääkimiste ebaõnnestumise tõttu kasutuks muutunud kulutused). Usalduskahjuna saab kolleegiumi arvates käsitada näiteks kulutusi, mis on kantud seoses läbirääkimiste pidamisega enne kehtiva lepingu sõlmimist: läbirääkimistega kaasnenud sõidu- ja ajakulud, lepinguprojektide koostamise kulud jms. Kui pooled on sõlminud lepingu, olgugi et see on vormivea tõttu tühine, on nende jõudmine kehtiva lepingu sõlmimiseni märksa reaalsem, mistõttu võivad sellise lepingu kehtivust usaldava poole kulutused olla suuremad. Nii võib vormivea tõttu tühise lepingu kehtivust usaldanud pool kanda kulutusi seonduvalt selle lepingu täitmise ettevalmistamisega: näiteks kulude kandmine laenuintresside maksmise tõttu seoses pangalaenu võtmisega tulevase lepinguobjekti ostmiseks, kulutused tulevase lepinguobjekti hindamiseks jms. Samuti hõlmab kahju hüvitamine siinkohal tagasitäitmise kulusid.*<sup>562</sup> Riigikohus on eel-

---

<sup>559</sup> Järgnev ei käsitle olukorda, kus ooteajal sõlmitud lepingu kehtivus ooteaja möödudes kinnitatakse.

<sup>560</sup> DCFR, II-6:204, Notes

<sup>561</sup> Marschner 2009, lk 6

<sup>562</sup> Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-89-06, p 16–17.

toodud seisukoha rajanud VÕS § 127 lõikes 2 sätestatud rikutud kohustuste eesmärgi analüüsile.

Varasemas kohtuasjas<sup>563</sup> on Riigikohus selgitanud, et hüvitatava kahju eesmärk ja vastavalt kahjuhüvitise arvestamine kas positiivse või negatiivse kahjuna sõltub kahju tekkimise põhjusest. Kui lepingu rikkumise puhul tuleb lähtuda kahju positiivsest arvutamisest, siis lepingu äralangemise (kehtetuse) korral saab reeglina nõuda negatiivse kahju hüvitamist. Negatiivne kahju hüvitamine tähendab lepingu puhul kahjustatud isiku asetamist olukorda, mis oleks võimalikult lähedane olukorrale, mis oleks olnud, kui lepingut ei oleks sõlmitud. Sel juhul võib tehingu tühistanud pool lisaks üleantu tagastamisele tulenevalt alusetust rikastumise sätestest nõuda ka lepingu sõlmimiseks tehtud kulutuste (näiteks notari tasu ja õigusabikulud) hüvitamist. Analoogiliselt on ilmselt õigustatud seisukoht, et § 15 lõikele 2 tugineva nõude puhul ei kuulu hüvitamisele positiivne kahju, s.t. tühisest lepingust loodetud, kuid saamata jäänud tulu. Lisaks saadu tagastamisele võivad aga hüvitamisele kuuluda nii hankemenetluses osalemiseks kui lepingu täitmiseks tehtud kulud. Samas ei ole saamata jäänud tulu hüvitamise võimalus siiski otseselt välistatud<sup>564</sup> ning konkreetselt § 15 lg 2 rajaneva kahjunõude korral ei ole Riigikohus selle võimalikkuses seni seisukohta võtnud.

Sõltuvalt asjaoludest võib kehtetu hankelepingu täitja kahjunõue jääda rahuldamata VÕS § 15 lg 3 ja 4 tulenevalt. Nimelt välistab § 15 lõige 3 igasuguse hüvitise maksmise juhul, kui nõuet esitav pool teadis või pidi teadma asjaolusid, mis tehingu tühisuse tingivad. Lõike 4 kohaselt loetakse raskest hooletusest tingitud teadmatuse korral, et isik oli asjaoludest teadlik. Piirang põhineb üldisel hea usu põhimõttel: teadlikult kehtetu tehingu tegemine ja sellele tuginedes kahju hüvitamise nõudmine ei ole kooskõlas hea usu põhimõttega. Sama kehtib juhul, kui isik hankelepingut sõlmides raske hooletuse läbi olulisi asjaolusid ignoreeris, s.t. rikkus hoolsuskohustust olulisel määral.<sup>565</sup> Raskeks hooletuseks VÕS § 15 lg 4 tähenduses on peetud muuhulgas järgmisi asjaolusid: konkreetse lepingu suhtes kehtivate nõuete järgimata jätmine, lepingu-partneri poolt seadusemuudatustega mitte kursis olemine, kui selline hooletus on vastuolus vastava valdkonna tavadega.<sup>566</sup>

Nimetatud piirangutega haakuvad riigivastutuse seaduses sätestatud kahjuhüvitise suuruse limiteering: riigivastutuse seaduse § 13 lg 1 p 4 järgi arvestatakse hüvitise suuruse määramisel eraõiguses sätestatud piiranguid seoses kannatanu osaga kahju tekitamisel. Haldusasjas 3-3-1-6-08 on sellise piiranguna rakendatud VÕS §-s 139 lõikes 1 sätestatud kahju vähendamise kohustust, kuid samavõrra tuleneb kahjuhüvitise piiramise (välistamise) võimalus lepingueelsete läbirääkimiste rikkumist puudutavatest erinormidest. Seega sõltub kahjunõude välistamine tühise hankelepingu teise poole osalusest lepingu-

---

<sup>563</sup> Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-106-03, p 14.

<sup>564</sup> Varul et al 2006, lk 66.

<sup>565</sup> VÕS § 104 lg 4.

<sup>566</sup> Varul et al 2006, lk 66.

eelsetes suhtes toimunud rikkumises või korruptsioonis ja/või teadmisest selle kohta.

Tuleb asuda seisukohale, et hankelepingu teise poole rikkumises osalemise või rikkumisest teadmise tuvastamisel ei ole oluline see, et kahjunõuet esitav isik ise ei ole rikutud hanke- ega korruptsioonivastase regulatsiooni subjekt. Korruptiivse suhte tulemusel hankelepingu sõlmimist on raske ette kujutada ilma, et lepingu teine pool selles osaleks või vähemalt korruptiivsest suhtest teaks. Uues direktiivis 2007/66/EÜ loetletud rikkumiste korral ei ole siiski täielikult välistatud ka situatsioon, kus hankelepingu teine pool usub, et lepingueelsed suhte toimuvad seaduspäraselt. Lepinguteise poole osaluse tuvastamisel võimalikult rakendatavat hoolsa äripartneri standardit käsitletakse järgnevas osas.

#### 4.3.4. Hoolas äriees riigihankelepingu sõlmimisel

Hankelepingu teise poole hoolsuse arvesse võtmine hankija vastutuse aluse ja ulatuse tuvastamisel on õigustatud VÕS § 15 lg 3 ja 4 tulenevalt, nagu eespool näidatud. Rikkumises osalemise tuvastamisel võib autori arvates olla analoogia teel õigustatud nn hoolsa äripartneri standardi rakendamine, mida Euroopa Kohus rakendab ebaseadusliku riigiabi saajate suhtes.

EÜ asutamislepingu kohaselt on igasugune ilma Euroopa Komisjoni loata antud riigiabi ebaseaduslik ning alates 1990ndatest on ebaseaduslikku riigiabi korduvalt tagasi nõutud. Selline nõue esitatakse siseriiklikule seaduse alusel, kuid samast põhimõttest lähtudes:<sup>567</sup> ebaseaduslikult saadud abi tagastamist ei ole võimalik vältida õiguskindluse ja õiguspärase ootuse printsiibile tuginedes. Selliseid argumente on abi saajad korduvalt esitanud ja Euroopa Kohus tagasi lükanud. Kujunenud range reegli kohaselt ei tunnista riigiabi saaja õiguspärast ootust, välja arvatud juhul, kui abi andmise nõuetekohast protseduuri on järgitud. Selline reegel rajaneb eeldusel, et hoolas äriees peab olema suuteline aduma, kas nõuetekohast menetlust on järgitud.<sup>568</sup> Kuigi vastutus riigiabi andmise nõuete järgimise eest lasub riigil, on hoolas äriees üldjuhul võimeline kindlaks tegema, kas nõuetekohast protseduuri on järgitud. Selleks, et ebaseaduslikult antud riigiabi tagastamata jätmine oleks õigustatud, peavad esinema konkreetsele kaasusele omased asjaolud, millele abi saaja õiguspärane ootus rajaneb.<sup>569</sup>

---

<sup>567</sup> Vt Nõukogu määrus (EÜ) nr 659/1999, 22. märts 1999, millega kehtestatakse üksik- asjalikud eeskirjad EÜ asutamislepingu artikli 93 kohaldamiseks, ELT L 83/1, lk 1–9; Parimate tavade juhend riigiabi kontrollimenetluste teostamiseks. 2009/C 136/04, lk 13–20.

<sup>568</sup> Land Rheinland-Pfalz versus Alcan Deutschland GmbH. Kohtuasi C-24/95. EKL 1997 Lk I-01591, punkt 25.

<sup>569</sup> Kohtujuristi ettepanek – Jacobs – 14. detsember 1995. Syndicat français de l'Express international (SFEI) jt. versus La Poste ja teised. Kohtuasi C-39/94. EKL 1996 Lk I-03547, punkt 73; Euroopa Kohtu otsus, 24. november 1987. Rijn-Schelde-Verolme

Kuigi ebaseadusliku riigiabi tagastamise kaasuseid ei saa otseselt aluseks võtta tühiseks osutunud riigihankelepingute sõlmimisega seotud nõuete lahendamisel, esineb nende kahte tüüpi situatsioonide vahel siiski oluline sarnasus. Esiteks lähtuvad nii riigihanke kui riigiabi reeglid samast üldpõhimõttest, milleks on konkurentsi moonutamise vältimine.<sup>570</sup> Teiseks, sarnaselt riigihankega on riigiabi andmise protsessis kehtiva regulatsiooni subjektiks mitte abi saaja, vaid riik. Vastavalt on riigihanke regulatsiooni puhul subjektiks hankija, aga mitte lepingu teine pool. Sellest hoolimata on abi saaja hoolsuskohustuse kaudu tunnistatud ka abi saaja teatud vastutust riigiabi õiguspärasuse eest ning hooletul abi saajal õiguspärasust ootust abile ei ole. Sarnaselt on õigustatud ka hankelepingu teise poole hoolsuskohustuse tunnistamine hankemenetluses.

Tuleb ka arvestada, et uuest direktiivist on mõjutatud vaid olulise rahalise väärtusega lepingud: selliste tehingute puhul võib ka tavalistes eraõiguslikes suhetes eeldada, et lepingu pool viib end kurssi kehtiva seadusega. Kõik situatsioonid, kus kehtiva õiguse järgi on ette nähtud hankelepingu tühisuse saabumine, on sellised, kus hoolsalt tegutsevalt isikult lepingu teisel poolel võib üldjuhul eeldada vähemalt seaduserikkumise adumist. Millisel tasemel täpselt peaks hankelepingut sõlmiva isiku eeldatav hoolsus olema, on üldistavalt keeruline määrata. Ühest küljest on kindlasti õige eeldada, et hankelepingut sõlmiv isik teab riigihanke aluspõhimõtteid ja üldreegleid. Näiteks on ebaseaduslike otselepingute sõlmimist kirjanduses nimetatud ilmseks rikkumiseks, mida teine lepingupool peaks hoomama.<sup>571</sup> Riigihangete süsteemi ülesehitusest tulenevalt on toetab hangetes osalevate pakkujate teadlikkus hankereeglitest üldiselt kõrge.<sup>572</sup> Seetõttu võib ilmselt eeldada raske hooletuse esinemist olukorras, kus äriühingule pakutakse otselepingu sõlmimist ja sellise pakkumuse saaja ei tee vähimaidki jõupingutusi tuvastamaks, kas lepingu sõlmimine ilma hankemenetluseta on seaduslik. Kohasteks jõupingutusteks võiksid olla näiteks kas hankijalt või oma advokaadilt sellise võimaluse seaduslikkuse kohta pärimine.

Prof Treumer on käsitletud hankelepingu lõpetamise kohustusega seonduvat hankeõiguse rikkumise korral ja leidnud, et muude asjaolude hulgas, millele tuginedes tuleks rikkumise olulisust tuvastada, on lepingu teise poole teadmine rikkumisest ja/või subjektiivne suhtumine sellesse. Kui lepingupool oli täiesti teadlik, et lepingueelsetes suhetes on reegleid rikutud, vähendab see eeldatavasti kaalu, mis omistatakse teise poole huvile lepingu kehtimajäämise suhtes. Asjaolu, et isik oli rikkumisest teadlik ja ka osales rikkumises aktiivselt, võib aga viia selleni, et tema huvi üldse ei arvestata.<sup>573</sup> Samade asjaoludega

---

(RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV versus Euroopa Ühenduste Komisjon. Kohtuasi 223/85. EKL 1987 Lk 04617, punkt 17.

<sup>570</sup> Arrowsmith, Kunzlik 2009, p 246.

<sup>571</sup> Arnould 2008, lk 280.

<sup>572</sup> Pachnou 2003, p 102; X. Zhang. Supplier review as a mechanism for securing compliance with government public procurement rules: a critical perspective. P.P.L.R. 2007, 5, pp 327, 329, 351.

<sup>573</sup> Treumer 2007, pp 379–382. *id.*

arvestamine on ilmselt samuti õigustatud, selgitamaks endise lepingupoole rahalisi huve. Hoolsa ärimehed standard annab võimaluse hinnata isiku teadmist ja/või osalust asetleidnud rikkumises: aktiivne osalemine hankereeglite rikkumises ei lähe kokku arusaamaga hoolsast ärimehed, kuid pisirikkumiste ega juriidiliste nüansside adumine ei ole hoolsuskohustuse täitmiseks nõutav.

Kirjanduses on kehtetu hankelepingu endise poole suhtes kohati kasutatud väljendit süütu kolmas isik (*innocent third party*) ja avaldatud kartust, et süütud kolmandad isikud saavad karistada teise isiku poolt toimunud rikkumise eest.<sup>574</sup> Nagu eespool näidatud, ei tohiks selle seisukohaga üldjuhul nõustuda. Kui rikkumine seisneb uue direktiivi järgi tühisust tingivates asjaoludes, sõltub lepingu teise poole *süüitus* sellest, kas ta käitus hankelepingu eelsetes suhetes hoolsa ärimehena. Ilmne *süüituse* näide oleks olukord, kus isik püüdis kindlaks teha lepingu sõlmimise korrektsust, tehes sellesisulise järelepärimise hankijale ja sai rahuldava (aga ebaõige!) vastuse. Sellisel isikul peab olema võimalus saada hankijalt kahju hüvitust. Üldiselt lepinguõigus ka annab õiguse kahju nõuda, kui lepingu kehtetuses on süüdi üks pool.<sup>575</sup>

Reeglina tuleks siiski lähtuda eeldusest, et hoolas lepingupartner peab teadma vähemalt hankelepingute sõlmimise põhireegleid ja/või tegema minimaalseidki jõupingutusi, et veenduda, kas lepingu sõlmimine toimub õiguspäraselt. Sama kehtib korruptiivsete suhete kohta. Seega võib eeldada, et hankelepingu teine pool pidi hankelepingu kehtetusest teadma, kuigi tal on võimalik tõendada vastupidist.

#### 4.4. Kokkuvõtte (4. peatükk)

Hankelepingu eelsetes suhetes toimunud rikkumine ei mõjuta üldreeglina hankelepingu kehtivust. Sellel reeglil on aga omad erandid: (1) korruptiivsetes suhetes või (2) kohustuslikul ooteajal sõlmitud hankelepingu tühisus, (3) riikliku järelevalve käigus või vaidlustumenetluses kehtetuks tunnistatud hankelepingu tühisuse tuvastamine. Viimasel juhul on tühisuse tuvastamise õigus vaidlustuskomisjonil. Sealjuures näeb direktiivi ülevõtmiseks vastuvõetud seadusemuudatus avalikust huvist tulenevalt ette ka võimaluse hankelepingu lühendatud tähtajaga kehtima jätta.

Kehtiva riigihangete seaduse kohaselt ei tingi hankelepingu sõlmimisele eelnenud suhetes toimunud rikkumine üldreeglina lepingu kehtetust. Autori arvates tuleks selle asemel eelistada seda, et lepingu kehtetuse/kehtivuse tuvastamine

---

<sup>574</sup> M. Niestedt. Penalties despite compliance? A note on case C-503/04, Commission v Germany, (2005) P.P.L.R. 2005, 6, NA164–170, at NA 169; R. Williams, “Remedying a breach of Community law: the judgment in final Cases C-20/01 and C-28/01, Commission v Germany” (2003) 12 P.P.L.R. 5 at NA 109.

<sup>575</sup> Notes to II. – 6:214, DCFR.

toimiks ka muudel juhtudel paindlikult, lähtudes riigihankeõiguse üldpõhimõtetest kui ühest allikast, mille rikkumise korral oleks võimalik tuvastada tühisus TsÜS § 87 alusel. Alternatiivina võiks hankeõiguse eesmärke paremini teenida vaidlustuskomisjoni poolt lepingu tähtaja lühendamise võimalus.

Kui hankeleping osutub kehtetuks, siis toimub lepingu järgi saadu tagastamine alusetu rikastumise sätete alusel. Lisaks tõstatub küsimus sellest, kas ja millistel tingimustel on kehtetu lepingu teisel poolel kahjunõue hankija vastu. Sellist kahjunõude ühest käsitlust Euroopa Liidu õiguse kontekstis on vaja, et tagada hankedirektiivide efektiivne ja ühesugune rakendamine. Eesti kehtiva seaduse järgi võiks kehtetu lepingu teise poole kahjunõude aluseks olla eeskätt VÕS § 15 lg 2 (kas iseseisva nõudena või koosmõjus riigivastutuse seadusega). Kahjunõude ulatus peaks sellisel juhul piirduma usalduskahjuga ja välistatud peaks olema saamata jäänud tulu nõue. Kui aga tuvastatakse isiku tahtlus või raske hooletus, võiks kahjunõude õigus olla tervikuna välistatud Üks võimalus raske hooletuse tuvastamiseks on nn hoolsa ärimise kriteerium, mida Euroopa Kohus on rakendanud ebaseaduslikult antud riigiabi tagasinõudmise kaasustes. Vastav kohtupraktika ei saaks küll otseselt kohaldada, kuid seda oleks võimalik rakendada orientiirina. Eelduslikult peab hoolas ärimees olema teadlik nõuetest, mis kehtivad nende lepingute suhtes, mida ta kavatseb sõlmida, või tegema vähemalt minimaalseid jõupingutusi, et veenduda lepingu sõlmimise seaduslikkuses.

## 5. Hankelepingu muutmise vabaduse piirangud

### 5.1. Hankelepingu muutmise vabadus

#### 5.1.1. Hankelepingu muutmise vajadus

Era- ja avalik-õiguslike normide suhestumist riigihankelepingute õiguslikus regulatsioonis iseloomustavad ilmekalt hankelepingute muutmise vabadus ja selle suhtes rakenduvad piirangud. Ühest küljest laienevad hankelepingute kui tsiviilõiguslike lepingute suhtes eraõiguslikud üldpõhimõtted, s.h lepinguvabadus. Teisalt kehtivad hankelepingute suhtes riigihankeõiguse üldpõhimõtted – nt võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiip, millega hankelepingu **piiramatu** muutmise võimaluse korral võiks kergesti vastuolu tekkida. Ühtlasi peab aga arvestama riigihangetega kaasnevast avalikust huvist tulenevate kitsendustega, mis on eelkõige vajalikud korruptsiooni vältimiseks. Nimetatud kolm aspekti peavad hankelepingu muutmise reeglite kujundamisel olema õigustatud tasakaalus.

Alljärgnevalt vaatleb autor esmalt, milliseid eesmärke teenib hankelepingu muutmise võimalus kui lepinguvabaduse osa. Eraõiguslikus suhtes on pooltel reeglina võimalik kehtivat lepingut muuta kas kokkuleppel või seaduses otseselt ettenähtud erandjuhtudel.<sup>576</sup> Erandliku muutmise võimalus tekib Eesti seaduse järgi näiteks VÕS §-s 97 ettenähtud eelduste esinemise korral, s.o kui lepinguliste kohustuste vahekorrald oluliselt muutub.<sup>577</sup>

Kaasaegse lepinguõiguse käsitluse oluliste tunnuste hulka kuulub arusaam lepingust kui dünaamilisest nähtusest – erinavalt klassikalisest lepinguõigusest, mis vaatles lepingut staatilisena.<sup>578</sup> Hankelepingu võimalikult suur paindlikkus aitab säästliku (mõistliku) hinnaga lõpptulemuseni jõuda. Paindliku muutmise võimalus aitab vältida lepinguliste suhete ebaõiglust.<sup>579</sup> Ülemäära kitsendav hankelepingu täitmise õiguslik režiim aga vastupidi, tekitab probleeme, sest muudab lepingu õigusliku režiimi kohmakaks ega võimalda hankijatel piisavalt dünaamiliselt tegutseda.<sup>580</sup>

Seetõttu, isegi kui hankeõiguse printsiipide tagamiseks ja avalike huvide kaitseks tuleb võimalusel eelistada kindla hinnaga lepinguid, võib reaalsuses end õigustada lepingus sätestatud hinnakõikumise valem, millele tuginedes on hinnaelementide (kulude) muutumise korral võimalik ettenähtud viisil hinda muuta. Tüüpiliseks hinnavalemi teguri näiteks on inflatsioon, millele tuginedes saab hinda õigustatult kas suurendada või vähendada.<sup>581</sup> Hinna muutmise

---

<sup>576</sup> VÕS § 13 lg 1.

<sup>577</sup> VÕS §-i 97 rakendamise kohta riigihangetes vt allpool osa 5.4.

<sup>578</sup> Kull 2000, lk 4.

<sup>579</sup> Vincent-Jones 2006, p 356.

<sup>580</sup> J. Beermann. Administrative-Law-Like Obligations on Private(ized) Entities. – UCLA Law Review 2001–2002 (49), lk 1718.

<sup>581</sup> Trepte 2004, pp 334–335.

ettenägemine teenib ka õiglase riskijaotuse ja kulude kokkuhoiu eesmärki, seda näiteks olukorras, kus ei ole ette teada materjalide ja tööjõuga seotud kulude kõikumine, lepingu ulatus, tehtavad lisatööd või tarneperiood. Vastasel korral oleks lepingu täitja sunnitud hinnapakumisse sisse arvestama ka ettenägematud kulud, et vältida kulude muutumisest tingitud täitmisviivitust või isegi maksejõuetust.<sup>582</sup>

Muudatuste tegemise alused ja tingimused võivad olla sätestatud ka seaduses. Prof Arrowsmith on avaldanud, et pigem tuleb pidada õigustatuks hankelepingusse selliste muudatuste tegemist, mida on ühel lepingu poolel õigus kas seadusest või lepingust tulenevat **nõuda**, vastandina sellistele muudatustele, mis põhinevad vaid poolte vastastikkusel kokkuleppel või diskretsioonil.<sup>583</sup> Seadusliku nõudeõiguse lepingu muutmiseks annab eesti õiguse kohaselt näiteks VÕS § 97. Siiski on lepingupoolel teise poole muutmisenõude suhtes alati võimalik esitada hanke üldpõhimõtetele tuginev vastuväide – seda ka seaduses ettenähtud muutmise nõude puhul. Kui muudatus kujutab endast *de facto* uut riigihanget, siis viib hanke üldpõhimõtete ülimuslikkuse printsiip järeldusele, et muutmise nõudeõigust ei saa rakendada ning olulise muudatuse asemel võib olla nõutav uue hanke läbiviimine (vt selle kohta täpsemalt allpool osas 5.4).

Kõiki lepinguga seotud asjaolude võimalikke muudatusi ei ole samas kahtlemata võimalik ei lepingu sõlmimisel ega ka seadustes ette näha ega arvesse võtta – mida komplekssem, spetsiifilisem ja pikaajalisem leping, seda keerulisemaks see osutub. Enamasti peaks lepingu täitja olema suuteline kulusid ette arvestama ja kindla hinnaga pakkumise tegema olukorras, kus lepingu täitmine toimub ühe aasta või lühema perioodi jooksul. Seetõttu lühiajaliste lepingute korral tavaliselt hinnamuutuse valemit ei rakendata,<sup>584</sup> kuigi erandid võivad olla mõistlikud olukorras, kui lepingu täitmiseks vajalike materjalide hinnad oluliselt kõiguvad.<sup>585</sup> Pikaajaliste kestvuslepingute puhul aga on vajalik arvestada asjaolude muutumisega lepingu kestel ja õigus nõuda väliste muutuste korral lepingutingimuste kohandamist.<sup>586</sup>

Näiteks ehituslepingute korral esineb ohtralt riske, mida kõiki ei ole alati võimalik ette näha ega lepingus reguleerida või millega kaasneb asjaolude niivõrd oluline muutumine, et hankelepingu muutmise vajadus osutub reaalseks

---

<sup>582</sup> Trepte 2004, pp 334–335.

<sup>583</sup> Arrowsmith 2008, p 290.

<sup>584</sup> Näide Eesti kohtupraktikast: Harju Maakohtu 21.10.2008. a. otsus tsiviilasjas nr. 2-08-1770 kajastab hankija õigust taganeda lühiajalisest hankelepingust, kui lepingu teine pool keeldub pakutud hinnaga lepingut täitmast. 6.08.2007. a. sõlmis hankija (Eesti Vabariik Päästeameti kaudu) lihtmenetluses hankelepingu pakkujaga, kes aga 30.08.2007. a. teatas, et ei suuda pakutud hinnaga lepingut täita, kuna allhankijad on oma poolset hinnapakumist muutnud. Lepingus ei olnud ette nähtud hinna muutmise valemit. Hankija taganes lepingust õigustatult ja sõlmis kõrgema hinnaga uue hankelepingu teise pakkujaga. Hankijal on õigus nõuda esialgselt pakkujalt kahju hüvitamist hinna-vahe hüvitamise näol.

<sup>585</sup> Trepte 2004, p 335.

<sup>586</sup> Kull 2000, lk 150.

paratamatuseks.<sup>587</sup> Sageli on ehituse hankelepingu puhul ka võimatu ette näha hankija täpseid eelistusi rajatava ehitise näitajate osas, mis sõltuvad ehitise lõppkasutajast, milline aga hankemenetluse alustamise ajal ei ole teada.<sup>588</sup> Pelgalt ehitustööde tegemiseks sõlmitud lepingu puhul (s.o. kui ehituse projekti on valmistanud kolmas isik ja ehituse hankelepingu täitja projekteerimises ei osalenud) ei ole õige panna ehitajat kandma kulusid, mis on seotud projekti võimalike muudatuste või vigadega, aga ka projekti lõpliku valmimisega. Samuti on projekteerimis- ja ehituslepingute puhul tavapärane, et tellija soovib projekteerimise edenemise käigus projektile algul esitatud nõudeid muuta või täpsustada ning sellest tulenevad muudatused suurendavad ehitaja kulusid.<sup>589</sup>

Ka arvutitarkvara väljatöötamist ja rakendamist reguleerivad lepingud võivad osutada niivõrd komplitseerituks, et esialgselt ei ole võimalik koostada piisavalt täpset ja kõiki olukordi hõlmavat paindlikku lepingut.<sup>590</sup> Üheks oluliseks näiteks pikaajaliste ja komplitseeritud hangete kohta on viimastel aastatel paljudes valdkondades üha sagenevad era- ja avaliku sektori koostööprojektid,<sup>591</sup> mis on ka Eestis tuntud, kuigi teiste riikidega võrreldes vähem.<sup>592</sup> Kuna avaliku ja erasektori partnerlus on enamasti loodud teenuse osutamiseks küllaltki pika aja jooksul, peab see suutma kohaneda majandus-, õigus- ja/või tehnilise keskkonna muutustega.<sup>593</sup>

Kõike eeltoodut silmas pidades ei saa hankelepingu muutmise võimalust käsitleda kui ohtu nõuetekohaselt toimunud hankemenetluse tulemustele, vaid ka kui sageli paratamatut vajadust. Hankelepingu muutmise võimaluse absoluutne välistamine ei ole seetõttu mõeldav.

---

<sup>587</sup> J. Murdoch. *Construction Contracts: Law and Management*. Routledge 2000, pp 83–84.

<sup>588</sup> Macaulay and Ramsey 2002, p 64.

<sup>589</sup> *Id.*, pp 60–61.

<sup>590</sup> K. E. Davis, *The Demand for Immutable Contracts: Another Look at the Law and Economics of Contract Modifications*. – *New York University Law Review* 2006 (81) 2, p 505.

<sup>591</sup> Komisjoni tõlgendav teatis C (2007) 6661, kättesaadav:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/ppp/comm\\_2007\\_6661\\_et.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_et.pdf) (27.02.2010), lk 2. Vt ka M. Freeland. *Government by Contract – Functional Issues*. – P. Craig, R. Rawling. *Law and Administration in Europe*. Oxford University Press, 2003, pp 126, 133.

<sup>592</sup> Käerdi 2006, lk 231; T. Saul. *Võistlev dialoog Euroopa Liidu ja Eesti riigihanke-õiguses*. Magistritöö. Tartu Ülikool 2007, lk 68.

<sup>593</sup> Komisjoni tõlgendav teatis C (2007) 6661, lk 8–9.

### 5.1.2. Hankelepingu muutmise eriregulatsioonide näiteid

Hankelepingute täitmine mõjutab riigihankemenetluse efektiivsust: kui lepingu muutmise tulemusel täidetakse hankeleping erinevalt nendest tingimustest, mis olid hankes välja kuulutatud ja/või pakkumuses esitatud, siis on sellel tugev negatiivne mõju tulevastele hankemenetlustele. Seetõttu on paljud riigid hankelepingu muutmise suhtes seadusega kehtestanud reegleid ja/või kontrollimehhanisme – nt lepingu muudatuste kõrgemalseisva organi poolt kinnitamise nõudeid.<sup>594</sup>

Hankelepingute muutmise vabaduse piiramise eesmärgiks on üldjuhul soov vältida praktikat, kus pakkujad n-ö meelitavad lepingu välja madala hinnaga<sup>595</sup> ja seejärel lepingu muutmise kaudu sisuliselt pressivad välja paremad tingimused.<sup>596</sup> Sellise olukorra lubamatus tuleneb lisaks hanke üldpõhimõtetele ka avalikust huvist: hankelepingute muutmisega seonduv ei oma tähtsust mitte ainult lepingu poolte jaoks, vaid on seotud olulise avaliku huviga<sup>597</sup> ning hankelepingu täitja huvid alluvad teatud asjaoludel avalikele huvidele.<sup>598</sup> Avaliku hankija poolt hankelepingu täitmine ja haldamine on seotud hankemenetluse reguleerimisel rakendatava avaliku poliitikaga. Näiteks õõnestab läbiviidud hankemenetluse tulemusi hankelepingu muutmine põhjusel, et teine pool temast tulenevatel subjektiivsetel põhjustel ei suuda lepingut oma poolt pakutud hinnaga täita, hankija liigne vabadus lepingut muuta aga süvendab korrupsiooniõhtu.

Eelkirjeldatud aspektidega arvestamiseks ja seonduvate probleemide lahendamiseks antakse avalikele hankijatele nii erilisi privileege kui ka kohustusi.<sup>599</sup> Hankija erikohustuse näiteks on Prantsuse õiguses tuntud *fait du prince* doktriin: olukorras, kus avalik hankija ise on oma haldusfunktsioone täites teinud midagi, mis muudab lepingu teise poole jaoks vähem tulusaks kui esialgselt, on lepingu teisel poolel õigus suurenenud kulude hüvitamisele.<sup>600</sup> Prantsuse õiguse kohaselt peetakse enamikku hankelepinguid halduslepinguteks,<sup>601</sup> sellel arusaamal põhineb ka lepingu muutmise ja lõpetamise eriregulatsioon.<sup>602</sup> Lepingu täitja poole sarnase õiguse tunnistamine võiks teatud asjaoludel siiski olla põhjendatud ka Eestis. Näiteks võib tuua hiljutise situatsiooni, kus riigi 2009. aasta teise lisaelarve seadusega seonduvalt teiste seaduste

---

<sup>594</sup> Arrowsmith, 2004, pp 44–45.

<sup>595</sup> Vt ka Davis 2006, p 497.

<sup>596</sup> Lepingulise väljapressimise olukorra ja juriidilise sekkumise vajaduse kohta vt S. Shavell. Contractual Holdup and Legal Intervention. – Journal of Legal Studies 2007 (36), lk 325.

<sup>597</sup> Arrowsmith 1987.

<sup>598</sup> Cane 1997, pp 266–267.

<sup>599</sup> *Id*, pp 13–14.

<sup>600</sup> Craig pp 705–6 in Cane 1997, p 695

<sup>601</sup> Hirvoja 1999, lk 327.

<sup>602</sup> Craig 1997, p 268.

muutmise seadusega<sup>603</sup> tõsteti ootamatult ja lühikese etteteatamistähtajaga käibemaksumäära, kehtestades senise 18 %-lise käibemaksumäära asemel 20%-line määr. Isikutel, kel käibemaksuseaduse<sup>604</sup> kohaselt ei ole õigust kogu ulatuses käibemaksu tagastamisele, aga kel olid muudatuse jõustumise hetkeks sõlmitud kehtivad hankelepingud, võis sellise muudatuse tõttu tekkida lisakulusid lepingu täitmiseks tehtavate kulude suurenemise tõttu. Kui sellise hankelepingu oli hankija poolel sõlminud riigiasutus, kujunes olukord, kus hankija (riigi) tegevuse tõttu suurenesid hankelepingu teisel poolel lepingu täitmiseks tehtavad kulud, kuid RHS § 69 lg 3 sätestatud piirangute tõttu ei pruugi hankelepingu teisel poolel olla võimalik hankelepingut vastavalt muuta.<sup>605</sup> Isegi juhul, kui lugeda, et asjaolusid arvestades ei välista riigihangete seaduse regulatsioon muudatuse tegemist, ei ole hankijal siiski **kohustust** sellise muudatusega nõustuda. Samuti ei pruugi rakendada VÕS § 97, näiteks põhjusel, et kohustuste vahekorra muutumist ei loeta piisavalt oluliseks (lg 1).<sup>606</sup> Seetõttu oleks õigustatud, kui seaduse kohaselt kannaks sellistes situatsioonides asjaolude muutumise riski riigiasutusest hankija pool.

Samas rakenduvad prantsuse õiguse järgi lepingu muutmise kitsendused: riigihankelepingute koodeksi kohaselt ei ole lubatud muuta hanke põhilist finantskorraldust ega objekti, välja arvatud juhul, kui esinevad ettenägematud tehnilised tingimused, mis ei ole tingitud kummastki poolest.<sup>607</sup> Viimasel juhul rakendub *imprévision* – kui lepingu täitmine on normaalsest majanduslikust riskist suuremal määral raskendatud (kuigi mitte võimatu), on suund eeskätt lepingu täitmise jätkamisele, mitte lõpetamisele, näiteks on võimalik jätkata täitmist muudetud hinnaga. On tähelepanuväärne, et muutunud asjaolude tõttu lepingu kohandamise võimalus (*imprévision*) kohaldub **ainult** avalikku huvi pakkuvate lepingute puhul. Asjaolude muutumise korral on Prantsuse õiguse järgi hankijal samuti õigus muuta hankelepingu tingimusi avalikes huvides (*supervision*). Mõlemal juhul peab hankija maksma lepingu teisele poolele õiglase hüvitise. Avalike hankijate poolt kasutamisele kuuluvad hankelepingute tüüpitingimused sisaldavad sama suunitlusega sätteid, võimaldades hankijal sõlmitud lepingut muuta.<sup>608</sup> Õiguskaitsevahendina põhineb *imprévision* lepinguliste suhete kestvusel ja võimaldab lepingu täitmist uutel tingimustel – nt uue hinna eest – ka olukorras, kus see esialgsetel tingimustel oleks muutunud asjaoludest tulenevalt häirinud lepingu majanduslikku olemust ja ületanud tavalise riski.<sup>609</sup>

USAs kasutatakse ehituse hankelepingute puhul spetsiifilist nn ehitusplatsi erinevuste klauslit (*Differing Site Conditions clause*): kui ehituse töövõtjale

---

<sup>603</sup> 18.06.2009 – RTI, 26.06.2009, 35, 232, 06.07.2009.

<sup>604</sup> 10.12.2003 – RT I 2003, 82, 554, 01.05.2004; 11.11.2009 – RT I 2009, 56, 376, 1.01.2010, osaliselt 1.01.2011.

<sup>605</sup> Vt RHS § 69 lg 3 analüüsi kohta allpool osas 5.3.2.

<sup>606</sup> VÕS §-s 97 sätestatud eelduste kohta vt allpool osas 5.4.2.

<sup>607</sup> Code des marchés publics (édition 2006), art 20.

<sup>608</sup> Craig 1997, pp 705, 706.

<sup>609</sup> Simovart. Lepingu muutmise nõue ... 2008, lk 226.

selgub töö käigus, et platsi varjatud tingimused erinevad sellest, mida eeldati projektile tuginedes või lähtudes sellest, mis on vastava geograafilise piirkonna jaoks tavaline, siis on töövõtja kohustatud sellest kohe teatama ning hankija on kohustatud lepingu hinda ja/või graafikut õiglaselt muutma. See tingimus vabastab pakkujad võimalike tegelike olude erinevusega seotud riskist ja väldib pakkumuste hinna suurendamist potentsiaalse riskitasu võrra. Selle asemel kannab hankija realselt ilmnunud ettenägematute kulude maksumuse.<sup>610</sup>

On märkimisväärne, et kui traditsiooniliselt kannab *common law* reeglite järgi sellist riski töövõtja, siis hankelepingute puhul peetakse õigustatuks riski ümberjaotamist nii, et töövõtjale oleks igal juhul garanteeritud õiglase tasu saamine. Hankelepingu muutmine on ette nähtud ka täitmisel esineva viivituse puhuks: kui viivitus oli tingitud hankijast (nt ehitusplatsi õigeaegselt ülendmata jätmise, jooniste heakskiitmisega viivitamine vms), vastutab hankija nii viivitusest tingitud ajapikenduse kui lisakulude eest. Kui viivituse tingis kummastki poolest sõltumatu asjaolu – eeskätt *force majeure* asjaolud (nt ebatavalised ilmastikutingimused, tulekahju, streik), siis on hankija kohustatud andma lepingu täitmiseks vajalikku ajapikendust, aga teine pool vastutab tekkivate lisakulude eest. Kui viivituse tingib lepingu täitja, ei ole tal õigust nõuda ei tähtaja ega hinna muutmist.<sup>611</sup>

Ühendkuningriigi hankelepingu tüüpvormid näevad soovituslikult ette vastastikusel kokkuleppel lepingu tähtaja pikendamise ja sellele vastava hinna muutmise võimaluse, samuti on hankijal õigus nõuda spetsifikatsioonide muutmist tingimusel, et muudatused ei ole olulised ning et sellest tulenevad kulutused hüvitatakse lepingu täitjale.<sup>612</sup>

Saksa hankeõigus kajastab otseselt reeglit, mis on kujunenud heas usus lepingu täitmise kohustuse rakendamist käsitlevas kohtupraktikas. Nimelt ehituse hankelepingu kohustuslike tüüptingimuste (VOB/B<sup>613</sup>) § 7 p 1 lg 2 sätestab, et kui hankelepingu alusel teostatud töö või osutatud teenus erineb esialgselt le-

---

<sup>610</sup> H. G. Beh. Allocating the risk of the unforeseen, subsurface and latent conditions in construction contracts: is there room for the common law? *Kansas Law Review* 46, 1997–1998, p 134.

<sup>611</sup> *Id* pp 115, 130–142.

<sup>612</sup> Model Terms and Conditions of Contracts for Goods, clauses C4, F3, F7; Model Terms and Conditions of Contracts for Services, clauses C4, F3, F7. Kättesaadav: [http://www.ogc.gov.uk/Model\\_terms\\_and\\_conditions\\_for\\_goods\\_and\\_services.asp](http://www.ogc.gov.uk/Model_terms_and_conditions_for_goods_and_services.asp) (28.04.2010), vt ka: Guidance notes (goods), kättesaadav: [http://www.ogc.gov.uk/documents/Goods\\_Guidance.pdf](http://www.ogc.gov.uk/documents/Goods_Guidance.pdf); Guidance notes (services), kättesaadav: [http://www.ogc.gov.uk/documents/Services\\_Guidance\(1\).pdf](http://www.ogc.gov.uk/documents/Services_Guidance(1).pdf) (28.04.2010).

<sup>613</sup> *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistung*, osa B. VOB/B sisaldab ehituslepingute üldtingimusi, mis panevad eeldatavalt aluse kohastele ja hästi tasakaalustatud lepingulistele suhetele tellija ja täitja vahel. Tegemist on soovituslike ehituslepingu üldtingimustega (sarnane Eesti ETÜ'ga), mille kasutamine riigihankelepingutes aga on kohustuslik vastavalt VOB/A §-le 10, p 1, lg 2. Samuti on nii lepingu üldtingimuste kui VOB osas C sisalduvate tehniliste tingimuste kasutamine kohustuslik allhankelepingutes.

pingus ettenähtust niivõrd olulisel määral, et kokkulepitud hinna tasumine oleks ebamõistlik (BGB lg 313), siis tuleb lepingu täitja nõudel maksta talle tasu, arvestades lisandunud või vähenenud kulutusi.<sup>614</sup>

Lepingu muutmise võimaluste sisustamise osas on heaks näiteks Eesti ehituse töövõtulepingute üldtingimused<sup>615</sup> ja projekteerimise töövõtulepingu üldtingimused,<sup>616</sup> mis näevad ette mõistliku skeemi muudatuste tegemiseks lepingu täitmisel ja sellele vastavaks tasustamiseks. Kontrastina eeltoodule aga piirab hankelepingute puhul neid võimalust kasutada ning üldse lepinguid dünaamiliselt muuta RHS § 69 lg 3 (vt selle kohta allpool, osas 5.3.2).

Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest tulenevalt peab hankija olema hankemenetluses avaldatud tingimustega seotud kuni hankelepingu täitmise lõpuni<sup>617</sup> ning hankelepingu ese ja sõlmimise tingimused peavad olema selgelt määratletud.<sup>618</sup> See tähendab, et kui hankija soovib jätta endale võimaluse lepingu tingimusi pärast lepingupartneri valikut muuta, peab hanke-dokumentides otseselt ette nägema nii muutmise võimaluse kui ka üksikasjalikud reeglid.<sup>619</sup> Muudatuse tegemiseks ettenähtud raamistik peab olema selline, et kõik hankes osalemisest huvitatud isikud oleksid sellest võimalusest algusest peale teadlikud ja seega pakkumusi esitades võrdsel positsioonil.<sup>620</sup>

Näiteks on Euroopa Komisjon algatanud rikkumismenetluse ja kaevanud Euroopa Kohtusse Hispaania põhjusel, et Hispaania seaduse järgi on hankijal võimalik lepingu sõlmimise järel lepingu olulisi tingimusi muuta ilma, et muutmise tingimused oleksid hankedokumentides selgelt, täpselt ja üheselt arusaadavalt ette nähtud. Selline hankelepingu muutmise õiguslik režiim ei ole kooskõlas võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ega läbipaistvuse printsipi-pidega.<sup>621</sup> Hankija saab enne lepingu sõlmimist ette kindlaks määrata, millistel asjaoludel ja milliste põhimõtete kohaselt täpselt kuuluvad lepingujärgsed maksetingimused muutmisele. Sellisel juhul on võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest kinni peetud.<sup>622</sup> Vastasel juhul aga, kui pooltel on vaba voli

---

<sup>614</sup> Ax 2007, pp NA 102–111.

<sup>615</sup> ETÜ 2005.

<sup>616</sup> PTÜ 2007, kättesaadav: <http://www.mkm.ee/index.php?id=345310>. PTÜ 2007 on soovituslik dokument, mis on heaks kiidetud Eesti Kaubandus-Tööstuskoja, Eesti Arhitektide Liidu, Eesti Ehitusettevõtjate Liidu ning Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi esindajate poolt.

<sup>617</sup> Succhi di Frutta, p 115.

<sup>618</sup> Komisjon v Prantsuse Vabariik. Kohtuasi C-340/02, p 34.

<sup>619</sup> Eesti õiguse järgi on analoogselt lubatud muuta näiteks riigivara võõrandamise lepingu tingimusi: kui muutmise ei ole vastuolus avaliku enampakkumise või valikpakkumise tingimustega – vt riigivaraseaduse § 49 lg 3 p 2.

<sup>620</sup> Succhi di Frutta, pp 110, 118, 125.

<sup>621</sup> Public procurement: Commission refers Spain to Court of Justice over modification of contracts after award. Kättesaadav: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1752&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (23.01.2010.)

<sup>622</sup> Succhi di Frutta, p 126.

muuta hanketeates avaldatud lepingutingimusi, kujutaks lepingu muutmine endast läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise printsiipide muutmist.<sup>623</sup> Eeltoodust tuleb järeldada, et sõltumata riigihangete seaduses sätestatud muutmise piirangutest võib ka Eesti kontekstis hankelepingu muutmine siiski olla õigustatud, kui selline võimalus on hankelepingu sõlmimise eelsetes suhetes avaldatud ja piisavalt täpselt määratletud.

Ainuüksi fakt, et muutmise võimalus on hankelepingu sõlmimise eel ette nähtud, ei pruugi loomulikult tagada muudatuse absoluuaset õiguspärasust, kuid see on üks asjaolu, mida muudatuse õiguspärasuse tuvastamisel arvesse võtta. Reeglina on eelnevalt ettenähtud alustel tehtud muudatuse teostamine õigustatud: sellisel juhul on lepingu muutmise riskid kõigi pakkujate jaoks ette nähtud, objektiivsed muutmismehhanismid aga vähendavad selle kuritarvitamise võimalust.<sup>624</sup>

Hanke üldpõhimõtete kõrval puudutab hankelepingu muutmise vabadust ka siseriiklikul tasandil eksisteeriv tugev avalik huvi, sh nt korruptsiooni vältimise eesmärk.<sup>625</sup> Seetõttu võib hankelepingu õiguslikus käsitluses tekkida teatud huvide konflikt või n.ö huvide kolmnurk, kus ühes faktisituatsioonis on vaja arvestada nii riigihanke üldpõhimõtete, eraõiguslike reeglite kui avalike huvidega. Eeldatavasti ei tohiks nimetatud aspektid kanda vastandlikke huve, kuid detailse regulatsiooni rakendamisel võib siiski tekkida olukordi, kus tuleb määrata asjakohaste normide omavaheline hierarhia. Kõige iseloomulikumalt avalduvadki normide sellised erinevad eesmärgid hankelepingu muutmise situatsioonis: (i) riigihankeõiguse üldpõhimõtted nõuavad, et pakkujad oleksid koheldud võrdselt ja riigihange läbi viidud transparentselt; (ii) avalikust huvist ja korruptsiooni vältimise vajadusest tulenevalt võiks hankelepingu muutmise võimaluse üldse välistada – sellisele regulatsioonile on kardetavalt lähedal Eesti kehtiv õigus (vt allpool osa 5.3.2). (iii) Eraõiguse (eeskätt lepinguvabaduse) seisukohast aga on hankelepingu muutmine sageli vajalik ja õigustatud. Vaatlen järgnevalt, millistele kriteeriumidele tuginedes peaks EL hankeõiguses kujunenud reeglite kohaselt tasakaalustama hankelepingu muutmise vabadust ja sellele avalikust huvist tulenevaid piiranguid.

---

<sup>623</sup> Succhi di Frutta, pp 120–121.

<sup>624</sup> *Id*, p 288.

<sup>625</sup> Cane 1997, pp 266–267.

## 5.2. De facto uue riigihanke keeld

### 5.2.1. Kohtuasjas Pressetext kujundatud reegel: oluliste muudatuste keeld

Hankelepingu muutmise seadmisel Euroopa Kohtu praktikas ja kirjanduses avaldatu võib kokku võtta reeglina, mis keelab *de facto* uut hanget kujutatavate muudatuste tegemise olemasolevatesse hankelepingutesse. Kui soovitud lepingumuudatus sisuliselt võrduks uue hankega, siis on hankija kohustatud ka uue hanke korraldama. Hankedirektiivid selle piirangu sisu ei täpsusta. Euroopa Ühenduste komisjoni teatise<sup>626</sup> on avaldatud, et uue pakkumismenetluse korraldamist nõuab vaid *oluline* lepingutingimuste muutmine. Kui olulise lepingutingimuse muutmise võimalust ei ole esialgsetes lepingutingimustes sätestatud, võib lepingu hilisem muutmine rikkuda läbipaistvuse tagamise kohustust ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet.<sup>627</sup> Millist muudatust lugeda niivõrd oluliseks, et see sisuliselt võrdub uue hankega, valgustab Euroopa Kohtu lahend kohtuasjas Pressetext ja seda analüüsiv A. Brown'i artikkel.<sup>628</sup>

Pressetext käsitles 1994. aastal Austria Vabariigi ja APA Austria Presse Agentur (APA) vahel sõlmitud teenuste hankelepingu muudatusi, mis puudutasid nii lepingu poole isikut, lepingu hinda kui tähtaega.<sup>629</sup> Muudatused seisnesid järgnevas:

(i) Leping oli algselt sõlmitud tähtajatult, kuid lepingu ülesütlemine oli keelatud kuni 31.12.1999. a. Ülesütlemisest hoidumise tähtaega pikendati 2005. aastal kuni 31. detsembrini 2008.a.

(ii) 2000. aastal ühines lepinguga APA poolel uus isik: saja protsendiliselt APAle kuuluv tütarettevõtja, äriühing APA-OTS. Viimane oli asjaosaliste väitel *finantsilises, organisatsioonilises ja majanduslikus tähenduses liidetud ettevõtjaga APA*, pidi äritegevuses juhinduma viimase korraldustest ja APA vastutas hankija ees solidaarselt koos APA-OTS-iga.

(iii) Hankelepingu hinda muudeti kolmel korral: (1.) seoses eurole ülemineku konverteeriti ja ümardati hinda 2001. aastal, kusjuures ümardamise tulemusel saadud summa tähendas hankijale 0,3 %-i suurust hinnalangust; (2.) hinna indekseerimisel otsustati tugineda mitte esialgselt ettenähtud, 1986. aastaks arvutatud tarbijahinnaindeksile, vaid 2001. aastaks arvutatud, 1996. aasta tarbijahinnaindeksile tuginevale indeksile. Samas lepiti kokku hinna indekseerimise asemel kindlate hindade kasutamises aastatel 2002–2004, mis sisuliselt

<sup>626</sup> Komisjoni tõlgendav teatis C (2007) 6661, lk 8.

<sup>627</sup> Pressetext, p 60; Succhi di Frutta, punkt 121.

<sup>628</sup> Kohtuasja Pressetext põhjaliku ülevaate ja analüüsi kohta vt A. Brown. When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purpose of the EU procurement rules? Guidance at last in case C-454/06. Public Procurement Law Review 6, 2008, pp NA253–267.

<sup>629</sup> Vaidluse lahendus tugines varasemale hankedirektiivile 92/50, kuid kohtuasjas tehtud järeldused kehtivad ka direktiivi 2004/18/EÜ alusel. – vt Brown 2008, p NA 267.

tähendas samuti hankija jaoks väikest hinnaalandust. (3.) 2005. aastal suurendati hankijale tehtavat hinnaalandust teatud teenuste osas 15 %-lt 25 %-le.

2004. aastal pakkus hankijale oma teenuseid APA konkurent, äriühing Presstext Nachrichtenagentur GmbH (edaspidi „Presstext“), kuid hankelepingu sõlmimist ei toimunud. Seejärel vaidlustas Presstext ülelnimetatud muudatuste õiguspärasuse, väites, et tegemist oli *de facto* uue riigihankega. Omakorda esitas *Bundesvergabeamt* (Austria riigihangete amet) Euroopa Kohule eelotsuse küsimused, soovides teada, millistel tingimustel tuleb hankija ja teenuseosutaja vahel kehtiva lepingu muutmist lugeda uueks teenuste riigihankelepingu sõlmimiseks.

Euroopa Kohus sedastas, et *menethuse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks tuleb kehtiva riigihankelepingu klauslite muutmist pidada uue riigihankelepingu sõlmimiseks ... juhul, kui need muudatused on algse riigihankelepingu tingimustest oluliselt erinevad ja kui neist ilmneb järelikult poolte soov pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas.*<sup>630</sup> Seega on hankelepingu muutmine keelatud ja selle asemel tuleb korraldada uus riigihanke juhul, kui muudetud hankelepingon esialgselt lepingust oluliselt erinev ja muudatus demonstreerib lepingupoolte tahet lepingu põhitingimused uuesti läbirääkida.

Kohus tõi järgmised **kolm näidet** selle kohta, millal on tegemist *olulise muudatusega*.<sup>631</sup> (i) *muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud ... esialgse hankemenethuse ajal ja mis oleksid võimaldanud osaleda hankemenethuses ka teistel ... pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse või* (ii) *muudatusega laiendatakse riigihanke eseme ulatust olulisel määral ka sellistele teenustele, mida ei olnud esialgu ette nähtud või* (iii) *muudatusega kallutatakse lepingu majandusliku tasakaalu [hankelepingu täitja] kasuks viisil, mida ei olnud esialgse lepingu tingimustes ette nähtud.*

Kirjandusest ja kohtupraktikast võib leida viiteid ka seisukohale, et eelduslikult peaks hankelepingu *igasuguse* muutmise asemel toimuma uus hange, s.t hankelepingu muutmine ei ole lubatud, välja arvatud juhul, kui hankija tõendab vastupidist.<sup>632</sup> Teatud asjaoludel on muutmise keelu kummutamine ja vastavalt hankelepingu muutmise lubatavus tõenäolisem kui teistel.

Tuvastamaks, kas konkreetne hankelepingu muudatus on õigustatud või mitte, tuleb professor Arrowsmith'i arvates arvestada järgmisi lepingu muutmise seonduvaid aspekte.<sup>633</sup> (i) kuidas muudatus mõjutab hankelepingu majanduslikku tasakaalu – s.o kas lepinguliste suhete tasakaal esialgse lepinguga võrreldes muutub või toimub tingimuste muutmine vastupidi, lepingulise

---

<sup>630</sup> Presstext p 34

<sup>631</sup> *Id* p 35–37.

<sup>632</sup> Arrowsmith 2008, pp. 289-290; vt. ka Kohtujuristi ettepanek – Fennelly – 2. aprill 1998. Walter Tögel versus Niederösterreichische Gebietskrankenkasse. Kohtuasi C-76/97. EKL 1998 lk I-05357, punkt 63

<sup>633</sup> Arrowsmith 2008, pp 288–292.

tasakaalu säilitamise eesmärgil. Õigustatuks tuleb pidada muudatusi, mis tehakse kas hankelepinguliste kohustuste tasakaalu säilitamiseks või hankija kasuks. Samuti aitavad muudatuse kooskõla hankeõiguse üldpõhimõtetega selgitada (ii) hankelepingu muutmise põhjused, (iii) kas muutmise võimalus, ulatus, tingimused ja/või mehhanism (valem, skeem) olid ette nähtud ja avaldatud enne lepingu sõlmimist – muutmise võimaluse sätestamine hankedokumentides võib muudatuse 'legaliseerida'; (iv) kas muudatuse aluseks on ühepoolne lepingust või seadusest tulenev nõudeõigus või toimub muutmine pelgalt vastastikusel kokkuleppel; (v) kas muudatused vastavad majandustegevuse valdkonna mõistlikule tavale ja (vi) milline on muudatuste ulatus. Õigustatud on muudatused, mis on niivõrd väheolulised, et kui muudetud tingimustega leping oleks lisatud hankedokumentidele, ei oleks see tinginud erinevate pakkumiste esitamist, erinevate pakkujate osalemist ega erineva eduka pakkumise valikut. Mida ulatuslikum muudatus, seda suurem tõenäosus, et tegemist on *de facto* uue hankega. Omakorda võivad muudatuse õigustatud ulatuse määramisel olla abiks valdkonna tavad. Järgnevalt käsitletakse hankelepingu muutmise kooskõla riigihanke üldpõhimõtetega eraldi lepingu tähtaja, teise poole isiku ja hinna suhtes.

### 5.2.2. Hankelepingu tähtaja muudatused

Üks kohtuasjas Pressetext käsitletud kesketest küsimustest oli, kas lepingu ülesütlemise keelu uuendamine – s.o sisuliselt lepingu tähtaja pikendamine – tuleb lugeda uueks hankeks. Kohus märkis, et *tähtajatute riigihankelepingute sõlmimise praktika on iseenesest võõras riigihankeid reguleerivate ühenduse õigusnormide süsteemile ja eesmärgile. Selline praktika võib aja jooksul kahjustada võimalike teenuseosutajate vahelist konkurentsi ja takistada hanke menetluse avalikustamist puudutavate riigihankeid reguleerivate ühenduse direktiivide kohaldamist*. Samas ei keela kehtiv ühenduse õigus tähtajatute teenuste riigihankelepingute sõlmimist ega kokkuleppeid, millega pooled kohustuvad lepingu ülesütlemisest hoiduma.<sup>634</sup>

Hinnang sellele, kas pidada tähtaja pikendamist uueks hankeks, sõltub lepingu muudatuse hindamise üldreeglist, s.t on vaja vastata küsimusele, kas tähtaja pikendamise kokkulepe muudab esialgse lepingu tingimusi oluliselt. Lubatud ei ole selline tähtaeg, mis – kui see oleks seatud tingimuseks juba hanke menetluses – oleksid võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel pakkujatel. Näiteks, kui lepingu uus tähtaeg on oluliselt pikem hankemenetluses välja kuulutatud tähtjast, on võimalik, et isikud, kes oleksid olnud huvitatud hankelepingu sõlmimisest pikemaks tähtjaks, ei osalenud esialgses hankes põhjusel, et avaldatud tähtaeg oli ebamõistlikult lühike ja sellisena mitte kulutõhus. Samuti ei tohi uus tähtaeg kallutatada lepingu majanduslikku tasakaalu hanke-

---

<sup>634</sup> Pressetext p 73.

lepingu täitja kasuks, välja arvatud, kui selline võimalus oli juba esialgu ette nähtud.

Hankelepingus, mida käsitleti kohtuasjas *Presstext*, sisaldus lepingu ülesütlemisest hoidumise klausel juba lepingu esialgsetes tingimustes. Lisaks tuvastas kohus, et kõnealuse lepingu pooltel reaalset lepingu ülesütlemise kavatsust ei olnud. Sõltumata ülesütlemise võimalusest või selle puudumisest oleks hankelepingu täitmine seega igal juhul reaalset jätkunud. Samuti ei olnud ülesütlemise keelu kolmeaastane kehtivusaeg kohtu hinnangul liialt pikk. Nendel asjaoludel ei kahjustanud lepingu lõpetamise keeld konkurentsi teiste potentsiaalsete pakkujate kahjuks. Selline järeldus kehtis siiski vaid eeldusel, et samasisulist tingimust ei lisata lepingule pidevalt uuesti.<sup>635</sup>

Tähtaja muutmise õiguspärasuse hindamisel tuleb arvestada ka hanke üldpõhimõtetest tulenevaid võimalikke piiranguid, mis puudutavad nii lepingu esialgse tähtaja määramist kui selle hilisemat muutmist. Õigustamatult pikk lepingu tähtaeg või tähtajalise lepingu põhjendamatu muutmine tähtajatuks võib tekitada vastuolu konkurentsi soodustamise printsiibiga. Lepingu tähtaja määramise kriteeriumeid käsitleb eespool käesoleva töö osa 2.2.1. – nende kriteeriumidega ei tohi vastuolu tekkida ka hankelepingu muutmise tulemusel.

Nagu eespool nimetatud, võib hankelepingu muudatuse õigustatuse hindamisel muuhulgas pidada asjakohaseks vastava majandusvaldkonna tavasid: kui lepingute muutmine on vastavas valdkonnas tavapärane, siis on suurem ka tõenäosus, et hankelepingu muutmine on õiguspärane.<sup>636</sup> Valdkonna tavapärased muudatused seonduvad sageli just lepingu tähtaja muutmisega (pikendamisega). Lepinguteks, mille täitmise tähtaja muutmine on tavapärane, on näiteks ehituslepingud. Ehituslepingute puhul võib tähtaja pikendamise vajadus tekkida kas ettenägematute objektiivsete (kaetud konstruktsioonide avamisel, maapõue geoloogilistest uuringutest)<sup>637</sup> või subjektiivsete (tellijal valikud ja eelistused) asjaolude tõttu.<sup>638</sup> Ajakohaseks näiteks võiksid olla ka tarkvara arendamise lepinguid.<sup>639</sup> Arvutitarkvara väljatöötamist ja rakendamist reguleerivad lepingud võivad osutada niivõrd komplitseerituks, et esialgselt ei ole võimalik koostada piisavalt täpset ja kõiki olukordi hõlmavat paindlikku lepingut,<sup>640</sup> samas aga ei ole otstarbekas või – autoriõigustest tulenevalt – isegi võimalik muuta lepingu-partnerit pooleliolevas projektis.

Professor Arrowsmith'i arvates on ebatõenäoline, et direktiivide eesmärgiks oleks majandusvaldkonnas lepingute täitmisel väljakujunenud traditsioonilise mudeli eiramine, mistõttu sellistel puhkudel tuleb lepingu pikendamise võimalust pidada kehtiva kokkuleppe vaikivaks osaks.<sup>641</sup> Samale järeldusele viib ka võlaõigusseaduses ettenähtud võimalus tuletada lepingupoolte kohustusi

---

<sup>635</sup> *Presstext*, punktid 74–79.

<sup>636</sup> Arrowsmith 2008, p 291.

<sup>637</sup> Murdoch 2000, lk 83–84.

<sup>638</sup> Macaulay and Ramsey 2002, pp 60–61, 64.

<sup>639</sup> Arrowsmith 2008, p 291.

<sup>640</sup> Davis 2006, p 505.

<sup>641</sup> Arrowsmith 2008, p 293.

vastava kutseala tavadest ja praktikast.<sup>642</sup> Sealjuures tuleb siiski juhinduda kahest tingimusest: esiteks peab sellisele võimalusele viitama ka hanketeates, teiseks peab uus lepingu tähtaeg olema mõistliku pikkusega.<sup>643</sup> Mõistliku tähtaja määramine omakorda sõltub muuhulgas konkreetsest majandusvaldkonnast.<sup>644</sup>

Kokkuvõttes tuleb hankelepingu tähtaja muutmisel (sarnaselt esialgse tähtaja kehtestamisele) vältida tähtajatute või põhjendamatult pika tähtajaga lepingute sõlmimist. Orienteeruvalt ei tohiks hankelepingute tähtaeg koos muudatustega ületada 3–5 aastat, pikemad tähtjad on õigustatud PPP projektide puhul. Tähtaja muutmisel tuleb arvestada hanke üldpõhimõtetega, konkreetsele hankele iseloomulike majanduslike ja tehniliste asjaoludega ning majandusvaldkonna tavade ja praktikaga. Lepingu tähtaja pikendamise võimalus võib lisaks lepingus otseselt sätestatule ilmned ka lepingu tõlgendamise tulemusel.

### 5.2.3. Hankelepingu teise poole isikut puudutavad muudatused

Uue lepingupoole astumist hankelepingusse tuleb **reeglina** pidada lepingu oluliseks muudatuseks, v.a kui selline võimalus on esialgsetes hankelepingu tingimustes ette nähtud.<sup>645</sup> Erandjuhtudel siiski võib hankelepingu poole isikuga seonduv muudatus olla aktsepteeritav.

Näiteks kohtuasjas *Pressetext ei* pidanud Euroopa Kohus uue isiku astumist hankelepingu teisele poolele lepingu oluliseks muudatuseks.<sup>646</sup> Selline järeldus põhines asjaoludel, et uus lepingupool (APA-OTS) oli esialgse (APA) tütarettevõtja ja kuulus saajaprosendilisel viimasele; esialgsel lepingupoolel oli uuele korralduste tegemise õigus, APA ja APA-OTS vahel oli sõlmitud kasumi ja kahjumi ülekandmise lepingu ning esialgne lepingupool vastutas ka pärast muudatust koos uuega solidaarselt. Tegemist oli sisemise ümberkujundamisega, mis ei tähenda algse lepingu tingimuste olulist muutmist.<sup>647</sup>

Võlaõigusseaduse tähenduses oli käsitletud kaasuses sisuliselt tegemist kohustusega ühinemisega, mille tulemusel kolmandal isikul ja esialgsel lepingupoolel tekkis hankija ees solidaarkohustus.<sup>648</sup> Sellises olukorras ühineb lepinguga kolmas isik, kes ei pruugi kvalifitseerimisnõuetele vastata, jääb hankija ees vastutama ka esialgne, kvalifitseeritud isik.

---

<sup>642</sup> VÕS § 23 lg 1 p 3. Lepingu sisustamine ja tõlgendamine ei tohi sealjuures siiski vastuollu minna hanke üldpõhimõtetega, sh võib kutsealade tavast ja praktikast tulenevate kohustuste lisamine hankelepingus otseselt sätestatud kohustustele osutada küsitavaks, kui esialgsed tingimused on sellise võimalusega vastuolus.

<sup>643</sup> Arrowsmith 2008, p 293.

<sup>644</sup> VÕS § 7 lg 2.

<sup>645</sup> *Pressetext*, p 40.

<sup>646</sup> Vt kohtuasja *Pressetext* kohta seoses hankelepingu teise poole isiku muudatusega ka eespool osas 2.2.2.

<sup>647</sup> *Pressetext* p 44.

<sup>648</sup> VÕS § 178 lg 1 ja 4, § 65 lg 1.

Hankelepingu täitmisel osaleva isiku aktsepteerimise aspektist võib lepinguga ühinemist pidada mõnevõrra sarnaseks allhanke teostamise situatsiooniga, kuna mõlemal juhul säilib esialgselt aktsepteeritud ja kvalifitseeritud isiku vastutus hankija ees. Samas on üldiselt tunnustatud seisukoht, et hankijal on õigustatud huvi omada teatud kontrolli lepingu tegelike täitjate üle.<sup>649</sup> Muuhulgas on põhjendatud hankija huvi kontrollida ja mõistlikult piirata kohustusega ühinemise võimalust. Mõistliku kontrolli näiteks on hankelepingu teise poole kohustus hankijat ühinemisest aegsasti ja piisava põhjalikkusega teavitada. Sõltuvalt lepingu asjaoludest võib hankijal siiski olla põhjendatud huvi kohustusega ühinemist mitte aktsepteerida, näiteks kui hankelepingu esemest või olemusest tulenevalt on nõutav lepingu täitmine esialgse lepingupoole poolt isiklikult. Mitteaktsepteerimine võiks olla õigustatud ka juhul, kui kolmas isik ei vasta seadusega kehtestatud minimaalsetele kvalifitseerimisnõuetele, näiteks on osalenud organiseeritud kuritegevuses või rahapesus.<sup>650</sup>

Lisaks tuleb arvestada Euroopa kohtu tõdemust kaasuses *Presstext*, et eeldatavasti **oleks** tegemist riigihankelepingu olulise muudatusega ja uue lepingu sõlmimisega, kui uue (lepinguga ühinenud) lepingupoole aktsiad peaksid lepingu kehtivuse jooksul minema üle suvalisele kolmandale isikule – erandiks on omakorda olukord, kus poole asendamine oli kavas juba asjaomase tegevuse üleandmise ajal.<sup>651</sup> Euroopa Kohus jätab sealjuures küll lahtiseks, kui täpselt peab lepingupoole isikut puudutav potentsiaalne muudatus olema hankelepingus ette nähtud, s.o kas nõutavaks tuleb pidada uue võimaliku lepingupoole nimelist mainimist või piisab lepinguga ühinemise ja/või äriühingus osaluse muutumise aktsepteerimisest printsipiis. Ilmselt tuleb nimetatud äärmuste vahel mõistlik tasakaal leida. Samuti jääb arusaamatuks, kas suvalise (esialgse lepingupoolega mitteseotud) kolmanda isiku astumist hankelepingusse kohustusega ühinemise kaudu tuleb pidada aktsepteeritavaks. S.t. kas selleks, et kolmanda isiku ühinemine hankelepinguga oleks lubatav, peavad olema rahuldatud mõlemad tingimused: (i) seos esialgse lepingupoolega ja (ii) solidaarkohustus hankija ees? Hankelepingus kohustusega ühinemise nõu eelneva legaliseerimise võimalus on ilmselt faktipõhine ja vajab sisustamist tulevase kohtupraktikaga.

Autor on seisukohal, et vastupidiste piirangute puudumise korral on hankekohustusega ühinemise eelduslikult lubatud ning üldreeglina ei ole õigustatud kohustusega ühinemisele absoluutse keelu kehtestamine. Objektivseid asjaolusid arvestades võib seda võimalust aga kas mõistlikult piirata või ühinemise võimaluse välistada.

Ühinemise situatsiooniga sarnane on olukord, kus uut isikut hankelepingu täitmise käigus küll ei lisandu, kuid toimuvad olulised ümberkorraldused või osaluse muutus lepingu teisel poolel tegutsevas juriidilises isikus. Euroopa Kohtu hinnangul ei ole reeglina tegemist olulise muudatusega juhul, kui lepingu

---

<sup>649</sup> Vt direktiivi 2004/17/EÜ art 37; direktiiv 2004/18/EÜ art 25, art 48 p 2 (a), art 60.

<sup>650</sup> Direktiivi 2004/17/EÜ põhjenduste p 54; direktiiv 2004/18/EÜ põhjenduste p 43, art 45 p 1.

<sup>651</sup> *Presstext* p 47.

teisel poolel oleva, börsil noteeritud aktsiaseltsi aktsionäri vahetuvad. Erandina võib olukord olla teistsugune, kui selliste kombinatsioonide eesmärk on riigihanke õigusnormidest kõrvalehoidumine. Samad kaalutlused on arvestatavad ka teist liiki juriidiliste isikute puhul: võimalikud hilisemad muudatused juriidilise isiku osanike ringis ei tähenda üldreeglina olulist lepingumuudatust sõlmitud lepingus.<sup>652</sup>

Juriidilise isiku õigusliku vormi ümberkorraldamist ja osanike ringi muutmist tuleb pidada normaalse ettevõtluse ja majandustegevuse osaks ning reeglina ei tohiks hankelepingu täitmise fakt selliste muutuste tegemist takistada. Erandiks võiks olla olukord, kus näiteks juriidilise isiku vorm või osanike teatud koosseis olid hankemenetluses aluseks isikute kvalifitseerimisele. Sellisel juhul võib olla tegu olukorraga, kus *muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud seatud algse hankemenetluse ajal ja mis oleksid võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel ... pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse.*<sup>653</sup> Kui isikute võimalus hankemenetluses osaleda oli piiratud nii, et muudatuse tulemusel kujunenud olukorrale sarnastel asjaoludel oleksid ka teise pakkujad saanud hankemenetluse osaleda, siis võib tegu olla hankelepingu olulise muudatusega, mille asemel tuleb korraldada uus hange.

Kardinaalselt erineb ülalkäsitletud olukordadest aga situatsioon, kus hankelepingu soovib tervikuna või osaliselt üle võtta kolmandas isik. Võlaõigusseaduse kohaselt on hankijal võimalik kohustuste üleandmine välistada, keeldudes seda aktsepteerimast.<sup>654</sup> Hankijal on õigus keelduda ülevõtmist aktsepteerimast põhjusel, et see rikuks pakkujate võrdse kohtlemise printsiipi. Samas ei sea kehtiv õigus aga hankijale kohustust lepingu ülevõtmise aktsepteerimisest keelduda. Tuleb siiski arvestada, et hankelepingu eelsete suhete ülioluline osa on pakkujate kvalifitseerimine: hankija peab kontrollima, kas isiku majanduslik ja finantsseisund ning tehniline ja kutsealane pädevus vastavad hanketeates esitatud kvalifitseerimise tingimustele.<sup>655</sup> Osaliselt on kvalifitseerimistingimused loetletud seaduses, osaliselt aga määratakse hankija äranägemisel.<sup>656</sup> Kvalifitseerimise reeglistik on üks isikute võrdse kohtlemise ja menetluse läbipaistvuse tagamise vahendeid. Seetõttu ei saa õigeks pidada olukorda, kus hankemenetluses kvalifitseerimata ja seetõttu lepingust ilmajäänud isikul õnnestub hiljem lepingupooleks saada kohustuste ülevõtmise tulemusel.<sup>657</sup> Selle tulemusel muutuksid kvalifitseerimisnõuded sisuliselt mõttetuks ning eiraks võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiipe. Eeltoodust lähtuvalt tuleb asuda seisukohale, et hankelepingu üleandmine kolmandale isikule ei ole seaduslik

---

<sup>652</sup> Pressetext, p 51, 52.

<sup>653</sup> *Id.*, p 35.

<sup>654</sup> VÕS § 175 lg 1 ja 2, § § 179 lg 1.

<sup>655</sup> RHS § 39 lg 1.

<sup>656</sup> RHS § 38, § 40 ja § 41.

<sup>657</sup> Vt Lind 2009, lk 364.

ning kui selline vajadus peaks tekkima (senise lepingupoole poolt täitmise jätkamise võimatuse korral), tuleb välja kuulutada uus hange.

Kokkuvõttes: (i) **reegline** tuleb hankelepingu poole isiku muudatust pidada oluliseks lepingumuudatuseks, mistõttu hankijal on keelatud uut lepingupoolt aktsepteerida ilma uut riigihanget läbi viimata; (ii) **erandina** on uue lepingupoole astumine lepingusse lubatud, kui selline võimalus oli esialgsetes hankelepingu tingimustes ette nähtud; (iii) lepinguga **ühinemine on eelduslikult õiguspärane**; (iv) lepingupooleks oleva juriidilise isiku ümberkorraldamine või osaluse muutus äriühingus on eelduslikult lubatud, välja arvatud, kui muutunud olukorra aktsepteerimine hankemenetluses oleks võimaldanud osaleda ka teistel isikutel; (v) hankelepingu järgse **kohustuse ülevõtmine ei ole lubatud**. (vi) Igasugused teise poole isikuga seonduvad muudatused on aga lubamatud, kui on tehtud eesmärgiga hankeregulatsioonist kõrvale hoida.

#### 5.2.4. Hankelepingu hinna muudatused

Hind on riigihankelepingu oluline, tavapärases käsitluses kõige olulisem tingimus, mistõttu hinna muutmine tekitab alati kahtluse muudatuse lubatavusest. Samas ei pruugi hinna muudatus siiski mitte alati olla õigusvastane. Näiteks ei lugenud Euroopa Kohus oluliseks muudatuseks kohtuasjas *Presstext* käsitletud hinna muudatust, mis seondus lepingutasu eurodesse ümberarvestamisega: kui eurole ülemineku tõttu muudetakse riigihankelepingut nii, et algselt liikmesriigi vääringus esitatud lepingutasu arvestatakse ümber eurodesse, ei kujuta see endast olulist lepingumuudatust. Kui sellises olukorras toimub ka eurodesse konverteeritud summade ümardamine vastavalt kehtivatele õigusnormidele, on siiski tegemist lepingutasu kohandamisega vastavalt tingimustele, mis muutusid sõltumata lepingust ning ka ümardamise näol ei ole tegemist olulise muudatusega.<sup>658</sup> Kui aga eurodesse ümberarvestamisega kaasneb tasu suuruse ümardamine, mis asjakohastes õigusnormides lubatud ületab, siis on tegemist algse lepingutasu tegeliku väärtuse muutmisega ning tuleb kontrollida, kas selline lepingutasu muutmine tähendab uue riigihankelepingu sõlmimist.<sup>659</sup> Kokkuvõttes ei lugenud kohus kohtuasjas *Presstext* vaidlustatud hinnamuudatust oluliseks, arvestades, et tasu *ümberarvestamine eurodesse [ei pruugi] koos nende suuruse muutmisega tähendada uut riigihankelepingut, tingimusel et selline muutus on väga väike ja objektiivselt põhjendatav sellega, et see hõlbustab lepingu täitmist, näiteks lihtsustab arveldustoiminguid*.<sup>660</sup> Seega ka Eesti kontekstis võib eeldada, et **eurole ülemineku** ajal on hankelepingu hinna konverteerimine eurodesse aktsepteeritav tingimusel, et seda tehakse õigusnormides ettenähtud kursoriga ning et võimalik kaasnev hinnamuudatus (näiteks ümardamise läbi) on objektiivselt põhjendatud.

---

<sup>658</sup> *Presstext*, p 57.

<sup>659</sup> *Id*, p 58, 60, 61, 63.

<sup>660</sup> *Id*, p 61, 63.

Hinnamuudatusega seostub Euroopa Kohtu poolt pakutud kolmas näide lepingu olulise muudatuse kohta: muudatusega *kallutatakse lepingu majandusliku tasakaalu [hankelingu täitja] kasuks viisil, mida ei olnud esialgse lepingu tingimustes ette nähtud*.<sup>661</sup> Kohtuasjas *Pressetxt* pidas Euroopa kohus muuhulga oluliseks asjaolu, et ümberarvestamisega kaasnev hinnamuudatus tehti **hankija kasuks**.<sup>662</sup> Kui sõlmitud hankelingu majanduslikku tasakaalu on võimalik lepingu muutmise teel hankija kahjuks kallutada, soosib see korruptiivseid suhteid. Nimelt võib tekkida olukord, kus hankija poolt eelistatud pakkujate teeb väga madala hinnaga pakkumuse teadmises, et pärast hankemenetlust on võimalik hankelingu hinda tõsta. Seetõttu tuleks alati lähtuda eeldusest, et lepingu tasakaalu muutmine on pigem õigustatud hankija kasuks kui kahjuks.<sup>663</sup>

Hinnamuudatuse aktsepteeritavus sõltub ka sellest, kas selline võimalus on esialgsetes hanketingimustes ette nähtud. Vastasel juhul võib muudatus rikkuda läbipaistvuse tagamise kohustust ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet.<sup>664</sup> Kui hinna muutmise täpne võimalus (nt hinnaindeks) on hankelingu tingimusena hankemenetluses avaldatud, siis on hankija sellist võimalust pakkunud võrdselt kõigi pakkujate jaoks ning ettenähtud muudatuse rakendamist lepingu täitmise käigus ei saa pidada hanke üldpõhimõtete vastuolus olevaks.

Kohtuasjas *Pressetext* ei kujutanud hinna sidumine uue indeksiga endast olulist muudatust muuhulgas põhjusel, et selline võimalus oli esialgses lepingus ette nähtud. Nimelt sätestas lepingu tekst: *[i]ndekseerimisel lähtutakse ... 1986. aasta tarbijahinnaindeksist... või selle asemel kasutusele võetavast järgmisest indeksist*. Olulise muudatusena ei tule käsitleda ning uue hanke läbi viimise vajadust ei too kaasa *algse lepinguhinna muutmine väliste tingimuste tõttu*, mis on muutunud lepingust sõltumata, näiteks lepingutasude eurodesse ümberarvestamine, nende tasude väga väike vähendamine nende ümardamiseks ja viitamine uuele hinnaindeksile lepingus eelnevalt kokkulepitud hinnaindeksi asemel.<sup>665</sup> Hinnalanduse suurendamist ei pidanud kohus oluliseks muudatuseks muuhulgas põhjusel, et muudatus kehtis ainult osade teenuste suhtes ega mõjutanud lepinguliste suhete tasakaalu töövõtja kasuks.<sup>666</sup>

Lepingu muutmise vajadus erineb valdkonniti ning sõltub ka lepingu tähtsajast ja muudest asjaoludest,<sup>667</sup> näiteks muudatuse põhjustest ja eesmärgist. Kui juba hankelingu sõlmimise eel on teada, et tõenäoliselt võib hinna muutmise vajaduse lepingu täitmise käigus ilmneda, siis tuleb vastav võimalus hankes avaldatavates lepingutingimustes ette näha, et tagada pakkujatele võrdsed võimalused ning hanke läbipaistvus. Sellises olukorras hinnakõikumise valemi

---

<sup>661</sup> *Pressetext*, p 37.

<sup>662</sup> *Id*, p 62.

<sup>663</sup> Võrdluseks: sarnasest põhimõttest lähtub näiteks riigivara võõrandamise regulatsioon: lepingut on lubatud muuta (muuhulgas) vaid tingimusel, et seeläbi ei muudeta lepingut riigi jaoks kahjulikumaks – riigivaraseaduse § 49 lg 3 p 1.

<sup>664</sup> *Pressetext*, p 60, *Succhi di Frutta*, punkt 121.

<sup>665</sup> *Id*, p 70.

<sup>666</sup> *Id*, pp 85–86.

<sup>667</sup> Vt selle kohta eespool osa 5.1.

sätetamine teeb hankelepingu paindlikuks õigusinstrumendiks ega ole vastuolus ka Euroopa Liidu hanke üldpõhimõtetega (võrdse kohtlemise ega läbipaistvuse nõudega), mistõttu võib hankemenetluses avaldatud muutmise skeemi järgiv hinnatõus olla õigustatud. Kui indekseerimist ei ole ette nähtud või see ei osutu reaalses majandussituatsioonis piisavaks ning tekib vajadus hankelepingu hinda tõsta, on riigihankes muudatuste tegemise õiguspärasuse hindamine komplitseeritum.

Nagu öeldud, kohtuasjas *Presstext* tehti mõlemad hinnamuudatused **hankija kasuks**, millisel juhul on eelduslikult tegemist õiguspärase muudatusega. Võrreldes sellega oleks hinna suurendamine, s.o. tasakaalu nihutamine hankija kahjuks, palju problemaatilisem küsimus.<sup>668</sup> Kas ja millistel tingimustel peaks pooltel olema õigus lepingu hinda suurendada, s.t. muuta **hankija kahjuks**? Lepingulise tasakaalu muutmise korral lepingu teise poole kasuks on uue hanke korraldamise kohustus tõenäolisem kui vastupidisel juhul. Selliseks tasakaalu muutmise olukorraks on näiteks lepingu hinna tõstmine ilma teise poole kohustusi suurendamata või avaliku ja eraõigusliku partnerlusprojekti uute, heldelt tasustatavate kohustuste lisamine, mis kompenseerib projekti muudes osades lepingupartneril tekkivaid kahjusid. Sellistel juhtudel ei kajasta leping enam algse hankemenetluse tulemust.<sup>669</sup>

Siiski ei saa hankelepingu hinnatõusu võimalust absoluutselt välistada. Ka üldise hinnatõusu situatsioonis tuleks võimaldada piisavat paindlikkust ja arvestada reaalse turusituatsiooniga.<sup>670</sup> Pigem oleks põhjendatud siduda hinna muutmise võimalus lepingulise tasakaalu säilitamise nõudega.<sup>671</sup> Lisaks tuleb aga arvestada ka Euroopa Kohtu poolt kohtuasjas *Presstext* toodud olulise muudatuse näitega, s.o. *[muudatusega] laiendatakse riigihanke eseme ulatust olulisel määral ka sellistele teenustele, mida ei olnud esialgu ette nähtud.*<sup>672</sup> S.hankelepingu muutmine ei ole õigustatud juhul, kui muudatuse tulemusel küll lepinguliste kohustuste vahekord jääb samaks, kuid hankelepingu ese laieneb olulisel määral.

Võrdluseks prantsuse õiguse järgi tuvastatakse hankelepingu muutmise õiguspärasus sõltuvalt sellest, kas muudatus puudutab lepingu põhilist finants-

---

<sup>668</sup> Brown 2008, p NA 262. Võrdluseks välistab hinnatõusu võimaluse näiteks riigivara võõrandamise regulatsioon: üheks lepingu muutmist õigustavaks eelduseks on tingimus, et seeläbi ei muudeta lepingut riigi jaoks kahjulikumaks – vt riigivaraseaduse § 49 lg 3 p 1.

<sup>669</sup> Arrowsmith 2008, p 288.

<sup>670</sup> Brown 2008, p NA 262.

<sup>671</sup> Tasakaalu muutmist ei tule siin küll mõista VÕS § 97 sätestatud kohustuste vahekorra muutmise tähenduses, vaid laiemalt. Võimalik, et hankelepinguliste kohustuste vahekord on teatud määral muutunud ja õigustab seetõttu hankelepingu hinna teatud tõusu, kuigi samas ei ole rahuldatud VÕS § 97 sätestatud eeldused, mis annaksid leingupooltele lepingu muutmiseks eraõigusliku nõudeõiguse. Ning vastupidi: VÕS § 97 sätestatud eelduste esinemisel võib, aga ei pruugi olla hankelepingu muutmise nõue õigustatud. Ei saa välistada, et ka VÕS § 97 olukorras tuleb hankelepingu muutmise asemel õigeks pidada uue hanke korraldamist.

<sup>672</sup> *Presstext*, p 36.

korraldust või lepingu eesmärki. Oluliseks hinnamuutuseks on kohtupraktikas loetud 15 % suurune või suurem muudatus. Näide: hankelepingu kohaselt pidi teenuse osutaja tagama Pariisis avalikuks kasutuseks jalgrattad ja jalgratta-peatused. Pooled leppisid kokku lepingu muudatuses, mille tulemusel pidi lepinguga hõlmatud rattavõrgustik hõlmama täiendavalt 1500 meetri laiust ringi ümber Pariisi linna ning lisaks esialgu kokkulepitud 20 600 rattale tuli hankida juurde 4500 ratast. Hankemenetluses osalenud, kuid lepingust ilma jäänud pakkuja vaidlustas muudatuse õiguspärasuse. Kohus leidis, et muudatus ei ole piisavalt oluline, et nõuda uue hanke läbiviimist.

Põhjused, miks lepingumuudatust oluliseks ei peetud, olid järgmised: rattavõrgustiku laiendamine puudutas esialgselt juba olemasolevat võrgustikku (s.o lepingu ese ega eesmärk ei muutunud) ja oli täpselt piiritletud (1500 meetri laiune ring ümber Pariisi), lepingumuudatusega kaasnes esialgse hinnaga võrreldes maksimaalselt kuni 8% suurune hinnatõus, s.o. vähem kui kohtupraktikas kujunenud 15% piir. Selline muudatus ei riku esialgses hankelepingus ettenähtud kohustuste tasakaalu ega kujuta endast uut hanget, mistõttu lepingu muutmise loeti õiguspäraseks.<sup>673</sup>

Kokkuvõttes: (i) hinnamuudatus tuleb **eelduslikult** lugeda **oluliseks** muudatuseks; (ii) **erandina** võib hinnamuudatus olla lubatav, kui selline võimalus on hanke tingimustes esialgselt ette nähtud; (iii) õigusnormidega kooskõlas toimuv hinna **euroidesse konverteerimine** ei ole oluline muudatus; (iv) hinnalangetamine (muudatus hankija kasuks) on eelduslikult õiguspärane; (v) hinna suurendamise (hankija kahjuks muutmise) korral tuleb kontrollida, kas muudatus on oluline: kas muutus hankelepingu tasakaal ja/või lepingu ese ning kas muudatuse avaldamise korral hankemenetluses oleks olnud võimalik menetluse teistsugune tulemus. Hinna suurendamise absoluutne keeld ei ole vajalik.

---

<sup>673</sup> *Ville de Paris v Societe Clear Channel France, Conseil d'État, Section du Contentieux*, 11/07/2008, 312354, *Publié au recueil Lebon*, kättesaadav (13.09.2009): <http://www.legifrance.gouv.fr/rechJuriAdmin.do?reprise=true&page=1>

## 5.3. Hankelepingu muutmine Eesti seaduste kohaselt

### 5.3.1. Riigihangete seaduse § 69 lg 4 sätestatud keelu tõlgendamine kooskõlas kohtuasjas Presstext kujundatud reeglitega

Nagu eelmises osas näidatud, on EL hankeõiguse üldpõhimõtete kohaselt keelatud hankelepingu muutmine juhul, kui muudatus kujutaks endast *de facto* uut riigihanget. Selle reeglga võib seostada Eesti riigihangete seaduse §-s 69 lõikes 4 sätestatud piirangut, mis keelab hankelepingut muuta, kui muutmisega taotletavat eesmärki on võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega.

Tuleb nentida, et mainitud sätte tähendus ei ole üheselt arusaadav, sätet on võimalik mõista erinevalt. Sõna-sõnalise tõlgendamise korral võib jõuda järeldusele, et igasuguse muudatuse asemel tuleb alati uus hange korraldada: on ju uue lepingu sõlmimine muutmise asemel alati võimalik. Ilmselgelt ei saa selline siiski olla sätte tegelik mõte.

Kehtestatud piirangu asemel oli seaduse eelnõu esialgses versioonis samas sättes (RHS § 69 lg 4) formuleeritud keeld teha hankelepingust *olemuslikult lahutatavaid muudatusi*. Seaduseelnõu seletuskirja kohaselt tekib hankijal uue hanke korraldamise kohustus selliste muudatuste tegemiseks, mis on esialgselt hankelepingust *olemuslikult eraldatavad*. Selline redaktsiooni seostub autori hinnangul EL hankeõiguses tunnustatud *de facto* uue hanke piiranguga selgemalt: keelatud on lisada olemasolevale lepingule uusi hankekokkuleppeid ilma vajalikku menetlust korraldamata. Kehtivas redaktsioonis kasutatud sõnastuse eesmärki ega sisu ei seaduseelnõu arutelude protokollid ega eelnõu seletuskiri täpsemalt ei selgita.<sup>674</sup> Kuigi seadusega kehtestatud redaktsiooni tekst on teistsugune, eeldab autor, et keelu sisustamine eelnõu koostajate algse ideega ja EL kehtiva hankeõigusega kooskõlas on siiski õigustatud.

Eeltoodust tulenevalt on põhjendatud RHS §-i 69 lg 4 kitsendav tõlgendus, mille kaudu rakendub kohtuasjas Presstext kujundatud reegel: hankelepingu *oluline* muutmine on keelatud ning olulise muutmise asemel tuleb korraldada uus riigihange. Kui muudatus on niivõrd väheoluline, et muudetud tingimustega lepingu lisamine hankedokumentidele ei oleks võimaldanud erinevate pakkujate osalemist ega erineva eduka pakkumise valikut, siis ei ole uue hanke läbiviimine kohustuslik.

Eristamaks väheolulisi muudatusi olulistest, tuleb omakorda tugineda kohtuasjas Presstext kujundatud reeglitele. Nagu eespool nimetatud, üheks olulise muudatuse näiteks on muudatus, mis toob hankelepingusse tingimusi, mida

---

<sup>674</sup> Seaduseelnõu arutelu käigus riigikogus selgitati lõikes 4 sisalduvat keeldu järgmiselt: *Muudatusega täpsustatakse regulatsiooni selliselt, et hankijal oleks kohustus võimaluse korral kindlasti uus hankemenetlus korraldada, sisuliselt sätte täpsemat avamist ei toimunud.* – Vt Riigikogu majanduskomisjoni istungi protokoll nr. 1, 18.01.2007, kättesaadav: <http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=070150002&login=proov&password=&system=ems&server=ragne11> (28.04.2010).

lepingueelsetes suhetes ei olnud seatud ja mis oleksid võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel pakkujatel või mis oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse. Hankelepingu muudatus, mis laiendab lepingu eseme ulatust olulisel määral võrreldes hankemenetluses avaldatuga,<sup>675</sup> kujutab endast uut hanget. Sellise muudatuse nõude või ettepaneku esitamisel teise hankelepingu poole poolt peab hankija esitama RHS §-le 69 lg 4 tugineva muutmise keelu vastuväite.

Hankedirektiividest tulenevad võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtted nõuavad, et hankija oleks hankemenetluses avaldatud tingimustega seotud kuni hankelepingu täitmise lõpuni<sup>676</sup> ning et hankelepingu ese ja sõlmimise tingimused oleksid selgelt määratletud.<sup>677</sup> Kui hankija soovib jätta endale võimaluse lepingu tingimusi pärast lepingupartneri valikut muuta, peab hankedokumentides otseselt ette nägema nii muutmise võimaluse kui ka üksikasjalikud reeglid. Sellisel juhul ei ole muudatus esialgse hanke tingimustega vastuolus.<sup>678</sup> Muudatuse tegemiseks ettenähtud raamistik peab olema selline, et kõik hankes osalemisest huvitatud isikud oleksid sellest võimalusest algusest peale teadlikud ja seega pakkumusi esitades võrdsel positsioonil.<sup>679</sup> Juhul, kui näiteks lepinguga seoses tehtavaid lisatöid või lepingu muid uusi tingimusi ei ole võimalik algselt lepingus sätestada, tuleb vajadusel määrata muutmise valem või alused. Eelduslikult on sellise juhul muudatuse tegemine õigustatud, kuna muutmise riskid on kõigi pakkujate jaoks ette nähtud, objektiivsed muutmismehhanismid aga vähendavad selle kuritarvitamise võimalust.<sup>680</sup>

Kui hankelepingu muutmise võimalus ei olnud lepingus esialgselt ette nähtud, võib siiski olla õigustatud lepingu tasakaalu muutmine hankija kasuks. Pika-ajaliste, uuenduslike ja komplekssete lepingute puhul olla põhjendatud muudatused, mis hankelepingu tasakaalu taastavad: sellisel juhul on lepingu täitmise etteplaneerimine keerukam, uue hankelepingu sõlmimine aga võib osutuda palju kulukamaks.<sup>681</sup> Riigihangete seadus §-s 69 lg 4 sätestatud uue hanke läbiviimise kohustus ei pruugi seetõttu tekkida olukorras, kus pikaajalist lepingut (nt. PPP projekti) muudetakse kohustuste esialgse vahetõrva taastamiseks.

---

<sup>675</sup> Presstext, pp 35, 36.

<sup>676</sup> Succhi di Frutta SpA, p 115.

<sup>677</sup> Komisjon versus Prantsuse Vabariik, p 34.

<sup>678</sup> Analoogselt on näiteks lubatud muuta riigivara võõrandamise lepingu tingimusi, kui muutmine *ei ole vastuolus avaliku enampakkumise või valikpakkumise tingimustega* – vt. riigivaraseaduse § 49 lg 3 p. 2

<sup>679</sup> kohtuasi Succhi di Frutta, pp 110, 118, 125.

<sup>680</sup> Arrowsmith 2008, p 288.

<sup>681</sup> *Id*, p 289.

### 5.3.2. Riigihangete seaduse §-s 69 lg 3 sätestatud piirangute analüüs

Eesti riigihangete seaduse § 69 lg 3 kehtestab lepingu muutmise suhtes olulised piirangud. Sisuliselt on tegemist avalik-õiguslike piirangutega, mille rikkumine ei mõjuta küll muudetud hankelepingu kehtivust, kuid mille järgimine siiski on hankijale kohustuslik ja rikkumine võib kaasa tuua hankija haldusvastutuse.<sup>682</sup> Täpsemalt on hankijal RHS §-i 69 lg 3 kohaselt õigus hankelepingu muutmises kokku leppida **üksnes** juhul, kui muutmise (i) tingivad objektiivsed asjaolud, mida (ii) hankijal ei olnud võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha ja (iii) hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamise.

Käsitleva sätte kajastab ühte neist olukordadest, kus üldiselt tunnustatud arusaama järgi on hankelepingu muutmine õigustatud: nagu eespool nimetatud, viitab Euroopa Komisjoni tõlgendav teatis muutmise võimalusele juhul, kui muutmine on tingitud ettenägematust sündmusest või on õigustatud avaliku korra, julgeoleku või rahvatervise seisukohalt.<sup>683</sup> Viimatinimetatud sündmused ilmselt tõepoolest vastavad praeguse riigihangete seaduse §-ga 69 lg 3 sätestatud eeldustele. Ka on hankelepingu muudatuse seaduslikkuse hindamisel õigustatud selle põhjuste arvestamine.<sup>684</sup> Samas ei tohiks muutmise võimalus vaid selliste erakorraliste olukordadega **piirduda**, mida aga kehtivast eesti õigusest võib järeldada.

Sisuliselt välistavad RHS §-s 69 lg-s 3 sätestatud piirangud hankelepingu igasuguse muutmise, välja arvatud suhteliselt mastaapse mõjuga (ohustavad lepingu eesmärgi saavutamist!) ettenägematute asjaolude korral.<sup>685</sup> Ka viimasel juhul peab olukord olema ettenägematu just hankija jaoks.<sup>686</sup> Kui hankija näiteks soovib muuta ehitusprojekti suhtes algselt esitatud nõudeid, võib tegemist olla asjaoluga, mida hankijal oli võimalus varem ette näha, isegi kui on rahul-

<sup>682</sup> RHS § 69 lg 5, § 111 lg 3 p-d 5 ja 4.

<sup>683</sup> Komisjoni tõlgendav teatis C (2007) 6661, lk 8–9.

<sup>684</sup> Arrowsmith 2008, p 289.

<sup>685</sup> Vajab märkimist, et seaduseelnõu arutelu käigus kaaluti riigikogus ühe arvestatava alternatiivina ka paragrahvi 69 lg 3 sellist sõnastust, mis välistab tõepoolest absoluutselt igasugused muudatused (*Hankija ei või sõlmitud hankelepingu muutmises kokku leppida*), millisest keelust siiski huvigruppide surve loobuti. Vt eelnõu tekst ja Riigikogu majanduskomisjoni istungi protokoll nr 58, 14.11.2006, kättesaadav:

<http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=063210004&login=proov&password=&system=ems&server=ragne11> (29.06.2010), ning Riigikogu majanduskomisjoni istungi protokoll nr 1, 08. 01. 2007, kättesaadav:

<http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=070150002&login=proov&password=&system=ems&server=ragne11> (29.06.2010).

<sup>686</sup> Seaduseelnõu menetlemise käigus oli arutlusel väljendi „muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamise” sisustamine ning selgitati, et *situatsiooni peab hindama hankija*. Seega põhineb seaduse sõnastus teadlikult hankija poolisel olukorra tõlgendamisel: ei ohtu lepingu eesmärgile ega saabunud asjaolude ettenähtavust ei tule käsitleda objektiivselt, vaid hankija arusaamast lähtudes. Vt Riigikogu majanduskomisjoni istungi protokoll nr. 1, 08. 01. 2007.

datud esimene eeldus (asjaolude muutus on objektiivne) ja viimane eeldus (oht eesmärgi saavutamisele). Sellisel juhul aga välistab RHS § 69 lg 3 muudatuse tegemise siiski.

Nagu eespool nimetatud, peaks hankelepingu muutmise reeglid ideaalis hoidma omavahel õigustatud tasakaalus Euroopa Liidu hankeõiguse eesmärgid, avaliku huvi (korruptsiooniohu taltsutamine) ja majandustegevusest tulenevad praktilised vajadused.<sup>687</sup> Majandustegevuse praktilisi vajadusi võimaldab üldjuhul arvestada lepinguvabadus, s.h lepingu muutmise vajadus. Eraõiguse aspektist vaadatuna on lepingu muutmise vabaduse liigsed kitsendused ilmses vastuolus kaasaegse arusaamaga dunaamilisest lepingust ja pärsivad lepinguliste suhete normaalset toimist, samuti võib hankija keeldumine lepingu muutmisest olla vastuolus hea usu põhimõttega. Lepingu muutmine on heas usus tegutsemise väljundiks lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise korral VÕS § 97 tähenduses,<sup>688</sup> kuid hea usu põhimõttest tulenevalt võib lepingu muutmine olla vajalik ka teistel juhtudel. Näiteks saksa õiguses kajastab hankelepingu muutmise regulatsioon just nimelt hea usu põhimõtte sisustamisel kujunenud kohtupraktikat, sätestades ehituse hankelepingu täitja õiguse nõuda hankelepingu alusel saadava tasu muutmist asjaolude muutumise korral.<sup>689</sup>

Praegu riigihangete seadusega kehtestatud regulatsioon ei võimalda autori arvates lepingu muutmise reaalse vajadusega arvestada ning elimineerib lepinguliste suhete edukaks täitmiseks vajaliku lepinguvabaduse ja paindlikkuse.<sup>690</sup> RHS §-s 69 lg-s 3 sätestatud hankelepingu muutmise vabaduse piiramise eesmärki ega tagamaid riigihangete seaduse seletuskiri ei ava,<sup>691</sup> kuigi eeldatavasti on lepingu muutmise piirangud kehtestatud eesmärgiga vältida korruptiivseid suhted, toetada hankemenetluse üldprintsipi ka lepingu sõlmimise järel ning takistada hankemenetluse nõuetekohase funktsioneerimise häirimist. Kui aga kõrvutada RHS §-s 69 lg-s 3 sätestatud piiranguid Pressetext kohtuasjas kujundatud reeglite ja Euroopa Liidu hankeõiguse üldpõhimõtetega, siis ilmneb, et niivõrd ranged piirangud ei ole EL hankeõiguse eesmärkide saavutamiseks vajalikud.

Korruptsioonivastase võitluse eesmärki riigihangete seaduse §-ga 69 lg 3 muutmise suhtes kehtestatud ranged piirangud ilmselt teenivad, kuid ei arvesta sealjuures ei praktiliste vajaduste ega lepingu muutmise vabadusega ning ei ole sellisel kujul tarvilikud ka hanke üldpõhimõtetest tulenevalt. Tingituna ilmselt

---

<sup>687</sup> Eespool osas 5.1.2, vt ka Arrowsmith 2008, p 293.

<sup>688</sup> Vt allpool osa 5.4.

<sup>689</sup> Ax 2007, pp NA 102–111.

<sup>690</sup> Vt eespool osa 5.1.1.

<sup>691</sup> Vt eelnõu 816 SE I, seletuskiri. Siinjuures on oluline märkida, et riigihangete seaduse seletuskiri on koostatud seaduse esialgse redaktsiooni kohta, milles hankelepingu muutmise piirang sisaldub järgmisel kujul: „Hankija võib sõlmitud hankelepingu muutmises kokku leppida üksnes juhul, kui hankelepingut muudetakse hankelepingust tulenevate õiguste ja kohustuste tasakaalu arvestades hankijale soodsamaks või siis, kui muutmise tingivad objektiivsed asjaolud, mida hankijal ei olnud võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha või mille mõju ei olnud võimalik hinnata.”

piirangute äärmisest ebapraktilisusest, tuleb tõdeda, et praktikas esineb RHS §-s 69 lg 3 sätestatud piirangu mõningast eiramist või kitsendavat tõlgendamist. Näiteks sisaldavad justiitsministeeriumi hangete tüüpitingimused, et kui hankelepingu täitmisel selgub *Tellijä soovidest tulenev vajadus Tööde täiendamiseks või muutmiseks ...*, lepitakse *Lepingu Hinna suurenemine Poolte vahel eraldi kirjalikult kokku*.<sup>692</sup> Ometi ei ole kehtiva seaduse järgi lepingu muutmise õigustatud pegalt põhjusel, et muudatuse ainsaks põhjuseks on hankija soov.

Kehtiva seadusega ettenähtud hankelepingu muutmise vabaduse piiramist võib kritiseerida ka Eesti põhiseadusega nõutava proportsionaalsuse põhimõtte ja ettevõtlusvabaduse valguses: nimelt sätestab Põhiseaduse § 31 esimese lause osa ettevõtlusvabaduse, mis PS §-i 9 lg 2 alusel laieneb ka juriidilistele isikutele.<sup>693</sup> Ettevõtlusvabaduse realiseerimine eeldab riigi poolset toetamiskohustust, õigusliku keskkonna tagamist vaba turu toimimiseks ning põhjendamatutest takistustest hoidumist.<sup>694</sup> Ettevõtlusvabadust piiravaks aga loetakse muuhulgas avaliku võimu iga abinõu, mis takistab või kahjustab ettevõtlusega seotud tegevust.<sup>695</sup> Riigikohtu seisukoht on, et ettevõtlusvabaduse piiramiseks piisab *igast mõistlikust põhjusest. See põhjus peab johtuma avalikust huvist või teiste isikute õiguste ja vabaduste kaitse vajadusest, olema kaalukas ja enesestmõistetavalt õiguspärane. Mida intensiivsem on ettevõtlusvabadusse sekkumine, seda mõjuvamad peavad aga olema sekkumist õigustavad põhjused*.<sup>696</sup> Kuigi ettevõtlusvabadus ei ole absoluutne, ei tohi selle suhtes seatud piirangud kahjustada ettevõtlusvabadust rohkem, kui see normi legitiimse eesmärgiga on põhjendatav. Seadusandja peab arvestama, et kasutatud vahendid peavad olema proportsionaalsed soovitud eesmärgiga (*Mutatis mutandis*).<sup>697</sup> Ettevõtluseks põhiseaduslike piirangute mõttes on igasugune tulu saamisele suunatud tegevus, s.h kauba tootmise, müümise või teenuse osutamise kaudu.<sup>698</sup>

Hankelepingu täitmist hankija lepingupartneri poolt võib vaadelda ettevõtlusvabaduse teostamise ühe konkreetse väljundina. Seda väljundit on riigihangete seadusega piiratud, kuivõrd oluliselt on kitsendatud seaduspäraselt käituvate hankelepingu poolte võimalust lepingut vastavalt reaalsele vajadusele muuta. Põhiseaduse mõtte kohaselt aga ei tohiks selline piirang olla põhjendatu ega ebaproportsionaalne. Selgitamist vajab, millistel kaalutlustel, milliste

---

<sup>692</sup> Töövõtulepingute üldtingimused 2008.

<sup>693</sup> Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr. 3-4-1-6-00, p 10.

<sup>694</sup> Eesti Vabariigi Põhiseadus: kommenteeritud väljaanne 2008, lk 321.

<sup>695</sup> Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr 3-4-1-6-00, p 11.

<sup>696</sup> Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr 3-4-1-3-02, p 14.

<sup>697</sup> Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus 17. märtsist 1999 – RT III, 1999, 9, 89; Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr 3-4-1-6-00, pp 12–13.

<sup>698</sup> Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr 3-4-1-1-99, p 12.

hüvede kasuks otsustas seadusandja piirangud seada ning sellest lähtuvalt hinnata, kas ettevõtlusvabaduse piiramisel on järgitud Põhiseaduse §-i 11, mis lubab piirata õigusi ja vabadusi vaid siis, kui piirangud on vajalikud demokraatlikus ühiskonnas ja need ei moonuta piiratavate õiguste ja vabaduste olemust.<sup>699</sup> Praegused ranged kitsendused võivad sõltuvalt lepingu liigist ja konkreetsetest asjaoludest hankelepingu edukat täitmist tõsiselt takistada ega ole autori hinnangul proportsionaalsed taotletava eesmärgiga, milleks võib pidada korruptiivsete tegude vältimist.

Eeltoodu valguses on ilmne, et riigihangete seaduse praegune regulatsioon ei võimalda hankelepingute vajalikul määral dünaamilist funktsioneerimist ega lepingupoolte heas usus käitumist. Kuigi teatud piirangud hankelepingu muutmiseks on hanke üldprintsiipidest tulenevalt vajalikud, siis kehtivas redaktsioonis sätestatud kujul on lepingu muutmise vabadust liialdaselt kärbitud. RHS §-s 69 lõikes 3 sätestatud kujul ei teeni lepingu muutmisei vabaduse kitsendused riigihankedirektiividest ega hanke üldpõhimõtetest tulenevaid eesmärke. Sellised piirangud on ebamõistlikud, põhjendamatud ja vastuolus proportsionaalsuse põhimõttega ning võivad endast kujutada põhiseadusliku ettevõtlusvabaduse põhjendamatu piirangut. Kui lepinguliste suhete normaalne toimimine on lepingu muutmise võimatuse tõttu takistatud või isegi välistatud, on omakorda takistatud kaupade ja teenuste vaba liikumine. Seetõttu ei saa RHS §-ga 69 lg 3 kehtestatud regulatsiooni õigustatuks lugeda.

Tagamaks vajalik lepingu muutmise vabadus, võiks muutmise piirang autori arvates olla küll seotud objektiivsete vajaduste kriteeriumiga, aga kindlasti mitte seotud sõltuvusse sellest, kas **hankija** nägi muutmise vajadust ette või ei. Lahenduseks oleks RHS § 69 lg 3 sätestatud piirangu asemel või seda täiendavate alternatiividena hankelepingu muutmise sellise regulatsiooni sätestamine, mis lähtuks Euroopa Liidu riigihankeõiguses lepingu muutmise kohta kujunenud arusaamadest. Hankelepingu muutmine tuleb lugeda õigustatuks, kui: (i) muutmise võimalus ja tingimused olid ette nähtud ja hankemenetluses avaldatud või (ii) tegemist on väheolulise muudatusega või (iii) muudatud on tingitud ettenägematust sündmusest või on õigustatud avaliku korra, julgeoleku või rahvatervise seisukohalt.<sup>700</sup> Igal juhul kehtib lepingu muutmise suhtes RHS § 69 lg 4 tulenev piirang, tõlgendatuna kooskõlas kohtuasjas *Pressetext* kujundatud reeglitega.

Ühtlasi tuleb soovitavaks lugeda selliste hankelepingute kasutamist, mis võimaldavad eelnevaga kooskõlas lepingu muudatustes kokkuleppimist. Üheks võimaluseks oleks ka hankelepingu mõistlike tüüptingimuste kehtestamine. Tüüptingimused ei tohi siiski jääda ainsaks lahenduseks muutmise probleemile, kuna tekib oht, et muutmise küsimus jääb siiski lahtiseks selliste (vähekasutatud valdkonnast või asjaoludest tingitud mittestandardsete) hankelepingute puhul, kus tüüptingimusi ei saa kasutada või neid ei ole kehtestatud.

---

<sup>699</sup> Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelvalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järelvalve asjas nr 3-4-1-3-02, p. 15, ja nr 3-4-1-1-99, p. 13.

<sup>700</sup> Vt ka VÕS § 97 ja RHS § 69 lg 3 koosmõju kohta vt allpool osa 5.4.

## 5.4. Hankelepingu muutmine VÕS §-i 97 alusel<sup>701</sup>

### 5.4.1. VÕS §-st 97 tulenev nõue kui hea usu põhimõtte edasiarendus

*Clausula rebus sic stantibus*'e doktriinil põhinev võlaõigusseaduse § 97 võimaldab lepinguliste kohustuste vahekorra olulise muutumise korral lepingu-pooltel teatud tingimustel nõuda lepingu muutmist. Tsiviilõigusliku lepingu pooltena evivad seda võimalust ka hankelepingu pooled – nii hankija kui ka hankelepingu teine pool (täitja). Samas on riigihangete seaduse kehtiva §-i 69 lõike 3 üks võimalik tõlgendus selline, nagu välistaks nimetatud sätte hankelepingu muutmise isegi juhul, kui ühel hankelepingu pooltel on selline nõudeõigus VÕS §-i 97 alusel. Järgnevalt käsitleb autor hankelepingu muutmise võimalusi lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise situatsioonis, arvestades eelnimetatud kahe sätte koosmõju ning lähtudes hüpoteesist, et hea usu põhimõttest tulenevalt peab VÕS §-s 97 sätestatud regulatsioon olema ülimuslik RHS §-s 69 lõikes 3 sätestatud piirangu suhtes ja et praegusel kujul ei ole RHS § 69 lõikes 3 sätestatud piirang vajalik ka Euroopa Liidu riigihankeõiguse ettekirjutusi silmas pidades.

Lepinguvabaduse ja privaatautonomia põhimõtte kohaselt toimub lepingu muutmise eeskätt poolte kokkuleppel, erandina ka seaduses ettenähtud konkreetsetel alustel.<sup>702</sup> Üheks selliseks seaduses ettenähtud aluseks ongi kohustuste vahekorra muutmise, millest tuleneb *clausula rebus sic stantibus* doktriinil (- lepingute kehtivus sõltub nende asjaolude muutumatusest, mille alusel leping esialgu sõlmiti) põhinev lepingu muutmise nõue.<sup>703</sup> Võimaluses uute asjaolude ilmnemisel lepingut muuta sisaldub nii õigluse idee kui lepingulise stabiilsuse tagatis,<sup>704</sup> kujutades endast kompromissi lepingulise õigluse idee<sup>705</sup> ja lepingu siduvuse printsiibi (*pacta sunt servanda*) vahel.<sup>706</sup> Sellisena iseloomustab VÕS § 97 kõige otsesemal kujul püüdlust saavutada õigustatud tasakaal lepinguvabaduse ja selle piirangute vahel, lähtudes samast eesmärgist<sup>707</sup> nagu kogu võlaõigusseadus.

*Pacta sunt servanda* doktriin nõuab, et lepingu muutmise nõudeid rakendataks vaid äärmuslikes olukordades, s.t ainult juhul, kui mõistlikult ei saa oodata, et üks pool kannaks asjaolude või eelduste muutumise riski<sup>708</sup> situatsioonis, kus

---

<sup>701</sup> Osa 5.4 põhineb varem avaldatud artiklil: Simovart. Lepingu muutmise nõue ... 2008.

<sup>702</sup> VÕS § 13 lg 1.

<sup>703</sup> K. Zweigert, H. Kötz. Introduction to Comparative Law. Oxford: Clarendon Press 1998, p. 518; Varul et al 2006, lk 300.

<sup>704</sup> A. Karampatzos. Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law. – European Review of Private Law 2005/2, p 106.

<sup>705</sup> Kull 2000, lk 3.

<sup>706</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, lk 320.

<sup>707</sup> Kull 2000, lk 3.

<sup>708</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, lk 325.

sotsiaalse õigluse ideest<sup>709</sup> lähtudes ei oleks lepingu siduvuse säilitamine põhjendatud. Kui reeglina<sup>710</sup> ei võimalda seadus sekkumist eraõigusliku lepingu tingimuste mõistlikkuse tagamiseks,<sup>711</sup> siis VÕS § 97 loob sellest reeglist erandi: teatud tingimustel on võimalik juriidiliste vahenditega säilitada poolte poolt lepingu sõlmimisel õiglaseks ja mõistlikuks peetud kokkuleppe põhi-olemus.

Eesti võlaõigusseaduse §-i 97 eeskujuks on *clausula rebus*’e doktriinil põhinevad sätted teistes õiguskordades – eeskätt Saksa tsiviilseadustiku<sup>712</sup> (BGB) § 313, samuti Euroopa lepinguõiguse põhimõtete (PECL) artikli 6:111 lõiked 1 ja 2 ning UNIDROIT rahvusvaheliste kaubanduslepingute printsiipide (UPICC) artikkel 6.2.2 ning artikli 6.2.3 lõiked 1 ja 3. Sarnase võimaluse sätestavad Euroopa ühtse tugiraamistiku eelnõu printsiibid (DCFR). Euroopa Liidu liikmesriikidest enamiku õigus tunnistab võimalust rakendada erakordse muutuse situatsioonis teatud mehhanisme lepingulise tasakaalu korrigeerimiseks. Sellise võimaluse kasutamine eeldab, et kohustuste täitmine esialgsel kujul ei ole võimatu, vaid on ülemäära ja ebaproportsionaalselt kahjulik; et muutunud olukord on kujunenud asjaolude tõttu, mida pooled ei saanud lepingu sõlmimise ajal mõistlikult ette näha, ning et poolte esialgsete kohustuste jõustamine oleks äärmiselt ebaõiglane.<sup>713</sup> Paljud riigid võimaldavad tasakaalu rikkumise olukorras just lepingu muutmist<sup>714</sup> – näiteks Saksa õiguse kohaselt on lepingu muutmise nõue primaarne, lepingust taganemist (lepingu ülesütlemist) aktsepteeritakse kahjustatud poole viimase võimalusena (*ultima ratio*).<sup>715</sup> Erandiks on näiteks Prantsuse õigus, kus üldjuhul ei ole lepingu kohandamise võimalust (*imprévision*) eraõigusliku lepingu puhul,<sup>716</sup> vaid seda rakendatakse avalikust huvist lähtuvalt<sup>717</sup> eeskätt halduslepingute puhul,<sup>718</sup> mille hulka arvatakse enamik hankelepinguid.<sup>719</sup> Tulenevalt üldisest hea usu põhimõttest on siiski ka

---

<sup>709</sup> B. Lurger. The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality. – European Review of Contract Law 2005/4, lk 448, 450 ja 451.

<sup>710</sup> Nimetatud üldreegilil on siiski ka teisi erandeid. Vt Markesinis, Unberath, Johnston 2006, pp 46–48, 53, 130–131. Teatavasti alluvad mõistlikkusega seotud sisukontrollile tüüptingimustel sõlmitud lepingud, mille hulka riigihankelepingud enamasti kuuluvad. Vt Simovart. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus ... 2008, lk 34.

<sup>711</sup> Simovart 2007, pp 70, 71.

<sup>712</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch* (Saksamaa Liitvabariigi tsiviilseadustik), vastu võetud 18. augustil 1896.

<sup>713</sup> DCFR, III–1:110 Comments.

<sup>714</sup> *Id*, III–1:110 Notes I–1–9.

<sup>715</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, pp 338, 340, 344. Karampatzos 2005, p 126.

<sup>716</sup> J. Gordley. Enforceability of Promises in European Contract Law. Cambridge University Press 2001, p 196; J. Perillo. Force Majeure and Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts. – Tulane Journal of International and Comparative Law 1997/5, p 7.

<sup>717</sup> Zweigert, Kötz, 2006, pp 526, 533.

<sup>718</sup> DCFR, III–1:110 Notes I–2.

<sup>719</sup> Brown, Bell, 1998, pp 141–143, 202, 204; Hirvoja 1999, lk 327.

Prantsuse kohtud teatud juhtudel aktsepteerinud eraõigusliku lepingu modifitseerimise kohustust. Näiteks leiti, et naftafirma rikkus heas usus toimimise kohustust, kui keeldus sõlmimast naftavahendajaga uut lepingut muutunud turulolukorras, kus hinnad olid oluliselt langenud.<sup>720</sup>

Võimalust kohustuste tasakaalu olulise muutumise korral lepingut muuta saab vaadelda kui lepinguliste kohustuste *rekonstrueerimise* võimaldamist hea usu põhimõtte abil – Saksa õigusteaduses on see tuntud kui hea usu põhimõtte korrektiivfunktsioon (*Korrekturfunktion*).<sup>721</sup> Piiritlemaks, millisel juhul on asjaolude muutumine lepingu muutmise nõude õigustamiseks piisavalt relevantne, on Saksa kohtud kujundanud üldreeglid just üldisele hea usu põhimõttele tuginedes.<sup>722</sup> Heas usus käitumise nõue on teatavasti kõrgeim eraõiguse norm, ülimuslik nii seaduses kui ka lepingus sätestatu suhtes (VÕS § 6 lg 2). See on võlaõiguse kõige kõrgem norm, mille eesmärk on tagada õiglus võlasuhetes ja mis laieneb igasugustele lepingulistele suhetele.<sup>723</sup>

Hea usu põhimõtte tuletisena tuntakse muuhulgas täitmistruuduse instituuti. Täitmistruuduse kohustusega ei ole kooskõlas poole keeldumine lepingutingimuste muutmise ettepanekust, kui lepingu täitmine on lepingu sõlmimisel planeerituga võrreldes muutunud oluliselt koormavamaks, mistõttu lepingu eesmärki pole olemasolevatel lepingutingimustel võimalik saavutada. VÕS § 97 sätestab vastava hea usu põhimõttest tuletatud nõude otsesõnu.<sup>724</sup> Kuna hea usu põhimõtte on seaduse suhtes ülimuslik, siis ei ole ka õiguspärane hankija keeldumine hankelepingu muutmisest olukorras, kus teise poole nõue põhineb hea usu põhimõttel või selle tuletisena VÕS §-i 97.

Kui lähtuda arusaamast, et VÕS § 97 puhul on tegemist hea usu põhimõtte edasiarendusega, tekib ka üldisema tähendusega küsimus, nimelt kas ja millises ulatuses on VÕS § 97 dispositiivne säte. Normi olemusest lähtudes toetab autor seisukohta, et tegemist on osaliselt dispositiivse sättega,<sup>725</sup> mille kokkuleppeline täpsustamine, sisustamine iga konkreetse lepingu asjaolusid silmas pidades või isegi olukorrale vastavalt teatud ulatuses piiramine võiksid põhimõtteliselt olla lubatavad. Siiski ei tohiks pidada võimalikuks, et VÕS § 97 rakendamine poolte kokkuleppel täielikult välistatakse, sest seeläbi välditaks ühe erinormina sätestatud heas usus tegutsemise kohustuse täitmist. Samal põhjusel võiks olla lubatav ka VÕS §-i 97 täpsustav sisustamine riigihankeseaduses. Näiteks võiks eri-

---

<sup>720</sup> Karampatzos 2005, p 137.

<sup>721</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p 131.

<sup>722</sup> *Id*, lk 324.

<sup>723</sup> Kull 2002, lk 78.

<sup>724</sup> *Id*, lk 139, 148, 151.

<sup>725</sup> Samale seisukohale jõudis oma magistritöös M. Malõsheva, vt M. Malõsheva. Lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise säte dispositiivsuse ulatus: magistritöö; juhendaja: Mari Ann Simovart; Tartu Ülikool, õigusteaduskond, õigusinstituut, eraõiguse instituut, 2009, *passim*. Kaudselt toetab seda seisukohta ka näiteks Anglo-Ameerika õiguses levinud seisukoht, mille kohaselt on tühised igasugused lepingu muutmist keelavad (välistavad) kokkulepped. Vt Restatement Second of Contracts § 311 – Davis 2006, p 491.

sättega kehtestada, et VÕS § 97 rakendamisel ei saa kumbki pool tugineda hankemenetluse käigus või hankedokumentides avaldatud andmete mitte-teadmisele, või täpsustada hankemenetluse teel lepingu sõlmimise eripära arvestavad ja tüüptingimuste regulatsiooniga kooskõlas olevad eeldused pooltevahelisele õiglasele riskijaotusele.<sup>726</sup> Selline lepingu muutmise aluste täpsustamine (mitte välistamine ega piiramine) oleksid kooskõlas VÕS §-i 97 eesmärgi ja hea usu põhimõttega. Kui sellist täiendust riigihangete seaduses ei sisaldu, tuleb hankelepingu muutmise võimalust aga vastavalt tõlgendada.

#### 5.4.2. VÕS §-le 97 tugineva nõude eeldused

Võlaõigusseaduse §-i 97 allikaks on eeskätt BGB § 313, millega sarnaselt on võlaõigusseadusest tuleneva nõude primaarseks sisuks lepingu muutmine (VÕS § 97 lg 1), kuigi sõltuvalt asjaoludest võib kahjustatud pool lepingust taganeda või selle üles öelda (lg 5). Lepinguliste kohustuste vahekorra muutumisele tugineva nõude esitamise õigus tekib võlaõigusseaduse §-i 97 alusel juhul, kui on täidetud kõik järgmised eeldused: (i) lepingu sõlmimise aluseks olnud asjaolud muutuvad pärast lepingu sõlmimist või muutuvad enne lepingu sõlmimist, kuid muutumine saab kahjustatud poolele teatavaks pärast lepingu sõlmimist; (ii) kohustuste vahekord muutub oluliselt ühe poole kahjuks; (iii) kahjustatud pool ei saanud asjaolude muutumist mõistlikult ette näha ega mõjutada; (iv) kahjustatud pool ei kanna asjaolude muutumise riski ning (v) asjaolude muutumisest teades ei oleks kahjustatud pool lepingut üldse sõlminud või oleks seda teinud oluliselt erinevatel tingimustel.<sup>727</sup>

Seega esiteks peab tegemist olema situatsiooniga, kus väliste asjaolude tõttu ei ole lepingu täitmine küll võimatu (erinevalt vääramatu jõu esinemisest VÕS § 103 tähenduses, millel puhul on üldjuhul nõutav vähemalt ajutine objektiivse täitmise võimatus<sup>728</sup>), kuid täitmine on kahjustatud poole jaoks kõiki asjaolusid arvestades palju koormavam või majanduslikult raskem kui algselt lepingu sõlmimisel eeldati – rikutud on poolte vahel esialgu kokku lepitud subjektiivne tasakaal.<sup>729</sup> Täitmiskulude suurenemine võib üldjuhul mõjutada lepingu poolt, kes peab täitma mitterahalise kohustuse.<sup>730</sup>

M. Malõsheva toob oma magistritöös välja, et on erinevaid seisukohti selles osas, millist muutust lugeda piisavalt kahjulikuks tagajärjeks. Üldjuhul (s.h VÕS kommentaaritorite poolt<sup>731</sup>) loetakse piisavaks lepinguliste kohustuste vahekorra muutumine vähemalt 50 % ulatuses (nii kulude suurenemise kui väärtuse

---

<sup>726</sup> Tekkida võib küll selliste täpsustuste otstarbekuse küsimus, sest iga konkreetse vaidluse puhul tuleb asjaolusid hinnata individuaalselt ja juhtumipõhiselt.

<sup>727</sup> VÕS § 97 lg 1 ja 3, lg 2 pp 1–4.

<sup>728</sup> Vääramatu jõu ja kohustuste vahekorra muutuse instituutide võrdluse kohta vt Sein 2004, lk 518–519.

<sup>729</sup> Karampatzos 2005, lk 110.

<sup>730</sup> Malõsheva 2009.

<sup>731</sup> Varul et al 2006, lk 301.

vähendamise puhul).<sup>732</sup> Samas on ka avaldatud seisukohta, et 50 %-ne muutuse määr võib küll olla õigustatud rahvusvahelistes lepingutes, kus opereeritakse suurte summadega, kuid et siseriiklikus õiguses, *eriti ebastabiilse poliitilise ning majandusliku olukorraga riikides*, peaks muutusse määr olema vähemalt 100 %.<sup>733</sup> Igal juhul on oluline see, et lepingust saadava väärtuse vähenemine peab olema välja arvatav ning ei tohiks sõltuda poole enda subjektiivsete hinnangute muutumisest.<sup>734</sup>

Küsimus piisavalt kahjuliku tagajärje kriteeriumi sisustamisest jääb siiski ka kohtupraktika kujundada – sellekohaseid Riigikohtu lahendeid Eestis doktoritöö valmimise hetkel ei ole. Võrdluseks: DCFR näeb analoogse võimaluse (art III–1:110 para 2) ette juhuks, kus asjaolude erakorralise muutuse tõttu on lepingu täitmine esialgu sõlmitud tingimustel muutunud niivõrd kahjulikuks, et võlgniku kohustamine selleks oleks ilmselgelt ebaõiglane.<sup>735</sup> Inglise kohtud tuginevad sageli järgmisele kriteeriumile: kui lepingu täitmine jätkuvalt esialgsetel tingimustel, kas see oleks siis *fundamentaalselt erinev* sellest, mida lepingu sõlmimisel kavandati.<sup>736</sup> Saksa õiguses on kohustuste vahekorra muutuse tingimustes lepingu muutmise võimalus traditsiooniliselt rajanenud tehingu aluste ära-langemise doktriinil (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*).<sup>737</sup>

Tänapäeval taandatakse aga kohustuste tasakaalu küsimus enamasti asjaomase lepinguliigi puhul kohase riskijaotuse tuvastamisele<sup>738</sup> – sellest arusaamast tulenevalt ei peeta näiteks üldse võimalikuks kõnealuse doktriini rakendamist spekulatiivsete või tagatistehingute suhtes.<sup>739</sup> Šveitsi kohus rõhutab, et kui hilisemad sündmused on viinud poolte esialgu määratud kohustused tasakaalust välja, võib kohus lepingut muuta, kui vastasel korral kujutaks võlausaldaaja tegevus endast võlgniku suhtes liigkasuvõtmist.<sup>740</sup> Kreeka õiguse kohaselt on leitud, et näiteks kohustuse täitmise kulu suurenemine 20 % ei ole piisav, õigustamaks lepingu muutmise nõuet, sest ei muuda lepingu esialgset tasakaalu oluliselt, ning et reeglina on nõutav vähemalt 30 % suurune kulu suurenemine. Samas ei peetud konkreetsetes asjades piisavaks ka 35 % suurust kulude kasvu.<sup>741</sup> UPICC artiklite 6.2.2 ja 6.2.3 ametlikes kommentaarides on toodud kaks näidet, kus ühel juhul lepingu täitmise kulud suurenesid 50 %, teisel juhul alanes lepingu hind devalvatsiooni tõttu 80 % – mõlemal juhul otsustati, et muutmise nõue on õigustatud.

---

<sup>732</sup> Perillo 1997, p 22.

<sup>733</sup> Malõsheva, lk 19.

<sup>734</sup> Varul et al 2006, lk 301.

<sup>735</sup> *...performance of a contractual obligation ... becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation...*

<sup>736</sup> Zweigert, Kötz 1998, lk 535–536.

<sup>737</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p. 319; Perillo 1997, p. 9.

<sup>738</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p. 325, Karampatzos 2005, lk 146.

<sup>739</sup> Karampatzos 2005, lk 121 ja 144.

<sup>740</sup> Zweigert, Kötz 1998, pp 535–536.

<sup>741</sup> Gordley 2006, p 208.

Võib tekkida küsimus, millist laadi sündmusi saab arvesse võtta lepingu sõlmimise aluseks olnud asjaoludena. Tasub silmas pidada, et kuigi *clausula rebus sic stantibus*'e nüüdisaegse doktriini väljakujunemisel on oluline roll olnud maailmaajaloo sündmustel (nt I ja II maailmasõda ning sõjajärgne katastroofiline majanduslik olukord, 1956. a Suessi kanali sulgemine, Vietnami sõda, 1973. a Lähis-Ida kriis, Lahesõda, Iraani islamirevolutsioon), ei piirdu doktriini rakendamine tänapäeval samavõrd erakorraliste sotsiaalmajanduslike sündmustega (massirahutused, sõda, üleujutused), vaid doktriini on laiendatud ka tavaliisematele piirava iseloomuga asjaoludele (nt ajutised ekspordi- või impordikeelud, ehitusloa mittesaamine, kaevanduse sulgemine), samuti positiivsemat laadi sündmustele (nt 1990. a Saksamaa ühendamine).<sup>742</sup> UPICC artikli 6.2.2 ametlikes kommentaarides on lepingu kohandamise nõude võimalike aluste kohta toodud järgmised näited: lepingu täitmiseks vajaliku tooraine hinna dramaatiline tõus, uute ohutusnõuete kehtestamine tootmisprotsessile, dramaatiline inflatsioon, ekspordikeeld, ehituskeeld. Ka võlaõigusseadus ei nõua, et tegu oleks erakorraliste või harukordsete sündmustega – sarnaselt vääramatu jõu määratlusega, mille puhul on loobutud varasemast sündmuse erakordsuse nõudest.<sup>743</sup> Seega võib asjaolude olulise muutumisena kõne alla tulla ka näiteks see, kui restaureeritavas hoones paljastuvad ehituskonstruksioonide lahtivõtmise järel oluliselt halvemas seisundis konstruksioonid, kui pool või pooled algselt välise uuringuga määrasid. Samuti lähevad asjaolude olulise muutumisena arvesse riigihangete juhises<sup>744</sup> näitena esitatud lepingu muutmist nõudvad olukorrad: muinsuskaitsele või arheoloogilised leiud ehitusalusel maa-alal takistavad ehitustööde tähtaegset teostamist, ehitusalune pind ei vasta hankija tellitud geoaluses näidatule.

Välistamaks muutmise võimaluse ärakasutamist ühe lepingupoole poolt lihtsalt soodsamate lepingutingimuste saavutamise või halva tehingu vältimise eesmärgil, sätestab VÕS § 97 lõige 2 lepingu muutmise nõude kasutamiseks lisatingimusi. Esiteks – nagu eespool selgitasin – peab asjaolude muudatus olema tekkinud pärast lepingu sõlmimist, või, kui see on tekkinud varem, siis saanud kahjustatud poolele teatavaks pärast lepingu sõlmimist.

Teiseks ei kehti lepingu muutmise nõude alusena selline asjaolude muutus, mida kahjustatud pool oleks mõistlikult saanud ette näha või mida ta oleks saanud mõjutada. Tegemist on samasuguse kriteeriumiga, nagu on kehtestatud vääramatu jõu tuvastamiseks,<sup>745</sup> ning ilmselt on õigustatud ka samadest printsiipidest lähtumine. See tähendab, et esiteks tuleb määrata, kas mõistlikkuse põhimõttest lähtuvalt oleks isik heas usus toimides saanud muutust ette

---

<sup>742</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, viide pp 327–329, 337, 339–340, 343; Karampatzos 2005, pp 117, 144. Vt ka M. R. Miller. Revisiting *Austin v. Loral*: a Study in Economic Duress, Contract Modification and Framing. – *Hastings Business Journal* 2006/2, p 357.

<sup>743</sup> Sein 2004, lk 513–514.

<sup>744</sup> Rahandusministeerium 2007, lk 138.

<sup>745</sup> VÕS 103 lg 2.

näha, ja teiseks, isegi kui mõistliku ettenägemise võimalust ei olnud, kas isikul oli võimalik asjaolude muutumist mõjutada.<sup>746</sup>

Kolmandaks peab asjaolude muutumise mõju olema kahjustatud poole jaoks subjektiivselt niivõrd oluline, et muutumisest teades ei oleks pool lepingut esialgetel tingimustel sõlminud. Lepingu muutmise nõude esitamiseks ei piisa ainuüksi sellest, et täitmine on lepingupoole jaoks muutunud koormavamaks, kui ta algselt ootas.<sup>747</sup> Selline subjektiivne mõju peab VÕS kommentaaride kohaselt olema objektiivselt kontrollitav mõistlikkuse kriteeriumist lähtudes.<sup>748</sup>

Nagu modernses lepinguõiguses üldiselt, nii ka kohustuste vahekorra muutmise tuleneva nõude esitamisel on oluline riski jaotus poolte vahel:<sup>749</sup> kahjustatud lepingupool ei tohi kanda kohustuste tasakaalu häire tekitanud muudatuse riski ei lepingu ega seaduse kohaselt (VÕS § 97 lg 2 p 3). Saksa õiguses näiteks olenebki muutmise õiguse tunnustamine sageli lepinguliigile omasest riskijaotusest.<sup>750</sup> Sealjuures määratakse riskijaotus juhtumipõhiselt, võttes arvesse esiteks konkreetse lepingu ja teiseks seaduse üldisi tingimusi, lisaks avalikku huvi.<sup>751</sup> UPICC artikli 6.2.2 ametlike kommentaaride kohaselt on näiteks välistatud võimalus, et kindlustusandja saaks tugineda asjaolule, et kindlustusrisk on oluliselt suurenenud. Kui riskijaotus lepingust otsesõnu ei nähtu, tuleb see välja selgitada tõlgendamise ja poolte kohustuste sisustamise teel, tuginedes VÕS §-dele 23, 24 ja 29, tüüpepingute puhul aga ka § 39 lõikele 1.

Printsiipe, millele tuginedes saab määrata riskijaotuse lepingupoolte vahel, kirjeldab Karin Sein oma doktoritöös „Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused“.<sup>752</sup> Eeskätt määratakse õiglase riskijaotus võlgniku mõjusfääri tuvastamise teel. Võlgniku mõjusfääri kuuluvad alati tema enda tootmis- ja hanketegevus, majanduslik ja finantsolukord.<sup>753</sup> Seetõttu näiteks ei saa riskijaotuse kriteeriumile tuginedes õigeks pidada hankija nõuet lepingutasu vähendamiseks, kui nõue tugineb asjaolule, et majanduskriisi ja kokkuhoiupoliitika tingimustes on hankija eelarvelised rahalised vahendid vähenenud. Riskijaotuse kriteerium ei pruugi siiski välistada sellistele asjaoludele tuginevaid nõudeid, mis küll kuuluvad poole mõjusfääri, kuid mille otseseks põhjuseks on isiku mõjusfäärist väljapoole jäävad asjaolud – näiteks impordikeeld, lepingu täitmata jätmine monopoolse allhankija poolt või allhanke ebaõnnestumine vääramatu jõu (nt looduskatastroofi) tõttu.<sup>754</sup>

Hankelepingute riskijaotuse tuvastamisel – kuna enamasti on tegemist tüüp-tingimustel sõlmitud lepingutega (vt eespool, osa 2.1.1) – võib olla vaja ka

---

<sup>746</sup> Sein 2004, lk 515–516.

<sup>747</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p 325.

<sup>748</sup> Varul et al 2006, lk 302.

<sup>749</sup> K. Sein. Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Doktoritöö. Tartu 2007, lk 97.

<sup>750</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p 319.

<sup>751</sup> *Id.*, p 325.

<sup>752</sup> Sein 2007

<sup>753</sup> Sein 2004, lk 514.

<sup>754</sup> Sein 2007, lk 97–103.

kontrollida, kas riski jaotav tüüptingimus ei ole ebamõistlik ja seega tühine VÕS §-st 42 tulenevalt.

### 5.4.3. VÕS §-le 97 tugineva nõude sisu

Pärast hankelepingu muutmise nõude esitamist ülalkirjeldatud eeldustele vastavas olukorras peaks lepingu muutmise ideaalis toimuma poolte vahel heas usus peetud läbirääkimiste tulemusel. Kui kahjustatud pool esitab VÕS §-le 97 tuginedes nõude lepingu muutmiseks, on teine pool VÕS §-i 14 vaimus kohustatud heas usus läbirääkimisi pidama eesmärgiga muuta lepingut nii, et taastuks selles esialgu sisaldunud kohustuste vahekord. Loomulikult ei kaasne läbirääkimiste pidamisega automaatselt kohustust kokkulepe – antud juhul hankelepingu muudatus – saavutada, kuid keelatud on läbirääkimiste pahatahtlik katkestamine.

Kui läbirääkimised ebaõnnestuvad, on kahjustatud poolel võimalik nõuda lepingu muutmist kohtu teel. Kohtul on õigus muuta lepingutingimusi kas kahjustatud poole nõude kohaselt või määrata ise asjaoludele vastav uus lepingutingimus.<sup>755</sup> Kuna on ilmne, et kohus ei pruugi – eriti keerulisemate lepingute puhul – olla kompetentne lepingutingimusi muutma, tuleb eelistada olukorda, et pooled saavutavad kokkuleppe läbirääkimiste teel.<sup>756</sup>

Muudatuse sisustamisel rakendab kohus hea usu põhimõtte täiendavat funktsiooni (*Ergänzungsfunktion*).<sup>757</sup> Germaani õigusperekonna riikides valitseb seisukoht, et lepingu muutmisel tuleb tuvastada asjassepuutuvate ärihuvide seisukohalt tavaline tingimus ja seda liiki lepingutele iseloomulik riskijaotus (*vertragstypische Risikoverteilung*)<sup>758</sup>, arvestades sealjuures mõlema poole huvisid.<sup>759</sup> Toimub lepingu laiendav tõlgendamine – kohus sisustab muutunud asjaoludel kokkuleppes tekkinud lünga nii, nagu pooled oleksid lepingus kokku leppinud, kui nad oleksid ettenägematut olukorda arvesse võtnud. Sealjuures tuleb tingimuse mõistlikkuse määramisel lähtuda mitte abstraktsetest objektiivsetest standarditest, vaid sellest, milline oli lepingupoolte tegelik tahe. Inglise kohtud on sisustamisel juhindunud objektiivse kõrvaltvaataja standardist (kas tingimus on ilmselge, vaieldamatu) või äri efektiivsuse (*business efficacy*) testist: kas tingimus on vajalik, et muuta leping äriiselt efektiivseks. Lepingu lünkade täitmisel ei ole õigustatud selliste tingimuste kujundamine, mis oleksid vastuolus poolte tegeliku tahtega või muudaksid lepingu objekti.<sup>760</sup> Samuti ei tohi tulemuseks olla kohustuste niisugune laiendamine, et muutuks võlasuhte olemus või jääksid arvestamata poolte enda pakutud alternatiivid.<sup>761</sup>

<sup>755</sup> Varul et al 2006, lk 303.

<sup>756</sup> Kull 2002, lk 132.

<sup>757</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p 125.

<sup>758</sup> Zweigert, Kötz 1998, pp 535–536.

<sup>759</sup> Perillo 1997, p 10.

<sup>760</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, pp 140–141.

<sup>761</sup> Kull 2002, lk 137.

VÕS § 97 kohaselt peab lepingumuudatus vastama kahele põhimõttele:

(i) Sarnaselt PECL artiklis 6:111 ja UPICC artiklis 6.2.3 sätestatud reeglitega<sup>762</sup> peab muudetud leping taastama poolte kohustuste esialgse vahekorra.<sup>763</sup> Selle nõudega ei oleks ilmselt kooskõlas muudatus, mis küll vähendab kahjustatud poole kahju, kuid esialgset subjektiivset tasakaalu ei taasta.

(ii) VÕS § 97 lõike 5 kohaselt ei ole aktsepteeritav lepingumuudatus, mis ei ole teise poole suhtes mõistlik. Seega on kahjustatud poolel õigus keelduda teise poole ettepanekust teha selline muudatus, mis esialgse subjektiivse tasakaaluga kooskõlas ei ole, teisel poolel aga on õigus keelduda tema jaoks ebamõistlikust muudatusest. Muus osas tuleb lepingumuudatused kohtulikult sisustada ilmselt lahtiste tingimuste määramise<sup>764</sup> analoogiale tuginedes, lähtudes lepingu olemusest ja eesmärgist.<sup>765</sup> Kui asjaoludest sõltuvalt peaks lepingu muutmine osutama teise poole jaoks ebamõistlikuks või võimatuks, tekib kahjustatud poolel VÕS § 97 lõike 5 kohaselt õigus lepingust taganeda või see üles öelda. Sarnane põhimõte – lepingu kohandamise prioriteet – kehtib ka näiteks PECL artikli 6:111 ning UPICC artiklite 6.2.1–6.2.3 kohaselt, samuti Saksa õiguses. See tähendab, et esmalt saab kahjustatud isik nõuda lepingu muutmist ning alles selle võimatuse korral lepingust taganeda.<sup>766</sup> Ka Saksa kohtupraktikas on harvad juhud, kus leping kohustuste vahekorra muutuse tõttu lõpetatakse – kuigi kohatud on seisukohal, et teatud juhtudel võib hea usu põhimõte nõuda ka isiku vastastamist lepingulistest kohustustest.<sup>767</sup>

Hankelepingute muutmiseks aga näeb Saksa õigus ette erandi, mis kajastab otsesõnu lepingu heas usus täitmise kohustuse rakendamisel väljakujunenud kohtupraktikat.<sup>768</sup> Nimelt ehituse hankelepingu tüüptingimuste (VOB/B<sup>769</sup>) § 7 p 1 lg 2 sätestab, et kui hankelepingu alusel teostatud töö või osutatud teenus erineb esialgselt lepingus ettenähtust niivõrd olulisel määral, et esialgselt kokulepitud koguhinna tasumine oleks ebamõistlik (BGB lg 313), siis tuleb lepingu täitja nõudel maksta talle hüvitist, arvestades lisandunud või vähenenud kulutusi.

Kokkuvõttes on ilmne, et VÕS § 97 lõikele 1 tuginedes lepingu muutmise nõude esitamise võimalused on üpriski piiratud ning lepingu muutmise nõue on

---

<sup>762</sup> Kull 2002, lk 132.

<sup>763</sup> VÕS § 97 lg 1.

<sup>764</sup> VÕS § 26 lg 9 p 1.

<sup>765</sup> VÕS § 26 lg 10.

<sup>766</sup> Markesinis, Unberath, Johnston 2006, p 325.

<sup>767</sup> *Id*, lk 340.

<sup>768</sup> Ax 2007, pp NA 102–111.

<sup>769</sup> *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistung*, osa B. VOB/B sisaldab ehituslepingute üldtingimusi, mis panevad eeldatavalt aluse kohastele ja hästi tasakaalustatud lepinguliste suhetele tellija ja täitja vahel. Tegemist on soovituslike ehituslepingu üldtingimustega, mille kasutamine riigihankelepingutes aga on kohustuslik vastavalt VOB/A § 10, p 1, lg 2. Samuti on nii nimetatud üldtingimuste kui VOB osas C sisalduvate tehniliste tingimuste kasutamine kohustuslik allhankelepingutes. – vt Ax 2007, p NA 107.

võimalik esitada vaid selleks, et taastada lepingu esialgne subjektiivne tasakaal. Välistatud on suvalistele või poole enda riisikoks olevatele asjaoludele tugineva muutmisenõude esitamine, selleks et juba siduva lepingu tingimusi enda jaoks soodsamaks muuta.

#### **5.4.4. VÕS §-i 97 rakendamine sõltumata RHS § 69 lõikes 3 sätestatud muutmise piirangutest**

Nagu eespool kirjeldatud, on hankelepingu muutmise võimalus hankija jaoks piiratud RHS § 69 lõigetes 3 ja 4 sätestatud avalik-õiguslike piirangutega. Muutmine on RHS § 69 lõike 3 kohaselt muuhulgas välistatud juhul, kui see on küll objektiivselt vajalik ja hea usu põhimõtte kohaselt õigustatud, kuid hankijal oli võimalik hankelepingu sõlmimise ajal vastavaid asjaolusid ette näha, samuti juhul, kui muutmata jätmise lepingu eesmärki ei ohusta. Ka riigihangete juhis<sup>770</sup> toodud näited – muinsuskaitsele või arheoloogilised leiud, ehitusaluse pinna mittevastavus geolusele – ei õigusta lepingu muutmist juhul, kui hankija võis neid asjaolusid ette näha või kui need lepingu eesmärki ei ohusta.

Eespool näitasin, et lepingu muutmise vabaduse niivõrd range piiramine ei ole õigustatud. Kuidas aga rakendada RHS § 69 lg 3 kehtivat regulatsiooni VÕS § 97 sätestatud eeldustele vastava olukorras puhul? *Clausula rebus sic stantibus*'e doktriini kohast lepingu muutmise võimalust on kirjeldatud kui majandust edendavat ja stabiilsust lisavat tegurit: teadmine, et lepinguga kujundatud kohustused ei ole igavestikestvad, julgustab pooli lepingulistesse suhetesse astuma. Võimalus lepingu esialgset tasakaalu säilitada hoiab seega vajalikku stabiilsust, mitte ei ohusta seda.<sup>771</sup> Seetõttu, kuigi hankelepingute muutmise vabaduse suhtes on teatud piirangud kahtlemata vajalikud, ei tohi need olla liialdatud ega põhjendamatud. Muuhulgas ei ole reaalse vajadustega kindlasti kooskõlas lepingu muutmise võimaluse piiramine VÕS §-s 97 kirjeldatud olukorras.

Faktiline koosseis, mille esinemisega on seotud RHS § 69 lõike 3 rakendamine, on esmapilgul mõnevõrra sarnane VÕS §-s 97 kirjeldatud situatsiooniga, kuid esineb ka olulisi erinevusi: (i) Riigihangete seaduse §-i 69 lg 3 kohaselt õigustavad lepingu muutmist objektiivsed asjaolud, mis erinevalt võlaõigusseaduse regulatsioonist ei pea olema olnud *lepingu sõlmimise aluseks*. (ii) Subjektiivse elemendina nõuab riigihangete seadus, et asjaolusid ei oleks võimalik olnud ette näha *hankijal*; VÕS kohaselt on oluline, et asjaolude muutuse tõttu *kahjustatud pool* ei oleks tohtinud asjaolusid ette näha. Seega, isegi kui muutmine oleks hea usu põhimõttest ja VÕS §-st 97 tulenevalt õigustatud täitjat kahjustavas olukorras, on RHS § 69 lõike 3 rakendamiseks nõutav, et vastavad asjaolud ei tohtinud olla teada just hankijale. (iii) Riigihangete seaduse §-i 69 lõige 3 ei viita poolte riskijaotusele. Selles valguses on võimalik väita, et õigus-

<sup>770</sup> Rahandusministeerium 2007, lk 138.

<sup>771</sup> Karampatzos 2005, lk 110.

tatud on lepingu muutmine hankija mõjusfääri kuuluvate asjaolude muutumise korral, mida hankija aga ette ei saanud näha – näiteks majanduskriisist tingitud kokkuhoiupoliitika ja eelarveliste vahendite vähenemine! (iv) Muutmise vajadust (võimalust) ei seo RHS § 69 lõige 3 mitte poolte kohustuste tasakaaluga, nagu teeb VÕS § 97, vaid lepingu eesmärgiga: hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamise.

Viimast asjaolu silmas pidades võib RHS § 69 lõike 3 vastava faktilise koosseisu korral rakenduda kas mõlemapoolse eksimuse<sup>772</sup> või kohustuste vahekorra muutumise regulatsioon.<sup>773</sup> Teatud juhtudel – eeskätt siis, kui tuginemine kohustuste vahekorra muutusele põhineb VÕS § 97 lõikel 3 (asjaolud muutusid enne lepingu sõlmimist, aga muutus sai kahjustatud poolele teatavaks alles hiljem) – võib olla võimalik tuvastada ka mõlemad nimetatud alused.

Igal juhul nähtub eeltoodud erinevustest, et VÕS § 97 ja RHS § 69 lõike 3 kohaselt nõutavad faktiliselt koosseisud ei ole samad, kuigi reaalses situatsioonis on ka kattumine võimalik. Kuivõrd VÕS § 97 annab lepingupooltele muutmise nõudeõiguse, RHS § 69 lõige 3 aga piirab võimalust hankelepingut muuta, on vaja selgitada, millise tulemuse annab nende sätete koosmõju. Võimalik on välja tuua kolm erinevat tõlgendamise varianti:

(i) Esmapilgul võib võimalikuna tunduda tõlgendus, mille kohaselt RHS § 69 lõige 3 on erinorm VÕS § 97 suhtes või selle edasiarendus. Sellise tõlgendusega ei saa aga nõustuda põhjusel, et normide sisu ja eesmärk on erinev. RHS kehtestab hankija poolt teatud toimingute tegemisele (lepingu muutmisele) avalik-õigusliku piirangu, kuid ei sätesta ei hankijale ega täitjale lepingu muutmise nõudeõigust ega vastavat juriidilist kohustust.

Võrdluseks võib siinjuures tuua näite halduslepingute muutmise regulatsiooni kohta. Halduslepingute muutmise kohta sätestab HMS § 102 lõige 4: „Kui halduslepingu täitmine on pärast selle sõlmimist muutunud oluliselt raskemaks, võib raskustesse sattunud pool, [kes ei ole haldusorgan], nõuda halduslepingu muutmist vastavalt uutele oludele. Kui see ei ole võimalik või kui teine pool sellest keeldub, võib raskustesse sattunud pool pöörduda kohtusse halduslepingu lõpetamise taotlusega.” Tsiteeritud halduslepingu muutmise alust on nimetatud VÕS § 97 „peegelpildiks haldusõiguses”.<sup>774</sup> Kuigi tõstatada võib ka küsimuse sellise regulatsiooni piisavusest või täpsusest, on siiski üheselt selge, et HMS § 102 lõige 4 näeb ette lepingu muutmise nõudeõiguse – sarnaselt VÕS §-ga 97 ja erinevalt RHS § 69 lõikest 3, mis lepingu muutmiseks nõudeõigust ei sätesta.

(ii) Riigihangete seaduse §-i 69 lõike 3 teksti sõna-sõnalt järgimine kujundab arusaama, et piirang välistab võlaõiguseseaduse §-le 97 tugineva poolte kokkuleppe sõlmimise juhul, kui ei ole täidetud RHS § 69 lõikes 3 sätestatud eeldu-

---

<sup>772</sup> TsÜS § 92 lg 3 p 3.

<sup>773</sup> *Clausula rebus sic stantibus*'e ja mõlemapoolse eksimuse eristamise kohta vt: M. Käerdi. Eksimuse käsitus tsiviilõiguses. Magistritöö. Tallinn 2002, lk 71–73.

<sup>774</sup> Aedmaa, Parrest 2004, lk 22.

sed. Näiteks olukorras, kus täitjal oleks küll õigus nõuda lepingu muutmist VÕS § 97 alusel, kuid konkreetse situatsioonis ei saa tuvastada, et ilma muudatuseta oleks välistatud lepingu eesmärgi saavutamine, oleks hankijal RHS § 69 lõikele 3 tuginedes õigus ja kohustus keelduda hankelepingu muutmisest.

Selle tõlgendusvariandi (ainsaks) eeliseks on järelduse sõna-sõnaline kooskõlas RHS § 69 lg. 3 tekstiga. Seisukoha vastu räägib aga asjaolu, et sellisel juhul oleks riigihangete seaduse kohaselt teatud juhtudel välistatud VÕS § 97 rakendamine. Nagu eespool näidatud, võib VÕS §-s 97 sätestatud õigust vaadelda hea usu põhimõtte edasiarendusena ja pidada sellisena seaduse muude normide suhtes ülimuslikuks. Seetõttu võiks lubatav olla VÕS § 97 täpsustamine riigihangete seaduses, kuid õiguspäraseks ei saa pidada selle piiramist ega välistamist.

Kirjeldatud tõlgendus ei välistaks küll täitja õigust nõuda lepingu muutmist kohtus ja sellesisulise kohtulahendi täitmist (kuivõrd RHS § 69 lg 3 keelab lepingu muutmises *kokku leppida*), kuid menetluse otstarbekuse ja ressursside efektiivse kasutuse eesmärki silmas pidades ei saa ilmselgelt toetada tõlgendust, mis keelab hankijal täita seadusest tulenevat kohustust, ilma et teine pool oma õiguste kaitseks kohtusse pöörduks.

Tuleb ka arvestada modernse õigusteooria seisukohta, mille järgi peavad lepinguvabaduse piirangud, sh lepingu muutmise keeld või kohustus, lähtuma eeskätt õiguse sotsiaalsest olemusest.<sup>775</sup> Nõrgemaks pooleks hankelepingu kui (enamasti) tüüptingimustel sõlmitud lepingu puhul on pool, kelle vastu tüüptingimusi kasutatakse, s.t. lepingu täitja. Seega ei ole põhjendatud lepingu muutmise vabaduse piiramine selliselt, et täitja kui eelduslikult nõrgem pool saab ettenägematus situatsioonis vähem kaitset (kuna kitsendatud on täitja poolt VÕS §-l 97 põhinevate nõuete esitamine) või sõltub sellise kaitse kasutamise võimalus tugevama poole – hankija – subjektiivsest teadmisest (muutmine on võimalik sellise asjaolude muutumise tõttu, mida ei olnud **hankijal** võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha).

Kõike eeltoodut silmas pidades ei saa pidada õigeaks RHS § 69 lõikes 3 sätestatud piirangu tõlgendamist ülimuslikuna VÕS § 97 suhtes.

(iii) Tagamaks VÕS § 97 kui hea usu põhimõtet kandva sätte ülimuslikkus, on põhjendatud tõlgendus, mille kohaselt RHS § 69 lõige 3 kitsendab hankija õigust lepingu muutmises kokku leppida vaid juhtudel, kus täitja poolel puudub nõue ja hankijal vastavalt puudub juriidiline kohustus lepingut muuta VÕS § 97 alusel, kuid VÕS § 97 alusel toimuvat lepingu kokkuleppelist muutmist RHS § 69 lõige 3 ei reguleeri. Sellisest tõlgendusest lähtudes tuleb hankija käitumist õiguspäraseks pidada ka juhul, kui hankija sõlmib täitjaga hankelepingu muutmise kokkuleppe, tuginedes täitja poolt VÕS § 97 alusel esitatud põhjendatud nõudele – sõltumata sellest, kas RHS § 69 lõikes 3 sätestatud eeldused on või ei ole täidetud.

---

<sup>775</sup> W. D. Slawson. *Binding Promises: The Late 20th Century Reformation of Contract Law*. Princeton University Press 1996, lk 23; Karampatzos 2005, lk 121.

#### 5.4.5. RHS §-i 69 lg 4 üliluslikkus VÕS §-i 97 suhtes

Eespool analüüsiti RHS §-s 69 lg 3 sätestatud hankelepingu muutmise piirangut suhtes VÕS §-s 97 ettenähtud muutmisnõudega ning järeldati, et hea usu põhimõtte edasiarendusena on viimane nõue üliluslik riigihankeseaduses sätestatud piirangu suhtes. Samas võib tekkida ka küsimus, kas hankelepingu muutmine VÕS §-le 97 tuginedes on lubatud olukorras, kus RHS § 69 lg 4 kohustab hankijat muutmise asemel uue lepingu sõlmima.

Euroopa Kohus on kohtuasjas *Presstext* avaldanud, et muutmise keeld ja uue lepingu sõlmimise kohustus on menetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks. Kohtuasjast Saksamaa omakorda tuleneb reegel, et siseriiklikud eraõiguse printsiibid ei kuulu kohaldamisele, kui need tekitavad vastuolu Ühenduse õigusega. Seetõttu tuleb järeldada, et kui hankelepingu poolel ka on kohustuste vahekorra muutumisele tuginev lepingu muutmise nõue, ei ole hankijal siiski õigust sellist muudatust teha, kui muudatus on niivõrd oluline, et tegemist on *de facto* uue hankega. Eesti kontekstis tähendab see, et VÕS §-le 97 tugineva muutmise nõude suhtes on üliluslik RHS §-s 69 lg 4 sätestatud keeld, kui seda tõlgendada kooskõlas ühenduse õigusega, eeskätt *Presstext* kohtuasjas avaldatud standardite kohaselt. S.t. hankijal ei ole õigust lepingut muuta isegi kui muudatus oleks põhjendatud hea usu põhimõtte ja võlaõigusseaduse §-i 97 valguses, kui muudatus tekitab sisuliselt uue hanke. Sellise muutmise nõude esitamise korral hankelepingu teise poole poolt on hankijal õigus ja kohustus esitada RHS §-le 69 lg 4 ja riigihankeõiguse üldpõhimõtetele tuginev vastuväide.

Tuvastamaks muudatuse lubatavus VÕS §-s 97 sätestatud asjaolude esinemise korral on mõistlik arvestada kohtuasjas *Presstext* kohtujuristi ettepanekus esitatud seisukohaga: *[a]lati on määrav see, missugused tingimused oleks hankija võinud lepingu muutmise ajal turul saada ... kas teised võimalikud teenuseosutajad oleksid võinud lepingu muutmise ajal pakkuda hankijale soovitud teenust veelgi soodsama hinnaga kui tema tookordne lepingupartner.*<sup>776</sup> Kui muudatuse vajadust tingivad asjaolud on sellised, mis mõjutavad mitte ainult konkreetseid lepingupooli ja nende suhete tasakaalu, vaid ka turul tegutsevaid kolmandaid isikuid, siis on tõenäoline, et ka kolmandad isikud ei saaks võimalikus uues hankes pakkuda soodsamaid tingimusi kui olemasoleva lepingu pool. Kui aga asjaolud peaksid mõjutama ainult või eeskätt lepingupoolt, on võimalik, et hankija jaoks on soodsam lepingu muutmise asemel läbi viia uus hange.

---

<sup>776</sup> Kohtujuristi ettepanek – Kokott – 13. märts 2008. *Presstext Nachrichtenagentur GmbH versus Republik Österreich (Bund)*, APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Kohtuasi C-454/06. EKL 2008 lk I-04401, p 91.

## 5.5. Huvitatud isikute õiguskaitsse hankelepingu ebaseadusliku muutmise korral

Kuna riigihangetes on oluliselt piiratud poolte vabadus sõlmitud lepingut muuta, siis tekib küsimus, millised on nende piirangute rikkumise tagajärjed: kas ja kuidas on huvitatud isikul võimalus muudatusi vaidlustada ja seeläbi oma huve kaitsta.

RHS §-i 69 lõike 5 kohaselt ei mõjuta muudatusi puudutavate piirangute rikkumine hankelepingu kehtivust. Juhul, kui pooled nõ keelatud muudatuses kokku lepivad, siis kehtiva seaduse järgi võib see hankijale kaasa tuua haldusvastutuse riigihangete seaduse sätete rikkumise eest.<sup>777</sup> Selline tagajärg (ehk sisuliselt tagajärje puudumine) on kooskõlas eespool käsitletud ja RHS § 4 lg 2 sätestatud üldreegliga, mille kohaselt hankija poolne riigihangete seaduse rikkumine hankelepingu kehtivust ei mõjuta. Ometi on sellel reeglil erandeid: hankeleping võib osutada tühiseks uues õiguskaitsmeetmete direktiivis sätestatud eelduste esinemise korral, samuti näteks juhul, kui on tegu korruptiivse tehinguga.

Tuleb rõhutada, et üldised hankelepingu tühisuse alused kohalduvad ka lepingu muutmise korral. S.t samadele reeglitele tuginedes määratakse nii ebaseadusliku lepingumuudatuse kui ebaseadusliku sisuga lepingu **sõlmimine** (lisaks muudatuse olulisuse kontrollile).<sup>778</sup> Näiteks kui hankelepingus muudatuse tegemisel on hankija ja hankelepingu teine pool korruptiivses suhtes, ei ole tegemist riigihangete seaduse rikkumisega, mistõttu ei rakendu riigihangete seaduses ettenähtud tühisuse keeld, vaid tehingute tühisuse üldistest alustest tulenevalt on selline muudatus tühine.<sup>779</sup> Teiseks näiteks on olukord, kus hankelepingu muudatusena vormistatakse *de facto* uus hange ja konkreetse rikkumise puhul esinevad uues direktiivis 2007/66/EÜ nimetatud eeldused. – Sellisel juhul on huvitatud isikutel võimalik tuvastada uue hanke (lepingumuudatuse) tühisus.

Sarnaselt eespool hankelepingu kehtetusega seoses avaldatud seisukohaga oleks põhjendatud ka hankelepingu vaieldava muudatuse kehtivuse paindlikum käsitus. Selleks soovitab autor kaotada riigihangete seaduses praegu sisalduv hankelepingu kehtetuse keeld ja selle asemel tuvastada lepingu või lepingumuudatuse kehtivus tsiviilõiguse üldreeglitele tuginedes. Alternatiivse võimalusena tuleks kaaluda riigihangete vaidluskomisjonile hankelepingu (muudetud)

---

<sup>777</sup> RHS § 111 lg 3 p 5 kehtestab rahatrahvi juhuks, kui leiab aset hankelepingu sõlmimine või juba sõlmitud hankelepingu muutmine riigihangete seaduses sätestatud nõudeid rikkudes.

<sup>778</sup> On oluline, et esialgse hankelepingu ja selle võimalike hilisemate muudatuste kehtivus alluks samadele reeglitele – vastasel juhul on hankelepingu pooltel realselt võimalik hankeõiguse reeglite järgimisest suhteliselt kerge vaevaga kõrvale hoida.

<sup>779</sup> Avaliku teenistuse seaduse § 76 lg 2, korruptsioonivastase seaduse § 24 lg 1 ja lg 4 ja TsÜS § 85.

tähtaja lühendamise õigust. Sellise käsitluse rakendamine eeldab aga seadusandlikku muudatust.<sup>780</sup>

Kohtuasjas *Succi di Frutta* sedastas Euroopa Kohus, et riigihanke kontekstis on lepingust kõrvalejäänud pakkujal otsene huvi saavutada hanketingimusi puudutava otsuse kehtetus, kui selline otsus mõjutab esitatavaid pakkumusi.<sup>781</sup> Hankelepingu muutmine võib olla lubamatu kas seetõttu, et tegu on olulise muudatusega, mille asemel oleks hankija pidanud korraldama uue hanke, või seetõttu, et muudatus rikub (kas praegusel või uuel kujul sätestatud) muid seadusega ettenähtud piiranguid. Esimesel juhul rikub lubamatu muudatus nende isikute õigusi, kes oleksid soovinud osaleda uues hankes, mille hankija oleks seaduskuulekalt käitudes pidanud korraldama. Teisel juhul aga võib muudatus puudutada muuhulgas – kuigi mitte ainult – nende isikute õigusi, kes lepingu sõlmimiseni viinud hankemenetluses osalesid, kuid kelle pakkumust edukaks ei tunnistanud põhjusel, et pakutud hind oli madalam kui eduka pakkumuse hind.<sup>782</sup> Huvitatud kolmanda isiku nõue peaks hankelepingu ebaseadusliku muutmise korral olema eeskätt suunatud uue hanke läbiviimise nõudele, tuginedes asjaolule, et hankija poolt teostatud lubamatu lepingumuudatus kujutab endast *de facto* uut hanget ja on sellisena tühine või piirduda tühisuse tuvastamise nõudega.<sup>783</sup>

Avaliku hankija sõlmitud hankelepingu muudatuse vaidlustamise võimalus oleks kooskõlas ka Eesti senise kohtupraktikaga, mis on tunnistanud analoogset õigust riigivara kasutamise lepingute puhul. Eesti Riigikohtu erikogu on analoogset olukorda käsitlenud seoses linnavara rendileandmiseks sõlmitud lepingu muutmisega. Kohus sedastas esmalt, et avaliku enampakkumise teel sõlmitud lepingu hilisem muutmine ei või muuta kogu avaliku enampakkumise protseduuri mõttekuks. Selline muudatus võib kahjustada isikuid, kes muudetud tingimustel oleksid teinud teistsugused pakkumised. Ühtlasi leidis kohus, et sealjuures ei ole vaidlustamisest huvitatud isikud mitte ainult esialgsel enampakkumusel osalenud isikud, vaid aja möödudes võib huvi sama lepingu suhtes tekkida ka kolmandatel isikutel.<sup>784</sup> Sarnasele seisukohale tuleb asuda ka riigihankelepingute puhul: hankelepingu ebaõige muutmine võib kahjustada nii esialgses hankes osalenud isikuid kui teisi isikuid, kel oleks muudatuse tegemise ajal võimalus ja huvi hankes osaleda.<sup>785</sup>

Kuigi Eesti kehtiva õiguse kohaselt on reeglina vaid lepingu pooltel võimalik kohtus vaidlustada lepinguliste suhetega seonduvat,<sup>786</sup> siis hankelepingu

---

<sup>780</sup> Vt eespool osa 4.2.1.

<sup>781</sup> *Succhi di Frutta*, punktid 82–83.

<sup>782</sup> *Pressetext*, p 35.

<sup>783</sup> *Vrdl Pressetext* pp 25–26.

<sup>784</sup> Riigikohtu erikogu otsus haldusasjas nr 3-3-1-15-01, p 27.

<sup>785</sup> *Pressetext*, p 35.

<sup>786</sup> Vt Riigikohtu tsiviilkolleegiumi seisukohad tsiviilasjades nr. 3-2-1-161-04, p 16 (Kohtusse pöördumiseks peab isik leidma ja tõendama, et tema õigust või vabadust on rikutud.) ja nr 3-2-1-59-07, p 8 (*Hagi rahuldamise eelduseks peab olema hageja tsiviilõiguste rikkumine*).

puhul võib lepingu (õigustamatu) muudatus puudutada mitte ainult lepingu-poolte, aga ka kolmandate isikute huve.<sup>787</sup> Kõigil sellistel isikutel peab olema võimalus oma õigusi kohtu teel kaitsta, vastasel juhul ei vasta riigihanke läbiviimine hankemenetluses üldtunnustatud efektiivsuse printsiibile.<sup>788</sup>

Riigikohus on tunnistanud kolmandate isikute õigust vaidlustada avaliku võimu kandja poolt tehtud lepingumuudatust: *Asjaolu, et vaidluse lahendamiseks võib kaasneda riigi, valla või linna poolt sõlmitud tsiviilõigusliku lepingu tühistamise tuvastamine, ei välista iseenesest vaidluse avalik-õiguslikku iseloomu.*<sup>789</sup> Sama seisukohta väljendab Riigikohus haldusajal nr 3-3-1-8-01: „...*Kui linna poolt tsiviilõigusliku lepingu ... muutmist vaidlustab kolmas isik, kes ei ole lepingu pool, põhjusel, et linn on lepingut sõlmides rikkunud tema subjektiivseid avalikke õigusi, on tegemist avalik-õigusliku vaidlusega, mis kuulub halduskohtu pädevusse. Asjaolu, et vaidluse lahendamiseks võib kaasneda riigi, valla või linna poolt sõlmitud tsiviilõigusliku lepingu tühistamise tuvastamine, ei välista iseenesest vaidluse avalik-õiguslikku iseloomu.*”<sup>790</sup> Seega erikogu jõudis haldusajal nr 3-3-1-8-01 ja nr 3-3-1-15-01 lahendamisel järeldusele, et teatud tingimustel võib haldusakti, milles on väljendatud taht-avaldus sõlmida tsiviilõiguslik leping, tühistamine kaasa tuua tsiviilõigusliku lepingu tühistamise halduskohtumenetluses. Selliseid haldusakte ja eraõiguslikke lepinguid saab halduskohtus vaidlustada kolmas isik, kes ei olnud eraõigusliku lepingu pooleks. Eeltoodud seisukoht seondub hankelepingu muutmiseks avaliku hankija poolt: hankija poolt muudatuse tegemine on vaidlustatav ning tühistamine võib kaasa tuua ka tsiviilõigusliku tehingu või selle osa tühistuse. Tühisus puudutaks muutmise vaidlustamise puhul muudetud tingimusi, ebaõigelt lepingu tähtaega pikendava muudatuse korral aga kogu lepingut uuendatud ajaperioodil.<sup>791</sup> Probleemaatilisem on olukord aga nende vaidluste suhtes, mis puudutavad võrgustikuhankijaid – selles osas puudub nii seadusega kehtestatud reeglistik kui kohtupraktika.

---

<sup>787</sup> Vt Riigikohtu halduskolleegiumi seisukoht haldusajal nr 3-3-1-59-05, p 18 (*Isikul, kelle õigusi, eelkõige õigust võrdsele kohtlemisele, rikub kohase menetluse puudumine, on õigus halduse tegevuse vaidlustamiseks...*).

<sup>788</sup> Samas on teistsugune käsitlus õigustatud huvi osas avaldatud Riigikohtu halduskolleegiumi otsuses haldusajal nr 3-3-1-59-05, kus vaidlustati kohaliku omavalitsuse poolt väidetavalt ebaõiget lepingu sõlmimist. Vt nimetatud otsuse p 20: *ainuüksi asja-olust, et kaebaja tegutseb vaidlustatud lepinguga hõlmatud või lähedases tegevusvaldkonnas, ei saa tuletada tema õiguste rikkumist. Sellest võib tuleneda küll isiku huvi reklaamialase tegevuse vastu, kuid mitte halduskohtusse pöördumise õigus. Selleks, et isiku abstraktne huvi muutuks kaitstavaks õiguseks, peab isik oma huvitatust väljenda-ma seoses konkreetse haldusakti või -toiminguga. Vastasel juhul võib kaasneda olukord, kus kõik vastaval (reklaami)alal tegutsevad ettevõtjad vaidlustaksid kõik kehtivad reklaamituru puudutavad lepingud selle teenusturu ümberjagamise eesmärgil.*

<sup>789</sup> Riigikohtu erikogu otsus haldusajal nr 3-3-1-15-01, p 16.

<sup>790</sup> Riigikohtu erikogu määrus haldusajal 3-3-1-8-01, p 18.

<sup>791</sup> TsÜS § 85 kohaselt on võimalik ainult lepingu osa tühistuse saabumine, kui tehing on osadeks jagatav ja võib eeldada, et tehing oleks tehtud ka tühise osata.

Kõike eeltoodut silmas pidades tuleks autori hinnangul eelistada lahendust, kus seaduses oleks otseselt sätestatud hankelepingu ebaseadusliku muudatuse vaidlustamise võimalused ja nõude sisu. Ilmselt oleks põhjendatud, kui sellisulised vaidlused kuuluksid esimeses instantsis riigihanke vaidlustuskomisjoni pädevusse, arvestades eriti, et uue õiguskaitsemeetmete direktiivi rakendamiseks tehtava seadusemuudatuse<sup>792</sup> kohaselt kuulub vaidlustuskomisjoni pädevusse muuhulgas võimalike hankelepingu tühisuse tuvastamise vaidluste lahendamise. Muudatuste vaidlustamine eeldab omakorda juurdepääsu hankelepingule, s.h lepingu muudatustega seonduvale teabele – vt hankelepinguga seonduva teabe avalikkuse kohta eespool osas 2.2.

## 5.6. Vahekokkuvõte (5. peatükk)

Hankelepingu muutmise regulatsiooni eesmärgiks tuleb pidada mõistliku tasakaalu saavutamist avaliku huvi (mis on eeskätt suunatud korrupsiooni vältimisele), hankeõiguse üldpõhimõtete (peamiselt konkurentsi soodustamine ja läbipaistvus) ning lepinguvabaduse vahel. Selles valguses on Eesti seaduse järgi kehtivad piirangud (RHS § 69 lg 3 ja 4) autori arvates põhjendamatult karmid. Nad on vastuolus kaasaegse arusaamaga dunaamilisest lepingust, pärsivad lepinguliste suhete normaalset toimimist ja võimaldavad hankijal keelduda lepingu muutmise vastuolus hea usu põhimõttega. Kehtivas redaktsioonis sätestatud kitsendused võivad küll teenida korrupsiooni piiramise eesmärki, kuid ei arvesta vajaliku lepinguvabadusega ega ole õigustatud ka hanke üldpõhimõtete valguses. Hankelepingu muutmise vabaduse piiramist võib kritiseerida ka põhiseadusega nõutava proportsionaalsuse põhimõtte ja ettevõtlusvabaduse valguses.

Lahenduseks oleks RHS § 69 lg 3 sätestatud piirangu asemel – või seda täiendavate alternatiivina – võimaldada hankelepingu muutmist, kui (i) muutmise võimalus ja tingimused olid ette nähtud ja avaldatud hankelepingu eelsetes suhetes, (ii) kui tegemist on väheolulise muudatusega või (iii) kui muutmine on tingitud ettenägematust sündmusest või on õigustatud avaliku korra, julgeoleku või rahvatervise seisukohalt.

Igal juhul kehtib lepingu muutmise suhtes RHS § 69 lg-st 4 tulenev piirang, mis keelab teha *de facto* uut hanget kujutavaid muudatusi – selline keeld tuleneb Euroopa Kohtu poolt kohtuasjas *Pressetext* kujundatud reeglist. Euroopa Kohtu selgitusel on lepingu muutmine keelatud, kui tegemist on olulise muudatusega, mis näitab lepingupoolte tahet sõlmida uus kokkulepe lepingu põhitingimuste osas.

RHS §-i 69 le 3 praegu kehtiva redaktsiooni ja VÕS § 97 vahelise vastuolu korral tuleb eelistada tõlgendust, mille järgi VÕS §-s 97 ettenähtud alustel on hankelepingu muutmise kokkulepped lubatud sõltumata RHS §-s 69 lõikes 3 sätestatud piirangust. Kui aga vastuolu tekib VÕS §-s 97 ja RHS §-s 69 lg 4

---

<sup>792</sup> Eelnõu 665 SE II, §§ 18, 19 ja 23.

sätetatud keelu vahel, siis on VÕS §-le 97 tugineva muutmisnõude suhtes ülimuslik RHS §-s 69 lõikes 4 sätestatud keeld, kui seda tõlgendada kooskõlas ühenduse õigusega (eeskätt kohtuasjas Presstext kujundatud reeglita kooskõlas). Selline järeldus tugineb kohtuasjas Komisjon vs Saksamaa sedastatud reeglile, et liikmesriikide eraõiguse printsiibid ei kuulu kohaldamisele, kui need tekitavad vastuolu ühenduse õigusega.

Kui reeglina on vaid lepingu pooltel võimalik kohtus vaidlustada lepinguliste suhetega seonduvat, siis hankelepingu muutmise küsimus võib puudutada kolmandate isikute huve, kelle soov muudatusi vaidlustada on seetõttu õigustatud. Huvitatud isiku poolt hankelepingu ebaseadusliku muudatuse vaidlustamise võimalus peaks õigusselguse huvides olema riigihangete seaduses eraldi sätestatud, andes sellesisuliste vaidluste lahendamise vaidlustuskomisjoni pädevusse. Muudatuse eduka vaidlustamise ja seeläbi hankeõiguse tõhusa jõustamise eelduseks on omakorda juurdepääsu tagamine hankelepingutele kui avalikule teabele.

## KOKKUVÕTE

Doktoritöö eesmärk oli tuvastada, milline on hanke eraõiguslikes suhetes Euroopa Liidu riigihankeõiguse üldpõhimõtete ja siseriiklike eraõiguslike normide koosmõju ja hierarhia. Eesti kui Euroopa Liidu liikmesriigi riigihankeõigust mõjutab tugevalt EL hankeõigus, sealhulgas Euroopa Kohtu lahendid, mis on kujundanud riigihankeõiguse arengut ja laienenud traditsiooniliselt, pelgalt hankelepingu sõlmimisele eelnevate suhete reguleerimiselt eraõiguse valdkonda kuuluvate suhete mõjutamisele (eeskätt kajastavad seda Euroopa Kohtu lahendid kohtuasjades *Pressetext* ning *Komisjon vs Saksamaa*). Töö eesmärgist lähtuvalt analüüsis autor Euroopa Liidu hankeõiguse ja riigisisese eraõiguse koosmõju avaldumist nendes olukordades, kus selline koosmõju autori hinnangul kõige ilmekamalt avaldub, s.o eraõigusliku lepinguvabaduse printsiibi erinevate aspektide piirangutes:

(i) Autor analüüsis ja kirjeldas kriteeriume, millele tuginedes eristatakse hankelepingut 'tavalistest' eraõiguslikest ja halduslepingutest, s.o hankija isik, lepinguga kaasnev varaline huvi, lepinguliste suhete tsiviilõiguslik iseloom ja hankedirektiividest tulenev vorminõue. Autor soovib muuta riigihangete seadust ja sätestada hankelepingu vorminõue direktiivi kohaselt, s.o kohustusliku kirjalikku taasesitamist võimaldava vormina tsiviilseadustiku üldosa seaduse tähenduses, välja arvatud juhul, kui muudest õigusaktidest tuleneb rangema – kirjaliku või notariaalselt tõestatud või kinnitatud – vormi nõue..

Töös järeldati, et hanke-eraõiguslikes suhetes peab riigisisese regulatsiooni rakendamine toetama Euroopa Liidu hankeõiguse eesmarke ning juhinduma riigihanke üldpõhimõtetest. Vastuolu korral riigisisese eraõiguse normide ja riigihanke üldpõhimõtete vahel on ülimuslikud viimased.

(ii) Hankelepingule eelnevate suhete äärmiselt piiratud lepinguvabaduse tõttu vastavad hankelepingu tingimused enamasti võlaõigusseadusega kehtestatud tüüptingimuste tunnustele ja alluvad vastavale eriregulatsioonile. Sealhulgas on tühised hankelepingu tüüptingimused, mis lepingu teist poolt ebamõistlikult kahjustavad. Üks võimalus vältida olukordi, kus hankeleping või selle teatud tingimused osutuvad tühiseks, on näha riigihangete seaduses ette hankija otsene kohustus koostada hankelepingud tingimustel, mis ei kahjusta teist poolt ebamõistlikult. Samuti leiab autor, et probleemi leevendaks see, kui rutiinsetes hangetes juurutatakse eelnevalt mõistlikel tingimustel ettevalmistatud hankelepingu tüüpvorme (üldtingimusi), mille kasutamine oleks kas kohustuslik või soovituslik.

Sõltumata sellest, kas hankelepingud on sõlmitud tüüp- või individuaalselt läbiräägitud tingimustel, ei tohi need sisaldada hanke üldpõhimõtetega vastuolus olevaid tingimusi. See piirang puudutab eeskätt lepingu tähtaega, lepingut täitvate isikutega seonduvaid nõudeid ja konfidentsiaalsuskokkuleppeid. Töös antakse soovitusi nende lepingutingimuste kohaseks sisustamiseks. Autor järeldab, et konfidentsiaalsuskokkulepped, mis on vastuolus põhiseaduse ja eriseadustega, tuleb lugeda tühiseks TsÜS § 87 alusel. Muude lepingutingimuste osas on hanke üldpõhimõtetega oluliselt vastuolus olevate tingimuste

kehtetus või lepingu ennetähtaegse lõpetamise võimalus vaja saavutada seadusandliku muudatuse teel. Lepingutingimuste kooskõla hanke üldpõhimõtetega aitab saavutada ka haldussuutlikkuse edendamine riigihanke vallas, samuti mõistlikel tingimustel koostatud hankelepingu tüüpvormide juurutamine kas kohustuslike või soovituslikena.

(iii) Hankelepinguid eristab n.ö tavalistest eraõiguslikest lepingutest võimalus kasutada hankeid sekundaarsetel eesmärkidel. Eritingimuste (sekundaareid eesmärke kandvate hankelepingu tingimuste) rikkumisel on hankijal võimalik rakendada eraõiguslikke õiguskaitsevahendeid sõltumata eritingimuste väheolulisusest lepingusuhete majanduslikus mõistes. Autori hinnangul vajab riigihangete seadus täiendamist: seaduses peaks vähemalt sisalduma eritingimuste mõiste definitsioon, mis võimaldaks läbi kohtupraktika ka soovitud eesmärki saavutada.

(iv) Lähtudes ühest küljest lepinguvabaduse printsibist ja teisest küljest riigihankeõiguse efektiivse kohaldamise eesmärgist analüüsiti käesolevas töös, milline on lepingueelsetes suhetes toimunud rikkumise mõju sõlmitud hankelepingu kehtetusele. Autor järeldas, et senise üldreegli kohaselt on õiguspärasest ootusest, avalikust huvist ja lepingute siduvuse (*pacta sunt servanda*) põhimõttest lähtudes alati soositud lepingu kehtivust. Käesoleval ajal toimunud arengud Euroopa Ühenduse hankeõiguses on aga olukorda muutnud.

Esiteks on riikidel uues õiguskaitsemeetmete direktiivis sätestatud eelduste korral kohustus välistada hankelepingu kehtimajäämine. Direktiivis ettenähtud lepingu õigusjõu lõpetamise eesmärgi (ingl k *ineffectiveness*) saavutamise näeb Eesti seadus ette tühisuse tuvastamise kaudu, erandjuhtudel aga avalikust huvist tulenevalt lepingu tähtaja lühendamise teel. Teiseks leiab autor, et ka juhul, kui eelnimetatud, direktiivist tulenevaid eeldusi ei esine, on õigustatud paindlikum lähenemine hankelepingu kehtetuse suhtes. Selleks soovitab autor kahte lahendust: (1) kaotada riigihangete seaduses, § 4 lg 2 lauses 2 sisalduv keeld, mis välistab hankelepingu kehtetuse kui hankijapoolse rikkumise tagajärje. Sellisel juhul toimub hankelepingu kehtivuse/kehtetuse tuvastamine tsiviilõiguse üldiste reeglite järgi, arvestades ühtlasi hanke üldpõhimõtteid. (2) Laiendada vaidlustuskomisjoni pädevus lühendada hankelepingu tähtaega, mis on ette nähtud direktiivi 2007/66/EÜ elluviimiseks, ka lepingute ja rikkumiste puhuks, mida direktiiv ei reguleeri. Nimetatud lahendusi võib rakendada ka koos.

Ühtlasi uuriti töös, milline on hankeregulatsiooni efektiivse rakendamise eesmärgi valguses kehtetu hankelepingu teise poole põhjendatud nõudeõigus hankija suhtes, kelle tegevuse tõttu leping kehtetuks osutub. Autor leiab, et kehtetu hankelepingu teisel poolel on saamata jäänud tulu hüvitamise nõue vaid juhul, kui ta on lepingu sõlmimisel tegutsenud majandus- ja kutsetegevuses tegutsevalt isikult nõutava hoolsusega, s.h näidanud üles vajalikku hoolt ja teinud jõupingutusi, et veenduda hankelepingu seaduslikkuses. Sellise standardi arvestamise võimalus põhineb nii Euroopa Kohtu praktilal kui ka Eestis kehtival eraõiguslikul regulatsioonil.

(v) Autor analüüsis eraõiguslikku lepinguvabaduse põhimõtet lepingu muutmise osas ning muutmise suhtes EL hankeõiguses kujundatud ja Eesti õiguse järgi kehtestatud reegleid eesmärgiga tuvastada lepingu muutmise vabaduse õigustatud piirangute olemus hankelepingute puhul. Uurimuse tulemusel jõuti järeldusele, et hankelepingu muudatusi reguleerivate normide eesmärgiks peab olema mõistliku tasakaalu saavutamine avaliku huvi, hankeõiguse üldpõhimõtete ja lepinguvabaduse vahel. Autori hinnangul on Eesti riigihangete seaduse §-ga 69 lg-ga 3 kehtestatud piirangud põhimõtteliselt küll põhjendatud avalikust huvist (korruptsiooni piiramise eesmärgist), kuid need ei arvesta vajaliku lepinguvabadusega ega ole õigustatud ka hanke üldpõhimõtete valguses. Seetõttu soovitab autor RHS §-ga 69 lg 3 sätestatud piirangu asemel või seda täiendavate alternatiividena võimaldada hankelepingu muutmist, kui (1) muutmise võimalus ja tingimused olid hankelepingu eelsetes suhetes ette nähtud ja avaldatud, (2) tegemist on väheolulise muudatusega või (3) muutmine on tingitud ettenägematust sündmusest või on õigustatud avaliku korra, julgeoleku või rahvatervise seisukohalt.

Hankelepingu muutmine peab aga siiski olema välistatud *de facto* uut hanget kujutavate muudatuste korral – selle reegli rakendamine on võimalik riigihangete seaduse §-st 69 lg-st 4 tuleneva piirangu tõlgendamisel kooskõlas Euroopa Kohtu poolt kohtuasjas Pressetext kujundatud reegluga.

Erinevalt tsiviilõigussuhete relatiivsusest tulenevast üldreeglist, mille kohaselt on vaid lepingu pooltel võimalik kohtus vaidlustada lepinguliste suhetega seonduvat, võib hankelepingu muudatuse vaidustamisest potentsiaalselt olla õigustatud huvitatud ka kolmandad isikud. Sellesisuliste vaiduste lahendamine tuleb esimese instantsina anda riigihangete vaidlustuskomisjonile, vastavas osas on vajalik seadusandlik lahendus.

Lõppjäreldusena jõudis autor seisukohale, et lepinguvabaduse kui eraõigusliku aluspõhimõtte rakendamine hanke-eraõiguslikes suhetes on piiratud Euroopa Liidu riigihankeõiguse normide, eeskätt hanke üldpõhimõtetega. Seetõttu tuleb tunnistada olulisi erandeid tavapärasele käsitlusele, mille kohaselt hankelepingud alluvad lepingu sõlmimise momendist alates tsiviilõiguslikule regulatsioonile ilma oluliste erisusteta. Hanke-eraõiguslikes suhetes peab eraõiguse normide kohaldamine toimuma kooskõlas riigihanke üldpõhimõtetega, vastuolu korral on riigihanke üldpõhimõtted ülimuslikud eraõiguslike normide suhtes.

# LIMITS TO FREEDOM OF CONTRACT: the Influence of EC public procurement law on ESTONIAN private law

## An English language extended summary of the doctorate thesis

### Introduction

The thesis deals with the specific nature of public procurement contracts that, in the author's view calls for a legal treatment somewhat different from the one generally applied to private law contracts. The need for a different approach is rooted in the influence of the general principles of EC public procurement law. In particular, the supremacy of procurement principles over national (private) law must be recognized in view of the recent developments in EU procurement law, i.e. the decisions by the European Court of Justice (ECJ) in the cases of *Presstext*<sup>793</sup> and *Commission v Germany*<sup>794</sup> and the new Remedies Directive 2007/66/EÜ.<sup>795</sup> In *Presstext*, the ECJ established the rules for evaluating the acceptability of amendments to a procurement contract, whereas *Commission v Germany* founded the rule of obligatory ineffectiveness of procurement contracts in case a major breach of procurement law occurs in relation to awarding the contract. The new Remedies Directive develops this rule further. These developments demonstrate that the sphere of influence of EC public and utilities procurement law does not halt at the moment of signing a particular procurement contract but instead extends to **any** legal relations in procurement, including those subject to national private law.

In Estonian national law, procurement related legal matters are divided into two categories: procurement proceedings or any other relations conducted with the purpose of awarding a procurement contract are subject to public law, specifically to the Public Procurement Act<sup>796</sup> and the EC procurement directives,<sup>797</sup>

---

<sup>793</sup> *Presstext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH and APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, C-454/06, [2008] ECR I-04401.

<sup>794</sup> *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, C-503/04, [2007] ECR I-06153.

<sup>795</sup> Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts. OJ L 335, 20.12.2007, pp 31–46.

<sup>796</sup> *Riigihangete seadus* (Public Procurement Act), passed by the *Riigikogu* on 24.01.2007, entered into force on 1.05.2007, published in RT I 2007, 15, 76, edition RT I 2008, 14, 92, § 3; English text is available but not updated in the Internet: <http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=XXX0005&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=riigihan> (29.06.2010); hereinafter the PPA.

<sup>797</sup> Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy,

whereas, from the moment of being entered into, the contract is subject to the same rules as any private law contract (with only minor exceptions applying at present). While application of procurement law in the phase of awarding contracts (i.e. in pre-contractual relations in the meaning of private law) is, in general, a clear, well regulated and well researched subject matter both at European Union and national level, the influence of procurement law and the accompanying public interest on later phases of conducting a procurement (i.e. contractual and/or other private law relations) is a subject of less certainty, with almost no specific regulation and little research in Estonia.<sup>798</sup>

Considering the above, the author submits that the application of national private law to procurement contract relations is subject to the general principles of procurement and, for this reason, certain specific rules must be recognized in private law cases of procurement.<sup>799</sup> In order to establish such influence, the author has studied the most characteristic features of contractual freedom in case of procurement, namely: the freedom to establish the terms and conditions of a contract, including the possibility to use procurement for secondary purposes; the influence of a breach conducted in pre-contractual relations upon the

---

transport and postal services sectors. OJ L 134, 30.4.2004, pp. 1–113, and Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, OJ L 134, 30.4.2004, pp. 114–240.

<sup>798</sup> Current research on these issues consists of the following: M. A. Simovart. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses, *Juridica*, 2010, nr. 4, lk 248–257 [Freedom to Amend a Public Procurement Contract in the Light of General Principles of Public Procurement, *Juridica Abstract*, 2010, no 4, pp 248–257]; M. A. Simovart. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. *Juridica*, 2009, nr 3, lk 148–158 [Realization of Secondary Objectives through Public Procurement Procedure in Estonia. The Example of Gender Equality, *Juridica Abstract*, 2009, No. 3, pp. 148–158]; M.A. Simovart. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. *Juridica*, 2008, nr 1, lk 29–38 [The Invalidity of Unfair Standard Terms in Public Contracts as an Example of Unfair Contract Terms Regulation, *Juridica Abstract*, 2008, no. 1, pp. 29–38]; M.A. Simovart. Lepingu muutmise nõue riigihankelepingu kohustuste vahekorra muutumise korral. *Juridica*, 2008, nr 4, lk 219–229 [The Right to Demand Amendment of a Public Contract where the Balance of Obligations of the Parties Has Changed, *Juridica Abstract*, 2008, No. 4, pp. 219–229]; K. Taube. Töötajate õiglaste palga- ja töötingimuste saavutamine riigihankelepingu sekundaarse eesmärgina. Bakalaureusetöö. [Achievement of just conditions of wage and of labour environment as secondary purposes of procurement. A Bachelor's thesis.] Supervisor M. A. Simovart. Tallinn 2009, pp. 38, 61–64. This thesis incorporates research from the above articles by the author of the thesis.

<sup>799</sup> Similar opinion is expressed by: E. Marschner. Contract and adaptation of Contracts in the European Public Procurement Law – A comparative study on the German and English Law of Public Procurement, available at:

<http://www.nottingham.ac.uk/PPRG/ConferencesandEvents/pastevents/phd-conference.aspx> (19.03.2010), p 4; see also: E. Marschner. *Vertrag und Anpassung im Europäischen Vergaberecht*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac 2009.

validity of the awarded procurement contract; the freedom to amend procurement contracts and limitations upon such freedom.<sup>800</sup> The thesis will also look at the only special rules that are currently applicable to procurement contracts under Estonian law, namely two clauses restricting the freedom to amend procurement contracts, with the purpose to learn whether the limitations are necessary and in harmony with the general principles of procurement.

The structure of the thesis is based on the above submissions. The thesis is divided into five chapters. Chapter 1 analyses different legal regimes (national private law; EU and national procurement law) applicable to procurement contracts. Chapter 2 deals with the (mostly highly limited) contractual freedom in the pre-contractual stage of procurement and the consequences of such a (lack of) freedom. The major limitations of freedom in awarding procurement contracts are justified by the EU regulation as well as the overwhelming public interest that is inherent in the procurement process. This major public interest also justifies the use of procurement contracts as indirect tools for regulation – a well established and generally recognised lawful practice in other countries (including Member States of EU)<sup>801</sup> that has unfortunately been a practically unknown phenomenon in Estonia. In order to better illustrate the possible use of procurement on secondary purposes, the promotion of gender equality is studied as an example in Chapter 3. Even though the subject matter of the said chapter would, essentially, be a suitable part of Chapter 2, the subject is considered separately in this work because it shows a special aspect of procurement that has hitherto received undeservedly little attention in Estonian legal literature and practically no acknowledgement by the contracting authorities (entities).<sup>802</sup> Chapter 4 focuses on the influence of breach in the pre-contractual stage of procurement on the validity of signed procurement contracts. The Chapter is

---

<sup>800</sup> This list is not comprehensive. The author does not exclude the possibility of recognizing the influence of and abiding by the EU procurement law in some other private law relations in the procurement process. A possible example is the freedom to terminate contracts. However, the situations listed above should be regarded as the most characteristic. As such, conclusions applicable to these situations should, in the author's opinion, be mostly applicable towards other possible cases of conflict between national private law and EU procurement law. For instance, the termination of a procurement contract must not be conducted in a manner that would violate the general principles of procurement, whereas the termination of the contract might be obligatory due to the Presetext rules of contract amendment or due to the ineffectiveness rules founded in *Commission v Germany*.

<sup>801</sup> C. McCrudden. *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change*. Oxford: Oxford University Press 2007, pp 508–509.

<sup>802</sup> The existing empirical research shows that Estonian ministries possess only the least amount of knowledge about the possibility to use procurement on secondary purposes and even show a somewhat adversarial attitude against such practices. – Taube, 2009, pp. 38, 61–64. Similarly, local governments of Estonia have only minimal experience in environmentally friendly procurement. – K. Räägel, *Keskkonnahoidlikud avalikud hanked. Magistritöö keskkonnatehnoloogias*. [Green Public Procurement. A Master's thesis in environmental technology.] Supervisor Professor T. Oja. Tartu 2006, p 108.

divided into three parts: the first part concerns with the applicable rule of law if the new Remedies Directive is not applicable, the second part discusses minor exceptions to the latter, and Chapter 4.3 analyses issues of mandatory contract ineffectiveness under the new Remedies Directive. Finally, a significant aspect of the influence of procurement principles is revealed in the regulation of amendments to procurement contracts, which is the subject matter of Chapter 5.

The main literature used for this study has been the following: The Law of Public and Utilities Procurement<sup>803</sup> by Professor Arrowsmith, and Social and Environmental Policies in EC Procurement Law by Professors Arrowsmith and Kunzlik.<sup>804</sup> A valuable source in the field of application of general principles of procurement are the doctoral thesis by D. Pachnou<sup>805</sup> and T. Ojasalu's Master level thesis<sup>806</sup> on procurement principles as the emancipation of fundamental principles of the EC treaty. Regarding secondary purposes of procurement, the study benefited from the doctoral thesis by M. De Castro Meireles: *The World Bank Procurement Regulations: a Critical Analysis of the Enforcement Mechanism and of the Application of Secondary Policies in Financed Projects*.<sup>807</sup> Presentations submitted on the Ph.D. students' conference arranged by the Public Procurement Research Group at Nottingham University<sup>808</sup> were used as supportive sources for this work, especially the research by E. Marschner.<sup>809</sup> The research is based on ECJ's case law in procurement matters and on judgements by the Estonian Supreme Court (*Riigikohus*).

---

<sup>803</sup> S. Arrowsmith. *The Law of Public and Utilities Procurement*, London: Sweet & Maxwell, 2005, 2<sup>nd</sup> edition 2008.

<sup>804</sup> S. Arrowsmith, P. Kunzlik, *Social and environmental policies in EC procurement law. New directives and new directions*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2009.

<sup>805</sup> D. Pachnou. *The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules: a case study of the public works sector in the United Kingdom and Greece*. Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, March 2003, available at: [http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared\\_procurement/theses/Despina\\_Pachnou\\_thesis.pdf](http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared_procurement/theses/Despina_Pachnou_thesis.pdf) (19.03.2010).

<sup>806</sup> T. Ojasalu. *Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses*. Magistritöö. [Fundamental freedoms under the Treaty establishing the European Community and the principles arising from them in the procurement law of European Union. Master's thesis] Supervisor Professor A. Reenumägi. Tallinn 2006.

<sup>807</sup> M. De Castro Meireles. *The World Bank Procurement Regulations: a Critical Analysis of the Enforcement Mechanism and of the Application of Secondary Policies in Financed Projects*. Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, February 2006, available in the Internet: [http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared\\_procurement/theses/Marta\\_Meireles\\_master\\_FINAL.pdf](http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared_procurement/theses/Marta_Meireles_master_FINAL.pdf) (22.06.2008).

<sup>808</sup> <http://www.nottingham.ac.uk/PPRG/ConferencesandEvents/pastevents/phd-conference.aspx> (19.03.2010).

<sup>809</sup> Marschner. *Contract...* 2009.

The author is very grateful to the supervisors of this research, Professor Irene Kull, Dr Iur, and Assistant Professor Carri Ginter, Ph.D., both of University of Tartu, as well as to Professor Sue Arrowsmith and the Public Procurement Research Group for the valuable opportunity to do research at the University of Nottingham.

The following is a summary of the research issues and conclusions by Chapters of the thesis.

## **I. The basis of legal regulation of procurement contracts**

### **I.1. Features defining a procurement contract**

In order to more clearly outline the central object of the thesis, features defining a procurement contract under the Estonian Public Procurement Act (the PPA)<sup>810</sup> are briefly studied in Chapter 1. With only minor exceptions, all civil law contracts of some economic benefit entered into by contracting authorities (entities) as defined by the law (and/or the directives) are regarded as procurement contracts for the purpose of the law and are always subject to the general principles of procurement.<sup>811</sup> There is no dual system of procurement in Estonia.<sup>812</sup>

The definition of a procurement contract under the PPA<sup>813</sup> is based on and is, in general, in harmony with the procurement directives.<sup>814</sup> The criteria of pecuniary interests have been vested with the widest possible interpretation to mean any *consideration*,<sup>815</sup> including indirect (non-monetary) benefit<sup>816</sup> such as settling a debt.<sup>817</sup> In case of dispute, the term must be allowed to mean any

---

<sup>810</sup> PPA § 4 lg 1.

<sup>811</sup> PPA § 1; Ruling of the Administrative Law Chamber of the Supreme Court in case No. 3-3-1-63-08, p. 13.

<sup>812</sup> In the dual system of procurement, procurement regulation is divided on the basis of whether the value of the contract exceeds international thresholds set by the procurement directives.

<sup>813</sup> PPA § 4 lg 1.

<sup>814</sup> Article 1(2)(a) of Directive 2004/18/EC ““Public contracts” are contracts for pecuniary interest concluded in writing between one or more economic operators and one or more contracting authorities and having as their object the execution of works, the supply of products or the provision of services within the meaning of the directives.” See also Article 1(2)(a) of Directive 2004/17/EC.

<sup>815</sup> Arrowsmith 2008, p 283. Even though *consideration* as such is a common law institute, in essence the same requirements is applied in defining procurement contracts irrespective of the character of the particular national law.

<sup>816</sup> P. Henty. Chandler in the Court of Appeal: public procurement issues. – R (on the application of Chandler) v Secretary of State for Children, Schools and Families. Public Procurement Law Review, 2010, 2, NA 64–67, p.66.

<sup>817</sup> Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti and Leopoldo Freyrie v Comune di Milano, and Pirelli SpA,

economic benefit for the contracting party on the market that the competitors of the party might also be interested in.<sup>818</sup>

A difference between the national and European Union law definitions of procurement contracts concerns the required written form of procurement contracts.<sup>819</sup> Both the PPA and the directives use the same term – alas with a different meaning. The directives define a ‘written form’ to mean *any expression consisting of words or figures which can be read, reproduced and subsequently communicated. It may include information which is transmitted and stored by electronic means.*<sup>820</sup> The term ‘electronic means’ is used to signify *using electronic equipment for the processing ... and storage of data which is transmitted, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means.*<sup>821</sup> However, according to the Estonian law, a written form of contract requires that the contract had autographic (hand-written) signatures of both parties<sup>822</sup> or that the contract had an electronic format. A contract is regarded to have an electronic format if it enables repeated reproduction of the signed document, contains the names of the parties **and** is electronically (digitally) signed by the parties.<sup>823</sup> Therefore, the requirements for the format of a procurement contract are actually much stricter under the Estonian law than they are under the European Union law. As established by the procurement directives, the rules of form of procurement contracts are closest to the *format which can be reproduced in writing* under Estonian law.<sup>824</sup>

Because any national legislation established with the purpose of harmonizing EU law must be interpreted and applied in conformity with the directives, the question arises what, if any, are the consequences of not following the written form as required under Estonian laws. According to the PPA, a breach of format does not cause voidness of the procurement contract.<sup>825</sup> There is no clear rationale for such relatively strict requirements of form and, in the author’s opinion, the requirement not justified by the principles of either legal certainty

---

Milano Centrale Servizi SpA and Fondazione Teatro alla Scala. Case C-399/98. European Court reports 2001, p I-05409.

<sup>818</sup> Arrowsmith 2008, p 297.

<sup>819</sup> Article 1(2)–(4) and Article 11 of Directive 2004/17/EC and Article 1(2)–(5) and Article 12 of Directive 2004/18/EC: as a rule, public contracts must be concluded in writing. On the importance of giving procurement contracts a written form, see: *Embassy Limousines & Services v European Parliament*, T-203/96, [1998]. ECR II-04239, para. 6, 39–41. The Estonian PPA § 5 lg 1 sets the mandatory requirement of written form for any procurement contract with a value of 10 000 Euros or more.

<sup>820</sup> Article 1(11) of Directive 2004/17/EC, Article 1(12) of Directive 2004/18/EC.

<sup>821</sup> Article 1(12) of Directive 2004/17/EC, Article 1(13) of Directive 2004/18/EC.

<sup>822</sup> *Tsiviilseadustiku üldosa seadus* (General Part of the Civil Code Act), passed by the *Riigikogu* on 27.03.2002, entered into force on 01.07.2002, published in RT I 2002, 35, 216, latest amendments: act of 25.02.2009, entered into force on 01.05.2009, (hereinafter the GPCCA) § 78 lg 1.

<sup>823</sup> GPCCA § 80 lg 1, lg 2 p 1–3, lg 3.

<sup>824</sup> GPCCA § 79.

<sup>825</sup> PPA § 5 lg 3.

or transparency or other purposes. The explanatory comments to the draft of the PPA<sup>826</sup> do not provide any material reasons for setting forth such a regulation, neither is there any relevant court practice in Estonia. For the purpose of legal clarity and conformity with the directives, the law should instead require a form that corresponds to the written form as defined by the directives, i.e. a format enabling reproduction according to Estonian law. However, even without any changes to the text of the PPA, no negative consequences should follow if a procurement contract is entered into without a hand-written or digital signature provided that it corresponds to the written format requested under the EU procurement law.

Another defining feature of procurement contracts is the civil law subject matter of the contract. For this reason, contracts with administrative law (public law) subject matter are not regarded as procurement contracts and, as such, are not subject to the procurement law or this thesis. For the purpose of distinguishing procurement contracts from other – mainly from administrative – contracts, a recent decision of the ECJ can be referred to, namely the case of *Commission v Federal Republic of Germany*.<sup>827</sup> The case involved an agreement between several public authorities (local governments) that established a basis for conducting a future procurement for the construction and operation of a waste incineration facility. The contract did **not** meet the criteria of a procurement contract because: (i) the parties were only public authorities, no private party participated; (ii) the parties to the contract did not receive any profit or benefit from the agreed financial arrangements, which were merely aimed at the reimbursement of actual costs,<sup>828</sup> (iii) the subject matter of the contract did not include provision of goods or services but cooperation by public authorities for the purpose of performing their public duties and (iv) entering into the contract did *not provide for or prejudice the award of any contracts that might be necessary in respect of the construction and operation of the waste treatment facility*. In addition, the ECJ still considered it important to indicate that such cooperation did *not undermine the principal objective of the Community rules on public procurement, that is, the free movement of services and the opening-up of competition in the Member States*. No private undertaking suffered a position of advantage because of the concerned contract.

In the context of Estonian law, a similar case presumably would have the same result, i.e. the contract could not be classified as a procurement contract.

---

<sup>826</sup> Explanatory letter to the draft PPA No. 816 SE I, available in the Internet: <http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=060180002&login=proov&password=&system=ems&server=ragne11> (21.02.2010).

<sup>827</sup> *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, C 480/06, [2009] ECR I-0000, available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0480:EN:HTML> (29.04.2010).

<sup>828</sup> T. Kotsonis. Co-operative arrangements between public authorities in the pursuit of a public interest task: *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany (C-480/06)*. *Public Procurement Law Review* 6, 2009, p NA 215–216.

More specifically, it would probably be regarded as an administrative contract.<sup>829</sup> It is significant to remark that some administrative contracts are awarded in a public procurement procedure<sup>830</sup> while, on the other hand, contracts with a civil law subject matter may sometimes be entered into with the purpose of performing administrative duties. As a rule, a contract is presumed to be an administrative one unless there is a clear indication of the intent to enter into a civil law contract.<sup>831</sup> The following criteria can be used to distinguish administrative (public law) and procurement (civil law) contracts: (i) in case of procurement contracts, public duties are performed only indirectly (e.g. purchase of office furniture), whereas administrative contracts are either entered into with the specific purpose of performing public duties<sup>832</sup> or as a replacement for an administrative act,<sup>833</sup> (ii) an administrative contract vests the other contracting party with some public law powers (competence),<sup>834</sup> whereas a procurement contract can merely provide for a private person participating in indirect performance of a public duty without any powers being assigned to such person; (iii) public rights of third parties can be subjected to administrative contracts<sup>835</sup> but not to procurement contracts.<sup>836</sup> Differentiation of procurement contracts and administrative contracts is necessary because of the significantly different regu-

---

<sup>829</sup> *Haldusmenetluse seadus* (Administrative Procedure Act), passed by the *Riigikogu* on 06.06.2001., entered into force 01.01.2002, latest version dated 04.12.2008, entered into force 12.01.2009, English text is available but not updated at: <http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=X40071K3&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=haldusmenetluse+seadus> (29.04.2010); § 95.

<sup>830</sup> *Halduskoostöö seadus* (Administrative Co-operation Act), passed by the *Riigikogu* on 29.01.2003, entered into force on 01.07.2003, latest version dated 09.04.2009, entered into force on 13.05.2009, English text is available but not updated at: <http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=X70028K2&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=halduskoost%C3%B6> (29.04.2010); § 13 lg 1.

<sup>831</sup> Administrative Co-operation Act, § 3 lg 4.

<sup>832</sup> In this respect, the definition of administrative contracts is different from possible meanings given by other jurisdictions. For instance in France, most of the procurement contracts are regarded as administrative contracts even if entered into by public authorities. They are namely considered to be based on the (indirect) performance of public duties. M. Hirvoja, *Haldusleping. Mõiste, kasutusala ning mõned olulised õiguslikud jooned*. *Juridica VII/1999*, lk 323–334, 3. osa. [M. Hirvoja. Definition, scope of application and other relevant legal features of administration contract, *Juridica Abstract*, 1999, No. 7, pp. 323–334].

<sup>833</sup> A. Aedmaa, N. Parrest. *Haldusleping*, Tallinn 2004, lk 12.

<sup>834</sup> M. Lind. *Avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlusprojektid ja hankelepingute üleandmine*. *Juridica VI/2009*, lk 361 [Institutionalized Public-Private Partnerships and Transfer of Public Contracts. *Juridica Abstract*, 2009, No. 6, pp. 358–367].

<sup>835</sup> I. Pilving. *Haldusõiguse põhiprobleeme. Õppematerjal kohtunikele*. Sihtasutus Eesti Õiguskeskus 2003, lk 7.

<sup>836</sup> Ruling of the Administrative Law Chamber of the Supreme Court in case No 3-3-1-64-03, p 12.

lations that follow, e.g. in the issues of amendments and terminations of contracts.<sup>837</sup> The general principles of procurement are not applicable to administrative contracts even if awarded in a procurement procedure.

In conclusion, the thesis studies procurement contracts that are defined as such in the meaning of the PPA (as well as all possible procurement contracts that only lack the proper form currently required under the Estonian law). The thesis does not explore any administrative contracts even if awarded in a public procurement procedure. Depending on the person awarding the contract, the financial value of the contract and possibly other circumstances as well as the details of regulation applicable to pre-contractual relations in procurement are different. However, all procurement contracts (with only minor exceptions) are subject to the general principles of procurement.

## **1.2. Sources of legal regulation applicable to procurement contracts**

National procurement legislation of Estonia is a combination of public and private laws. The former apply to pre-contractual relations, the latter to procurement contract related matters. In addition, procurement cases may be subject to direct application of the EU law, first of all the general principles of EU procurement law.<sup>838</sup>

Concerning the hierarchy between these three legal regimes, the author submits the following: (i) application of the general principles of procurement does not presume the presence of a cross-border interest in a particular procurement.<sup>839</sup> All procurement contracts that are defined as such under Estonian law (see Chapter 1.1 of the thesis) are subject to the general principles of procurement independently from the (non-) existing cross-border interest.<sup>840</sup> (ii)

---

<sup>837</sup> Administrative Co-operation Act, §§ 10, 11 and § 102 lg 2, 4.

<sup>838</sup> The subject of general principles of procurement in relation to the EC Treaty has been adequately researched in earlier studies, e.g. in the doctoral thesis by D. Pachnou, fn 13, and the Master's thesis by Ojasalu 2006. Therefore, this thesis does not examine general principles *per se*.

<sup>839</sup> PPA § 3 p 1–6.

<sup>840</sup> *Sea Srl v Comune di Ponte Nossa*, C-573/07, [2009] ECR I-0000, available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0573:EN:HTML> (29.04.2010), para 38–40; *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v Comune di Bari and AMTAB Servizio SpA*, C-410/04, [2006] ECR I-03303, para 19–21; *A. Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, C-28/95, [1997] ECR I-04161, para 27, 29, 32–33; *Massam Dzodzi v Belgian State*, joined cases C-297/88 and C-197/89, [1990] ECR I-03763, para 33–34; *Krystyna Gmurzynska-Bscher versus Oberfinanzdirektion Köln*, C-231/89, [1990] ECR I-04003, para 20, 24; *A. Sundstrand. Public Procurement – Procurement Outside the EC-directives*, available at: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documents/phdconf2009/andrea%20sundstrand.doc> (29.04.2010), p 5.

All fundamental principles of the EC Treaty and/or any principles of public procurement that have been developed from these fundamental principles<sup>841</sup> are superior to any rules of national private law.<sup>842</sup> (iii) In case of conflict between the provisions of national regulations that are **not** based on rules established by the directives or the Treaty, a hierarchy between such rules must be determined with a view to the particular nature of such rules. The supremacy may well be the opposite, i.e. national procurement regulation is not necessarily superior to national private law regulation.<sup>843</sup> An example of such a situation concerns the option to amend procurement contracts under *clausula rebus sic stantibus* doctrine (see Chapter 5.4 of the thesis).

The EU functional procurement law sets limits to the application of national laws – including private law, to procurement contracts. Drafting, interpreting<sup>844</sup> and performing of procurement contracts as well as any other related legal acts must follow the same general principles that apply to pre-contractual procurement relations and are set by the PPA and/or the directives. Because procurement directives have been developed from the fundamental principles of the EC Treaty, such principles apply even without specific clauses to such effect provided by the national laws.<sup>845</sup> In other words, all procurement related legal matters are subject to the general principles of procurement, including matters concerning the time period **after** entering into the procurement contract.<sup>846</sup>

---

<sup>841</sup> Ojasalu 2006 lk 6, 11; Pachnou 2003, pp 41–42.

<sup>842</sup> McCrudden 2007, p 522; S. Treumer. Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. public procurement rules – the end of the status of concluded public contracts as sacred cows. *Public Procurement Law Review* 6, 2007, p 376; S. Treumer. Recent Trends in the Case Law from the European Court of Justice. – In: R. Nielsen & S. Treumer. *The New EU Public Procurement Directives*. Copenhagen: DjofPublishing 2005, p 24; *Commission v Germany*, para 31.

<sup>843</sup> An example of the latter situation is the current national regulation of amending procurement contracts that will be discussed in Chapter 5 of the thesis.

<sup>844</sup> If a procurement contract constitutes a standard term contract (as is mostly the case), interpretation of such contracts must be objective and i.a. proceed from a presumption that terms of the agreement are drafted lawfully. – See: M. A. Simovart. *The Standard of Reasonableness in Estonian Law*. – In: I. Kull (ed.). *Development of Estonian contract and company law in the context of the harmonized EU law I*, Tartu 2007, pp 65, 70, 79.

<sup>845</sup> Arrowsmith, Kunzlik 2009, p 289.

<sup>846</sup> *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH v Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, C-470/99, [2002] ECR I-11617, para. 93; Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Costruzioni versus ANAS – Ente nazionale per le strade and Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) and Impresa Ing. Mantovani SpA versus ANAS – Ente nazionale per le strade and Ditta Paolo Bregoli (C-286/99), joined cases C-285/99 and C-286/99, [2001] ECR I-09233, para. 38; see also Ojasalu 2006, lk 68, 69, 75; Commission interpretative communication No. 2006/C 179/02, para 1.1.*

Another reason that necessitates recognition of the growing influence of EU procurement principles is the principle of effective application of European procurement law. The assumptions are that: (i) interpretation and application of national law must be in conformity with the purposes of the directives; (ii) interested parties must have opportunities to exercise effective legal remedies in national courts.<sup>847</sup> Therefore, regulation of procurement contracts has, *inter alia*, been influenced by the need to provide more efficient legal protection to third parties, i.e. mainly persons who were interested in but were not awarded the procurement contract. If procurement contracts were subjected solely to the 'ordinary' private law, such remedies would often not be available and, thus, the major public interest that accompanies procurement as well as the purposes of procurement law would be disregarded. Therefore, the more efforts the EU procurement law makes to attain just remedies for third parties, the more it affects contractual relations in procurement, as a result of which procurement contracting gradually departs from the general contract law towards a common public procurement contract law.<sup>848</sup>

In addition to the EU law, restrictions upon national private law are justified by the specific nature of the way procurement markets function,<sup>849</sup> possible higher ethical standards that the contracting authorities (entities) wish to convey<sup>850</sup> and the need to avoid corruption.<sup>851</sup>

It is significant that in the context of harmonizing European private law, the law applicable to procurement contracts has been regarded as one of the functional parts of the EC *acquis* in the area private law.<sup>852</sup> Reference to public procurement law is made as to a part of the existing *acquis* together with the law on consumer contracts, e-commerce and insurance, for example, in the Communication by the European Commission on European contract law.<sup>853</sup> It has been argued that in contrast to the general law of contract, public

---

<sup>847</sup> Pachnou 2003, p. 12.

<sup>848</sup> Marschner. *Contract...* 2009, pp 1–2, 8, 13.

<sup>849</sup> C. Bovis. Financing services of general interest, public procurement and state aid: the delineation between market forces and protection. *Columbia Journal of European Law* 10, 2003–2004, pp 420; C. Hanley. Avoiding the issue: the commission and human rights conditionality in public procurement. *European Law Review* 27 (6), 2002, p 718.

<sup>850</sup> Arrowsmith, Kunzlik 2009, p 289; P. Trepte. Transparency requirements – In Nielsen & Treumer 2005, p 52; R. H. Weber. Development promotion as a secondary policy in public procurement. *Public Procurement Law Review* 4, 2009, p. 185.

<sup>851</sup> M. Trybus. Improving the Efficiency of Public Procurement Systems in the Context of the European Union Enlargement Process. *Public Contract Law Journal*, Vol. 35, No. 3, Spring 2006, p 410.

<sup>852</sup> S. Whittaker. *The Draft Common Frame of Reference: An Assessment*, 2008, available at:

[http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft\\_Common\\_Frame\\_of\\_Reference\\_\\_an\\_assessment.pdf](http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference__an_assessment.pdf) (13.02.2010), p 25; Marschner. *Contracts...* 2009, p 1.

<sup>853</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on european contract law, COM/2001/0398 final.

procurement law is already harmonised.<sup>854</sup> In the same way as the influence of European *acquis* can be recognized on private law in general,<sup>855</sup> a significant shift has occurred in the sphere of influence of EU procurement law. Recent decisions of the ECJ<sup>856</sup> ascertain the understanding that even matters of private law are subject to general principles of procurement. Moreover, such principles are superior to private law rules. Application of the EU public procurement law has been expanding from solely pre-contractual relations to later stages of procurement, including contractual relations. As such, the field of public procurement witnesses an example of post-modern functional law stepping into the national sphere of private law regulation.

In conclusion, even though private law is within the competency of the national legislator and, as in case of Estonia, procurement contracts are subject to ‘ordinary’ rules of private law, the formation and application of national regulation to procurement contracts should follow the general principles of procurement as set by the directives and emancipated from the fundamental principles of the EC Treaty. In case of conflict between national private law and applicable EU procurement law, the latter is superior to the former. The general principles of procurement influence the freedom to establish and amend procurement contract conditions. Also, the EU procurement law has an impact on the rules of validity of a signed contract. These issues are studied in Chapters 2–5 of the thesis.

## **2. Restrictions of the freedom to compose procurement contract terms**

### **2.1. Exclusion of unreasonably harmful contract conditions<sup>857</sup>**

As a rule, the contractual freedom in the pre-contractual stages of procurement is highly limited. Pre-contractual relations differ depending on the extent of public interest inherent to the particular type of procurement: as a rule, duties of public contracting authorities are set in mandatory terms and in rather great detail, whereas in utilities procurement, contracting entities have more autonomy. Still, in most cases, the freedom is heavily restricted, unavoidably in-

---

<sup>854</sup> Marschner. *Contract ...* 2009, p 13.

<sup>855</sup> S.B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston. *The German Law of Contract*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, p 15.

<sup>856</sup> Mainly the decisions in cases of *Pressetext* and *Commission v Germany*.

<sup>857</sup> Chapter 2.1 of the thesis is based on the article: Simovart. *The Invalidity of Unfair Standard Terms ...* 2008.

fluencing other aspects of contractual freedom as well<sup>858</sup>, e.g. the liberty to determine the content of contract conditions.

One of the results of the extremely limited pre-contractual freedom is that procurement contracts often fall within the scope of unfairness regulation as established by the Estonian Law of Obligations Act (the LOA).<sup>859</sup> Even though the Estonian law provides no explicit duty to draft procurement contracts on reasonable terms, the general principles of procurement support the understanding that the terms of procurement contracts should not only follow the obvious task of ensuring a better value for the contracting authority but should also not be unreasonably harmful for the other contracting party. Unfortunately, the present reality of procurement practices in Estonia often provides plenty of opposite examples of contracting authorities (entities) misusing their discretion and drafting procurement contracts on terms, the reasonableness and proportionality of which are questionable at the very least. This is mostly the case because the terms of procurement contracts are usually not subject to negotiations, i.e. the other contracting party is not able to influence the terms.

Part 2 of Chapter 2 of LOA provides specific regulations of standard term contracts that are applicable to commercial<sup>860</sup> as well as consumer contracts. Here, standard terms are defined as any terms *drafted in advance for use in standard contracts or which the parties have not negotiated individually for some other reason, and which the party supplying the term uses with regard to the other party who is therefore not able to influence the content of the term.*<sup>861</sup> For the purpose of defining a contract as a standard terms contract under the LOA, it is irrelevant whether the terms were prepared for repeated use<sup>862</sup> or for one particular contract only.<sup>863</sup>

---

<sup>858</sup> Other reasons for limited contractual freedom are the inherent public interest and the nature of procurement principles per se as well as the social nature of modern contract law in general.

<sup>859</sup> Võlaõiguseadus (Law of Obligations Act), passed by the Riigikogu on 26.09.2001, entry into force on 01.07.2002. English translation is available but not updated at: <http://www.legaltext.ee/failid/findfile.asp?filename=X30085>. Regulation of standard terms under LOA is based on the Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts – OJ L 95, 21.4.1993, p. 29–34. In comparison to the directive, Estonian law extends the protection to commercial contracts as well. Such legislative solution has been criticized by C. Ginter as too radical and excessively restrictive on the freedom to contract. See C. Ginter. Tüüptingimustest VÕS ja direktiivis 93/13/EMÜ. [Standard terms in the Law of Obligations Act and Directive 93/13/ECC] – Juridica 2001/7, lk 507.

<sup>860</sup> The term ‘commercial contracts’ is used here to refer to all contracts except consumer contracts.

<sup>861</sup> LOA § 35 s 1.

<sup>862</sup> Judgement of the Civil Chamber of the Supreme Court of May 8, 2007 in case No. 3-2-1-45-07, 3-2-1-150-06, p 17–18.

<sup>863</sup> In this regard, the regulation is similar to the regulation of the PECL. See O. Lando, H. Beale (eds.). Principles of European Contract Law; Parts I and II. The Hague: Kluwer Law International 2000, art. 4:110.

In order to determine whether the terms of a procurement contract can be qualified as standard terms, attention must first be paid to the type of procurement procedure used. Open and restricted procedures allow no negotiations; therefore, the ensuing contract is always entered into on standard terms (except for the particular terms of bids that are usually of limited extent). If other modes of tendering are used, the contracting authority (entity) can submit evidence of the actual presence and extent of negotiations.

According to the LOA, any standard term is void if it is unreasonably harmful<sup>864</sup> for the other contracting party. In particular, a term is considered to be unreasonably harmful if it causes *a significant imbalance in the parties' rights and obligations* or if the standard term is contrary to good morals. The law presumes unreasonable harmfulness in case a standard term *derogates from a fundamental principle of law or restricts the rights and obligations arising for the other party from the nature of the contract so that it becomes questionable as to whether the purpose of the contract can be achieved*. As an exception, a standard term is not regarded as unfair if it relates to the main subject matter of the contract or to the relationship between the price and the value of the services or goods supplied in exchange.<sup>865</sup> The conclusion as to whether a standard term is *unreasonably harmful* can be made with the help of a list that operates as a so-called grey list of commercial contracts.<sup>866</sup>

In order to determine the (un-) reasonability of a standard term, resorting to the general definition of reasonableness as foreseen under LOA § 7 may be necessary.<sup>867</sup> Contrary to the general rules of interpretation, contents of a standard term are not to be construed according to the actual intent of the parties but objectively, i.e. proceeding from a viewpoint of a reasonable person in the shoes of the party on whom the standard term was imposed.<sup>868</sup> Based on the normative nature of the principle of reasonableness,<sup>869</sup> a reasonable contracting party is entitled to expect harmony with the law and the procurement principles.

An unreasonably harmful contract term is automatically void from the beginning (*ex tunc*) and may render void the whole contract as well. Unless the user of the terms proves that he (she) would not have entered into the contract without such (void) term, the rest of the contract terms will remain in force. In

---

<sup>864</sup> The Estonian language text of the LOA refers to the voidness of *unreasonably harmful* standard terms. Even though the English translation of the Act uses the term *unfair* standard terms, the thesis uses the direct translation of *unreasonably harmful* because reasonableness is an expressly recognized and legally defined principle of the Estonian law of obligations whereas (un)fairness, although recognized in some court cases, has no such clear definition.

<sup>865</sup> LOA § 42 Sections 1–2.

<sup>866</sup> LOA § 42 s 3 and § 44, Judgement of the Supreme Court of 13 September 2004 in case No. 3-2-1-88-04, p 13.

<sup>867</sup> Judgement of the Civil Law Chamber of the Supreme Court of 13 April 2004 in case No. 3-2-1-44-04, p 16.

<sup>868</sup> LOA § 39 s 1.

<sup>869</sup> Simovart. Reasonableness... 2007, pp 68–69.

such a case, a default rule foreseen by the law will be applied<sup>870</sup> or a new rule will be enforced based on analogy or the law or the principle of good faith.<sup>871</sup>

Voidness of a procurement contract (or a part thereof) is evidently not a preferred situation and should be avoided by reasonable drafting of contract terms. However, should a procurement document contain clauses unreasonably harmful for tenderers, an obvious question arises whether legal remedies are available already in pre-contractual relations (the tender procedure), in order to evade voidness of the clause later. At present, the PPA provides for no such remedies. In the author's view, this issue requires additional attention and possibly a quick solution for its inclusion in the PPA in order to provide legal clarity and effective remedies. For instance, consideration could be given to a possible amendment to the existing PPA that would directly oblige drafting procurement contracts on terms *not unreasonably harmful* for the other party. At the same time, the PPA would still not exclude application of private law regulations, including the general rules applicable to standard terms. The situation could also benefit from the introduction of pre-prepared procurement contracts (on reasonable terms) that would become either an obligatory or an optional means to be used in procurement.<sup>872</sup>

In conclusion: due to the limited freedom of contract in the pre-contractual stage, most procurement contracts are subject to the regulation of unfair standard terms as established under Estonian law. Therefore, procurement contracts must be drafted on reasonable (not unfair) terms even though private law contracts are not subject to a general duty of fairness. In order to more clearly establish the contracting authority's duties and the result of failures to follow such duties, the author submits that amendments providing express obligation in this respect should be made to the existing procurement regulation.

---

<sup>870</sup> LOA § 41.

<sup>871</sup> P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi. *Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn 2006, lk 144.

<sup>872</sup> Possible use of pre-prepared contract terms is the subject matter of Chapter 2.3 of the thesis.

## 2.2. Other restrictions concerning the contents of procurement contract terms

Besides the duty to avoid unreasonable standard terms, other limitations concerning the drafting of contract terms can be identified that are rooted in the general principles of procurement. For instance, in the interest of transparency, all the contract terms should be provided in as great a detail as possible.<sup>873</sup> However, while the possibility of ‘intrusion’ into the freedom of contract is well established under the regulation of unfair standard terms, the option to exercise control over the contents of procurement contract terms on any other grounds is not clear under the law at all. Administrative supervision and introduction of well balanced, reasonably drafted procurement contract forms are naturally both valid means to support that aim. Nevertheless, the possibility of voidness or early termination of certain contract terms could be given consideration as well – see Chapter 4 of the thesis analyses these possibilities.

In this Chapter, the author will consider the types of contract terms that most require attention to the general principles of procurement upon drafting. Firstly, the time period of the procurement contract must be considered. In order to avoid distorting competition, fixed term contracts must generally be preferred to contracts with indefinite terms. Even though the EU procurement law does not prohibit awarding a procurement contract for an indefinite period, the ECJ has described such practice as being *at odds with the scheme and purpose of the Community rules governing public contracts*. The ECJ noted that such a practice *might, over time, impede competition between potential service providers and hinder the application of the provisions of Community directives governing advertising of procedures for the award of public contracts*.<sup>874</sup> For contracts for definite periods, either the directives or the PPA do not set a particular time limit as a mandatory maximum term.<sup>875</sup> However, as a rule, a procurement contract should be awarded for a time period of 3–5 years.<sup>876</sup> As an exception, longer terms may be justified by specific conditions, e.g. various public-private partnerships and large-scale construction contracts normally require longer terms, even of 25–30 years.<sup>877</sup> A framework contract may be entered into for

---

<sup>873</sup> Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium, C-87/94, [1996] ECR I-02043, para. 51–53; Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, Herold Business Data AG participating, C-324/98, [2000] ECR I-10745, para 61.

<sup>874</sup> Preettext, para 73–74.

<sup>875</sup> Article 17(11) of Directive 17/2004, Article 9(8)(b)(ii) of Directive 18/2004; PPA § 21 lg 1 p 3 and lg 6.

<sup>876</sup> S. E. Hjelmborg, P. S. Jakobsen & S. T. Poulsen. Public Procurement Law – the EU directive on public contracts. Djof Publishing, 2006, p 135, C. Tvarno. Does the Danish interpretation of EC public procurement law prevent PPP? Public Procurement Law Review 2, 2010, p 76.

<sup>877</sup> C.D. Tvarnø. Public private partnership in the European Union. – In Nielsen & Treumer 2005, pp 76, 80, 86, 191.

four years, any longer term being allowed only for objective reasons.<sup>878</sup> As a general rule, a contracting authority (entity) must be able to justify any period set as the term of a procurement contract.<sup>879</sup> Terms of procurement contracts must not be unreasonably long or short as both can hinder the competition and/or discriminate against certain types of bidders.

In addition to the contract term, different clauses relating to the parties involved at performing the contract might be subject to general principles. For instance, a procurement contract must never restrict the choice of subcontractors in a discriminatory manner. It is a common practice for contracting authorities to set different restrictions that relate to the persons participating in performing the contract, including subcontractors. Such restrictions are acceptable if justified by objective circumstances, e.g. to keep a required standard of performance, to guarantee equal treatment of parties interested in participating in the procurement, to satisfy confidentiality or security requirements, etc.<sup>880</sup> Any limitations concerning the use of subcontractors and suppliers should, however, never be arbitrary and should always conform to the general principles of procurement, e.g. not discriminate against certain groups of interested parties.

On the other hand, transfer of all or some of obligations to<sup>881</sup> or joining in the obligation by a third party (new obligor)<sup>882</sup> cannot be freely allowed in procurement. The option to accept a new obligor in a procurement contract must be limited or excluded so as not to harm the obligations of equal treatment and transparency and not to ‘nullify’ or render meaningless the procedure of awarding the contract. Under private law, a contracting party is generally entitled to refuse consent to a new person to accept or join in the contract<sup>883</sup> and, presumably, the **obligation** to refuse such consent can be deducted from the rationale of the procurement directives as well.<sup>884</sup> Any changes concerning the person of the other contracting party often constitute an amendment to the procurement contract and, as such, are subject to the rules governing amendments as established by the ECJ in the case of *Pressetext* and are discussed in Chapter 5 of the thesis. As a rule, such changes require a new procurement.

In general, procurement contract terms must always be set in a non-discriminate manner, e.g. references to national standards should be avoided. However, it is vital to mind that various non-technical terms of contracts should not have an unacceptable influence either. Examples of such clauses could be unreasonably short terms for performing a contract, unreasonably strict rules of liability as well as penalties and guarantees, which may exclude participation of smaller sized bidders.

---

<sup>878</sup> PPA § 70 lg 1.

<sup>879</sup> Tvarnø 2005 p 76.

<sup>880</sup> Arrowsmith 2008, p 407.

<sup>881</sup> LOA § 175 lg 1, § 179 lg 1.

<sup>882</sup> LOA § 178 lg 1.

<sup>883</sup> LOA § 175 lg 1 and 2, § 179 lg 1.

<sup>884</sup> Arrowsmith 2008, p 410; Lind 2009, lk 364–366.

In addition to the above, confidentiality clauses illustrate a case of procurement law influence upon the freedom of contract. The question of public versus confidential nature of procurement contracts is an issue of utmost controversy in theory and of significant impact in practice. Are confidentiality clauses an acceptable and enforceable practice in procurement contracting? Alternatively, is the opposite true: should procurement contracts be considered as public information? Presently, Estonian law is by no means clear if and/or under what circumstances procurement contracts can be regarded as publicly available data. On the one hand, the Constitution of Estonia subjects the state and local governments to a general duty to provide information about their activities,<sup>885</sup> including any activity that is not related to their constitutional functions.<sup>886</sup>

In addition to the abstract public interest present in procurement, public nature of procurement contracts derives from the general requirements of transparency and of effective application of EU procurement law. The latter is present both in case of public and utilities procurement and includes the need to actually avail third parties with the possibility of using (theoretically available) remedies.<sup>887</sup> In its turn, efficient use of remedies presumes public availability of procurement contracts. For example, a third party's need to have access to the (updated) contract is a situation of contesting the legality of amendments made to a procurement contract.<sup>888</sup> Another situation that shows such need is the ineffectiveness requirement as established by the new Remedies Directive 2007/66/EC.<sup>889</sup>

The Public Information Act (the PIA)<sup>890</sup> of Estonia expects holders of information to disclose information *concerning public procurements that are being organised or have been organised by the state or local governments.*<sup>891</sup> However, the act also allows waiver of the said duty in certain cases if so has

---

<sup>885</sup> *Eesti Vabariigi Põhiseadus* (Constitution of the Republic of Estonia), accepted by public vote on 28.06.1992, entered into force on 03.07.1992; published in RT 1992, 26, 349, latest version accepted on 21.07.2007, published in RT I 2007, 43, 311; § 44.

<sup>886</sup> *Eesti Vabariigi Põhiseadus: kommenteeritud väljaanne*, Tallinn 2008, lk 366.

<sup>887</sup> Hjelmberg, Jakobsen & Poulsen 2006, pp 50–51.

<sup>888</sup> Rules applicable to amendment of procurement contracts is the subject of Chapter 5 of the thesis.

<sup>889</sup> Ineffectiveness of contracts under new Remedies Directive is the subject of Chapter 4 of the thesis.

<sup>890</sup> *Avaliku teabe seadus* (Public Information Act), passed by the *Riigikogu* on 15.11.2000, entered into force on 01.01.2001, published in RT I 2000, 92, 597; latest version adopted on 26.11.2009, entered into force on 01.01.2010, published in RT I 2009, 62, 405; English text of the Act is available but not updated at: <http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=X40095K4&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=avaliku>, hereinafter the PIA.

<sup>891</sup> PIA, § 28 lg 1 p 20. It is noteworthy that the PIA currently applies only towards the state and local governments, not towards other public contracting authorities or entities in utility procurement.

been agreed with a private third party.<sup>892</sup> Thus, the present version of the Act does not give instructions as to what kind of public or utilities contracts should be publicly available in the first place and to what extent the parties are free to agree on the confidentiality of contracts or parts of it.<sup>893</sup> In the author's opinion, the impact of both constitutional and procurement principles support the conclusion that at least in the field of public contracting (as opposed to utilities contracting), contracts should be considered public as a general rule. Considering the utilities procurement, the public interest towards procurement contracts has a somewhat smaller extent and the contracts could be subject to disclosure upon request only.

Any exceptions to the duty to disclose information about procurement contracts should be decided on a case-by-case basis and justified only by specific circumstances directly listed in the law. Such justifying grounds should, first of all, be security, privacy and commercial confidentiality.<sup>894</sup> As a rule, all contract related information should be presumed to be public. Statutory exceptions of and/or agreements on confidentiality might be acceptable and enforceable only if justified on the said objective grounds.<sup>895</sup>

In conclusion, with regard to the general principles of transparency and equal treatment as well as overall public interest related to procurement, confi-

---

<sup>892</sup> According to PIA § 35 lg 1 p 10, grounds for classification of information as for internal use only include *information on technological solutions ... if classification of such information as internal is prescribed in a contract entered into with a person in private law*. The author is of the opinion that if some *technological solutions* justify confidentiality because they form information regarded as a commercial secret, the confidentiality of such information is already provided for as, under PIA § 35 lg 1 p 17, *information whose disclosure may violate a business secret* must be classified as for internal use only. Therefore, there is no need for a separate rule for technological solutions as business secrets.

<sup>893</sup> Examples of issues that are unclear under the present law include: When can public contracting authorities be regarded as holders of information in the meaning of the PIA? What exactly are the *data* to be disclosed when a procurement contract indeed is subject to disclosure, e.g. does the obligation include any and all terms and amendments of a particular procurement contract or only some (most important) of them? If at all and to what extent does the disclosure obligation apply to utility contracts? If and under what conditions are contracting authorities subject to an active duty of publishing, i.e. an obligation to disclose information on their websites, or to add a respective accessible link to their web page?

<sup>894</sup> At present, PIA § 35 lists types of classified information.

<sup>895</sup> A similar solution is applied towards public contractors, e.g. in UK. See: Arrow-smith 2008, pp 102, 105; *FOI (Civil Procurement) Policy and Guidance. Version 2.0, November 2008*, available at:

[http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC\\_FOI\\_and\\_Civil\\_Procurement\\_guidance.pdf](http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC_FOI_and_Civil_Procurement_guidance.pdf) (21.02.2010), art 3.2. However, P. Vincent-Jones has even criticized such an approach, suggesting that the option to rely on commercial secrets as a reason for confidentiality be limited even further – P. Vincent-Jones. *The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Relationality*. Oxford University Press, 2006, p 356.

dentiality clauses in procurement contracts cannot be regarded as merely a matter of choice of either one or both of the contracting parties. Rather, publicity of both public and utilities' procurement contracts should be regarded as a rule with possible exceptions valid only if justified under the law. Voidness of unjustified confidentiality clauses can be based on art 87 of the GPCCA.

### **2.3. Advantages of using pre-prepared procurement contracts**

In order to more efficiently bring procurement contracts into harmony with the general principles of procurement as discussed in Chapters 2.1 and 2.2 of the thesis, using pre-prepared contract terms might be one of the possible solutions. The use of pre-prepared general contract terms in procurement is a common practice in several countries, e.g. France, United Kingdom, and Germany.<sup>896</sup> In addition, the use of international general forms of contract would be justified, especially when many tenderers are from abroad or no domestic contract terms have been prepared.<sup>897</sup>

Under Estonian laws, the use of pre-prepared forms is not mandatory even in the fields where recommended contract forms exist. For instance, different types of well-balanced terms for construction contracts are available and in common use both in procurement and by private parties.<sup>898</sup> However, contracting authorities have no statutory duty to use such forms.

Availability and reliance of well-balanced general contract forms could decrease the discretion, mistakes and errors of contracting authorities (entities) and, as such, could be a means to reduce controversial and unreasonable contract conditions. The possibility to prepare such procurement contract forms for most common types of contracts and therefore, either obligatory or recommend use of such should be given consideration.

---

<sup>896</sup> T. Ax, The new contract and contract award legislation in Germany following the adoption of the ordinance on the award of public contracts (Vergabeverordnung). *Public Procurement Law Review* 4, 2007, p. NA 108; K. Summann, Winds of Change: European Influences on German Procurement Law. *Public Contract Law Journal* Vol. 35, No. 3, Spring 2006, p. 567; P. Trepte. *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford University Press, 2004, pp. 330, 332.

<sup>897</sup> M. L. Macaulay and L. E. Ramsey. *Construction and Procurement Law*. Sweet & Maxwell, 2002, p. 71.

<sup>898</sup> Available at: <http://www.mkm.ee/index.php?id=345310> (23.03.2001).

### 3. Secondary purposes of procurement<sup>899</sup>

#### 3.1. Secondary purposes of procurement as indirect tools of regulation

Introduction of so-called secondary purposes provides an example of integrating the specific public interest related nature of procurement with private contracting. The public interest that is inherent in procurement may necessitate and justify the use of procurement contracts as indirect tools for regulation or instruments of secondary policy.<sup>900</sup> The use of public procurement contracts for secondary purposes is a common practice<sup>901</sup> worldwide, and is generally recognised as lawful under EU law as well.<sup>902</sup> In the EU, the use of secondary purposes is subject to restrictions in order to avoid such pursuit at the expense of primary purposes<sup>903</sup> and to maintain harmony with the general principles of EU law.<sup>904</sup> This concerns, *inter alia*, the choice of acceptable secondary poli-

---

<sup>899</sup> Chapter 3 of the thesis is based on a published article: Simovart. Realization of Secondary Objectives ... 2009.

<sup>900</sup> The following are examples of common secondary purposes: elimination of racial, religious and gender discrimination and of discrimination of disabled people; the pursuit of fair working conditions, increasing employment for minorities and under-represented groups (e.g. the disabled, women, minorities), advancing gender equality; environmental aspects; support for small and medium enterprises or certain branches of industries, as well as implementing priorities in the field of foreign policy. – J. B. Auby. Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere. Public Law, Spring 2007, pp 41, 44; C. Bovis. Public Procurement in the European Union: Lessons from the Past and Insights to the Future. Columbia Journal of European Law, Vol. 12, 2005–2006, pp 89, 91–93; C. Bovis. The new public procurement regime: a different perspective on the integration of public markets of the European Union. European Public Law, Vol 12, Issue 1, 2006; De Castro Meireles, 2006, pp 165–168, 170, 173–176, 305; C. McCrudden. Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes. National Resources Forum 28, 2004, pp 257, 259; R. B. Watermeyer. Facilitating sustainable development through public and donor procurement regimes: tools and techniques. Public Procurement Law Review 1, 2004, p 39.

<sup>901</sup> Arrowsmith 2008, p 1225.

<sup>902</sup> McCrudden 2007, pp 508–509. Concerning acceptable use of secondary policies, attention must be paid to the decision of ECJ in case of *Rüffert* (Dirk Rüffert, in his capacity as liquidator of the assets of Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG v Land Niedersachsen, C-346/06, [2008] ECR I-01989) that may be interpreted as limiting the use of secondary policies that apply standards above the lawful minimum. See also: Arrowsmith, Kunzlik 2009, pp 114–115.

<sup>903</sup> Watermeyer 2004, p 42.

<sup>904</sup> On balancing the (other) purposes of the Treaty with social pursuits, see: N. Reich. Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the Laval and Viking Cases before the ECJ. *Juridica International* XII/2007, pp 100-115.

cies; for instance, the EC Treaty excludes support to less developed regions<sup>905</sup> or for local products<sup>906</sup> as secondary policies in procurement.<sup>907</sup> However, so far, the procurement directives<sup>908</sup> and the rulings of the ECJ<sup>909</sup> have recognised a social dimension of public procurement.

As the procurement directives are not intended to provide an exhaustive body of procurement legislation,<sup>910</sup> the laws of the Member States provide detailed regulation. Inter alia, Member States are at liberty to decide if and when the contracting authorities may or must pursue secondary policies in procurement.<sup>911</sup> For many Member States, promotion of secondary policies has been among the **key objectives** of procurement.<sup>912</sup> In comparison, the Estonian PPA merely states that “if possible, the contracting authority must prefer environmentally safe solutions”, which is the only reference to any secondary

---

<sup>905</sup> S. Arrowsmith. *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?* *Public Contract Law Journal*, Vol. 35, Spring 2006, p 353.

<sup>906</sup> P. P. Craig. *Administrative Law*. 3<sup>rd</sup> ed. London: Sweet & Maxwell 1994, p697.

<sup>907</sup> *Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita Sanitaria Locale No. 2 di Carrara*, 21/88, [1990] ECR I-889.

<sup>908</sup> Recitals 1, 38 and 54 of Directive 2004/17/EC; recitals 1, 26 and 43 of Directive 2004/18/EC.

<sup>909</sup> *Gebroeders Beentjes BV v the State of the Netherlands*, 31/87, [1988] ECR 4635; *Commission v France (Nord-Pas-de-Calais)*, C-255/98, [2000] ECR I-7445; *Concordia Bus v City of Helsinki and HKL*, 513/99, [2002] ECR I-7213 (*Concordia Bus*); *Wienstrom*, C-384/07, [2003] ECR I-14527.

<sup>910</sup> *Joined Cases CEI and Bellini; Case of Beentjes*. At least this was the initially intended character of the regulation. Professor Arrowsmith has argued, however, that “the regime is currently undergoing a revolution: it is moving markedly away from its original framework character in the direction of a system of common rules”. Arrowsmith 2006, p 338.

<sup>911</sup> *Interpretative Communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement*, COM(2001)566 final, p 17, executive summary.

<sup>912</sup> Arrowsmith 2006, p 351. Examples of express support for the social aspects of procurement can be found in many states. Also, there are examples of practising advancement of social policies *without* any specific legal regulation in Denmark and the Netherlands. – European Commission. *Study of the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement: Final Report*, 2003, pp 18–19. Many jurisdictions require that procurement contracts contain labour clauses, e.g., on fair wages, working hours and employment conditions in general. – Italy, Spain, Cyprus, Denmark – Labour clauses in public contracts. Integrating the social dimension into procurement policies and practices. – ILO, Geneva, Switzerland, 2008, pp 36–37. Reservation of sheltered workshops and the like for disabled people is practised in France, Germany, Netherlands and the United Kingdom. – Arrowsmith, Kunzlik 2009, pp 312–314; *Code des marchés publics* (édition 2006, dernière modification: 23 janvier 20107). Available at: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8C0C2C8E01E5406A9D395F5A94A9B014.tpdjo01v\\_3?cidTexte=LEGITEXT000005627819&dateTexte=20081220](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8C0C2C8E01E5406A9D395F5A94A9B014.tpdjo01v_3?cidTexte=LEGITEXT000005627819&dateTexte=20081220) (21.02.2010), art 14–15.

policies in the law. In the following parts of the thesis, the focus will be on whether the pursuit of secondary purposes is, nevertheless, possible despite the lacking legal background in Estonia.

### **3.2. The pursuit of secondary purposes through contract conditions**

The implementation of secondary policies before the award of a procurement contract is subject to somewhat different rules than when conducted during the performance of the contract. In the former case, the promotion of secondary policies is subject to the rules normally applicable and is, therefore, rather restricted and somewhat ambiguous, although not impossible.<sup>913</sup> The contract performance stage on the other hand allows more discretion: a contracting authority (entity) is generally at liberty to stipulate special contract conditions according to its actual needs.<sup>914</sup> For this reason, using the execution phase of the contract to encourage the pursuit of social objectives is a widely used strategy in the EU,<sup>915</sup> and may sometimes be the only strategy possible.<sup>916</sup>

Special contract conditions must (i) always be related to the object of procurement or, according to McCrudden, rather related to the performance of the contract;<sup>917</sup> (ii) provide equal treatment of bidders, i.e. not cause indirect discrimination, and (iii) transparency of procurement, as well as (iv) enhance, not hinder competition.<sup>918</sup> The transparency requirement makes it necessary to publish secondary purposes already in the award procedure.<sup>919</sup> With regard to the same principle, De Castro Meireles recommends setting the use of secondary purposes through legislation as a means for achieving more transparency.<sup>920</sup>

As mentioned above, the Estonian PPA does not regulate secondary objectives at all, besides a general reference to possible environmental clauses. The author, therefore, submits that the Act be amended to at least provide for the

---

<sup>913</sup> Case C-513/99, *Concordia Bus*, paragraphs 55, 57, 59, 61, 62, 64, 65. C. Tobler. *Encore: “Women’s Clauses” in Public Procurement under Community Law*. *European Law Review*, 25 (6), 2000, p. 622; De Castro Meireles 2006, p. 181; European Commission. Study ... 2003.

<sup>914</sup> Bovis 2006, p 90; Bovis 2005–2006, p 116; European Commission. Study... 2003, p 4.

<sup>915</sup> COM (2001) 566 final, executive summary. European Commission. Study... 2003, pp 50, 66.

<sup>916</sup> De Castro Meireles, 2006, p 185.

<sup>917</sup> McCrudden 2007, p 564. McCrudden also considers the possibility of procurement contracts having a dual purpose (as opposed to a primary and a secondary one) – *id*, p 524.

<sup>918</sup> Arrowsmith 2008, pp 636, 1279.

<sup>919</sup> European Commission. Study... 2003, p 50.

<sup>920</sup> De Castro Meireles 2006, pp 191, 310.

definition of ‘special contract conditions’<sup>921</sup> and, possibly, the corresponding duties of contracting authorities. This would provide for more legal clarity, encourage possible use of secondary purposes and be in harmony with the constitutional principles of a social state.<sup>922</sup> However, the use of special contract conditions to pursue secondary policies is possible and legal under the current regulation as well.

An issue to be considered when applying special contract conditions is the possibility to use private law remedies should a breach of such contract conditions occur. Namely, the exercise of civil law remedies may provide problems because of the **secondary** nature of the particular breach. Moreover, the use of remedies to correct an allegedly **minor** breach may even be argued to be against the principle of good faith (not a justified argument in the author’s opinion though). Some remedies, such as a claim for a specific performance or for damages, may under particular circumstances of the breach be impracticable.

A way to mitigate such difficulties could be to include an agreement of penalties in the procurement contract.<sup>923</sup> In case of breach of special contract conditions, mainly the preventive function of the penalty will be exercised even though in some cases the penalty may provide relief as a compensation for damages.<sup>924</sup> The agreement on penalty should not be unreasonably harmful for the other contracting party. For instance, the penalty should only be claimable if the party is liable for the breach.<sup>925</sup> However, the amount of the penalty must be reasonable, neither excessive nor minute.<sup>926</sup> The extent of a reasonable amount of penalty in case of a breach of secondary purposes depends greatly on the circumstances of the case. By definition, reasonableness always justifies a look into the good practices of the industry and the nature of the parties’ relationship.<sup>927</sup> Notions to take into account also include the level of liability and the behaviour of the party in breach until the breach, the general notion of fairness<sup>928</sup> as well as the interest of the claimant in the breached obligation. It should be acknowledged that in case of special contract conditions, the affected interest is made of public benefit rather than the contracting authority’s personal

---

<sup>921</sup> In comparison, the State Assets Act currently contains clauses allowing the use of so-called special or additional clauses upon transfer of government property. The Act refers to the option of setting special conditions, including conditions of social nature, e.g. to guarantee employment, create new jobs, environmental conditions, etc. – *Riigivaraseadus* (State Assets Act), passed by the *Riigikogu* on 11.11.2009, entered into force on 01.01.2010, latest version dated 01.01.2010, published in RTI, 03.12.2009, 57, 381; § 66 lg 1, § 72 lg 1, § 73 lg 1, p 3, 4, 6, 7.

<sup>922</sup> Eesti Vabariigi Põhiseadus: kommenteeritud väljaanne 2008, lk 77, 114; PS § 10.

<sup>923</sup> LOA § 158.

<sup>924</sup> Varul et al 2006, lk 537.

<sup>925</sup> LOA § 160.

<sup>926</sup> An unreasonably high penalty can be reduced to a reasonable amount by the court – LOA § 161 lg 1.

<sup>927</sup> LOA § 7 lg 2.

<sup>928</sup> A. Sander. Leppetrahv. [Contractual penalty]. *Juridica* X/2003, lk 689.

interest in the obligation, which makes it impossible and/or unfair to tie the reasonableness of the penalty to the presence of financial damages.<sup>929</sup> As a rough estimate, an acceptable amount of penalty could be the equivalent of 1 % of the contract sum up to 10% of the contract sum in case of multiple breaches.<sup>930</sup>

In order to better facilitate the application of any remedies, including penalties, in case of breach of special contract conditions, the obliged party's duties under such clauses must be provided as clearly and in as great a detail as possible, including a reference to the significance of the duty as well as the exact contents thereof, terms of control and any duty to inform related to such obligations.

### 3.3. Gender equality as an example of secondary purpose

Gender equality is one of the main tasks under the EC Treaty<sup>931</sup> and elimination of discrimination based on gender constitutes part of ensuring fundamental rights.<sup>932</sup> Estonian written law also expressly states the need to ensure equal treatment of men and women as a constitutional principle<sup>933</sup> and to promote gender equality as a fundamental human right, for the public good.<sup>934</sup> However, the actual application of gender equality policy has failed in Estonia. According to a recent study by the Ministry of Social Affairs, only a small percentage of private sector leaders and of public officials is aware of the contents of the Gender Equality Act and of the importance of its objectives.<sup>935</sup> One of the most problematic areas in Estonia is ensuring gender equality in labour relations.<sup>936</sup> At present, the disparity between the average wages of women and men is 30.3%, which is the largest in the EU, and significant gender segregation on the

---

<sup>929</sup> Sander, lk 689.

<sup>930</sup> Such is the amount of penalty set in construction contracts awarded by the Land of Niedersachsen of Germany for cases of breach of certain special contract – see case of *Rüffert*, fn 111.

<sup>931</sup> Articles 2 and 3(2) EC. See also the preamble to Directive 2002/73, recital 4, [2002] OJ L 269/15, Article 23 of the EU Charter of Fundamental Rights, Articles 3 and 4 of the UN Convention on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW).

<sup>932</sup> *Defrenne v SABENA(III)*, 149/77, [1978] ECR I-01365, para 26, 27.

<sup>933</sup> Eesti Vabariigi Põhiseadus: kommenteeritud väljaanne, lk 132–133, 138–139, 143, 145.

<sup>934</sup> *Soolise võrdõiguslikkuse seadus* (Gender Equality Act), RT I 2004, 27, 181, RT I 2008, 56, 315, (hereinafter GEA), § 1 (1).

<sup>935</sup> *Soolise võrdõiguslikkuse edendamise 2008–2010, Programm*. – Sotsiaalministeerium, pp. 6 and 15. Available at:

[http://www.sm.ee/fileadmin/media/Dokumendid/Sotsiaalvaldkond/sooline\\_v%C3%B5/soolise\\_vordoiguslikkuse\\_edendamise.pdf](http://www.sm.ee/fileadmin/media/Dokumendid/Sotsiaalvaldkond/sooline_v%C3%B5/soolise_vordoiguslikkuse_edendamise.pdf) (29.12.2008)

<sup>936</sup> M. Meiorg (ed.). *Inimõigused Eestis 2007* (Human Rights in Estonia 2007). Tallinn 2008, p 10.

labour market makes Estonia one of the least developed countries of the Member States.<sup>937</sup>

Thus, there is cause for action on behalf of the state<sup>938</sup> and the pursuit of gender equality considerations in procurement may be a suitable option to this end.<sup>939</sup> Furthermore, consideration could be given to making the policy an **obligatory** secondary purpose under the law.<sup>940</sup>

## **4. Influence of breach in pre-contractual relations on validity of procurement contracts**

### **4.1. Ineffectiveness of contracts according to the new Remedies Directive 2007/66/EC<sup>941</sup>**

According to the Estonian private law, a contract is generally considered to have been entered into when an exchange of an offer and an acceptance has taken place<sup>942</sup> and the contract has been given a proper format.<sup>943</sup> As a rule, any breach of law in pre-contractual relations of procurement does not influence the validity of the contract that has been entered into.<sup>944</sup> (Exceptions to that rule when grounds for voidness established under directive 2007/66/EC are not present are looked at in Chapters 4.2.2 of the thesis.) The general rule of no voidness is in harmony with the traditional perception: until the ECJ's decision in *Commission v Germany*, **no** duty to terminate a public contract concluded in breach of the EU public procurement rules was recognized under the EU procurement law.<sup>945</sup>

---

<sup>937</sup> Available at <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=685&langId=en> (01.07.2010).

<sup>938</sup> Human Rights in Estonia 2007, p 10.

<sup>939</sup> R. Nielsen. Discrimination and equality in public procurement. Available at: <http://arbetsratt.juridicum.su.se/Filer/PDF/klaw46/discrimination.procurement.pdf>, p 6 (27.12.2008); European Commission. Study ... 2003, p 4.

<sup>940</sup> Tobler 2000, p 618; EWLA General Assembly Resolution on Combating Gender Discrimination and Promoting Substantive Gender Equality through Public Procurement, 12 May 2007. Available at: [http://www.ewla.org/?seite=http://www.ewla.org/wf\\_content/611.html](http://www.ewla.org/?seite=http://www.ewla.org/wf_content/611.html) (2.01.2008).

<sup>941</sup> Submissions of Chapters 4.1 and 4.3 are based on a published presentation made at the fourth public procurement PhD conference at the School of Law, University of Nottingham, September 2009: M. A. Simovart 'The new Remedies Directive: would a diligent businessman enter into ineffective procurement contracts?' Available: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/conferencesandevents/pastevents/phd-conference.aspx> (28.04.2010).

<sup>942</sup> LOA § 9 lg 1.

<sup>943</sup> See chapter 1.1.3 on the applicable format requirement in procurement.

<sup>944</sup> PPA § 4 lg 2.

<sup>945</sup> Treumer 2007, p.371.

However, the new Remedies Directive 2007/66/EC has been construed to impose the new rule expressed by the ECJ in the case of *Commission v Germany*, namely, that in case of certain fundamental breaches to the EC procurement rules, the Member States are obliged to exclude the possibility of continuing contractual relationship. Such a remedy of *ineffectiveness* has been described as a *drastic alteration to the existing regime* that could have a *profound effect on the status of contracts as concluded*.<sup>946</sup> At the same time, the concept of *ineffectiveness* has been trusted to prove *an inherently stronger incentive for undertakings to bid for contracts*.<sup>947</sup>

The circumstances of breach that should lead to ineffectiveness of contracts are detailed in the directive<sup>948</sup> and include, *inter alia*, direct contracting (awarding a procurement contract without a prior publication of a contract notice in the *Official Journal of the European Union* when this is not permissible) and certain failures of the review process. The concept of ineffectiveness is to be provided for by national law<sup>949</sup> but will have to be interpreted in light of the ECJ's judgement in the case of *Commission v Germany*. Under the ineffectiveness rule, the Member States must provide for rules of considering such contracts void either *ex tunc*<sup>950</sup> or *ex nunc*.<sup>951</sup> Differently from a 'usual' voidness, the ineffectiveness of procurement contracts *ex-tunc* may not be automatic but only following a ruling (judgement) to that effect.<sup>952</sup> Considering the very detailed prescription provided and the fact that only *little room to manoeuvre* has been left for the Member States, the directive has been described as having *triumphed over the principle of procedural autonomy*.<sup>953</sup>

The new remedies' directive had to be transposed into the legal order of the Member States by December 20, 2009.<sup>954</sup> Estonia chose the version of *ex-tunc*

---

<sup>946</sup> P. McGovern, *New Remedies Directive: a note on its proposed implementation in Ireland*. *Public Procurement Law Review* 6, 2009, p NA 236.

<sup>947</sup> M.-J. Clifton. *Ineffectiveness – the new deterrent: will the new Remedies Directive ensure greater compliance with the substantive procurement rules in the classical sectors?* *Public Procurement Law Review* 4, 2009, p 165.

<sup>948</sup> Article 2d(1)(a)–(c) of Directive 2007/66.

<sup>949</sup> Article 2d(2) of Directive 2007/66.

<sup>950</sup> Chosen, for instance, by France – *Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique*, article 16. Available at:

<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020591766&categorieLien=id> (11.02.2010). Depending on the circumstances, however, the French law allows, instead of voidness, a reduction of the term of the concerned contract, penalty or termination of contract. – *id*, art. 17–18.

<sup>951</sup> For instance, *ex-nunc* ineffectiveness has been chosen by the UK – P. Henty. *United Kingdom: public procurement Remedies Directive – an update on the implementation process*. *Public Procurement Law Review* 1, 2010, p. NA 21. Ireland uses both options – McGovern 2009, p. NA 236.

<sup>952</sup> Directive 2007/66, recitals, p. 13.

<sup>953</sup> Clifton 2009, p. 169.

<sup>954</sup> Article 3(1) of Directive 2007/66.

ineffectiveness, i.e. voidness of the procurement contract from the beginning. The procurement complaints' board will have the competency to decide over voidness of contracts. In addition to the option of declaring a contract void, the complaints' board of procurement will also have the power to instead shorten the term of a challenged procurement contract. Such an option is available in case the circumstances for voidness are present but voidness of the contract could bring harm to a major public interest.<sup>955</sup> The amendment to the Estonian PPA<sup>956</sup> transposing the purposes of the new remedies' directive entered into force on July 1, 2010.

## **4.2. Consequences of breach if conditions for applying the new Remedies Directive 2007/66/EC are not present**

### **4.2.1. General rule: validity of contract despite the breach**

When the circumstance listed in the new remedies' directive are not present, the rule of no voidness is practiced in Estonia: the Public Procurement Act provides expressly that unless provided otherwise, no breach of procurement law will influence the validity of procurement contracts entered into.<sup>957</sup> In addition to the case of voidness for the purpose of enforcing the new remedies' directive, there are only a few exceptions to that rule.<sup>958</sup>

A similar understanding has prevailed in national laws of many Member States: once awarded, a procurement contract is generally vested with a binding nature irrespective of any breach preceding or occurring at the award of the contract.<sup>959</sup> Mostly, the rule of no voidness is (was) justified by the principle of *pacta sunt servanda*<sup>960</sup> and the need to uphold lawful expectations of the other party to the contract.<sup>961</sup> In case of lesser breaches and contracts of smaller financial amounts, the interests of legal certainty and economic stability often out-

---

<sup>955</sup> Draft 665 III SE of the law amending the public procurement act, § 23 concerning art 126 lg 1<sup>2</sup> p 2 and lg 1<sup>3</sup> of the PPA. The draft and the accompanying explanatory letter are available at:

[http://www.riigikogu.ee/?page=en\\_etapid&op=ems&eid=896065&u=20100324195120](http://www.riigikogu.ee/?page=en_etapid&op=ems&eid=896065&u=20100324195120) (29.04.2010).

<sup>956</sup> Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus, 21.04.2010 – RTI, 17.05.2010, 20, 102, 01.07.2010.

<sup>957</sup> PPA § 4 lg 2.

<sup>958</sup> About exceptional voidness see Chapter 4.2.2.

<sup>959</sup> Pachnou 2003, p 79. However, different rules are recognized as well, e.g. to some extent in France, Italy, Netherlands, Norway and Spain – C. Bovis. EC Public Procurement: Case Law and Regulation, Oxford 2006, pp. 388–389; Treumer 2007, p. 372. The situation has or, in case of Estonia, will change after the transposition of the new Remedies Directive by the national laws.

<sup>960</sup> LOA § 8 lg 2.

<sup>961</sup> Arguments of Member States in the case of Commission v Germany, para 31.

weigh the need to offer effective protection to third parties (competing bidders) and the 'old' rule of no voidness can generally be regarded as justified. However, this may not necessarily always be true in every case when the new Remedies Directive is not applicable. Therefore, it is by no means clear whether and under what circumstances the continuous application of the 'old' rule of no impact on contract validity is still justified when the new Remedies Directive does not apply. Another related problem is that when an unlawfully awarded contract continues to be in force, the only remedy available for competing bidders is a claim of damages, which is by no means an effective remedy in procurement cases.<sup>962</sup> Without the option of voidness (or cancellation or termination), the competing bidders' interests are, therefore, often left with no essential legal protection and the purpose of effective application of procurement law is overlooked.

An administrative matter of the Supreme Court of Estonia<sup>963</sup> gives a good example of applying the no voidness rule. In the concerned case, the Court declined to declare a procurement contract void even though it significant breaches of procurement procedure were established. The object of the contract was the provision of public bus transportation service within Tartumaa region of Estonia during a 10-year period. The Court referred to the inherent public interest, legal certainty and protection of lawful expectations of the service provider as reasons for excluding the possibility to cancel the contract. *Per se*, the general public interest is a lawful argument to be considered. However, the fact that the contract had been entered into and, as a result, continued to be in force for 10 years raises doubts as to the judgement's fairness and compatibility with the purpose of the procurement regulation - which includes i.a. advancing competition. The author is rather of the opinion that an inherent public interest for contracted services or goods should not necessarily lead to a an unlawfully awarded contract continuing to be in force for the whole term of 10 years.

The Court also reasoned that voidness of the concerned contract could not be established under article 87 of the GPCCA because under the said article, voidness follows from violations of statutory prohibitions only in case the **purpose** of the concerned prohibition can be shown to include voidness. In the

---

<sup>962</sup> On the general problem of lack of effectiveness of claims for damages, see: Bovis 2007, pp 382–396; K. Kruger. Action for damages due to bad procurement: on the intersection between EU/EEA law and national law, with special reference to the Norwegian experience. PPLR 2006, 4, p. 214; Marschner. Contract... 2009, p. 6; Pachnou 2003, pp. 77, 83, 99, 122–124, 180, 256; Public procurement review and remedies systems in the European Union. GOV/SIGMA(2007)5, 2007, available at: [http://www.oalis.oecd.org/oalis/2007doc.nsf/43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004c/dfd3e6fbc84b4ea0c12572b50051d5c9/\\$FILE/JT03225206.PDF\(26.03.2010\)](http://www.oalis.oecd.org/oalis/2007doc.nsf/43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004c/dfd3e6fbc84b4ea0c12572b50051d5c9/$FILE/JT03225206.PDF(26.03.2010)), p 24; Treumer 2007, p 377. Several features related to a possible claim of damages in such circumstances are unclear under the present law. However, damages as a remedy in procurement is a subject for a separate research and is not studied in this thesis.

<sup>963</sup> Judgement of the Administrative Chamber of the Supreme Court in case No 3-3-1-100-06, p 1, 2, 5, 13, 14, 20.

concerned case, the plaintiff had in the court's view failed to refer to any of such circumstances being present.<sup>964</sup> In the author's view, the Supreme Court has thus not excluded the possibility that a procurement contract could be declared void in case the purpose of the law can be shown to include such a result. I.e. even though the Public Procurement Act expressly excludes voidness in the case of breach of the act, such a result might be based on art 87 of the GPCCA if justified in light of the purpose of effective application of the EU procurement law.

With a view to the above, justification for strict enforcement of the conception of no voidness is questionable in the author's opinion. Instead, the purposes of the EC procurement law might benefit from a more flexible approach towards validity of contracts. In order to allow a more flexible approach, the prohibition of voidness as provided in § 4 section 2 of the PPA should be abolished and instead, validity of procurement contracts determined on basis of the general clauses of civil law. According to § 87 of the GPCCA, a procurement contract would then be considered void, if the violation concerns rules that either expressly or implicitly justify voidness as a result. Relevant aspects to take into consideration should include, *inter alia*, the length and volume of the concerned procurement contract, the degree of completeness of the object of the contract well as the seriousness of the breach and the inherent general public interest.<sup>965</sup>

As an alternative option, the author submits that the current prohibition of voidness could remain effective as a rule but be amended with an option of early termination. Under the law transposing the new remedies' directive, the complaints' board will have the competency to shorten contract terms that are subject to the directive. In the author's opinion, the similar option would be efficient in case of 'lesser' breaches and contracts outside the sphere of the new directive.

Such an option of early termination would mostly be justified in case of long-term contracts<sup>966</sup> where the continued provision of services is vital but continued validity of the contract for the whole term would be unacceptable with a view to the general principles of procurement. In the above-referred case of procurement contracting for bus transportation, the solution of early termination would be in consistency both with the public interest (providing bus transportation services) as well as general principles of procurement (e.g. the pursuit of competition). Also as a whole, the system of procurement remedies<sup>967</sup> might rather benefit from a flexible approach towards the possible voidness and/or early termination of a procurement contract.

---

<sup>964</sup> *Id*, p 5, 21.

<sup>965</sup> Treumer 2007, pp 379–381.

<sup>966</sup> *Id*, p 381.

<sup>967</sup> Pachnou, 2003, pp 77, 121, 124.

#### 4.2.2. Exceptional voidness of a procurement contract if conditions for the application of the new Remedies Directive 2007/66/EC are not present

For the time being, the Estonian law expressly recognizes the following exceptional circumstances that make a procurement contract loose validity (if circumstances of the new remedies' directive are not present): (i) the contract was entered into in a corrupt relationship or (2) during the so-called 14-days standstill period or (3) the contract was awarded as a result of a procurement procedure that had already been declared void.

Transactions are void if concluded in violation of certain prohibitions regarding corruption in public services.<sup>968</sup> For instance, a contract is void if the public servant representing a government office awarded the contract to a commercial enterprise where he (she) had a controlling interest, or awarded the contract to a close relative.<sup>969</sup> In case a contract has been entered into in violation of anti-corruption restrictions, the actual presence of corruption is not relevant for the purpose of acknowledging voidness of the contract.<sup>970</sup>

In addition, a procurement contract is void if entered into during the 14-days standstill period<sup>971</sup> or at any time after the procurement procedure has been rendered invalid,<sup>972</sup> or if concluding the contract violates a ruling by the procurement dispute resolution commission.<sup>973</sup> The aim of the standstill period is to avoid the so-called sprint to the signature with the hope that a signed contract excludes the possibility of changes to the results of the award procedure. In order to maintain the option of challenging the award for at least a short time period, no conclusion of contract takes place during the standstill period<sup>974</sup> even if the exchange of an offer and an acceptance is properly conducted.<sup>975</sup>

The said exceptions are in harmony with the purpose of efficient application of the procurement law and apply to cases where the breach has most pre-

---

<sup>968</sup> *Avaliku teenistuse seadus* (Public Service Act), passed by the *Riigikogu* on 25.01.1995, entered into force on 01.01.1996; latest amendments of 21.05.2009, entered into force on 01.04.2010; published in RT I 1995, 16, 228; RT I 1999, 7, 112; § 76 lg 1, 2; *Korruptsioonivastane seadus* (Anti-corruption Act), passed by the *Riigikogu* on 27.01.1999, entered into force on 28.02.1999, latest version of 26.11.2009 entered into force on 01.01.2010; published in RT I 1999, 16, 276; § 24 lg 1 and lg 4.

<sup>969</sup> Public Service Act, § 76 lg 1 p 5, 6.

<sup>970</sup> Judgement of the Civil Chamber of the Supreme Court in civil case No 3-2-1-101-00.

<sup>971</sup> RHS § 69 lg 1.

<sup>972</sup> RHS § 108 lg 6.

<sup>973</sup> RHS § 127 lg 5.

<sup>974</sup> *Embassy Limousines & Services v European Parliament*, T-203/96, [1998] ECR II-04239 paras 6, 39.

<sup>975</sup> LOA § 9 lg 1.

sumably been conducted knowingly, probably with intent to violate the law. In such cases, conclusion of binding contracts could not be acceptable.<sup>976</sup>

### 4.3. Consequences of voidness of a procurement contract

If a procurement contract is void on any of the grounds mentioned in Chapters 4.1–4.2 of the thesis, the issue of rights of the other party to the void procurement contract may arise. J. Arnould has already described the possibility and reality of such claims in *Damages for performing an illegal contract: the other side of the mirror – comments on the three recent judgements of the French Council of State*.<sup>977</sup> As Arnould points out, the issue has not been dealt with by the literature on EC public procurement even though the EC law *should not be indifferent to the solutions of the national systems*.<sup>978</sup> Especially after becoming an unavoidable, compulsory remedy to follow certain breaches, a discussion on consequences of ineffectiveness might benefit the compliant application of the EC law.

In describing the importance of the shift that the Case of Commission v Germany brought to the efficient enforcement of the EC public procurement rules, Treumer has noted that it is likely *to lead to increased compliance with the rules*.<sup>979</sup> On the other hand, when a contractor knew of an infringement but would nevertheless be entitled to a generous reimbursement for damages, the consequences of invalidity soften considerably and provide no incentive for the preferred bidder to ask for information about the legality of the awarding procedure, nor to inform the contracting authority about possible infringements.<sup>980</sup> Feeling overly secure in the right to positive damages, even in situations where the contract proves to be ineffective due to the **most serious** breaches of procurement procedure as referred to in the new Remedies Directive, the contractors certainly lack any stimulus for favouring diligent behaviour patterns in procurement proceedings. In such a case, the expected increase in the effectiveness of remedies might suffer a drawback. In addition, a significant burden may be added on the taxpayer.

Under Estonian law, a possible claim of damages by the other party to the void procurement contract may be justified under the *culpa in contrahendo*

---

<sup>976</sup> The possible exceptions being cases where a contract has been entered into under circumstances that cause voidness but these circumstances cease to exist, in which case the legality of the contract can be resumed later by declaration of the parties (including a tacit or indirect declaration) to that effect. – GPCCA § 84 lg 3, § 68 lg 3, 4.

<sup>977</sup> J. Arnould. *Damages for performing an illegal contract: the other side of the mirror – comments on the three recent judgements of the French Council of State*. Public Procurement Law Review 6, 2008, p NA 274–281.

<sup>978</sup> Arnould 2008, p 275.

<sup>979</sup> Treumer 2007, p 385.

<sup>980</sup> Arnould 2008, p NA 278.

principle: LOA § 15 lg 2 entitles the contractor to damages caused by its trust in the contract's validity if the contracting authority knew or had to know of the circumstances that caused nullity of the contract. The majority of private law systems acknowledge payment of damages under a similar principle. However, there are differences in the extent and basis of calculating the amount of damages.<sup>981</sup> In Estonia, such damages are generally regarded to include so-called negative damages or restitution for lost reliance; for example, costs made in trust that the contract is valid. Loss of profit is normally excluded<sup>982</sup> but may be granted in exceptional cases.<sup>983</sup> LOA § 15 lg 3 further restricts the right to damages by excluding any compensation in case the plaintiff was aware or should have been aware of the circumstances rendering the contract void. Under Section 4 of the same article, *if a person was unaware of circumstances with legal effect due to gross negligence, it is deemed that the person should have been aware of the circumstances*. The cited clauses derive from the general principle of good faith; knowingly entering into invalid contract and demanding damages based on such action would not be compatible with good faith behaviour. The same applies to cases when a contractor has ignored certain circumstances through gross negligence, i.e. has failed to exercise necessary care to a material extent.<sup>984</sup> The following occasions have been named to constitute gross negligence in the meaning of LOA § 15 lg 4: a failure to follow legal requirements applying to a particular contract, a failure of a contractor to follow changes to the existing laws even when that should have been customary in the trade.<sup>985</sup>

Therefore, in order to claim damages under the *culpa in contrahendo* principle, a decisive issue may be whether the contractor knew or should have known of the breach mentioned in Article 2d(1) of the Remedies Directive when entering into the procurement contract. This is despite the fact that the contractor is not subject to such procurement rules. If the contractor's own gross negligence caused the failure to know, the compensation under the *culpa in contrahendo* principle will be excluded.

In all probability, under national jurisdictions that will implement prospective termination, contractors will be able to claim expectation interest due from ineffective contracts more successfully than in cases of retroactive ineffectiveness as prospective termination by definition means recognition that a valid contract has existed and profit expectations clearly arise from such. However, even then, the contractor's duty to mitigate,<sup>986</sup> the rule prohibiting the abuse of rights or the rules about fault under the contract laws of national jurisdictions may justify reducing or disallowing the contractor's rights to damages.<sup>987</sup> Appli-

---

<sup>981</sup> DCFR, II-6:204, Notes.

<sup>982</sup> Supreme Court decision in civil case No. 3-2-1-89-06, p 17.

<sup>983</sup> Varul *et al* 2006, p 66.

<sup>984</sup> LOA § 104 lg 4.

<sup>985</sup> Varul *et al* 2006, p 66.

<sup>986</sup> LOA § 139.

<sup>987</sup> DCFR III.-3:704 and III.-3:705, Notes.

cation of such rules depends on whether the contractor has behaved reasonably, prudently and diligently in avoiding the avoidable loss.<sup>988</sup> In exceptional cases, the duty to mitigate has even been held to include the obligation to give up contractual rights or to terminate contracts.<sup>989</sup>

In conclusion, both retroactive and prospective ineffectiveness of procurement contracts may result in claims of damages under national laws, including claims for loss of profit and against contracting authorities. Reduction or evasion of claims of lost profit often depend on whether the contractor was aware of the breach that caused the ineffectiveness (i.e. violation described in Article 2d (1) of the new Remedies Directive) and/or if negligence in failing to avoid excessive damages can be attributable to the contractor. The author further submits that the knowledge of such a breach can be presumed from the contractor as a diligent businessman.

Some of the concerned violations, particularly the breaches mentioned in Article 2d (1) (b), are of relatively straightforward nature. Application of Article 2d (1) (a) is more complicated as the rules of publication of notice have a variety of exceptions where direct awards are applicable. However, any contracting authority with a borderline direct award case can freely follow the rules in good faith in order to avoid doubts as to the lawfulness of the procedure.<sup>990</sup> All these violations are substantial, serious, and as such subjected to new remedies with the aim of achieving more efficient compliance than under the earlier regulation.

The contracts concerned, however, are of significant financial value and as such would require correspondingly diligent contracting partners, even if they were not awarded in procurement but as ordinary commercial contracts. Therefore, it is not overly excessive to presume that before entering into a contract of such magnitude, any reasonably diligent business partner would make itself aware of regulations applying to the contract.

The assumption that a diligent businessman is expected to learn about regulations relevant to the contract about to be entered into finds support by a number of somewhat similar cases, namely the decisions of the European Court concerning claims by recipients of illegally received state aid. Based on Art 87 (1) of EC Treaty, any state aid is illegal unless allowed by the Commission. Since the 1990s, the Commission has claimed back illegally granted state aid based on Council Regulation (EC) No 659/1999<sup>991</sup>, such claims themselves are

---

<sup>988</sup> See: Stephan Reifegerste et Guillaume Weiszberg. *Obligation De Minimiser Le Dommage Et <<Raisonnable>> En Droit Du Commerce International*, 2004 Intl Bus. L.J. 181 (2004), pp 181–195.

<sup>989</sup> Varul *et al* 2006, p 488.

<sup>990</sup> C. Donnelly. Remedies in public procurement law in Ireland. *Public Procurement Law Review* 1, 2009, p 37.

<sup>991</sup> Council Regulation (EC) No 659/1999 of 22 March 1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the EC Treaty, OJ L 83, 27.3.1999, pp 1–9.

proceeded under national laws.<sup>992</sup> Recipients of illegal state aid – *innocent third parties* in this context – have repeatedly tried to rely on arguments of legal certainty and legitimate expectations in order to avoid returning the illegally received aid; however, the European Court has mostly rejected such claims.

The standard is strict: in the Court's opinion, an undertaking, which was granted aid, cannot entertain a legitimate expectation that the aid is lawful unless it has been notified as foreseen in the due procedure; a diligent businessperson is normally able to determine whether the required procedure has been followed.<sup>993</sup> In the case of *Brandt*,<sup>994</sup> the Court considered it *impossible* in the circumstances *that a diligent business operator ... could fail to be aware of the unlawful nature of the measure at issue. ... A diligent business operator must normally be in a position to confirm that that procedure has been followed, even if the State in question was responsible for the unlawfulness of the decision to grant aid to such a degree that its revocation appears to be a breach of the principle of good faith (Alcan Deutschland, paragraph 41, and Case T-109/01, Fleuren Compost v Commission [2004] ECR II-127, paragraph 135)*. To justify the decision of the national court not to order the recovery of illegal state aid, the recipient's legitimate expectation must have been generated by a specific and concrete fact.<sup>995</sup>

The above is not an attempt to argue that cases of returning illegal state aid could be taken as a direct basis for deciding cases of damages from illegal procurement contracts, even though certain overlap of state aid and procurement cases has been found to be possible (for instance, an aid element in public contracts awarded in breach of EC procurement rules that as a result are not entered into at the market price).<sup>996</sup> Then again, certain analogy can be found: as with procurement, state aid decisions are the sole responsibility of the State but, even so, the recipient is subjected to some responsibility by way of the requirement of diligence and is (in most cases) left without legitimate expectations of the aid's lawfulness. Similarly, should the contractor bring a claim of damages against the contracting authority under an ineffective procurement contract, the contractor can be subjected to some of the responsibility through the legal standard of diligent behaviour, even though the contracting authority is responsible for procurement decisions.

It is certainly difficult to determine a generalised level of diligent, reasonable awareness. On the one end of the scale, some knowledge of fundamental prin-

---

<sup>992</sup> Commission notice on the enforcement of State aid law by national courts, OJ 2009 C85/1, 09/04/2009, p 1–22, p 2.

<sup>993</sup> *Alcan Deutschland*, C-24/95, [1997] ECR I-01591, para 25.

<sup>994</sup> *Italian Republic (T-239/04) and Brandt Italia SpA (T-323/04) v Commission of the European Communities (Brandt)*, joined cases T-239/04 and T-323/04, [2007] ECR II-03265.

<sup>995</sup> Cf. Opinion of the Advocate General Jacobs in Case C-39/94, *SFEI and Others*, [1996] ECR I-03547, para 73; *RSV v Commission*, 223/85, [1987] ECR I-04617, para 17.

<sup>996</sup> J. Hillger. The award of a public contract as state aid within the meaning of article 87 (1) EC. *Public Procurement Law Review* 3, 2003, pp 120–121.

principles and general rules of procurement is clearly justified. For instance, illegal direct contracting could be referred to as an *obvious infringement*.<sup>997</sup> A diligent contractor should generally be at least roughly aware of rules applicable in procurement. Such an assumption is (at least indirectly) supported by the fact the overall establishment of procurement is based on a supplier review system. As described by Zhang in an article published in 2007, one of the values of supplier review systems consists in the efficiency that it provides for deterring breaches of rules and achieving enforcement, as a result of which an overall high knowledge of contractors participating in procurement can be presumed.<sup>998</sup>

Furthermore, it is probably also reasonable to assume the presence of gross negligence when a business operator is offered an illegal direct contract and fails to do **anything** to confirm the legality of such award, e.g. to inquire from a lawyer or from the same contracting authority about applicable laws and/or specifically legality of the award. Should the contract later be declared ineffective, the contractor's unreasonably gross negligence is probably a fair basis for excluding or reducing such contractor's claim for positive damages (depending on the grounds of the claim).

In his article about procurement contract termination,<sup>999</sup> prof Treumer proposes several criteria for assessing whether a contracting authority has an obligation to terminate the contract when there has been a breach of procurement procedure. Among the circumstances listed as relevant are the knowledge and/or state of mind of the contracting party: *if ... the contract party has been fully aware that the ... rules have been disregarded, this will presumably reduce the consideration given to the interest of the contract party maintaining the contract. It might even lead to the exclusion of consideration to this interest ... in cases where they have been fully aware of violation ... combined with very active participation in the violation.*<sup>1000</sup> Similar factors must clearly have an impact when establishing the extent or existence of the contracting party's financial rights once the contract has turned ineffective. The standard of a diligent businessman should provide for such assessment: full awareness of and/or active participation in a serious violation is clearly out of the question for a diligent businessman as is the ignorance or disregard of procurement rules. Knowledge of minor breaches or legal intricacies, however, is not required of a diligent businessman.

The contractor who has been set aside through contract ineffectiveness has sometimes been referred to as an innocent third party: *innocent third parties would be penalised for a breach committed by another.*<sup>1001</sup> As shown above,

---

<sup>997</sup> Arnould 2008, p 280.

<sup>998</sup> X. Zhang. Supplier review as a mechanism for securing compliance with government public procurement rules: a critical perspective. *Public Procurement Law Review* 5, 2007, pp 327, 329, 351.

<sup>999</sup> Treumer 2007, pp 379–382.

<sup>1000</sup> *Id*, p 381.

<sup>1001</sup> M. Niestedt. Penalties despite compliance? A note on case C-503/04, *Commission v Germany*. *Public Procurement Law Review* 6, 2005, p NA 169; R. Williams,

one can only partly agree with that position. In cases concerning ineffectiveness due to breaches mentioned in Article 2d(1), such third parties may or may not be *innocent*, depending on whether they acted as diligent businessmen when entering into the concerned procurement contracts. A clear example of *innocence* would be if the contractor, in order to ascertain itself of the contract's correctness, has made a respective inquiry to the very contracting authority and received a satisfying (alas misleading) answer as to the validity of the contract. In such a case, there truly is an innocent third party who probably should be entitled to damages. Such situations could grant the contractor an even wider variety of remedies. For instance, when the Member State has chosen *prospective* ineffectiveness in way of the obligation to terminate the contract, a question may even arise whether the contractor could be able to avoid (or as the jurisdiction may require, claim that the court invalidated<sup>1002</sup>) the contract based on either fraud or mistake caused by the contracting authority and claim the related damages. Under general contract law, it is widely recognised that damages are available where the ground for the avoidance of the contract was the result of the fault of one of the parties.<sup>1003</sup>

Generally, however, one may **presume** that any diligent contractor has to be aware of at least the most important rules of awarding the procurement contract that it intends to enter into, and/or to make some minimum efforts to ascertain that the contract is being awarded in harmony with such rules. I.a., a contractor should be able to recognise a breach of Article 2d (1) of the new Remedies Directive. As this is only a presumption, however, it is possible for the contractor to prove otherwise. The same conclusions are applicable in case a contract is voidness on other (exceptional) grounds. For instance, a diligent contractor should presumably be well aware of the contract being awarded in a possibly corrupt relationship.

In conclusion, the author submits that the other party to a void procurement contract may have a claim of damages against the procurement authority (entity). However, the success and extent of such claim should depend on the level of participation in the breach by the claimant. Irrespective of the specific legal grounds applicable under national law, the right to positive damages (loss of profit) should depend on the knowledge of or participation by the set-aside contractor in the breach that caused the ineffectiveness. In assessing whether such knowledge or participation existed, the standard of a *diligent businessman* can be applied, similarly to applying the standard by the ECJ to the recipients of illegal state aid. In the case of damages due to voidness of procurement contract, this would mean proceeding from a presumption that a diligent businessman had to know of the law being violated in awarding the procurement contract.

---

“Remedying a breach of Community law: the judgement in final Cases C-20/01 and C-28/01, *Commission v Germany*”. *Public Procurement Law Review* 12, 2003, p NA 109.

<sup>1002</sup> see Notes to II. – 6:209, DCFR.

<sup>1003</sup> see Notes to II. – 6:214, DCFR.

## 5. Restrictions of the freedom to amend procurement contracts

### 5.1. The freedom to amend procurement contracts<sup>1004</sup>

The option to amend a valid contract forms a part of the freedom of contract. In case of procurement, unlimited freedom to amend contracts would contradict the general principles of procurement and could favour the pursuit of corrupt relationships. The purpose of restricting the freedom to amend contracts is to exclude the practice whereby tenderers are awarded low-priced contracts that are later subjected to amendments in order to achieve a realistic price level.<sup>1005</sup> On the other hand, the possibility to amend a contract is a vital part of the modern dynamic contract law and often essential in order to successfully perform the contract. The ability to flexibly change contract terms can even be regarded as a means to avoid unfairness in contractual relations.<sup>1006</sup> An unduly restrictive legal regime creates obstacles to dynamic performance of procurement contracts.<sup>1007</sup> Prof Trepte has submitted that even when fixed-price contracts could be preferred in order to protect the contracting authorities, the reality may well justify contracts with an included price fluctuation scheme.<sup>1008</sup> Occasions of amending procurement contracts affect not only the contractual parties but relate to a significant public interest as well.<sup>1009</sup> Therefore, depending on circumstances, interests of a contracting party may be subject to public interests.<sup>1010</sup>

With a view to the above rationale, many states have accepted specific rules and/or mechanisms of administering contract amendments that grant the contracting parties in procurement with special rights as well as obligations.<sup>1011</sup>

---

<sup>1004</sup> Parts 5.1 – 5.3 of this thesis are based on a published article: Simovart 2010.

<sup>1005</sup> K. E. Davis. *The Demand for Immutable Contracts: Another Look at the Law and Economics of Contract Modifications*. – *New York University Law Review* 2006 (81) 2, p 497; S. Shavell. *Contractual Holdup and Legal Intervention*. – *Journal of Legal Studies* 2007 (36), p 325.

<sup>1006</sup> Vincent-Jones 2006, p 356.

<sup>1007</sup> J. Beermann. *Administrative-Law-Like Obligations on Private(ized) Entities*. – *UCLA Law Review* 2001–2002 (49), p 1718.

<sup>1008</sup> Trepte 2004, pp 334–335.

<sup>1009</sup> S. Arrowsmith. *Judicial Review of Government Procurement: a Study of Contract as a Public Function*. York University (Canada) 1987.

<sup>1010</sup> P. Cane. *An Introduction to Administrative Law*. Third Edition. Oxford: Clarendon Press 1997, pp 266–267.

<sup>1011</sup> S. Arrowsmith. *Public procurement: an appraisal of the UNCITRAL model law as a global standard*. *International and comparative law quarterly*, Vol. 53, 2004, pp 44–45.

## 5.2. Exclusion of amendments that amount to a *de facto* new procurement

The rule formulated by the ECJ in the case of *Pressetext* maintains that any amendment to provisions of a procurement contract is unacceptable if it constitutes a *de facto* new procurement, i.e. when the amendment is materially different from the original contract and, therefore, demonstrates the intention of the parties to renegotiate the essential terms of that contract. Amendments are justified if they are of so little significance that if the contract with the added terms would have been published in the award proceedings, it would not have resulted in the participation of different tenderers or choosing a different winning bid.

In order to determine whether a particular amendment of a procurement contract is justified, Arrowsmith has proposed to focus on the following aspects:<sup>1012</sup> (i) if and which has been the change to the economical balance of the duties of contracting parties;<sup>1013</sup> (ii) the reasons of change: objective reasons outside of the sphere of influence of the parties may justify the amendment as opposed to any change that was made necessary by a party; a statutory claim makes the change justified rather than a mutual agreement; (iii) the extent to which the option, conditions and/or scheme of amendment were included in the initial contract; (v) usual practices of amending contracts in the concerned field of business: for example, construction contracts, as well as contracts for IT development normally justify amendments; (vi) the extent and significance of the change.

The principles of equal treatment and transparency require tying a contracting authority (entity) with the published conditions of the procurement until the end of performance of the contract<sup>1014</sup> and setting exact terms of a procurement contract.<sup>1015</sup> Therefore, if it will become necessary to change contract conditions after the award of the contract, procurement documents must include the option as well as details of making such a change in the future.<sup>1016</sup>

---

<sup>1012</sup> Arrowsmith 2008, pp 288–292.

<sup>1013</sup> In comparison, under Estonian law, the regulation applicable towards the transfer of state property explicitly proceeds from a similar rule: a contract can be changed, i.a., on condition that it will not become more harmful for the party of the state – the State Assets Act, § 49 lg 3 p 1.

<sup>1014</sup> *Commission v CAS Succhi di Frutta SpA*, C-496/99 P, [2004] ECR I-03801, para. 115.

<sup>1015</sup> *Commission v the Republic of France*, C-340/02, [2004] ECR I-09845, para. 34.

<sup>1016</sup> Similarly, an amendment to a contract of transfer of state assets is allowed if the amendment is not contrary to the requirements of public auction or selective tender. – State Assets Act § 49 lg 3 p 2.

### 5.3. Regulation of amendments to procurement contracts under current Estonian law (PPA)

Estonian law provides extremely restrictive clauses concerning amendments to procurement contracts that proceed from the need to restrict corruption but do not consider the PPA rules or the freedom of contract that is necessary for the provision of at least a minimal level of flexibility in contractual relations. The author is of the opinion that the restrictions that are currently in force under the Estonian PPA are as such not necessary under the EU procurement law. Such restrictions should be abolished.

Firstly, PPA § 69 lg 3 prohibits contracting authorities from accepting any amendments unless (i) the amendment is due to objective circumstances which could not be anticipated by the contracting authority during the award of the public contract and (ii) if left unchanged, the achievement of the purpose of the contract would be fully or in material part in danger. Secondly, PPA § 69 lg 4 additionally prohibits accepting an amendment if the purpose of the amendment *could* instead *be achieved* with the award of a new public contract. Obviously, instead of any amendment, it is possible to enter into a new contract. A literal translation of the rule is, therefore, obviously not acceptable. The author is of the opinion that the restriction as foreseen under PPA § 69 lg 4 should instead be interpreted to mean the rule of PPA: making an amendment is prohibited if the amendment is of such a significance that it constitutes a *de facto* new procurement. Regarding the rule under PPA § 69 lg 3, a possible and reasonable change to the law would be to consider the prescribed rule not as a prohibition but instead an example of presumably acceptable amendment.

In conclusion, the author suggests that the present law would benefit from changes with regard to the rules of amendment so that the outcome would be more in conformity with the rules applicable by the ECJ and that at the same time would allow performance of contracts according to usual practice in the concerned field. Amendments to procurement contracts should be regarded as lawful in the following cases: (i) the reasonable option and scheme for amendment have been published already in the award proceedings and (ii) the amendment does not constitute a *de facto* new procurement.

### 5.4. Amendments to procurement contracts under the *clausula rebus sic stantibus* doctrine<sup>1017</sup>

Under the general principle of good faith and *clausula rebus sic stantibus* doctrine (which in itself can be considered a special norm of good faith and set forth in LOA § 97), contracting parties have under certain circumstances the right to demand making amendments to an existing contract.<sup>1018</sup> The opportu-

---

<sup>1017</sup> Chapter 5.4 of the thesis is based on a published article [2008].

<sup>1018</sup> LOA § 97 lg 1.

nity to amend a contract under new circumstances represents both the idea of justice in contractual relations as well as a guarantee of stability.<sup>1019</sup> It is a compromise between the principles of *pacta sunt servanda* and the principles of fairness,<sup>1020</sup> a just balance between contractual freedom and restrictions to the same. Enforcement of the right to amendments under LOA § 97 gives the contracting parties a claim to restore the initial balance of their obligations after certain circumstances of drastic change have occurred.

However, as shown above, contracting authorities are strictly obliged under the current PPA not to agree to any amendments to a procurement contract unless all the requirements of PPA § 69 lg 3 have been met. As a result, a contractor might be entitled to demand amendments to procurement contract under the general contract law while the contracting authority might be entitled and obliged to refuse from such amendments under the PPA. However, as was also concluded above, such restrictions are not necessary at all under the EC procurement law. The author submits, therefore, that PPA § 69 lg 3 must not be interpreted in a way to exclude the application of *clausula rebus sic stantibus* doctrine. As the latter principle is an emancipated rule based on the general principle of good faith, it grants the parties with a right superior to the restrictions prescribed by the PPA § 69 lg 3.

However, should an amendment under LOA § 97 constitute a change so significant that it constitutes a *de facto* new procurement, the PPA restrictions are superior over the option to amend the procurement contract under the doctrine of *clausula rebus sic stantibus*.

## **5.5. Remedies in case of unlawful amendments to procurement contracts**

The preceding Chapters showed that significant restrictions apply towards the freedom to amend procurement contracts. Next, Chapter 5.5 will look at the matter of enforceability of such restrictions: if and how would interested third parties be able to use remedies to challenge validity of any amendments to procurement contracts?

Under the Estonian law, any breach of rules as established under the procurement act does not influence the validity of contractual amendments<sup>1021</sup> even though the contracting authority might be liable to pay administrative penalties for such breach.<sup>1022</sup> Such a lack of private law results is consistent with the general rule hitherto applicable, that of no voidness. However, as was discussed

---

<sup>1019</sup> A. Karampatzos. Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law. – European Review of Private Law 2005/2, p 106.

<sup>1020</sup> K. Zweigert, H. Kötz. Introduction to Comparative Law. Oxford: Clarendon Press 1998, p. 518; P. Varul et al 2006, lk 300.

<sup>1021</sup> PPA § 69 lg 5.

<sup>1022</sup> PPA § 111 lg 3 p 5.

in previous Chapters, the rule of no voidness should be reviewed firstly with the view to the new remedies' directive and secondly, in order to allow more flexible approach in cases not subjected to the directive.<sup>1023</sup> It is vital that the results of breach in awarding the contracts should be the same as rules applicable to validity of amendments to procurement contracts. The approach towards unlawful amendments should therefore follow the same approach as suggested in Chapter 4, be flexible and include the possibility of review by the board of complaints.<sup>1024</sup> The current text of the PPA would benefit from express changes or additions to that purpose.

However, the possibility of challenging unlawful contract amendments is not completely unknown according to the existing court cases either. For instance, the Supreme Court of Estonia has recognized the right of third parties to challenge validity of changes to a lease contract by local government.<sup>1025</sup> The same conclusion should be applicable to procurement contracts: any interested third party must have a right to challenge an allegedly unlawful amendment if there is a connection with the party's possible involvement in the procurement.<sup>1026</sup> That would be an exception to the general rule that only allows contracting parties to institute court proceedings in contractual matters.<sup>1027</sup>

The above-mentioned decisions support the conclusion that a contracting authority's decision to amend a procurement contract can be challenged in court in the course of an administrative matter and the result may be voidness of a civil law contract. However, the possibility to challenge an amendment made by a contracting entity in utilities' procurement is a more complicate matter. Therefore, the author supports the view that a statutory solution to that effect would benefit all interested parties, e.g. a new provision should be added to the procurement act to expressly establish the results of unlawful amendments and the competency of the dispute board to decide such matters. That in its turn also presumes establishing that procurement contract and amendments to contracts constitute information that must be publicly available.

---

<sup>1023</sup> See Chapters 4.1 and 4.2 hereof.

<sup>1024</sup> Treumer 2007, p 381; draft 665 III SE, § 23 concerning § § 126 lg 1<sup>2</sup> p 2 and lg 1<sup>3</sup> of the PPA, see Chapter 4.1 and 4.2.1 hereof

<sup>1025</sup> Judgement of the General Assembly of the Supreme Court in administrative matter no 3-3-1-15-01, p 16. However, an opposing view can be found in judgement by the Administrative Chambers of the Supreme Court in administrative matter no 3-3-1-59-05, p 20.

<sup>1026</sup> Presstext, para 35.

<sup>1027</sup> Judgements of the Civil Chambers of the Supreme Court in civil matters no nr. 3-2-1-161-04, p 16 and 3-2-1-59-07, p 8. Judgement of the Administrative Chambers of the Supreme Court in administrative matter No 3-3-1-59-05, p 18.

## CONCLUSIONS

The thesis had the purpose of establishing the presence of influence of EU procurement law and the hierarchy between different applicable legal regimes in private law relations of procurement. In particular, the study was caused by the recent rulings by the ECJ in the cases of *Pressetext* and *Commission v Germany*, as well as the impact of the new Remedies Directive 2007/66/EC.

In order to achieve the set purpose, the author studied the most characteristic features of private law relations in procurement, i.e. the impact of procurement law on different aspects of contractual freedom: the extremely limited pre-contractual freedom and the related compiling of procurement contract terms; the pursuit of secondary purposes through special contract terms in procurement; the consequences of a breach in the contract award stage upon the validity of contract and the case of contract amendments. The following conclusions apply to all procurement contracts that are defined as such under the Estonian law (interpreted in harmony with the EC procurement law), irrespective of any inherent cross-border interest in a particular contract:

(i) All procurement contracts are subject to the general principles of procurement even though the applicable private law is within the competency of the national legislator. In case of conflict between national private law and applicable EC procurement law, the latter is superior to the former. However, if a conflict occurs between national private law and national procurement regulation not based on EC principles, the author concludes that the conflict must be solved on a case-by-case basis and the result may well be the opposite.

(ii) Due to the extremely limited freedom of contract in the pre-contractual stage, most procurement contracts are subject to the regulation of unfair standard terms as established under Estonian law and as such, must be drafted on reasonable (not unfair) terms. In order to more clearly establish the contracting authority's duties and the result of failures to follow such duties, the author submits that amendments providing express obligation in this respect should be made to the existing procurement regulation. In addition, the study provides suggestions concerning drafting procurement contract terms. Agreements on confidentiality are void unless justified under the law.

(iii) Procurement contracting allows the pursuit of secondary purposes through special contract terms. However, the author suggests amendments to the Estonian PPA that as a minimum would define the meaning of a special condition. In addition, consideration could be given to providing certain obligations concerning secondary purposes.

(iv) Concerning the influence of breaches occurring in pre-contractual relations in procurement, the Estonian law has now transplanted the purpose of obligatory ineffectiveness of procurement contracts as required under the new remedies' directive 2007/66/EC. Ineffectiveness of such contracts is achieved through the option to declare a contract void.

It is the author's opinion that the option of voidness as a result of breach should also be applied more flexibly in case of contracts that are **not** subject to

the directive. For this purpose, amendments to the current law should allow either (1) application of general private law rules of voidness or alternatively, or (2) early termination of procurement contracts entered into through breach.

(v) The conflicting nature of different legal regimes applying in procurement is best illustrated by rules applicable to amending procurement contracts. Here, EC procurement law in the way of the ban on *de facto* new procurements is superior to the right to amend contracts under the general principles of freedom of contract and to the right to claim amendments under the *clausula rebus sic stantibus* doctrine (LOA § 97). On the other hand, national procurement regulation that is not justified by the EC procurement rules may not be superior to national private law – for example the prohibition of amendments as set under the PPA § 69 lg 3 should not be applied when the amendment is justified under LOA § 97.

As a result of the study, the author concluded that application of the general private law principle of freedom of contract is subject to significant restrictions under the rules established by the EU procurement law. The influence of the general principles of procurement does not halt at the moment of entering into procurement contract even in legal relations that are subject to private law: national legal treatment of procurement contracts needs to accommodate the EU procurement principles. In procurement contracting, application of private law is subject to the general principles of procurement.

# TRANSLATION OF TABLE OF CONTENTS OF THE THESIS

## Introduction

1. The basis of legal regulation of procurement contracts
  - 1.1. Features of procurement contracts.
    - 1.1.1. The party of contracting authority (entity)
    - 1.1.2. Pecuniary interests
    - 1.1.3. Written form
    - 1.1.4. The civil law subject matter
  - 1.2. Different sources of legal regulation applicable to procurement contracts
    - 1.2.1. General principles of procurement
    - 1.2.2. National private law
    - 1.2.3. Superiority of EC procurement law over national private law
  - 1.3. Intermediary summary (Chapter 1)
2. Restrictions of the freedom to compose procurement contract terms
  - 2.1. Exclusion of unreasonably harmful contract conditions
    - 2.1.1. Exclusion of unfair standard terms
      - 2.1.1.1. Private law regulation of standard terms
      - 2.1.1.2. Pre-contractual relations in procurement
      - 2.1.1.3. Consequences of and possible remedies against unfair standard terms in procurement
    - 2.1.2. Reasonableness of individually negotiated procurement contract terms
  - 2.2. Other restrictions concerning the contents of procurement contract terms
    - 2.2.1. Restrictions concerning the contract period
    - 2.2.2. Restrictions concerning parties involved at performing the contract
    - 2.2.3. The public *versus* confidential nature of procurement contracts
  - 2.3. Advantages of using pre-prepared procurement contracts
  - 2.4. Intermediary summary (Chapter 2)
3. Secondary purposes of procurement
  - 3.1. Secondary purposes of procurement as indirect tools of regulation
    - 3.1.1. Experience of using secondary purposes
    - 3.1.2. Secondary purposes *versus* fundamental principles of EC law
  - 3.2. Pursuit of secondary purposes through special contract conditions
    - 3.2.1. Advantages of using special contract conditions
    - 3.2.2. Drafting special contract conditions in harmony with the general principles of procurement
    - 3.2.3. Use of special contract conditions under Estonian law
      - 3.2.3.1. The possibility to use special contract conditions
      - 3.2.3.2. Consequences of breach of special contract conditions

- 3.3. Gender equality as an example of secondary purpose
  - 3.3.1. Gender equality as a constitutional right
  - 3.3.2. Gender equality as a secondary purpose of procurement
- 3.4. Intermediary summary (Chapter 3)
- 4. Private law consequences of breach in pre-contractual relations of procurement
  - 4.1. Contract ineffectiveness according to the new Remedies Directive 2007/66/EC
  - 4.2. Consequences of breach if conditions for applying the new Remedies Directive 2007/66/EC are not present
    - 4.2.1. The general rule: validity of the procurement contract despite the breach
    - 4.2.2. Exceptional voidness of a procurement contract when conditions for applying the new Remedies Directive 2007/66/EC are not present
      - 4.2.2.1. Voidness of corruptive contracts
      - 4.2.2.2. Other exceptional cases of voidness
  - 4.3. Consequences of voidness of a procurement contract
    - 4.3.1. Voidness as a part of effective remedies system in public procurement
    - 4.3.2. Restitution of performance of the void procurement contract
    - 4.3.3. Claim of damages by the other party of the void procurement contract against the contracting authority (entity)
    - 4.3.4. A diligent businessman entering into a procurement contract.
  - 4.4. Intermediary summary (Chapter 4)
- 5. Restrictions of the freedom to amend procurement contracts
  - 5.1. The freedom to amend procurement contracts
    - 5.1.1. The necessity to amend procurement contracts
    - 5.1.2. Examples of special regulations applicable to the amendment of procurement contracts
  - 5.2. Exclusion of amendments that amount to a *de facto* new procurement
    - 5.2.1. ECJ rule in *Pressetext*: prohibition of essential changes
    - 5.2.2. Changes to the term (period) of a procurement contract
    - 5.2.3. Changes concerning the person of the other contracting party
    - 5.2.4. Changes to the value of a procurement contract
  - 5.3. Regulation applicable towards amendments to procurement contracts under the Estonian law (PPA)
    - 5.3.1. Interpretation of PPA § 69 lg 4 in harmony with the *Pressetext* ruling
    - 5.3.2. Critical analyse of the restrictions of PPA § 69 lg 3
  - 5.4. Amendments to procurement contracts under the *clausula rebus sic stantibus* doctrine
    - 5.4.1. LOA § 97 as an emancipation of the principle of good faith
    - 5.4.2. Conditions for applying a claim under LOA § 97
    - 5.4.3. The content of the claim under LOA § 97

- 5.4.4. Application of the claim under LOA § 97 despite limitations under PPA § 69
  - 5.4.5. Superiority of PPA § 69 lg 4 over LOA § 97
  - 5.5. Remedies applicable in case of unlawful amendments to procurement contracts
  - 5.6. Intermediary summary (Chapter 5)
- Conclusions

## KASUTATUD MATERJALIDE LOETELU

### Kirjandusallikad:

1. Aedma, A. jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu 2004 [511 lk];
2. Aedma, A., Parrest, N., Haldusleping. Tallinn 2004 [49 lk];
3. Arnould, J. Damages for performing an illegal contract: the other side of the mirror – comments on the three recent judgements of the French Council of State; *Public Procurement Law Review* 6, 2008, pp. NA 274–281;
4. Arrowsmith, S. *Judicial Review of Government Procurement: a Study of Contract as a Public Function*. York University (Canada) 1987;
5. Arrowsmith, S. Public procurement: an appraisal of the UNCITRAL model law as a global standard. *International and Comparative Law Quarterly*, 53(1), 2004, 17–46;
6. Arrowsmith, S. The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code? *Public Contract Law Journal*, Vol. 35, Spring 2006, pp 337–384;
7. Arrowsmith, S., Maund, C. CSR in the utilities sector and the implications of EC procurement policy: a framework for debate. Kättesaadav: <http://www.nottingham.ac.uk/law/pprg/publications/index.php> (18.04.2010) [68]
8. Arrowsmith, S., *The law of public and utilities procurement*. London, Sweet & Maxwell 2005, 2<sup>nd</sup> edition 2008; [1547];
9. Arrowsmith, S., Kunzlik, P. *Social and environmental policies in EC procurement law. New directives and new directions*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2009 [509];
10. Auby, J.B., *Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere*. *Public Law*, Spring 2007 [40–57];
11. Aule, K. Riigisaladus – kas „salajane õigus”? *Informatsioonivabaduse loomulikust piirist*. *Juridica V/2002* [303–311];
12. Ax, T. The new contract and contract award legislation in Germany following the adoption of the ordinance on the award of public contracts (*Vergabeverordnung*). *Public Procurement Law Review* 4, 2007 [NA102–111];
13. Bar, C. von, Clive, E. Schulte-Nölke, H. (eds.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*. Interim Outline Edition. München: Sellier 2008 [395];
14. Beermann, J. Administrative-Law-Like Obligations on Private(ized) Entities. – *UCLA Law Review* 2001–2002 (49) [17];
15. Beh, H.G. Allocating the risk of the unforeseen, subsurface and latent conditions in construction contracts: is there room for the common law? *University of Kansas Law Review* 46, 1997–1998 [40];
16. Bolton, P. An Analysis of the Preferential Procurement Legislation in South Africa. – *Public Procurement Law Review* 2007 (1) pp 36–67;
17. Bolton, P. The Use of Government Procurement as an Instrument of Policy – *South African Law Journal* 2004 (121);
18. Bovis, C. *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, Oxford 2006 [721];
19. Bovis, C. *EU public procurement law*. Elgar European Law, 2007 [488];
20. Bovis, C. Financing services of general interest, public procurement and state aid: the delineation between market forces and protection. *Columbia Journal of European Law* 10, 2003–2004 [22];

21. Bovis, C. Public Procurement in the European Union: Lessons from the Past and Insights to the Future. *Columbia Journal of European Law*, Vol. 12, 2005–2006 [64];
22. Bovis, C. The new public procurement regime: a different perspective on the integration of public markets of the European Union. *European Public Law*, Vol. 12, Issue 1, 2006;
23. Brown, A. When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purpose of the EU procurement rules? Guidance at last in case C-454/06. *Public Procurement Law Review* 6, 2008 NA6–7;
24. Brown, L.N., Bell, J.S. *French Administrative Law*. Oxford: Clarendon Press 1998 [333];
25. Cane, P. *An Introduction to Administrative Law*. Third Edition. Oxford: Clarendon Press 1997 [401];
26. Cane, P. *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. London, Edinburgh, Dublin: Butterworths 1999 [435];
27. Caruso, D. Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives. – *Harvard International Law Journal* 2003 (44) 2 [56];
28. Clifton, M.-J. Ineffectiveness – the new deterrent: will the new Remedies Directive ensure greater compliance with the substantive procurement rules in the classical sectors? *Public Procurement Law Review* 4, 2009 pp. 165–183;
29. Craig, P. P. *Administrative Law*, 3rd ed. London Sweet & Maxwell 1994 [749];
30. Davis, K.E. The Demand for Immutable Contracts: Another Look at the Law and Economics of Contract Modifications. – *New York University Law Review* 2006 (81) 2 [49];
31. De Castro Meireles, M., *The World Bank Procurement Regulations: A Critical Analysis of the Enforcement Provisions and the Application of Secondary Policies in Financed Projects*. Kättesaadav: [http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documents/phdtheses/marta\\_meireles\\_master\\_final.pdf](http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documents/phdtheses/marta_meireles_master_final.pdf) (8.4.2010) [378];
32. DiMatteo, L.A. The Counterpoise of Contracts: The Reasonable Person Standard and the Subjectivity of Judgement. – *South Carolina Law Review* (winter 1997) (48) [61];
33. Donlevy, V. Silvera, R. Kasu ja tasakaal: soolise võrdõiguslikkuse edendamise retseptiraamat Eesti ettevõtete juhtidele. Sotsiaalministeerium 2008 [89];
34. Donnelly, C. Remedies in public procurement law in Ireland. *Public Procurement Law Review* 1, 2009 pp 18–41;
35. Eesti Vabariigi Põhiseadus: kommenteeritud väljaanne [toimetuskolleegium: Eerik-Juhan Truuväli jt.] Tallinn 2008 [885];
36. Fortsakis, T. Principles Governing Good Administration. *European Public Law* (11) 2005;
37. Freeland, M. Government by Contract – Functional Issues. – P. Craig, R. Rawling. *Law and Administration in Europe*. Oxford University Press, 2003 [304];
38. Fucci, F.R. Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts. *Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance*, kättesaadav: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html#6> (13.09.2009.);
39. Gabayet, N. Performance of Public Contracts: A Comparative Approach in French and English Law. Ettekanne konverentsil “Public Procurement Research Students Conference”, 07.09.2009, Nottingham University School of Law, Public

- Procurement Research Group (<http://www.nottingham.ac.uk/law/pprg/events/events-conferences/phd-conference.php>), avaldamata materjal autori valduses;
40. George, K. D., Gerber, J.K., Montez, C.D. Legislative Update: The Kansas Fairness in Private Construction Contract Act and Other Legislation Regulating “Unfair” Provisions in Construction Contracts. – *The Construction Lawyer* 2006 (26) 33 [21];
  41. Ginter, C. Tüüptingimustest VÕS ja direktiivis 93/13/EMÜ. *Juridica* 2001/7 lk 501–513;
  42. Gordley, J. *Foundations of private law*. Oxford University Press, 2006 [481];
  43. Hanley, C. Avoiding the issue: the commission and human rights conditionality in public procurement. *European Law Review* 27 (6), 2002 [714–735];
  44. Hartkamp, A. S. Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands, kättesaadav: [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=123700](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=123700) (21.02.2010) pp 551–571;
  45. Henty, P. United Kingdom: public procurement Remedies Directive – an update on the implementation process. *Public Procurement Law Review* 1, 2010 pp NA17–21;
  46. Henty, P. Chandler in the Court of Appeal: public procurement issues – R. (on the application of Chandler) v Secretary of State for Children, Schools and Families. *Public Procurement Law Review*, 2010, 2, NA64–67;
  47. Hesselink, M. A European legal method? On European private law and scientific method. *European Law Journal*. Vol 15 No 1, January 2009;
  48. Hesselink, M. Common Frame of Reference & Social Justice. – *European Review of Contract Law* 2008/3;
  49. Hesselink, M.W. The Structure of the New European Private Law, kättesaadav: <http://www.ejcl.org/64/art64-2.pdf> [17];
  50. Heuinckx, B. Applicable Law to the Procurement of International Organisations in Europe, 2009, kättesaadav: [http://www.nottingham.ac.uk/law2/pprg/events/events-conferences/ baudouin\\_heuinckx.pdf](http://www.nottingham.ac.uk/law2/pprg/events/events-conferences/ baudouin_heuinckx.pdf) [21];
  51. Hillger, J. The award of a public contract as state aid within the meaning of article 87 (1) EC. *Public Procurement Law Review* 3, 2003 pp 109–130;
  52. Hirvoja, M. Haldusleping. Mõiste, kasutusala ning mõned olulised õiguslikud jooned. *Juridica VII/1999*, lk 323–334;
  53. Hjelmberg, S.E., Jakobsen, P.S. & Poulsen, S.T. *Public Procurement Law – the EU directive on public contracts*. Djof Publishing, 2006;
  54. Huver, P.M. The Europeanization of Public Procurement in Germany. – *European Public Procurement Law* (7) 1, 2001;
  55. Ikkonen, K. Avalik huvi kui määratlemata õigusmõiste. *Juridica III/2005*, lk 187–199;
  56. Kanger, L. Kahju hüvitamise nõue riigivastutuse seaduse alusel. Kohtupraktika analüüs, Tartu 2008, kättesaadav (17.12.2009): [http://www.riigikohus.ee/vfs/775/Analysys%20Riigivastutus%28L\\_Kanger%29.pdf](http://www.riigikohus.ee/vfs/775/Analysys%20Riigivastutus%28L_Kanger%29.pdf) [40]
  57. Karampatzos, A. Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law. – *European Review of Private Law* 2005/2 pp. 105–148;
  58. Kolb, R. Principles as sources of international law (with special reference to good faith). – *Netherlands International Law Review* 2006/1;
  59. Kotonis, T. Co-operative arrangements between public authorities in the pursuit of a public interest task: Commission of the European Union v Federal Republic of Germany (C-480/06). *Public Procurement Law Review* 6, 2009 NA212–216;

60. Kruger, K. Action for damages due to bad procurement: on the intersection between EU/EEA law and national law, with special reference to the Norwegian experience. *Public Procurement Law Review* 4, 2006 pp 211–232;
61. Krüger, K. Nielsen, R. and N. Bruun, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, DJOF Publishing, 1998;
62. Kull, I. Hea usu põhimõtte kaasaegses lepinguõiguses. *Tartu Ülikooli kirjastus* 2002 [233];
63. Kull, I. Lepinguvabaduse põhimõtte Euroopa ühtlustavas tsiviilõiguses ja Eesti tsiviilõiguse reform. – *Riigikogu Toimetised* 2000/2;
64. Käerdi, M. Eksimus tsiviilõiguses: magistritöö; juhendaja: Irene Kull; Tartu Ülikool, Õigusteaduskond, Tsiviilõiguse õppetool. Tallinn 2002 [100];
65. Käerdi, M. jt. Ettevõtja õigus. Tegevuskava ettevõtlusealase õiguskeskkonna rahvusvahelise konkurentsivõime parandamiseks. *Juridica* 2006/4 lk 227–233;
66. Laffranque, J. Sõltumatu ja demokraatlik õigusriik Riigikohtu praktikas Eesti Euroopa Liidu liikmesuse kontekstis. *Juridica*, 2009, nr 8, lk 483–499;
67. Lando, O., Beale, H. (eds.). *Principles of European Contract Law; Parts I and II. The Hague: Kluwer Law International* 2000 [561];
68. Lind, M. Avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlusprojektid ja hankelepingute üleandmine. *Juridica* VI/2009, lk 358–367;
69. Lucy, W. *Philosophy of private law*. Oxford University Press, 2007 [444];
70. Lurger, B. *The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality*. – *European Review of Contract Law* 2005/4; Macaulay, M.L. and Ramsey, L.E., *Construction and Procurement Law*. Sweet & Maxwell, 2002;
71. Malõševa, M. Lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise sätte dispositiivsuse ulatus: magistritöö; juhendaja: Mari Ann Simovart; Tartu Ülikool, õigusteaduskond, õigusinstituut, eraõiguse instituut, 2009;
72. Markesinis, S.B., Unberath, H., Johnston, A. *The German Law of Contract*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006 [979 lk];
73. Marschner, E., *Contract and adaptation of Contracts in the European Public Procurement Law – A comparative study on the German and English Law of Public Procurement*, 2009, kättesaadav: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/conferencesandevents/pastevents/phd-conference.aspx> (08.04.2010) [13 lk];
74. Marschner, E. *Vertrag und Anpassung im Europäischen Vergaberecht*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac 2009 [556];
75. McCrudden, C. *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change*. Oxford: Oxford University Press 2007, [680];
76. McCrudden, C. *Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes*. *National Resources Forum* 28, 2004;
77. McGovern, P. *New Remedies Directive: a note on its proposed implementation in Ireland*. *Public Procurement Law Review* 6, 2009 NA234–236;
78. Meior, M. (ed.). *Inimõigused Eestis 2007 (Human Rights in Estonia 2007)*. Tallinn 2008;
79. Merusk, K. Avalike ülesannete eraõiguslikele isikutele üleandmise piirid. *Juridica*, 2000, nr 8, lk 499–507;
80. Merusk, K. *Discretion of Interests in Planning Procedure: Legal Protection and Abuse of Discretion*. – *Juridica International* 2006 No. 1, pp. 158–165;
81. Merusk, K., Olle, V. *On assignment of local government tasks to the private sector in Estonia*. *Juridica International* 2009 No.1, pp. 33–43;

82. Miller, M. R. Revisiting *Austin v. Loral*: a Study in Economic Duress, Contract Modification and Framing. – Hastings Business Journal 2006/2;
83. Mirzoeva, V. Seksuaalne ahistamine töösuhetes. – Juridica 2007/6 nr 6, lk 370–377;
84. Murdoch, J. Construction Contracts: Law and Management. Routledge 2000;
85. Murumets, V. Võrdne kohtlemine eraõiguslikes suhetes: magistritöö. Juhendaja: M. Ernits, LL.M. Tallinn 2007, Tartu Ülikool 2007 [71];
86. Mutluer, S. Improved strategies for concluding contracts within the framework of European public procurement procedures, 2009, kättesaadav: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/conferencesandevents/pastevents/phd-conference.aspx> (21.02.2010) [6];
87. Müller, N. Key Aspects of German Business Law. Part II. Springer Berlin Heidelberg, 2006 [334];
88. Nebbia, P. Unfair contract terms in European law. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007 [225];
89. Nielsen, R. Discrimination and equality in public procurement. Kättesaadav: <http://arbetsratt.juridicum.su.se/Filer/PDF/klaw46/discrimination.procurement.pdf> (27.12.2008);
90. Niestedt, M. Penalties despite compliance? A note on case C-503/04, Commission v Germany. Public Procurement Law Review 6, 2005 NA164–170;
91. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses: magistritöö; juhendaja: Aare Reenumägi; Tartu: Tartu Ülikool, 2006 [121 lk.];
92. Otting, O. Compulsory social standards for public works contracts as a restriction on the freedom to provide services: Dirk Ruffert v Land Niedersachsen (case 346/06). Public Procurement Law Review 5, 2008 NA193–196;
93. Pachnou, D. Enforcement of the EC Procurement Rules: The Standards Required of National Review Systems under EC Law in the Context of the Principles of Effectiveness. Public Procurement Law Review 2, 2000 pp 55–74;
94. Pachnou, D. The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules: a case study of the public works sector in the United Kingdom and Greece. Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, March 2003, kättesaadav: [http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared\\_procurement/theses/Despina\\_Pachnou\\_thesis.pdf](http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared_procurement/theses/Despina_Pachnou_thesis.pdf) (19.03.2010) [442];
95. Parrest, N. Hea halduse põhimõtte Euroopa Liidu põhiõiguste hartas. Juridica I/2006, lk 24–33;
96. Parrest, N. Tulemusrelevantsus haldusmenetluse menetlus- ja vormivigade õiguslike tagajärgede hindamisel. – Juridica 2005 nr 4, lk 240–249;
97. Perillo, J. Force Majeure and Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts. – Tulane Journal of International and Comparative Law 1997/5 [21];
98. Pikamäe, K. Kaalutusvigadest. – Juridica 2006 nr 2 lk 75–83;
99. Pilving, I. Haldusõiguse põhiprobleeme. Õppematerjal kohtunikele. Sihtasutus Eesti Õiguskeskus 2003 [36];
100. Pilving, I. Riigikohtu 2001. aasta praktika haldusmenetluse valdkonnas. – Juridica 2002, nr 2 lk 106–120;
101. Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) / prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group);

- edited by Christian von Bar ... [et al.], Munich: Sellier, European Law Publishers, c2009 [642];
102. Rahandusministeerium, E.Karindi-Kask, A.Võsu, V.Vaske ja T.Laigna. Riigihangete juhis. Tallinn 2007 [150];
  103. Raimundo, M.A. Direct awarding of contracts: the New Portuguese Public Contracts Code in light of the European Law, 2009, lk 7. Kättesaadav: <http://www.nottingham.ac.uk/law2/pprg/events/events-conferences/phd-conference.php> (26.12.2009);
  104. Reich, N. Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the Laval and Viking Cases before the ECJ. *Juridica International XII/2007* pp 100–115;
  105. Reich, N. European Contract Law: Ghost or Host for Integration. – *24 Wisconsin International Law Journal 2006–2007* [34];
  106. Reifegerste, S., Weiszberg, G. Obligation De Minimiser Le Dommage Et <<Raisonnable>> En Droit Du Commerce International, 2004 *International Business Law Journal* 2004, pp 181–197;
  107. Rutgers, J. W. The European Economic Constitution, Freedom of Contract and the DCFR. *European Review of Contract Law 2/2009*;
  108. Räägel, K. Keskkonnahoidlikud avalikud hanked. Magistritöö keskkonnatehnoloogias. Juhendaja professor T. Oja. Tartu 2006, [117 lk];
  109. Sander, A. Leppetrahv. *Juridica X/2003* [lk 684–693];
  110. Saul, T. Võistlev dialoog Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu Ülikool 2007 [92];
  111. Sein, K. Mis on vääramatuid jõud? – *Juridica nr 8, 2004* lk 511–519;
  112. Sein, K. Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Juhendaja: professor Paul Varul. Tartu Ülikooli kirjastus, 2007 [202];
  113. Shavell, S. Contractual Holdup and Legal Intervention. – *Journal of Legal Studies 2007* (36);
  114. Sica, L. C., Gap-filling in the CISG: may the UNIDROIT Principles supplement the gaps in the convention? – *Nordic Journal of Commercial Law 2006/1*;
  115. Simovart, M.A. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses, *Juridica*, 2010, nr. 4, lk. 248–257
  116. Simovart, M. A. Lepingu muutmise nõue riigihankelepingu kohustuste vahekorra muutumise korral. *Juridica*, 2008, nr 4, lk 219–229;
  117. Simovart, M. A. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. *Juridica*, 2009, nr 3, lk 148–158;
  118. Simovart, M. A. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. *Juridica*, 2008, nr 1, lk 29–38;
  119. Simovart, M. A. The new Remedies Directive: would a diligent businessman enter into ineffective procurement contracts? 2009, kättesaadav: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/conferencesandevents/pastevents/phd-conference.aspx>;
  120. Simovart, M. A. The Standard of Reasonableness in Estonian Law. – In: I. Kull (ed.). *Development of Estonian contract and company law in the context of the harmonized EU law I*. Tartu, 2007;
  121. Slawson, W. D. *Binding Promises: The Late 20th Century Reformation of Contract Law*. Princeton University Press 1996;
  122. Snijders, H. J. *Privacy of Contract*. – K. S. Ziegler, editor. *Human Rights and Private Law. Privacy as Autonomy*. Oxford and Portland, Oregon, 2007;

123. Steyn, J. Contract Law. Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men. – *Law Quarterly Review* 1997 (113), pp 433–442;
124. Summann, K. Winds of Change: European Influences on German Procurement Law. *Public Contract Law Journal* Vol. 35, No. 3, Spring 2006 [14];
125. Sundstrand, A. Public Procurement – Procurement Outside the EC-directives, 2009, kättesaadav: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documents/phdconf2009/andrea%20sundstrand.doc> [12];
126. Taube, K. Töötajate õiglaste palga- ja töötingimuste saavutamine riigihankelepin-  
gu sekundaarse eesmärgina. Bakalaureusetöö. Juhendaja M. A. Simovart. Tallinn  
2009 [64];
127. Tobler, C. Encore: ““Women’s Clauses” in Public Procurement under Community  
Law”. *European Law Review*, 25 (6), 2000;
128. Trepte, P., *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public  
Procurement Regulation*. Oxford University Press, 2004 [411];
129. Trepte, P., Transparency requirements – In: R. Nielsen & S. Treumer. *The New  
EU Public Procurement Directives*. Copenhagen: Djof Publishing 2005;
130. Treumer, S. Recent Trends in the Case Law from the European Court of Justice. –  
In: R. Nielsen & S. Treumer. *The New EU Public Procurement Directives*. Copen-  
hagen: Djof Publishing 2005;
131. Treumer, S. Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of  
the E.C. public procurement rules – the end of the status of concluded public  
contracts as sacred cows. *Public Procurement Law Review* 6, 2007 pp 371–386;
132. Trybus, M. Improving the Efficiency of Public Procurement Systems in the  
Context of the European Union Enlargement Process. *Public Contract Law  
Journal*, Vol. 35, No. 3, Spring 2006 [12];
133. Tvarnø, C.D. Does the Danish interpretation of EC public procurement law  
prevent PPP? *Public Procurement Law Review* 2, 2010 pp 73–89;
134. Tvarnø, C.D. Public private partnership in the European Union. – In: R. Nielsen &  
S. Treumer. *The New EU Public Procurement Directives*. Copenhagen: Djof  
Publishing 2005;
135. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M. *Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud  
väljaanne*. Tallinn 2006 [705];
136. Verdaux, J. J. Public Procurement in the European Union and in the United States:  
a comparative study. – *Public Contract Law Journal* 32, 2002–2003;
137. Vincent-Jones, P. *The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness,  
Relationality*. Oxford University Press, 2006 [406];
138. Võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise alased kaasused Eesti Vabariigi Riigi-  
kohtu praktikas. Kättesaadav:  
[http://www.riigikohus.ee/vfs/682/t6lkimiseks\\_MEMO-eriraportoor%20%28L\\_  
Kanger%29.pdf](http://www.riigikohus.ee/vfs/682/t6lkimiseks_MEMO-eriraportoor%20%28L_Kanger%29.pdf) (21.02.2010) [10];
139. Värk, R. Kahju hüvitamise nõue lepingueelsete kohustuste rikkumisel. *Juridica* nr  
6 2009 lk 389–394;
140. Värv, A. The Draft Common Frame of Reference’s Regulation of Unjustified  
Enrichment: Some Observations from Estonia’s viewpoint. *Juridica International*  
2008 No. 2, pp. 63–75;
141. Watermeyer, R. B. Facilitating sustainable development through public and donor  
procurement regimes: tools and techniques. *Public Procurement Law Review* 1,  
2004 pp 30–55;
142. Weatherill, S. The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice,  
*European Review of Contract Law* 2/2006;

143. Weber, R. H. Development promotion as a secondary policy in public procurement. *Public Procurement Law Review* 4, 2009 pp 184–200;
144. Whittaker, S. The Draft Common Frame of Reference: An Assessment, 2008, kättesaadav: [http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft\\_Common\\_Frame\\_of\\_Reference\\_an\\_assessment.pdf](http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference_an_assessment.pdf) (13.02.2010) [168];
145. Wilhelmsson, T. A Nordic Perspective, The Unfair Contract Terms Directive and the Nordic Contract Model. Kättesaadav: [http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/events/event29\\_01.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/events/event29_01.pdf) [92];
146. Wilhelmsson, T. Varieties of Welfarism in European Contract Law. – *European Law Journal*, November 2004 (10) 6;
147. Williams, R. Remedying a breach of Community law: the judgement in final Cases C-20/01 and C-28/01, *Commission v Germany*. *Public Procurement Law Review* 5, 2003 NA109–115;
148. Williams, S. The mandatory exclusions for corruption in the new EC procurement directives. Kättesaadav: [http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared\\_procurement/publications/Sope\\_Exclusions\\_in\\_proc.pdf](http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared_procurement/publications/Sope_Exclusions_in_proc.pdf), (21.02.2010) [42];
149. Youngs, R. Constitutional Limitations on Freedom of Contract: What Can the Germans Teach Us. *Anglo-American Law Review* 29, 2000;
150. Zhang, X. Supplier review as a mechanism for securing compliance with government public procurement rules: a critical perspective. *Public Procurement Law Review* 5, 2007 pp 325–351;
151. Zweigert, K., Kötz, H. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press 1998 [714];

#### **Euroopa Liidu normatiivmaterjalid**

152. Commission Regulation (EC) No 2083/2005 of 19 December 2005 amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council in respect of their application thresholds for the procedures for the award of contracts (Text with EEA relevance). *OJ L* 333, 20.12.2005, p. 28–29;
153. Euroopa Liidu põhiõiguste harta – Euroopa Liidu Teataja C 83, 30. märts 2010;
154. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 96/71/EÜ, 16. detsember 1996, töötajate lähetamise kohta seoses teenuste osutamisega. EÜT L 18, 21.1.1997, lk 1–6 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV) – eestikeelne eriväljaanne: Peatükk 05 Kõide 02 Lk 431–436;
155. Euroopa Parlamendi Ja Nõukogu direktiiv 2002/73/EÜ, 23. september 2002, millega muudetakse nõukogu direktiivi 76/207/EMÜ meeste ja naiste võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise kohta seoses töö saamise, kutseõppe ja edutamisega ning töötajate EMPs kohaldatav tekst. EÜT L 269, 5.10.2002, lk 15–20 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV), – eestikeelne eriväljaanne: Peatükk 05 Kõide 04 Lk 255–260;
156. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. *ELT L* 134, 30.4.2004, lk 1–113 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV), – eestikeelne eriväljaanne: Peatükk 06 Kõide 07 Lk 19–131;
157. 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, 30.4.2004, lk 114–240

- (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV), – eestikeelne eriväljaanne: Peatükk 06 Kõide 07 Lk 132–262;
158. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (EMPs kohaldatav tekst). ELT L 335, 20.12.2007, lk 31–46;
  159. Komisjoni määrus (EÜ) nr 1177/2009, 30. november 2009, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ, 2004/18/EÜ ja 2009/81/EÜ seoses riigihankemenetluste suhtes kohaldatavate piirmääradega (EMPs kohaldatav tekst), ELT L 314, 1.12.2009, lk 64–65;
  160. Komisjoni määrus (EÜ) nr 1422/2007, 4. detsember 2007, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ seoses riigihankemenetluste suhtes kohaldatavate piirmääradega (EMPs kohaldatav tekst) ELT L 317, 5.12.2007, lk 34–35;
  161. Komisjoni teatis. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivide 2004/17/EÜ, 2004/18/EÜ ja 2009/81/EÜ kohased piirmäärade väärtused. ELT C 292, 2.12. 2009, lk 1–3;
  162. Komisjoni teatis riigiabi reguleerivate õigusaktide täitmise tagamise kohta liikmesriikide kohtute poolt 2009/C 85/01;
  163. Konventsioon naiste diskrimineerimise kõigi vormide likvideerimise kohta. Vastu võetud 18. detsembril 1979. a., jõustunud 03.09.1981; Eesti Vabariik ühines konventsiooniga Eesti Vabariigi Ülemnõukogu 1991. aasta 26. septembri otsuse alusel (RT 1991, 35, 428); jõustunud Eesti suhtes 20.10.1991 (RT II 1995/5–6/31);
  164. Nõukogu Direktiiv 89/665, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. EÜT L 395, 30.12.1989, lk 33–35 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT) – eestikeelne eriväljaanne: Peatükk 06 Kõide 01 Lk 246–248;
  165. Nõukogu Direktiiv 92/13/EMÜ, 25. veebruar 1992, veevarustus-, energetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta. EÜT L 76, 23.3.1992, lk 14–20 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT) – eestikeelne eriväljaanne: Peatükk 06 Kõide 01 Lk 315–321;
  166. Nõukogu direktiiv 93/13/EMÜ, 5. aprill 1993, ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes. EÜT L 95, 21.4.1993, lk 29–34 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT), eestikeelne eriväljaanne: Peatükk 15 Kõide 02 Lk 288–293;
  167. Nõukogu määrus (EÜ) nr 659/1999, 22. märts 1999, millega kehtestatakse üksikasjalikud eeskirjad EÜ asutamislepingu artikli 93 kohaldamiseks. EÜT L 83, 27.3.1999, lk 1–9 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV), – eestikeelne eriväljaanne: Peatükk 08 Kõide 01 Lk 339–347;

#### **Eesti normatiivmaterjalid:**

168. Avaliku teabe seadus 15.11.2000 – RT I 2000, 92, 597, 01.01.2001; 26.11.2009 – RT I 2009, 62, 40, 01.01.2010;
169. Avaliku teenistuse seadus, 25.01.1995 – RT I 1995, 16, 228, 01.01.1996; 26.11.2009 – RT I 2009, 62, 405, 1.01.2010;
170. Eesti Vabariigi Põhiseadus 28.06.1992 – RT 1992, 26, 349, 03.07.1992; 21.07.2007 – RT I 2007, 43, 311, 21.07.2007;
171. Halduskohtumenetluse seadustik, 25.02.1999 – RT I 1999, 31, 425, 01.01.2000; 01.01.2009 – RT I 2009, 68, 463, 10.01.2010;

172. Halduskoostöö seadus 29.01.2003. – RT I 2003, 20, 117, 1.07.2003. a.; 26.11.2009 – RT I 2009, 62, 405, 1.01.2010;
173. Haldusmenetluse seadus 06.06.2001. – RT I 2001, 58, 354, 01.01.2002; 6.05.2009 – RT I 2009, 27, 164, 1.01.2010;
174. Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni (täiendatud protokollidega nr. 2, 3, 5 ja 8) ning selle lisaprotokollide nr. 1, 4, 7, 9, 10 ja 11 ratifitseerimise seadus, 13.03.1996- RT II 1996, 11/12, 34, 11.04.1996, 15.06.2005 – RT I 2005, 39, 308, 01.01.2006;
175. Isikuandmete kaitse seadus 15.02.2007 – RT I 2007, 24, 127, 01.01.2008; 06.12.2007 – RT I 2007, 68, 421,20.12.2007;
176. Kohaliku omavalitsuse korralduse seadus, 02.06.1993 – RT I 1993, 37, 558, 28.06.1993; 26.11.2009 – RT I 2009, 62, 405, 01.01.2010;
177. Konkurentsiseadus, 05.06.2001 – RT I 2001, 56, 332, 01.10.2001, 20.01.2010 – RT I 2010, 8, 34 27.02.2010;
178. Korruptsioonivastane seadus 27.01.1999 – RT I 1999, 16, 276, 28.02.1999; 26.11.2009 – RT I 2009, 62, 405, 1.01.2010;
179. Käibemaksuseadus, 10.12.2003 – 01.05.2004 – RT I 2003, 82, 554, 01.07.2009; 11.11.2009 – RT I 2009, 56, 376, 1.01.2010, osaliselt 1.01.2011;
180. Riigi 2009. aasta teise lisaeelarve seadusega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus: 18.06.2009 – RT I, 26.06.2009, 35, 23; 06.07.2009 – RT I 2009, 46, 307; 16.09.2009;
181. Riigihangete seadus 24.01.2007. a. – RT I 2007, 15, 76; 1.05.2007; 8.06.2009 – RT III 2009, 30, 218;
182. Riigivaraseadus, 11.11.2009 – RT I, 03.12.2009, 57, 381, 01.01.2010;
183. Riigivastutuse seadus, 2. 05. 2001. a seadusega – RT I 2001, 47, 260, 1. 01. 2002.– 11. 10. 2006 – RT I 2006, 48, 360, 18. 11. 2006;
184. Riikliku riigihangete registri põhimäärus: Vabariigi Valitsuse 18.05.2007 määrus nr 158, jõustumiskuupäev 08.06.2007. RT I 2007, 39, 278;
185. Soolise võrdsuslikkuse seadus 7.04.2004. – RT I 2004, 27, 181, 1.05.2004.; 24.09.2009 – RT I 2009, 48, 323, 23.10.2009;
186. Tsiiviilkohtumenetluse seadustik 20.04.2005 – RT I 2005, 26, 197, 01.01.2006; 09.12.2009 – RT I 2009, 10.01.2010;
187. Tsiiviilseadustiku üldosa seadus 7.03.2002, RT I 2002, 35, 216, 01.07.2002; 25.02.2009 – RT I 2009, 18, 108, 01.05.2009;
188. Töötervishoiu ja tööohutuse nõuded ehituses. Vabariigi Valitsuse 08.12.1999 määrus number 377, RT I 1999, 94, 838, redaktsioon: VV m 30.04.2009 Nr. 74 jõust. 01.07.2009, RT I 2009, 25, 155;
189. Vabariigi valitsuse seadus, 13.12.1995 – RT I 1995, 94, 1628, 01.01.1996; 30.09.2009 – RT I 2009, 49, 331, 01.01.2010;
190. Võlaõigusseadus 26.09.2001. a – RT I 2001, 81, 487;1.07.2002.; 28.01.2010 – RT I 2010, 7, 30; 26.02.2010;

#### **Muud normatiivmaterjalid**

191. *Arbeitnehmer-Entsendegesetz; BGBl. (26.02.1996.)*1996 I
192. *Bürgerliches Gesetzbuch*, vastuvõetud 18. augustil, 1896;
193. *Code des marchés publics (édition 2006, dernière modification: 23 janvier 2010)*.  
Kättesaadav:  
[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8C0C2C8E01E5406A9D395F5A94A9B014.tpdjo01v\\_3?cidTexte=LEGITEXT000005627819&dateTexte=20081220](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8C0C2C8E01E5406A9D395F5A94A9B014.tpdjo01v_3?cidTexte=LEGITEXT000005627819&dateTexte=20081220) (21.02.2010);

194. Freedom of information Act 2000, kättesaadav:  
[http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2000/ukpga\\_20000036\\_en\\_1;](http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2000/ukpga_20000036_en_1;)
195. *Laki julkisista hankinnoista* 30.3.2007/348; kättesaadav: [http://www.finlex.fi/fi/](http://www.finlex.fi/fi/(10.02.2010);)  
(10.02.2010);
196. *Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista* 30.3.2007/349; kättesaadav: [http://www.finlex.fi/fi/](http://www.finlex.fi/fi/(10.02.2010);)  
(10.02.2010)
197. *Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, article 16.* Kättesaadav:  
[http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020591766& categorieLien=id](http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020591766&categorieLien=id) (11.02.2010);
198. The WTO Agreement on Government Procurement, OJ L 336, 23.12.1994, Pp 273–289;

### **Euroopa Kohtu praktika**

199. A. Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, kohtuasi C-28/95, [1997] EKL I-04161;
200. Alcan Deutschland, kohtuasi C-24/95, EKL 1997 lk I-01591;
201. Alcatel Austria AG and Others, Siemens AG Österreich and Sag-Schrack Anlagentechnik AG v Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr. Kohtuasi C-81/98. EKL 1999 Lk I-07671;
202. Alsace International Car Service (AICS) v European Parliament. Kohtuasi T-139/99. EKL 2000 lk II-02849;
203. Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v Comune di Bari and AMTAB Servizio SpA, C-410/04, [2006] EKL I-03303;
204. Centro Europa 7 Srl v Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni and Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni. Kohtuasi C-380/05. EKL 2008 lk I-00349;
205. Concordia Bus v Helsingi linn and HKL, 513/99, [2002] EKL I-7213; Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti. Kohtuasi C-231/03. EKL 2005 lk I-07287;
206. Eckhard Kalanke versus Freie Hansestadt Bremen. Kohtuasi C-450/93. EKL 1995 lk I-03051;
207. Embassy Limousines & Services v European Parliament. Kohtuasi T-203/96. EKL 1998 lk II-04239;
208. Euroopa Ühenduste Komisjon v CAS Succhi di Frutta SpA, kohtuasi C-496/99 P, [2004] EKL I-03801;
209. Euroopa Ühenduste Komisjon v Saksamaa Liitvabariik, C 480/06, [2009] ei ole veel avaldatud, kättesaadav:  
[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0480:EN:HTML;)  
CELEX:62006J0480:EN:HTML;
210. Euroopa Ühenduste Komisjon v Saksamaa Liitvabariik. Kohtuasi C-503/04. EKL 2007 P I-06153;
211. Euroopa Ühenduste Komisjon v Saksamaa Liitvabariik. Kohtuasi C-433/93. EKL 1995 P I-02303;
212. Euroopa Ühenduste Komisjon v Prantsusmaa (Nord-Pas-de-Calais). Kohtuasi C-255/98, [2000] EKL I-7445;
213. Euroopa Ühenduste Komisjon v Prantsusmaa. Kohtuasi C-337/98, EKL 2000, P I-8377;

214. Euroopa Ühenduste Komisjon v Kreeka Vabariik. Kohtuasi C-250/07, EKL's seni avakdamata, kättesaadav: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0250:EN:HTML>;
215. Euroopa Ühenduste Komisjon v Iirimaa. Kohtuasi C-507/03. EKL 2007 lk I-09777;
216. Euroopa Ühenduste Komisjon v Itaalia Vabariik. Kohtuasi C-412/04. EKL 2008 lk I-00619;
217. Euroopa Ühenduste Komisjon v Belgia Kuningriik. Kohtuasi C-87/94, [1996] EKL I-02043;
218. Euroopa Ühenduste Komisjon v Prantuse Vabariik. Kohtuasi C-340/02, [2004] EKL I-09845;
219. Euroopa Ühenduste Komisjon versus Portugali Vabariik. Kohtuasi C-70/06. EKL 2008 lk I-00001; Defrenne v SABENA(III), 149/77, [1978] EKL I-01365;
220. Dirk Rüffert versus Land Niedersachsen. Kohtuasi C-346/06. EKL 2008 lk I-01989;
221. Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita Sanitaria Locale No. 2 di Carrara, 21/88, [1990] EKL I-889;
222. Gabrielle Defrenne versus Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena. Kohtuasi 149/77. EKL 1978 lk 01365;
223. Gebroeders Beentjes BV versus Staat der Nederlanden, 31/87, [1988] EKL 4635;
224. Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) v Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft. Kohtuasi C-258/97. EKL 1999 lk I-01405;
225. Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Costruzioni versus ANAS – Ente nazionale per le strade and Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) and Impresa Ing. Mantovani SpA versus ANAS – Ente nazionale per le strade and Ditta Paolo Bregoli (C-286/99), ühendatud kohtuasjad C-285/99 and C-286/99, [2001] EKL I-09233;
226. Itaalia Vabariik (T-239/04) ja Brandt Italia SpA (T-323/04) v Euroopa Ühenduste Komisjon (*Brandt*), ühendatud kohtuasjad T-239/04 ja T-323/04, [2007] EKL II-03265;
227. Kriminaalasjades, milles süüdistatavad on Jean-Claude Arblade ja Arblade & Fils SARL (C-369/96) ja Bernard Leloup, Serge Leloup ja Sofrage SARL (C-376/96). EKL 1999 lk I-08453;
228. Kriminaalasjas, milles süüdistatav on Michel Guiot ja Climatec SA, tsiviilkostjast tööandja. Kohtuasi C-272/94. EKL 1996 lk I-01905;
229. Krystyna Gmurzynska-Bscher versus Oberfinanzdirektion Köln, C-231/89, [1990] EKL I-04003;
230. Massam Dzodzi v Belgian State, ühendatud kohtuasjad C-297/88 ja C-197/89, [1990] EKL I-03763;
231. Medipac-Kazantzidis AE v Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS). Kohtuasi C-6/05. EKL 2007 lk I-04557;
232. Metalmeccanica Fracasso SpA and Leitschutz Handels- und Montage GmbH versus Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten. Kohtuasi C-27/98, EKL 1999, lk I-05697;
233. Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti and Leopoldo Freyrie v Comune di Milano, and Pirelli SpA, Milano Centrale Servizi SpA and Fondazione Teatro alla Scala. Kohtuasi C-399/98. EKL 2001 lk I-05409;

234. Presstext Nachrichtenagentur GmbH v Austria. Kohtuasi C-454/06 EKL 2007, lk I-06153;
235. Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV versus Euroopa Ühenduste Komisjon. Kohtuasi 223/85. EKL 1987 lk 04617;
236. SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) ja teised versus Société coopérative “Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes” et al. Ühendatud kohtuasjad 27/86, 28/86 and 29/86. EKL 1987 lk 03347;
237. Sea Srl v Comune di Ponte Nossa, C-573/07, seni EKL’s avaldamata, kättesaadav: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0573:EN:HTML>;
238. SECAP SpA (C-147/06) and Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) v Comune di Torino. Ühendatud kohtuasjad C-147/06 ja C-148/06. EKL 2008 lk I-03565;
239. Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, Herold Business Data AG participating, C-324/98, [2000] EKL I-10745;
240. Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH v Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, C-470/99, [2002] EKL I-11617;
241. Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) versus Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, Kohtuasi C-206/08, 7.11.2009, EKL C 267, lk 20;
242. Wienstrom GmbH v Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit. Kohtuasi C-384/07.EKL 2008 lk I-10393;

### **Eesti kohtute praktika**

243. Harju Maakohtu 06.05.2009.a. kohtumäärus tsiviilasjas nr. 2-09-9921;
244. Harju Maakohtu 21.10.2008.a. kohtuotsus tsiviilasjas nr. 2-08-1770;
245. Riigikohtu erikogu kohtumäärus haldusasjas nr 3-3-4-1-10;
246. Riigikohtu erikogu kohtumäärus tsiviilasjas nr 3-2-1-34-96;
247. Riigikohtu erikogu kohtuotsus haldusasjas nr. 3-3-1-8-01;
248. Riigikohtu erikogu kohtuotsus haldusasjas nr. 3-3-1-15-0;
249. Riigikohtu erikogu kohtuotsus tsiviilasjas nr 3-2-1-100-08;
250. Riigikohtu haldus- ja tsiviilkolleegiumi vahelise erikogu otsus asjas nr. 3-3-1-15-01;
251. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtumäärus haldusasjas nr. 3-3-1-63-08;
252. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtumäärus haldusasjas nr. 3-3-1-85-07;
253. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtumäärus haldusasjas nr. 3-3-1-26-04;
254. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtumäärus haldusasjas nr 3-3-1-69-00;
255. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtumäärus haldusasjas nr 3-3-1-48-99;
256. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr. 3-3-1-94-09;
257. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr. 3-3-1-66-09;
258. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr 3-3-1-47-08;
259. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr. 3-3-1-100-06;
260. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr 3-3-1-58-06;
261. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr. 3-3-1-57-06;
262. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr. 3-3-1-5-06;
263. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr. 3-3-1-59-05;
264. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr. 3-3-1-35-05;
265. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr. 3-3-1-64-03;
266. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr 3-3-1-57-03;
267. Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus haldusasjas nr. 3-3-1-54-03;

268. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus 17. märtsist 1999 – RT III, 1999, 9, 89;
269. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr. 3-4-1-1-03;
270. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr. 3-4-1-10-02;
271. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr. 3-4-1-3-02;
272. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr. 3-4-1-8-00;
273. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr. 3-4-1-6-00;
274. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas 3-4-1-1-99;
275. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr. 3-4-1-3-96;
276. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-164-09;
277. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr 3-2-1-121-08;
278. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr 3-2-1-45-08;
279. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr 3-2-1-114-07;
280. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-76-07;
281. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-64-07;
282. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-59-07;
283. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-49-07;
284. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-45-07;
285. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-1-07;
286. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-150-06;
287. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-89-06;
288. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr 3-2-1-53-06;
289. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-32-06;
290. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-4-06;
291. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas 3-2-1-140-05;
292. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-118-05;
293. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-66-05;
294. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas 3-2-1-59-05;
295. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-41-05;
296. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-161-04;
297. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr 3-2-1-129-04;
298. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-88-04;
299. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-63-04;
300. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-44-04;
301. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-135-03;
302. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-106-03;
303. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-41-03;
304. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus tsiviilasjas nr. 3-2-1-101-00;
305. Riigikohtu üldkogu otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr 3-4-1-10-2000;
306. Riigikohtu üldkogu otsus põhiseaduslikkuse järelevalve asjas nr. 3-4-1-2-05;
307. Tallinna Ringkonnakohtu 05.02.2008. a. otsus tsiviilasjas nr. 2-05-13580;

### **Muu kohtupraktika**

308. *Compagnie Nouvelle du gaz de Deville-les-Rouen*, GAJA 16, No 8
309. *Compagnie general de tramways*, GAJA 16, No 22;
310. Conseil d'Etat, 31.05.1907, *Deplanque, Lebon*;
311. *Ville de Paris v Societe Clear Channel France, Conseil d'État, Section du Contentieux*, 11/07/2008, 312354, *Publié au recueil Lebon*, kättesaadav (13.09.2009): <http://www.legifrance.gouv.fr/rechJuriAdmin.do?reprise=true&page=1>;

### **Muud kasutatud allikad**

312. 665 SE II-1 Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu, kättesaadav:  
[http://www.riigikogu.ee/?page=en\\_etapid&op=ems&eid=896065&u=20100324195120](http://www.riigikogu.ee/?page=en_etapid&op=ems&eid=896065&u=20100324195120).
313. Avaliku teabe seaduse eelnõu 462 SE I seletuskiri, kättesaadav:  
<http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=003672877&login=proov&password=&system=ems&server=ragne11> (26.01.2010.);
314. Buying social: a guide to taking account of social considerations in public procurement. (Draft) 2009, kättesaadav:
315. [http://www.araco.org/infutile/noutatifiec/2009-04-03%20Social%20Considerations%20in%20pp%20-%20sent%20out%20to%20EXTERNAL%20CONSULTATION%20\\_2\\_.pdf](http://www.araco.org/infutile/noutatifiec/2009-04-03%20Social%20Considerations%20in%20pp%20-%20sent%20out%20to%20EXTERNAL%20CONSULTATION%20_2_.pdf);
316. Code of Best Practice for the conduct of State aid control procedures 2009/C 136/04. OJ C 136/13;
317. *Commission des achats de la Confédération*. Kättesaadav:  
<http://www.bbl.admin.ch/bkb/00235/00362/00385/index.html?lang=fr>  
(21.02.2010);
318. Commission Interpretative Communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP). C (2007) 6661;
319. Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, C (2006) 179/02;
320. Communication from the Commission – Corresponding values of the thresholds of Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council 2005/C 325/09;
321. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on european contract law/\* COM/2001/0398 final \*/;
322. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – “Think Small First” – A “Small Business Act” for Europe {SEC(2008) 2101} {SEC(2008) 2102} /\* COM/2008/0394 final \*/;
323. Eelnõu 116 SE I, võlaõigusseadus, seletuskiri. Kättesaadav:  
<http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=991610001&login=proov&password=&system=ems&server=ragne1>;
324. Eelnõu 317 SE III, soolise võrdõiguslikkuse seaduse, avaliku teenistuse seaduse ja Eesti Vabariigi töölepingu seaduse muutmise seadus, seletuskiri. Kättesaadav:  
[http://www.riigikogu.ee/?page=en\\_vaade&op=ems&eid=398441&u=20081225234508](http://www.riigikogu.ee/?page=en_vaade&op=ems&eid=398441&u=20081225234508) (20.03.2009);

325. Eelnõu 816 SE I, riigihangete seadus, seletuskiri. Kättesaadav: <http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=060180002&login=proov&password=&system=ems&server=ragne11> (21.02.2010);
326. Eelnõu 927 SE I, soolise võrdõiguslikkuse seadus, seletuskiri. Kättesaadav: <http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=013380008&login=proov&password=&system=ems&server=ragne11> (21.02.2010);
327. Ehituse alltöövõtulepingute üldtingimused; kättesaadav: t: <http://www.mkm.ee/index.php?id=345310> (23.03.2001);
328. *Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG*. <http://www.ebg.admin.ch/index.html?lang=de> (21.02.2010);
329. Environmental Procurement Practice Guide. UNDP Practice series, Kättesaadav: [http://www.undp.org/procurement/documents/UNDP\\_Practice\\_Guide.doc#\\_Toc194311606](http://www.undp.org/procurement/documents/UNDP_Practice_Guide.doc#_Toc194311606) (21.02.2010);
330. European Commission. Bulletin of the European Union 2008/9;
331. European Commission. Directorate General Internal Market and Services. Public Procurement Policy. Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive. CC/2005/04\_rev of 5.10.2005, kättesaadav: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf);
332. European Commission. Study of the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement: Final Report, 2003. Kättesaadav: [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/stureps/pubproc\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/stureps/pubproc_en.pdf) (27.12.2008).
333. Evaluation of SMEs' access to public procurement markets in the EU. Final Report, submitted by GHK and Technopolis within the framework of ENTR/04/093-Lot 1, kättesaadav: [http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemshortdetail.cfm?item\\_id=3376](http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemshortdetail.cfm?item_id=3376) (10.02.2010);
334. EWLA General Assembly Resolution on Combating Gender Discrimination and Promoting Substantive Gender Equality through Public Procurement, 12 May 2007. Kättesaadav: [http://www.ewla.org/?seite=http://www.ewla.org/wf\\_content/611.html](http://www.ewla.org/?seite=http://www.ewla.org/wf_content/611.html) (2.01.2008);
335. FOI (Civil Procurement) Policy and Guidance. Version 2.0, November 2008, kättesaadav: [http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC\\_FOI\\_and\\_Civil\\_Procurement\\_guidance.pdf](http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC_FOI_and_Civil_Procurement_guidance.pdf) (21.02.2010);
336. Guidance notes (goods): kättesaadav: [http://www.ogc.gov.uk/documents/Goods\\_Guidance.pdf](http://www.ogc.gov.uk/documents/Goods_Guidance.pdf);
337. Guidance notes (services): kättesaadav: [http://www.ogc.gov.uk/documents/Services\\_Guidance](http://www.ogc.gov.uk/documents/Services_Guidance);
338. Interpretative Communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement, COM(2001)566 final; Official Journal C 333, 28/11/2001, pp 0027–0041;
339. Kohtujuristi ettepanek – Darmon – 22. jaanuar 1987. Anna Bonino versus Euroopa Ühenduste Komisjon. Kohtuasi 223/85, lk 00739;
340. Kohtujuristi ettepanek – Fennelly – 2. aprill 1998. Walter Tögel versus Niederösterreichische Gebietskrankenkasse. Kohtuasi C-76/97. EKL 1998 LK I-05357;

341. Kohtujuristi ettepanek – Jacobs – 14. detsember 1995. Syndicat français de l'Express international (SFEI) jt. versus La Poste ja teised. Kohtuasi C-39/94. EKL 1996 LK I-03547;
342. Kohtujuristi ettepanek – Kokott – 13. märts 2008. Presstext Nachrichtenagentur GmbH versus Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Kohtuasi C-454/06. EKL 2008 lk I-04401;
343. Labour clauses in public contracts. Integrating the social dimension into procurement policies and practices. – ILO, Geneva, Switzerland, 2008;
344. Lühikokkuvõte 2009. aasta riigihangetest, Kättesaadav: <http://www.fin.ee/riigihanked> (23.01.2009.);
345. Model Terms and Conditions of Contracts for Goods: kättesaadav: [http://www.ogc.gov.uk/Model\\_terms\\_and\\_conditions\\_for\\_goods\\_and\\_services.asp](http://www.ogc.gov.uk/Model_terms_and_conditions_for_goods_and_services.asp);
346. Model Terms and Conditions of Contracts for Services. Kättesaadav: [http://www.ogc.gov.uk/Model\\_terms\\_and\\_conditions\\_for\\_goods\\_and\\_services.asp](http://www.ogc.gov.uk/Model_terms_and_conditions_for_goods_and_services.asp);
347. Official comments to UPICC, kättesaadav: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>; Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition, kättesaadav: [www.law-net.eu](http://www.law-net.eu);
348. Projekteerimise töövõtulepingute üldtingimused 2007: <http://www.mkm.ee/index.php?id=345310>; Public contracts: Commission refers Germany to Court of Justice over waste disposal service contracts awarded by city of Rostock. IP/09/1753. Kättesaadav: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1753&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (23.01.2010.);
349. Public procurement: Commission closes infringement case against Slovakia after the cancellation of a service contract awarded by the Slovak Ministry of Infrastructure. IP/09/1759. Kättesaadav: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1759&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (23.01.2010.);
350. Public Procurement Review. Acceding countries (8) Central & Eastern Europe. Estonia: June 2003, kättesaadav: <http://www.oecd.org/dataoecd/11/32/34992314.pdf>;
351. Public procurement review and remedies systems in the European Union. GOV/SIGMA(2007)5, 2007, Kättesaadav: [http://www.olis.oecd.org/olis/2007doc.nsf/43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004c/dfd3e6fbc84b4ea0c12572b50051d5c9/\\$FILE/JT03225206.PDF](http://www.olis.oecd.org/olis/2007doc.nsf/43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004c/dfd3e6fbc84b4ea0c12572b50051d5c9/$FILE/JT03225206.PDF) (26.03.2010); Public procurement: Commission refers Spain to Court of Justice over modification of contracts after award. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1752&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (23.01.2010.);
352. Riigikogu majanduskomisjoni istungi protokoll nr. 1, 08.01.2007, kättesaadav: <http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=070150002&login=proov&password=&system=ems&server=ragne11> (28.04.2010);
353. Riigikogu majanduskomisjoni istungi protokoll nr. 58, 14.11.2006, kättesaadav: <http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=063210004&login=proov&password=&system=ems&server=ragne11> (28.04.2010);
354. Seletuskiri riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu juurde, kättesaadav:

- [http://www.riigikogu.ee/?page=en\\_etapid&op=ems&eid=896065&u=20100324195120](http://www.riigikogu.ee/?page=en_etapid&op=ems&eid=896065&u=20100324195120) (28.04.2010);
355. Soolise võrdõiguslikkuse edendamine 2008–2010, Programm. – Sotsiaalministeerium. Kättesaadav:  
[http://www.sm.ee/fileadmin/meedia/Dokumendid/Sotsiaalvaldkond/sooline\\_v%C3%B5/soolise\\_vordoiguslikkuse\\_edendamine.pdf](http://www.sm.ee/fileadmin/meedia/Dokumendid/Sotsiaalvaldkond/sooline_v%C3%B5/soolise_vordoiguslikkuse_edendamine.pdf) (29.12.2008);
356. The situation in the EU: Key figures on equality between women and men at work in relation to the gender pay gap, kättesaadav:  
<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=685&langId=en> (13.04.2010);
357. Töövõttulepingute üldtingimused. Kinnitatud Justiitsministeeriumi kantsleri 07.07.2008. a käskkirjaga nr 80, kättesaadav: <http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=37282/T%F6%F6v%F5tulepingu+%FCldtingimused.pdf> (21.02.2010);
358. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Kättesaadav:  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles.html>;

# ELULOOKIRJELDUS

## I. Üldandmed

Ees- ja perekonnanimi: **Mari Ann Simovart**  
Sünniaeg ja koht: 25.07.1969. a. Tallinn, Eesti  
Kodakondsus: eesti  
Perekonnaseis: abielus  
Aadress, telefon, e-post: Kaarli pst 3 10119 Tallinn; 52 66 573,  
mariann.simovart@ut.ee  
Praegune töökoht, amet: Tartu Ülikool, õigusteaduskond, eraõiguse instituut,  
tsiviilõiguse lektor;

### Haridus:

- Duke University School of Law (Durham, North Carolina, USA) 1995 LL.M.;  
Tartu Ülikool, juristi diplom 1994;

### Keelteoskus:

eesti keel – emakeel; inglise keel – väga hea, vene keel – rahuldav, soome keel – algtasemel.

### Töökogemus (teenistuskäik):

- käesoleval ajal (alates 2006. a.): Tartu Ülikooli õigusteaduskond, eraõiguse instituut, lektor;
- alates 1995. a. ja käesoleva ajani: advokaadibüroo Lepik & Luhaäär LAWIN vandeadvokaat.
- 1993. a.–1995. a. Välisõigusabi Advokaadibüroo: konsultant.

## II. Teaduslik ja arendustegevus

1. Peamised uurimisvaldkonnad: lepinguvabadus ja poolte kohustuste tasakaal riigihankelepingutes.
2. Publikatsioonide loetelu: vt lisa
3. Saadud uurimistoetused ja stipendiumid: Euroopa Sotsiaalfond, DoRa programmi tegevus 8 (Noorteadlaste osalemine rahvusvahelises teadmisteringluses): külalisteadlane, University of Nottingham, UK, september 2009 ja aprill 2010;
4. Muu teaduslik organisatsiooniline ja erialane tegevus: PLAN (Procurement Law Academic Network: <http://www.planpublicprocurement.org/main/>), akadeemiline liige

## III. Erialane enesetäiendus

TÜ Haridusteaduskonna kursus “Õppimine ja õpetamine kõrgkoolis” 2008

### **Lisa: publikatsioonide loetelu:**

- (1) Simovart, M. A. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses, *Juridica*, 2010, nr. 4, lk 248–257;
- (2) Simovart, M. A. Gender Equality as a Possible Secondary Policy in Procurement under Estonian Law; Kull, I. (ed.) *Developments of Estonian Contract and Company Law in the Context of the Harmonized EU Law* (74–96). Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus, 2010;
- (3) Saare, K., Sein, K., Simovart, M.A. Protection of Consumer Rights in SMS Loan Agreements. *European Review of Private Law*, 1/2010;
- (4) Simovart, M. A. “The new Remedies Directive: would a diligent businessman enter into ineffective procurement contracts?” ettekanne konverentsil The fourth public procurement PhD conference at the School of Law, University of Nottingham, on 7–8 September 2009, kättesaadav: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/conferencesandevents/pastevents/phd-conference.aspx>;
- (5) Simovart, M. A. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. *Juridica* 2009/ iii, lk 148–158;
- (6) Saare, K.; Sein, K.; Simovart, M. The Buyer’s Free Choice Between Termination and Avoidance of a Sales Contract, *Juridica International*, 2008, no 2, pp 43–53;
- (7) Simovart, M. A. Lepingu muutmise nõue riigihankelepingu kohustuste vahekorra muutmise korral. *Juridica*, IV, 219–229;
- (8) Simovart, M. A. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. *Juridica*, I, 29–38;
- (9) Saare, K.; Sein, K.; Simovart, M. A. Differentiation of Mistake and Fraud as Grounds for Rescission of Transaction, *Juridica International*, 2007, no 1, pp 142–151;
- (10) Saare, K.; Sein, K.; Simovart, M. A. Tehingu tühistamise aluseks oleva eksimuse ja pettuse piiritlemine. *Juridica*, X, 705–714;
- (11) Simovart, M. A. The Standard of Reasonableness in the Estonian Law of Obligations. Kull, I. (Toim.). *Developments of Estonian Contract and Company Law in the Context of the Harmonized EU Law* (65–86). Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus, 2007.

# CURRICULUM VITAE

## I. General

First and family name: **Mari Ann Simovart**  
Date and place of birth: 25.07.1969. Tallinn, Estonia  
Citizenship: Estonian  
Family status: married  
Address, telephone, e-mail: Kaarli pst 3 10119 Tallinn; 52 66 573,  
mariann.simovart@ut.ee  
Present employer, position: University of Tartu, Faculty of Law,  
institute of private law, lecturer of civil law;

### Education:

- Duke University School of Law (Durham, North Carolina, USA) 1995 LLM;  
University of Tartu, diploma of jurist 1994;

### Languages:

Estonian – mother tongue; English – very good; Russian – good; Finnish – basic.

### Employment:

- at present (since 2006): University of Tartu, Faculty of Law, institute of private law, lecturer of civil law;
- from 1995 and at present: law office Lepik & Luhaäär LAWIN, attorney at law;
- 1993–1995 Foreign Law Office: consultant.

## II. Academic and development activity

1. Main areas of research: freedom of contract and balance of contractual obligations in procurement contracts.
2. Publications: see addendum
3. Received scholarships: European Social Fund, DoRa program activity 8: visiting scholar at the University of Nottingham, UK in September 2009 and April 2010;
4. Other academic organisational and professional activity: academic member of Procurement Law Academic Network (PLAN: <http://www.planpublicprocurement.org/main/>).

## III. Professional training:

University of Tartu, Faculty of Education course “Learning and teaching in university” 2008

### **Addendum: list of publications**

- (1) Simovart, M. A. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses [Freedom to Amend a Public Procurement Contract in the Light of General Principles of Public Procurement.], *Juridica*, 2010, nr. 4, lk 248–257;
- (2) Simovart, M. A. Gender Equality as as Possible Secondary Policy in Procurement under Estonian Law; Kull, I. (ed.) *Developments of Estonian Contract and Company Law in the Context of the Harmonized EU Law (74–96)*. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus, 2010;
- (3) Saare, K., Sein, K., Simovart, M.A. Protection of Consumer Rights in SMS Loan Agreements. *European Review of Private Law*, 1/2010;
- (4) Simovart, M. A. “The new Remedies Directive: would a diligent businessman enter into ineffective procurement contracts?” presentation at The fourth public procurement PhD conference held at the School of Law, University of Nottingham, on 7–8 September 2009, available: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/conferencesandevents/pastevents/phd-conference.aspx>;
- (5) Simovart, M. A. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. [The possibility of pursuing secondary purposes of procurement in Estonia. The example of gender equality.] *Juridica* 2009/ iii, lk 148–158;
- (6) Saare, K; Sein, K; Simovart, M. The Buyer’s Free Choice Between Termination and Avoidance of a Sales Contract, *Juridica International*, 2008, no 2, pp 43–53;
- (7) Simovart, M. A. Lepingu muutmise nõue riigihankelepingu kohustuste vahekorra muutumise korral. [The claim of amendment to procurement contract in case of change of balance to contractual obligations.] *Juridica*, IV, 219–229;
- (8) Simovart, M. A. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. [Voidness of unreasonable terms of procurement contracts as an example of unfair contract terms regulation.] *Juridica*, I, 29–38;
- (9) Saare, K.; Sein, K.; Simovart, M. A. Differentiation of Mistake and Fraud as Grounds for Rescission of Transaction, *Juridica International*, 2007, no.1, pp.142–151;
- (10) Saare, K.; Sein, K.; Simovart, M. A. Tehingu tühistamise aluseks oleva eksimuse ja pettuse piiritlemine. [Differentiation of Mistake and Fraud as Grounds for Rescission of Transaction.] *Juridica*, X, 705–714;
- (11) Simovart, M. A. The Standard of Reasonableness in the Estonian Law of Obligations. Kull, I. (Toim.). *Developments of Estonian Contract and Company Law in the Context of the Harmonized EU Law (65–86)*. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus, 2007.